

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

ISSN 1413-3873

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU 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
DJU de 05/11/1998, p. 137
Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999
DJ 22/06/1999

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

1995 1413-3873

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Catalogação na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. – Vol.1, n.1 (jan./jun. 1995)- . – Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995-
v. ; 23 cm

Trimestral

ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ISSN 1413-3873

Subsecretaria de Administração e Logística
Subsecretaria de Assuntos Jurídicos
Subsecretaria de Assuntos Sociais
Subsecretaria de Desenvolvimento Institucional
Subsecretaria de Finanças e Contabilidade
Subsecretaria de Gestão da Informação
Subsecretaria de Recursos Humanos
Subsecretaria de Segurança Pública
Subsecretaria de Tecnologia da Informação

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(Art. 168 da Lei Complementar nº 106, de 03 de janeiro de 2003)

Até 2009, o nome da revista era "Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro".
A partir de 2010, o nome da revista é "Revista do Ministério P

Até 2009, o nome da revista era "Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro".
A partir de 2010, o nome da revista é "Revista do Ministério P

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(Em 30.06.2011)

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Cláudio Soares Lopes

Subprocuradora-Geral de Justiça de Administração
Mônica da Silveira Fernandes

Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária
Institucional e Judicial
Antonio José Campos Moreira

Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional
Carlos Roberto de Castro Jatahy

Subprocurador-Geral de Justiça
de Direitos Humanos e Terceiro Setor
Leonardo de Souza Chaves

Corregedora-Geral do Ministério Públco
Maria Cristina Menezes de Azevedo

Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça
Astério Pereira dos Santos

Secretário-Geral do Ministério Públco
José Augusto Guimarães

Nota: Dados colhidos no *Diário Oficial* em 30-06-2011.

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(Em 30.06.2011)

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Cláudio Soares Lopes

Subprocuradora-Geral de Justiça de Administração
Mônica da Silveira Fernandes

Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária
Institucional e Judicial
Antonio José Campos Moreira

Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional
Carlos Roberto de Castro Jatahy

Subprocurador-Geral de Justiça
de Direitos Humanos e Terceiro Setor
Leonardo de Souza Chaves

Corregedora-Geral do Ministério Pùblico
Maria Cristina Menezes de Azevedo

Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça
Astério Pereira dos Santos

Secretário-Geral do Ministério Pùblico
José Augusto Guimarães

**Órgão Especial do Colégio de
Procuradores de Justiça
(Em 30.06.2011)**

CLÁUDIO SOARES LOPES
Presidente

MARIA CRISTINA MENEZES DE AZEVEDO
Corregedora-Geral

Membros natos

Carlos Antonio Navega
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Levi de Azevedo Quaresma
Dalva Pieri Nunes
Maria Amélia Couto Carvalho
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Julio Cesar Sousa Oliveira
Fernando Chaves da Costa
Ertulei Laureano Matos

Membros eleitos

Márcia Álvares Pires Rodrigues
Fátima Maria Ferreira Melo
Lilian Moreira Pinho
Pedro Elias Erthal Sanglard
Nilo Augusto Francisco Suassuna
Maria da Conceição Lopes de Souza Santos
Walberto Fernandes de Lima
Kátia Aguiar Marques Selles Porto
Leila Machado Costa
Patrícia Silveira da Rosa

**Conselho Superior do Ministério Pùblico
(Em 30.06.2011)**

CLÁUDIO SOARES LOPES
Presidente

MARIA CRISTINA MENEZES DE AZEVEDO
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Sérgio Roberto de Ulhôa Pimentel
Dirce Ribeiro de Abreu
Guilherme Eugênio de Vasconcellos
Orlando Carlos Neves Belém

Pelos Promotores de Justiça

Denise Muniz de Tarin
Dennis Aceti Brasil Ferreira
Luiz Fabião Guasque
Cristina Medeiros da Fonseca

Nota: Composições fornecidas pela Secretaria dos Órgãos Colegiados.

SUMÁRIO

Associação do Ministério Pùblico do Estado do Rio de Janeiro

Marfan Martins Vieira
Presidente

Caixa de Assistência do Ministério Pùblico do Estado do Rio de Janeiro

Arthur Pontes Teixeira
Diretor-Presidente

Fundação Escola Superior do Ministério Pùblico do Estado do Rio de Janeiro

Leonardo Araujo Marques
Diretor-Presidente

Centro dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Hugo Jerke
Presidente

Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Integrantes do Ministério Pùblico no Estado do Rio de Janeiro

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Presidente

Nota: Composição das entidades em 30.06.2011.

SUMÁRIO

DOCTRINA

Bruno Corrêa Gangoni – Os maus antecedentes e a ponderação dos princípios da individualização da pena e da presunção de inocência ..	3
Carla Carrubba, Denise da Silva Vidal, Leandro Navega e Vanessa Katz – O papel do Ministério Público na busca da autonomia dos Conselhos de Saúde. A questão da presidência	7
Damásio de Jesus – Extinção da prescrição retroativa	15
Fernando Andréa – Reflexões sobre os meios de comunicação e o estado policial: a quem interessa?	23
Fernando Tourinho Filho – A reforma do Código de Processo Penal ...	29
Humberto Dalla Bernardina de Pinho – Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10	43
José dos Santos Carvalho Filho – “Interesse público: verdades e sofismas”	83
Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel – A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida	103
Marcellus Polastri Lima – Problemas relativos à interceptação telefônica	141
Nilo Augusto Francisco Suassuna – A questão do óbice jurisprudencial à admissibilidade ao Resp. Crim. – valorização jurídica da prova e simples reexame da prova	153
Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos – As infrações administrativas e seus princípios	159

PARECERES E RAZÕES

– Mandado de Segurança. <i>Motivo determinante</i> de ato administrativo que torna possível a apreciação do <i>mandamus</i> sem a necessidade de dilação probatória. Ato de autoridade pública que tangencia a primeira parte do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal. Parecer no sentido da concessão da ordem. (Adolfo Borges Filho)	173
Crime praticado no interior de embarcação – Atribuição do Ministério Público estadual (Cláudio Calo Sousa)	179
Inconstitucionalidade de juros e correção mais benéficos para a Fazenda Pública (Luiz Fabião Guasque)	189
Agravo de instrumento. Direito à educação e transporte gratuito. Previsão na Constituição Federal, na Constituição Estadual, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei Orgânica municipal do Rio de Janeiro. Inexistência de litispêndência entre controle difuso e controle concentrado da constitucionalidade das leis. (Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos e Ana Paula Corrêa Esteves)	197
Transferência da sede, para o Rio de Janeiro, de fundação instituída por partido político (Rodrigo Molinaro Zacharias)	217
Recurso de apelação em favor do réu contra sentença que o condenou pela prática presumida do delito de associação para o tráfico, haja vista sua prisão em flagrante no exercício do comércio de substância entorpecente (Tiago Joffily)	221
Tutela cautelar penal. Um novo fundamento. Medidas inominadas no processo penal (Tulio Caiban Bruno)	231

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jurisprudência Criminal

– Pensão alimentícia – Descumprimento inescusável. Descabe vislumbrar ilicitude em ordem de prisão quando o descumprimento

de obrigação a retratar pensão alimentícia surge inescusável (<i>Habeas Corpus</i> 90.955 – SP, Primeira Turma, RTJ 209, pp. 657-659)	247
<p>– <i>Habeas corpus</i>. Processual penal. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Fundamentação. Constrangimento ilegal não-caracterizado.</p>	
1. Cabe ao Juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do magistrado (art. 366 do CPP).	
2. <i>Habeas corpus</i> denegado. (<i>Habeas Corpus</i> 93.157 – SP, Primeira Turma, RTJ 209, pp. 677-685)	251
<p>– <i>Habeas corpus</i>. Constitucional. Processual penal. Acórdão que adotou como razões de decidir o parecer do Ministério Público estadual. Alegação da falta de fundamentação. Não ocorrência. Garantia da ordem pública (art. 312 do CPP). A presença de condições subjetivas favoráveis ao Paciente não obsta a segregação cautelar. Incidência da Súmula 691/STF. Precedentes. 1. O decreto de prisão preventiva, no caso, está devidamente fundamentado, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não evidenciando constrangimento ilegal amparável pela via do <i>habeas corpus</i>.</p>	
2. A jurisprudência desta Suprema Corte foi assentada no sentido de que “a adoção do parecer do Ministério Público como razões de decidir pelo julgador, por si só, não caracteriza ausência de motivação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa”.	
3. A presença de condições subjetivas favoráveis ao Paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente.	
4. Não se vislumbra, na espécie, flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique o abrandamento da Súmula 691/STF.	
5. <i>Habeas corpus</i> não conhecido. (<i>Habeas Corpus</i> 96.517 – RS, Primeira Turma, RTJ 209, pp. 802-808)	261
<p>– Direito processual penal. Recurso extraordinário. Mandado de segurança. Pedido de afastamento de sigilo bancário e fiscal de investigado. Procedimento judicial. Poderes investigatórios do Ministério Público. Improvimento da parte conhecida.</p>	
1. As questões de suposta violação ao devido processo legal, ao princípio da legalidade, ao direito de intimidade e privacidade e ao princípio da presunção de inocência, têm natureza infraconstitucional	

e, em razão disso, revelam-se insusceptíveis de conhecimento em sede de recurso extraordinário.

2. As argüições de violação aos princípios e garantias do devido processo legal, legalidade, presunção de inocência e intimidade, evidentemente, tocam em temas de natureza infraconstitucional, não havendo que se cogitar de afronta direta às normas constitucionais apontadas.

3. Da mesma forma, não merece ser conhecido o apelo extremo na parte em que se alega violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

4. Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível malferimento da norma contida no art. 144, § 1º, I e IV, da Constituição Federal.

5. No caso concreto, tal debate se mostra irrelevante, eis que houve instauração de inquérito policial para apurar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, sendo que o ministério público requereu, a título de tutela cautelar inominada, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários e fiscais do Recorrente. Tal requerimento foi feito junto ao juízo competente e, portanto, não se tratou de medida adotada pelo Ministério Público sem qualquer provimento jurisdicional.

6. Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao Recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o código de processo penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias.

7. A hipótese não envolve a eficácia retroativa da Lei 10.174/01 – eis que esta se restringiu à autorização da utilização de dados para fins fiscais –, e sim a apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias.

8. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (Recurso Extraordinário 535.478 – SC, Segunda Turma, RTJ 209, pp. 907-916)

— **Mandado de segurança. Constitucional. Emenda Constitucional 45/04. Ausência de regras de transição destinadas a solucionar situações limítrofes não abrangidas pelos novos preceitos constitucionais. Ministério Público Federal. Ingresso na carreira. Inscrição definitiva no concurso público. Candidata que, embora não possuísse os três anos de atividade jurídica exigidos pelo art. 129, § 3º, da Constituição, era Promotora de Justiça de Ministério Público estadual. Situação de exceção. Princípio da unidade do Ministério Público (art. 128, I e II, da CB/88). Princípio da igualdade (art. 5º da CB/88). A igualdade consiste em tratar-se desigualmente os desiguais. Ordem deferida.**

1. A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas pelo novo regime jurídico instituído por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade.

2. O Ministério Público Nacional é uno (art. 128, I e II, da Constituição do Brasil), compondo-se do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados.

3. No exercício das atribuições previstas nos arts. 109, § 3º, da Constituição e 78 e 79 da LC 75/93, o Ministério Público estadual cumpre papel do Ministério Público Federal.

4. A circunstância de a Impetrante, Promotora de Justiça no Estado do Paraná, exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e concomitantemente ser tida como inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República é expressiva de contradição injustificável. Trata-se, no caso, de situação de exceção, típica de transição de um regime jurídico a outro, em razão de alteração no texto da constituição.

5. A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar- se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público.

Segurança concedida. (Mandado de Segurança 26.690 — DF, Sessão Plenária, RTJ 209, pp. 594-614)

281

— **Direito processual penal. Conflito negativo de atribuições. caracterização. Ausência de decisões do Poder Judiciário. Competência do STF. Local da consumação do crime. Possível prática de extorsão (e não de estelionato). Art. 102, I, f, CF. Art. 70, CPP.**

1. Trata-se de conflito negativo de atribuições entre órgãos de atuação do Ministério Público de Estados-membros a respeito dos fatos constantes de inquérito policial.

2. O conflito negativo de atribuição se instaurou entre Ministérios Públicos de Estados-membros diversos.
3. Com fundamento no art. 102, I, f, da Constituição da República, deve ser conhecido o presente conflito de atribuição entre os membros do Ministério Público dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro diante da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar conflito entre órgãos de Estados membros diversos.
4. Os fatos indicados no inquérito apontam para possível configuração do crime de extorsão, cabendo a formação da *opinio delicti* e eventual oferecimento da denúncia por parte do órgão de atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo.
5. Conflito de atribuições conhecido, com declaração de atribuição ao órgão de atuação do Ministério Público onde houve a consumação do crime de extorsão. (Ação Cível Originária 889 — RJ, Sessão Plenária, RTJ 209, pp. 31-38) 305

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência Criminal

— **Ementa:** Recurso ordinário em *habeas corpus*. Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). Possibilidade de fixação, em unidades métricas, da distância a ser mantida pelo agressor da vítima. Expressa previsão legal (art. 22, III da Lei n. 11.340/2006). Violação legalmente autorizada ao direito de locomoção do suposto agressor. Fixação de alimentos provisionais. Alegação de inexistência de vínculo de parentesco entre acusado e a menor envolvida nos fatos. Inadequação da via do *writ*. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso ordinário. Recurso ordinário desprovido.

1. Conforme anotado no parecer ministerial, nos termos da doart. 22, III da Lei n. 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, poderá o Magistrado fixar, em metros, a distância a ser mantida pelo agressor da vítima - tal como efetivamente fez o Juiz processante da causa -, sendo, pois, desnecessário nominar quais os lugares a serem evitados, uma vez que, se assim fosse, lhe resultaria burlar essa proibição e assediar a vítima em locais que não constam da lista de lugares previamente identificados.

2. A questão relativa à existência, ou não, de parentesco entre o suposto agressor e a menor envolvida nos fatos demandaria atividade cognitiva incompatível com a via do *writ*, visto que não existem elementos suficientes nos autos a comprovar as alegações feitas pelo recorrente, sendo pois, possível de verificação mediante procedimento

judicial próprio.

3. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso.
4. Recurso Ordinário desprovido. (Recurso em *Habeas Corpus* n. 23.654-AP (2008/0108271-0), Quinta Turma, *RSTJ* 214, pp. 388-390, *DJe* 02.03.2009)

315

— **Ementa:** Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Quadrilha. Realização de interrogatório por juiz durante a fase inquisitória, antes do oferecimento da denúncia. Artigo 2º, § 3º, da Lei de Prisão Temporária. Ausência de procedimento que permita ao magistrado proceder à investigação preliminar. Retorno ao sistema inquisitório. Estado Democrático de Direito e garantias do cidadão. Recurso provido.

1. Hipótese em que o Juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da Lei n. 7.960/1989.

2. A Lei de Prisão Temporária permite ao magistrado, de ofício, em relação ao preso, determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito. Em relação à autoridade policial o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.

3. A Lei n. 7.960/1989 não disciplinou procedimento em que o Juiz pode, como inquisidor, interrogar o réu.

4. O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional.

5. O sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes.

6. No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem.

7. Recurso provido. (Recurso em *Habeas Corpus* n. 23.945-RJ (2008/0142326-4), Sexta Turma, *RSTJ* 214, pp. 483-491, *DJe* 16.03.2009)

319

— **Ementa:** Recurso ordinário em *habeas corpus*. Dois homicídios duplamente qualificados e destruição, subtração ou ocultação de cadáveres (art. 121, § 2º, III e IV, e 211 c.c. art. 29, na forma do art. 69, todos do CPB). Recorrente condenado a 19 anos de reclusão. Juntada de matéria de jornal, em que admitida a autoria dos delitos. Inadmissibilidade da alegação de ilicitude da prova. Notícia elaborada a partir das declarações feitas pelo próprio recorrente e publicada com

seu expresso consentimento. Observância ao art. 475 do CPP. Opina o MPF pelo desprovimento do recurso. Recurso ordinário desprovido.

1. A par da matéria jornalística ter sido elaborada a partir das declarações feitas pelo próprio réu e sua publicação ter ocorrido com seu expresso consentimento, o art. 475 do CPP expressamente permite a leitura de jornais na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, desde que a documentação tenha sido juntada aos autos com, pelo menos 3 dias de antecedência, tal como observado na espécie.

2. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso.

3. Recurso Ordinário a que se nega provimento. (Recurso em *Habeas Corpus* n. 24.262-ES (2008/0153307-8), Quinta Turma, *RSTJ* 214, pp. 390-393, *DJe* 16.03.2009) 327

– **Ementa:** Conflito negativo de competência. Processo Penal. Veiculação na *internet* de imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes. Competência que se firma pelo local da publicação ilícita.

1. Conforme entendimento desta Corte, o delito previsto no art. 241 da Lei n. 8.069/1990 consuma-se no momento da publicação das imagens, ou seja, aquele em que ocorre o lançamento na *Internet* das fotografias de conteúdo pornográfico. É irrelevante, para fins de fixação da competência, o local em que se encontra sediado o responsável pelo provedor de acesso ao ambiente virtual.

2. Conflito conhecido para determinar competente o suscitado, Juízo Federal da 1^a Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. (Conflito de Competência n. 66.981-RJ (2006/0161102-7), Terceira Seção, *RSTJ* 214, pp. 330-332, *DJe* 05.03.2009) 331

Jurisprudência Cível

– **Ementa:** Processual Civil. Ação civil pública visando a anular atos administrativos concessivos de benefício fiscal a determinada empresa. Tutela do patrimônio público. Legitimidade do Ministério Público. Súmula n. 329-STJ. Controle incidental de constitucionalidade. Cabimento.

1. A restrição estabelecida no art. 1º, parágrafo único da Lei n. 7.347/1985 (“Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos (...) cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”) diz respeito a demandas propostas em favor desses beneficiários. A restrição não alcança ação visando a anulação de atos administrativos concessivos de benefícios fiscais, alegadamente ilegítimos e prejudiciais ao patrimônio público, cujo ajuizamento pelo Ministério Público decorre da sua função institucional estabelecida pelo

art. 129, III da Constituição e no art. 5º, III, b da LC n. 75/1993, de que trata a Súmula n. 329-STJ.

2. A ação civil pública não pode ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Todavia, se o objeto da demanda é a declaração de nulidade de ato administrativo concreto, nada impede que, como fundamento para a decisão, o juiz exerça o controle incidental de constitucionalidade.

3. Recurso especial provido. (Recurso Especial n. 760.034-DF (2005/0099568-4), Primeira Turma, *RSTJ* 214, pp. 80-86, *DJe* 18.03.2009)

335

NOTICIÁRIO

– Eleição para CNMP e para o CNJ	343
– PROHOMEN: Programa do MPRJ em parceria com a Polícia Civil RJ	344
– 4º Congresso Virtual Nacional do MP	344
– Planejamento Estratégico Nacional do MP	345
– “Administração Presente” visita Resende, Barra Mansa e Volta Redonda	346
– Conselho de Decanos destaca PIV	346
– Escolhidos os três Membros dos MPs Estaduais para ocupar vagas no CNMP	347
– Reunião entre o MP da Argentina e Coordenadores do PLID	348
– Promotores de Justiça Substitutos comemoram um ano de posse	348
– MPRJ cria Comissão de Gestão Ambiental	348
– “Administração Presente” visita CRAAI Duque de Caxias	349
– Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça visita o MPRJ	349
– Meta 2 da Enasp é tema de nova reunião no MPRJ	350
– MPRJ participa de atendimento jurídico na Cidade de Deus	350
– MPRJ sediará encontro mundial da Rio+20	351
– Homenagem a Ministro Hamilton Carvalhido	352
– “Administração Presente” retorna ao CRAAI Nova Iguaçu	352

– Rio 2016: PGJ se reúne com o Presidente do Comitê Organizador	353
– Curso formará mediadores de conflitos	353
– MPRJ realiza a III Jornada de Serviço Social	354
– Aposentadoria do Ministro Hamilton Carvalhido	354
– CRAAI Petrópolis recebe o projeto “Administração Presente”	356
– Layout da sede do MPRJ em Niterói	356
– Ministério Público recebe o prêmio Instituição Cidadania 2011	357
– Novos estagiários forenses tomam posse no MPRJ	358
– CRAAI Nova Friburgo recebe o “Administração Presente”	359
– Homenagem a José Carlos Cosenzo, ex-presidente da CONAMP	360
– MPRJ lança campanha <i>Quem Cala Consente</i>	360
– PGJ recebe novo Superintendente Regional da Polícia Federal	361
– Terceira etapa do Planejamento Estratégico	361
– “Administração Presente” retorna ao CRAAI Teresópolis	362
– Governador sancionou Lei nº 5.976, de 24.05.2011, que cria 178 cargos no M.P.	363
– “Administração Presente” visita CRAAI São Gonçalo	363
– PGJ visita novas instalações em Búzios e retorna ao CRAAI Cabo Frio	364
– MPRJ sedia encontro de Corregedores-Gerais do Ministério Público	365
– MPRJ e Disque-Denúncia assinam convênio	365
– MPRJ discute com TJRJ demandas administrativas e da área da Infância e Juventude	366
– Membro do MPRJ é eleito presidente da ABRAMPA	366
– “Administração Presente” retorna ao CRAAI Macaé	367
– MPRJ e PRT1 discutem integração de Ouvidorias	367
– Nomeados integrantes da Comissão de Gestão Ambiental	368
– Novo prédio do MP em São João da Barra	368
– MPRJ e Secretaria de Fazenda firmam acordo	369
– MPRJ participa de debate sobre Reforma Política e Eleitoral na Alerj	369
– Debate no MP sobre a Lei nº 12.403/2011	370

– Itaperuna: “Administração Presente” conclui vistorias no interior do Estado	370
– MPRJ apresenta sistema de controle externo à comitiva do CNPG	371
– MPRJ apresenta à Firjan plano de ações na área de proteção ambiental	372
– GEMPERJ (3 ^a Fase)	372
– MPRJ e torcidas organizadas celebram acordo para reduzir violência nos estádios	373
– Bob’s e Forza aderem à campanha <i>Quem Cala Consente</i>	374
– “Quem Cala Consente”. MP e Polícia Civil definem estratégias	374
– Boletim Coomperj (10 anos)	375
– PGJ e campanha nacional do CNPG de combate ao crack	376
– Lista Sétupla para o STJ	376
– CONBRASCOM divulga Carta do Rio	376
– “Administração Presente” visita Promotorias de Santa Cruz	377
– “Administração Presente” retorna às Promotorias de Pavuna e Leopoldina	377
– Aposentadorias	378
– Falecimentos	378
– Desembargadores do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro	379

DOUTRINA

Doctrine

OS MAUS ANTECEDENTES E A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

BRUNO CORRÊA GANGONI *

O que pode ser considerado como maus antecedentes pelo juiz como circunstâncias judiciais (art. 59, CP) no momento da fixação da pena é um dos temas mais controvertidos na seara criminal. O objetivo desse trabalho é trazer um novo parâmetro para o que pode ser considerado pelo juiz na fixação da pena como maus antecedentes, qual seja, a sentença condenatória de 1^a grau.

Antecedentes são os fatos anteriores, bons ou ruins, praticados pelo réu. Uma primeira corrente conceitua maus antecedentes como sendo "aqueles fatos que merecem reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos"¹. Para essa corrente, admitir que inquéritos instaurados, processos criminais em andamento, absolvições por falta de provas, prescrições abstratas possam servir como antecedentes negativos não viola o princípio constitucional da presunção de inocência².

Outra corrente, que atualmente predomina no cenário doutrinário e jurisprudencial brasileiro, conceitua maus antecedentes como "o histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência"³. Por tal linha doutrinária, apenas as condenações transitadas em julgado que não sirvam para agravar a pena pela reincidência é que poderão ser levadas em consideração a título de maus antecedentes.

No SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL prevalecia a orientação de que inquéritos instaurados e processos criminais em andamento poderiam ser considera-

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, volume 1. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 516.

2. Idem HUNGRIA, Nelson, *O arbítrio judicial na medida da pena*, Revista Forense, n. 90/12, jan. 1943, *apud* BITENCOURT, op. cit. p. 516.

3. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 5^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 626.

dos a título de maus antecedentes⁴. Contudo, com as mudanças que se sucederam em sua composição, a Suprema Corte mudou diametralmente sua orientação e passou a se filiar à segunda corrente, o que trouxe reflexos imediatos em todos os demais Tribunais do país. Atualmente, para o STF, onde a questão está para ser decidida em matéria de repercussão geral em Recurso Extraordinário⁵ a consideração de inquéritos instaurados e processos criminais em andamento como circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu ofende o princípio da presunção de inocência, conforme a seguir colacionado:

Presunção constitucional de não-culpabilidade (cf. art. 5º, LVII). Mera existência de inquéritos policiais em curso (ou arquivados), ou de processos penais em andamento, ou de sentença condenatória ainda suscetível de impugnação recursal. Ausência, em tais situações, de título penal condenatório irrecorrível. Conseqüente impossibilidade de formulação, contra o réu, com base em episódios processuais ainda não concluídos, de juízo de maus antecedentes. Pretendida cassação da ordem de 'habeas corpus'. Postulação recursal inacolhível. Recurso extraordinário improvido⁶.

Discordamos de ambas as orientações e apresentamos nossa posição intermediária.

Data vénia, afirmar, como fez a Corte Constitucional, que a consideração de processos judiciais em andamento ofende o princípio constitucional da pre-

4. À guisa de exemplo, temos o seguinte acórdão: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ementa: Habeas-Corpus. Homicídio triplamente qualificado. Concursos material (destruição de cadáver) e de pessoas. Agravamento da pena-base: maus antecedentes, etc. (CP, art. 59, "caput"). Exasperação da pena no julgamento do apelo da acusação: critério trifásico (CP, art. 68). 1. Pena-base agravada em um ano de reclusão (1/12) em face dos maus antecedentes do paciente, comprovados por alentada folha onde constam diversos inquéritos em andamento e uma condenação ainda não trânsita em julgado, e, ainda, em face da conduta social, da personalidade voltada para o crime, pelos motivos do crime e sua forma de execução e pela evidente reprovabilidade. Concurso de três qualificadoras: uma utilizada para qualificar o homicídio e duas consideradas como circunstâncias judiciais para o aumento de 2 anos da pena de reclusão. "Habeas-corpus" conhecido, mas indeferido nesta parte; voto vencido do Relator, que anulava sentença do Juiz Presidente do Tribunal do Júri. 2. "Habeas-corpus" deferido em parte, à unanimidade, para anular o acórdão na parte em que exasperou a pena do paciente, determinando-se que outro seja lavrado, nesta parte, com observância do critério trifásico de aplicação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal. Habeas Corpus nº 72.130/RJ, Relator Min. Maurício Corrêa, j. 22/04/1996.

5. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ementa: Criminal - Circunstâncias Judiciais - Artigo 59 do Código Penal - Processos em curso - Presunção de não-culpabilidade - Alcance. Possui repercussão geral controvérsia sobre a possibilidade de processos em curso serem considerados maus antecedentes para efeito de dosimetria da pena, ante o princípio da presunção de não-culpabilidade. Recurso Extraordinário nº 591.054/SC. Relator Min. Marco Aurélio, j. em 23/10/2008.

6. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 96618/SP. Relator Min. Celso de Mello.

sunção de inocência é negar efetividade a outro princípio constitucional, o princípio da individualização da pena (art.5º, XLVI, CF). O Supremo Tribunal Federal, ao invés de ponderar os princípios em testilha como determinam as técnicas hermenêuticas, optou pela aplicação extremada do princípio da não-culpabilidade em detrimento do princípio da individualização da pena, esvaziando-o por completo.

O princípio da individualização da pena significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente, e da vítima. Ou seja, deve haver uma adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito (aspecto negativo). Mas há um outro lado! É através da correta individualização da pena, com a exasperação que se faz necessária no caso concreto, que o Estado cumpre o seu dever proteger o cidadão da convivência nociva com o contumaz violador das normas penais (aspecto positivo).

Se por um lado, não há como negar que a consideração como maus antecedentes de inquéritos policiais arquivados, absolvições e processos ainda pendentes da primeira decisão de mérito não podem ser considerados como maus antecedentes sob pena de frontal violação ao princípio da não culpabilidade, a partir da prolação de uma sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, tal fato já poderá ser sim considerado para efeitos de maus antecedentes no julgamento de outro processo. E não se pode mais afirmar a violação ao princípio da presunção de inocência porque já existe uma sentença de mérito de cunho condenatório, o que transforma a presunção de inocência em presunção de culpabilidade.

A nosso sentir, ter como parâmetro para a consideração de maus antecedentes a existência de sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, é a perfeita harmonização entre o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) e o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), em seu aspecto positivo.

O Estado foi incumbido do dever de salvaguardar a coletividade, de proteger de forma eficiente o cidadão, e o faz também por meio da persecução penal. Desconsiderar os maus antecedentes daquele cuja sentença condenatória pende de trânsito em julgado significa também afrontar o princípio da individualização da pena.

Não se pode tratar isonomicamente (e o princípio da individualização da pena é um consecutório do princípio da isonomia) pessoas que registram diversas condenações em sua folha penal daquelas que estão, pela primeira vez, envolvidas em um processo criminal. Deve-se, portanto, igualar os iguais, desigualando os desiguais, sendo a razão de desigualdade exatamente a presença de condenações criminais, ainda que não transitadas em julgado.

Defendemos, portanto, que a existência de processos onde já haja uma primeira sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, possa

ser considerado como maus antecedentes; e não haveria aí violação ao princípio da presunção de inocência⁷ eis que a presunção passaria a ser de culpabilidade. Busca-se, assim, conferir maior importância à sentença condenatória de 1^a instância, cujos efeitos atualmente são muito estreitos.

7. Merece, nesse aspecto, nossos elogios a “Lei da Ficha Limpa” (LC 135/2010), que tornou inelegíveis aqueles que forem condenados pelos crimes ali especificados, mesmo que não haja trânsito em julgado da decisão condenatória. Como se sabe, a proposta original de tornar inelegível o candidato a partir da condenação em 1^a instância sofreu emenda durante o processo legislativo, sendo que pela redação final somente a decisão de órgão colegiado produz tal efeito. Não deixou de ser, contudo, um grande avanço, avanço esse que só foi possível graças à iniciativa popular responsável pelo encaminhamento do projeto de lei ao Congresso Nacional. Temos, portanto, na “Lei da Ficha Limpa”, uma hipótese onde mesmo a decisão condenatória não tendo transitado em julgado, ela produz o drástico (mas necessário) efeito de tornar inelegível um cidadão.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA BUSCA DA AUTONOMIA DOS CONSELHOS DE SAÚDE. A QUESTÃO DA PRESIDÊNCIA

CARLA CARRUBBA,

DENISE DA SILVA VIDAL,

LEANDRO NAVEGA E VANESSA KATZ *

Resumo

O presente artigo se propõe a refletir a atuação do Ministério Público em prol da garantia do controle social e democrático do Sistema Único de Saúde, frente o papel que os Conselhos de Saúde, legitimados pela Constituição de 1988, desempenham como esfera autônoma de participação social, na produção nas políticas públicas, detectando preventivamente os problemas da rede de saúde e contribuindo, de forma independente e autônoma, na propositura de soluções que garantam a paz social, ao reunir o conjunto de forças sociais que influenciam nas decisões políticas. Importa, como instrumento de autonomia do Conselho, propondo-se como meta de atuação institucional, garantir a eleição de seu Presidente e recomendar o impedimento do exercício desta chefia pelo Secretário Municipal ou Estadual de Saúde, ajuizando-se representações por inconstitucionalidade ou ações civis públicas, conforme o caso.

Palavras-chave: Conselho de Saúde; controle social; autonomia; impedimento de chefia pelo secretário de saúde; prevenção de solução dos problemas da rede de saúde.

Introdução

Os anos que se seguiram a 1980 foram marcados pela cena pública de movimentos sociais articulados, empreendendo, na transição democrática, lutas pela conquista de novos espaços de participação política. O marco institucional no qual essas lutas se inscreveram foi a Constituição de 1988

* Promotores de Justiça de Tutela Coletiva do Estado do Rio de Janeiro.

que, entre outros mecanismos, determinou a criação de conselhos gestores com a participação social para elaboração e monitoramento de diversas políticas públicas. (Almeida, 2006, p.107).

Os Conselhos de Saúde foram regulamentados como espaços institucionalizados, para, além dos debates entre sociedade civil e política, efetuarem o controle social de políticas públicas na área de saúde.

O artigo propõe a atuação do Ministério Público, enquanto defensor da democracia participativa, em prol da autonomia dos Conselhos de Saúde e, assim, garantindo a manifestação efetiva de movimentos sociais que construam soluções equilibradas para efetivação do direito social à saúde e qualidade de vida.

Neste sentido, propõe-se o impedimento do exercício do cargo de Chefia pelo Secretário Municipal ou Estadual de Saúde, como forma de garantir a independência na fiscalização exercida pelo Conselho das ações de saúde, para, ao final, se pensar em mecanismos que auxiliem no funcionamento dos Conselhos, em moldes adequados, permitindo que Instituições, como o Ministério Público, com atribuição para a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, os defina de modo apropriado, inclusive como instrumento de vocalização das demandas sociais, podendo, em parceria com a sociedade civil representada nesses organismos, formular ajustes éticos e jurídicos extrajudicialmente ou judicialmente com os demais Poderes Políticos, através dos instrumentos processuais adequados.

1. Os Conselhos de Saúde na ordem social e jurídica brasileira: uma visão geral.

A previsão na Constituição Brasileira de 1988 da participação social no processo de decisões políticas e no controle social de políticas públicas inaugurou uma sistematização jurídica e constitucional de instâncias participativas e a edição de legislações nas esferas federal, estadual e municipal contemplando os Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde com o fim de efetivar o conteúdo da democracia direta.

Se vasta teoria e regras jurídicas existem sobre o tema, restou pouco investigada sua operacionalidade, especialmente sua função enquanto entes independentes e autônomos. A atividade resolutiva dos Conselhos da Saúde, uma vez assegurada essa autonomia e eficiência, pode vir a conferir um novo sentido à democracia como aquele proposto por Held, *uma concepção privilegiada do bem político porque oferece, ao menos na teoria, uma forma de política e de vida em que há formas justas de negociar valores e disputas, na qual aos indivíduos é permitido desenvolver seus projetos, individuais e coletivos como agentes livres e iguais.* (HELD, 2007).

Asseguradas as relações em seu interior, gerando legitimidade das decisões políticas e a representatividade da sociedade usuária dos serviços, o embate produtivo nessas agências pode ser campo profícuo de soluções novas para demandas particularizadas e locais, a serem propostas aos mandatários eleitos e a outros agentes, como o Ministério Público, para a definição de interesses difusos e coletivos e a pacificação social.

Na ordem jurídica brasileira, os Conselhos de Saúde estão previstos como órgãos colegiados e permanentes do Sistema Único de Saúde (SUS) que possuem composição, organização e competências fixadas na Lei Federal 8.142/90.

A Lei Orgânica da Saúde 8.080/90 regulamentou a participação popular na área de saúde já prevista na Constituição Federal de 1988 e com a aprovação da Lei 8.142/90, se definiu a participação da sociedade nas duas instâncias de pactuação do SUS: os Conselhos e Conferências de saúde. (Leitão, 2004, p.14)

Citando Correia (2000), Leitão (2004, p.14) trabalhou com o conceito de controle social como sendo o controle da sociedade sobre as ações do Estado e sobre o fundo público, o que está plenamente coerente com as atribuições fixadas na legislação para os conselhos que atuam na formulação e proposição de estratégias e no controle da execução das Políticas de Saúde, inclusive em seus aspectos econômicos e financeiros e monitoramento de sua eficácia.

Casuisticamente, compete ao Conselho Municipal de Saúde, dentre outras funções: deliberar, analisar, controlar e apreciar, no nível municipal, o funcionamento do Sistema Único de Saúde; aprovar, controlar, acompanhar e avaliar o Plano Municipal de Saúde; apreciar, previamente, emitindo parecer sobre o Plano e aplicação de recursos financeiros transferidos pelos Governos Federal, Estadual e do orçamento municipal consignados ao Sistema Único de Saúde; apreciar a movimentação de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde, no âmbito municipal e pronunciar-se conclusivamente sobre os relatórios de gestão do Sistema Único de Saúde apresentados pela Secretaria Municipal da Saúde; acompanhar e fiscalizar os procedimentos do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES, através de comissão de análise do FUMDES; apreciar a alocação de recursos econômicos financeiros, operacionais e humanos dos órgãos institucionais integrantes do Sistema Único de Saúde.

A Resolução 333 elaborada no ano de 2003, pelo Conselho Nacional de Saúde, implica na constatação de uma organização complexa, criando-se atribuições, comissões e necessidade de aparato técnico burocrático e previu ainda eleição para a Chefia do Conselho e na sua terceira diretriz que a ocupação de cargos de confiança ou de chefia que interfiram na autonomia representativa do conselheiro, deve ser avaliada como possível impedimento da representação do segmento e, a juízo da entidade, pode ser indicativo de substituição do conselheiro.

A realidade que tem sido apresentada na maioria dos Municípios é a previsão legal do exercício da Presidência dos Conselhos de Saúde pelos Secretários das respectivas pastas, sendo que o Secretário Municipal de Saúde é o principal ordenador das despesas do SUS, objeto de fiscalização pelo Conselho, bem como reúne as principais informações sobre o funcionamento do sistema de saúde, além de direcionar as reuniões plenárias e pautas a serem debatidas pelo Conselho, podendo vir a atuar maculando a autenticidade de manifestação dos movimentos sociais representados.

2. Da incompatibilidade entre as funções de Gestor e de Presidente do Conselho de Saúde.

Enquanto entes integrantes da estrutura básica do Ministério da Saúde e das Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com atribuição para exercer o controle social do SUS (Sistema Único de Saúde), sua função eminentemente fiscalizatória somente pode ser exercida se assegurada a efetiva autonomia do Conselho de Saúde. É fato que a autonomia real somente se torna possível, inicialmente, com a eleição de seu próprio Presidente pela Plenária.

Atenta à necessidade de efetividade na atuação dos Conselhos de Saúde, é que a Resolução CNS nº 333/03 estabelece como diretriz a eleição do Presidente do Conselho de Saúde (quarta diretriz, item VII). Esta é uma das diretrizes que encontra mais resistência em ser implementada nos Conselhos Municipais de Saúde, dada a dificuldade dos governos municipais de dividir o poder com outras lideranças sociais, ainda que legitimamente eleitas nas Conferências Municipais de Saúde.

A pesquisa *Monitoramento e Apoio à Gestão Participativa do SUS*, publicada no portal *ParticipanetSUS* (www.ensp.fiocruz.br/participanetsus) revelou que em 2007, apenas 70,91% dos Conselhos Municipais de Saúde do país elegem o seu Presidente. Dentre estes, 66,06% elegem os próprios gestores, ou seja, o Secretário Municipal de Saúde. E mais: 76,66% das eleições são abertas.

Ao refletir a necessidade de autonomia do Conselho, esta diretriz importa em observância ao Princípio da Moralidade, e, em última *ratio*, ao Princípio Democrático, ambos insculpidos na Constituição da República, o que torna as normas que não prevêem eleição inconstitucionais, criando um absolutismo perpétuo, inexplicável e antidemocrático.

Por outro viés, observamos que é comum mesmo aos Conselhos que elegem seus Presidentes, a eleição do Secretário Municipal de Saúde, o que, evidentemente, não assegura a preconizada autonomia desses organismos. Trata-se da possibilidade do Gestor se candidatar e, eventualmente, vencer o certame.

A admissibilidade da eleição poderia conferir uma roupagem democrática na escolha, enquanto na verdade, o Secretário sequer deveria poder se candidatar, visto que a acumulação de funções é totalmente incompatível com o princípio da moralidade.

Considerando que é papel do Conselho de Saúde a fiscalização e o controle dos gastos públicos nesta área, inclusive do Fundo de Saúde, bem como o encaminhamento de denúncias de irregularidades na aplicação dos recursos destinados à saúde e na execução das políticas públicas ao seu Plenário e a outros órgãos da administração pública, assim como ao tribunal de Contas e ao Ministério Público, dentre outras funções acima descritas, afigura-se como absolutamente incompatível o exercício da função de Presidente do Conselho pelo próprio Gestor, seja Secretário Estadual ou Secretário Municipal de Saúde, dependendo da esfera.

Exatamente pela mesma razão, a Resolução CNS nº 333/03 sugere impedimento ao conselheiro que exerce cargo em comissão, de confiança ou de chefia. A razão é simples: manter a autonomia representativa do conselheiro livre de qualquer interferência. Se assim é para o conselheiro, muito mais razão há para o impedimento do Secretário de Saúde ao cargo de Presidente do Conselho.

O exercício da presidência do Conselho pelo Secretário de Saúde, especificamente no âmbito Municipal, esvazia a idéia de democracia participativa na medida em que impõe uma ingerência indevida dos governantes no espaço reservado pelo poder constituinte ao exercício direto do poder pela sociedade civil, comprometendo a própria cidadania.

Conforme ensina Barroso (2001, P. 149), o “ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins.”

É paradoxal e a incompatibilidade é facilmente detectada por qualquer indivíduo médio. Na verdade, existe uma incompatibilidade constitucional absoluta no exercício da Presidência pelo Secretário de Saúde. Nessa linha, a acumulação dos cargos viola os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, findando por macular o próprio princípio republicano.

É da essência do princípio republicano o sistema de freios e contrapesos, vale dizer, o controle sobre os atos de um poder é exercido por outro poder. Em escala menor, os atos de um órgão ou instituição devem ser controlados não apenas internamente, mas também externamente, ou seja, por outro órgão ou instituição.

O controle social exercido pelos Conselhos, inovação trazida pela Carta de 1988, supera o sistema de freios e contrapesos - permite que o próprio povo, titular do poder, que delega a representantes eleitos democraticamente, exer-

ça quase que diretamente a fiscalização dos atos de seus mandatários na realização das políticas de saúde. Nesse sentido é que afirmamos que a Presidência do Conselho fiscalizador pelo próprio destinatário da fiscalização subverte a ordem republicana e constitui retrocesso intolerável, que deve ser enfrentado pelo Ministério Público a fim de garantir a observância por parte do poderes constituídos dos objetivos da República brasileira.

Vale consignar que, à luz das teorias jurídicas modernas sobre democracia e direito, a chefia do Conselho pelo Gestor fiscalizado e que dispõe do conhecimento técnico e político das matérias objeto de deliberação compromete também o princípio democrático, à medida que se torna instrumento de cooptação das forças sociais a serem permanentemente capacitadas para participarem dos debates propositivos.

Nessa perspectiva, a teoria jurídica desenvolvida por Jürgen Habermas introduz a concepção de que a gênese democrática do direito está no procedimento observado nesse espaço público de deliberação, que permite a avaliação normativa das políticas e ao lado da consolidação da democracia representativa dentro da qual o sistema impõe as normas, porém sua validade se afere no espaço de discussão. Discorre o autor que:

Porém, mudou o efeito ambivalente dos novos direitos que definem as prestações de vida aos usuários. Pois estes conseguiram fortalecer inequivocamente uma configuração autônoma e privada de vida, na medida em que os próprios beneficiários não se contentam em gozar das prestações garantidas de modo paternalista, engajando-se na interpretação dos critérios segundo os quais é possível estabelecer a igualdade jurídica face às desigualdades de fato. (Habermas, 1997, p.170).

E acrescenta citando Güenther:

No Estado social, o direito não pode diluir-se em política, pois, neste caso, a tensão entre facticidade e validade, que lhe é inerente, bem como a normatividade do direito, se extinguiriam: "O direito torna-se politicamente disponível, porém, ao mesmo tempo, ele prescreve para a política as condições de procedimento que ela tem que levar em conta para dispor do direito" .(Habermas, 1997, p.171).

A acumulação dos cargos viola ainda, como já mencionado, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Isso porque a confusão entre as figuras do fiscalizador com o fiscalizado impede, às escâncaras, a isenção necessária para a realização do controle sobre os atos do Secretário de Saúde, admitindo uma parcialidade incompatível com a arquitetura constitucional.

3. Conclusão

É por todas as razões expostas que se sustenta: 1 - a constitucionalidade das leis estaduais e municipais que preveem o exercício da Presidência do Conselho de Saúde pelo Secretário de Saúde; 2 - a incompatibilidade entre as funções de Gestor (Secretário de Saúde) e de Presidente do Conselho de Saúde; 3 - a impossibilidade de candidatura do Secretário de Saúde à eleição para Presidente do Conselho de Saúde.

Cabe ao Ministério Público, como guardião do Estado Democrático de Direito, verificar se a presidência nata do Gestor Público é previsão da própria lei, municipal ou estadual, ou, ainda do regulamento do Conselho. Em ambos os casos, é pertinente a expedição de recomendação ao Conselho para alteração da norma ou a propositura de Representação por Inconstitucionalidade da lei.

Caso a lei seja omissa quanto à Presidência, é pertinente a expedição de Recomendação pelo Ministério Público no sentido de que o Secretário de Saúde se abstenha de concorrer ao cargo de Presidente do Conselho, até que se efetive a alteração no regulamento, ou na legislação municipal ou estadual, que impeça o exercício da Presidência pelo mesmo.

Não sendo acolhida a Recomendação ministerial, indica-se a propositura de ação civil pública visando a afastar o Secretário Municipal de Saúde da Presidência do Conselho, com fundamento na absoluta incompatibilidade entre as funções, visto que, como já aduzido, o Conselho é órgão fiscalizador da execução da política de saúde nos seus aspectos econômico e financeiro e que, nesse passo, ofende a lógica e a moralidade atribuir-se ao próprio agente público fiscalizado, gestor das verbas da saúde, a presidência do órgão responsável pela fiscalização de suas contas, inclusive para fins de aprovação e recebimentos de outros recursos.

Referências Bibliográficas

LEITÃO, Sônia Nogueira. É Possível o Controle Social Controlar o Estado? Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal Fluminense, Niterói: [s.n.], 2004.

ALMEIDA, Carla. O marco discursivo da “Participação Solidária” e a nova geração de formulação e implementação de ações sociais no Brasil. In A Disputa pela construção democrática na América Latina/ Evelina Dagnino, Alberto J. Oliveira e Aldo Panfichi (orgs) – São Paulo: Paz e Terra, 2006.

PEREIRA, Rosana Araújo de Sá Ribeiro. Ministério Público intervindo para a execução de políticas sociais visando a promoção, proteção e recuperação da saúde pública. XVI Congresso Nacional do Ministério Público, Ministério Público e Justiça Social, Publicação da CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: CONAMP, 2005.

ROULAND, Norbert. Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. V – Direito e valores, pp. 223-317.

HELD, David (2007) “Autonomía democrática”, “La democracia, la nación-estado y el sistema mundial” em Modelos de democracia, Alianza Editorial, Madrid.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Volumes I e II. Rio de Janeiro: Ed.Tempo Brasileiro, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional. Ed. Saraiva, 2001.

Site consultado: **ParticipaNetSUS** - www.ensp.fiocruz.br/participanetsus

EXTINÇÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

DAMÁSIO DE JESUS

Tema importante em matéria penal, a prescrição integra a segurança jurídica, uma vez que, tendo efeito de extinguir a pretensão punitiva e executória, a interpretação de seus preceitos legais, quando estes não se mostram claros, pode livrar culpados das malhas da Justiça Criminal ou entregar a ela suspeitos ou acusados que deveriam ser liberados da persecução criminal¹.

Leis malfeitas ferem, além de outros, especialmente os princípios da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade. Quando não são facilmente compreensíveis, admitindo considerações diversas, permitem que fatos idênticos sejam apreciados de maneira diferente, com injusta absolvição ou condenação de acusados.

As disposições legais não devem permitir dúvida, pois os cidadãos têm o direito de saber quais os fatos que configuram crime, a qualidade e a quantidade das penas e o prazo durante o qual o Estado pode perseguí-los. Nos últimos tempos, entretanto, se nós, que estudamos Direito Penal há dezenas de anos, temos dificuldade em interpretar as novas leis brasileiras, como exigir que seus destinatários obedecam aos seus comandos?² Como diz LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, “as normas sobre a prescrição penal devem manifestar com claridade a concorrência dos requisitos que a definem e condicionam”³.

A Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, modificou o regime da prescrição penal, dispondo:

“Art. 1º. Esta lei altera os arts. 109 e 110 do... Código Penal, para excluir a prescrição retroativa.

[1] CARLOS REY GONZÁLES, *La prescripción de la infracción penal*, Madri, Marcial Pons, 1999, ps. 13 e 40.

[2] Sobre os destinatários das leis malfeitas: BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § 4º. Como se vê, a questão das normas mal elaboradas existe há muito tempo.

[3] *Compendio de Derecho Penal*, Parte General, Madri, Dykinson, 2009, p. 292, n. 2.

Art. 2º. Os arts. ... e 110 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 110.....

§ 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

§ 2º (Revogado).

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revoga-se o § 2º do art. 110 do Código Penal.”⁴

A lei nova extinguiu a prescrição retroativa?

De acordo com respeitável interpretação, a modificação operada nos §§ 1º e 2º do art. 110 do CP, disciplinando a chamada *prescrição retroativa*, proibiu seu reconhecimento no período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, mas não entre esse e a sentença ou acórdão condenatórios recorríveis. Assim, em parte, ela ainda subsiste.

Para os partidários dessa orientação, defendida por notáveis doutrinadores, a prescrição retroativa, antes da lei nova, podia ser reconhecida entre o fato e o recebimento da denúncia ou queixa e também entre este último termo e a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (ou da pronúncia, nos processos do Tribunal do Júri). Com a mudança, afirma essa posição, é vedada a contagem do prazo retroativo no período entre o fato e o recebimento da inicial acusatória (art. 110, § 1º, parte final, com a nova redação). Significa entender, portanto, que do início da fluência do primeiro lapso temporal, que ocorre a partir da data do fato criminoso até a primeira causa interruptiva, qual seja, o recebimento da denúncia ou queixa, somente poderá haver a prescrição pela pena máxima abstrata, a genuína prescrição da pretensão punitiva. A prescrição retroativa, contudo, ainda é admissível entre a denúncia ou queixa e a publicação da sentença, acórdão e pronúncia recorríveis. Além disso, como observa FERNANDO CAPEZ, a abolição parcial da prescrição retroativa ainda permite a forma virtual, contado o prazo “a partir do recebimento da peça inicial acusatória e a publicação da sentença condenatória.”⁵

[4] Observação: revogado o § 2º, o § 1º deveria ser transformado em parágrafo único.

[5] FERNANDO CAPEZ, Prescrição retroativa e a Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, in *Prescrição penal após a Lei. n. 12.234, de 05/05/2010*, São Paulo, publicação da Associação Paulista do Ministério Público, 2010, p. 38.

Para nós, entretanto, a Lei n. 12.234/2010 não excluiu somente um período prescricional antecedente por via da desconsideração do prazo presribente entre o fato e o recebimento da denúncia ou queixa. Aplicando interpretação gramatical, teleológica e sistemática, além do elemento histórico e de Política Criminal e, com isso, alcançando o sentido literal da norma (resultado), estamos seguramente convencidos de que ela *declarou* a extinção integral da prescrição retroativa⁶.

Não resta dúvida de que foi esta a *vontade do legislador*, como se vê nos trabalhos preparatórios do Congresso Nacional. Conhecemos a secular prevalência da vontade da lei sobre a de seu autor. Não se despreza, porém, que a *voluntas legislatori* seja apreciada como elemento auxiliar interpretativo⁷. Como afirmam NEY FAYET JÚNIOR e KARINA BRACK, ela é “mais um dado no fomento da discussão”⁸.

Analizando os novos textos, acreditamos que foi *vontade da lei* expulsar a prescrição retroativa da nossa legislação⁹. Há longo tempo interpretando leis penais, nunca vimos algo semelhante. Cientes da esperteza dos intérpretes na busca de brechas na lei¹⁰, os autores da inovação, agindo com dolo intenso, como dizia o CP em sua redação original, executaram a prescrição retroativa em quatro atos:

1. no próprio texto do art. 1º: “Esta lei altera os arts..., *para excluir a prescrição retroativa*” (itálico nosso), como interpretação autêntica;
2. no art. 110, § 2º (onde consta sua revogação);
3. no art. 4º (repete a revogação do § 2º); e
4. no art. 109, *caput*, suprimindo a anterior expressão “salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código” (itálico nosso).

[6] Sobre o valor da interpretação gramatical, lógica e do elemento histórico: RENÉ ARIEL DOTTI, *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo, capítulo VI.

[7] JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, Campinas, Bookseller, 1997, vol. I, p. 208. Dispõe o art. 9º, 1, do Código Civil português de 1966: a interpretação deve reconstituir, a partir dos textos, o pensamento legislativo.

[8] Da interrupção do curso da prescrição penal, in *Prescrição penal - temas atuais e controvertidos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 32, n. 2.2.2.1.

[9] Nossa posição não colide com a exposta em outros trabalhos, segundo a qual, no estágio atual da Justiça Criminal brasileira não seria conveniente extinguir a prescrição retroativa, pois constitui meio de punição da morosidade da entrega da prestação jurisdicional. Justiça rápida não precisa de prescrição retroativa.

[10] No Google, buscando “brechas da lei”, encontramos 1.200.000 resultados. Exemplos: “fumantes buscam brechas na nova Lei...”; “criminosos ficam impunes por causa de brechas na lei”; “brechas na Lei Seca”; “brechas da lei abrandam as penas”; “brechas da lei auxiliam cibercriminosos” etc. VALTER FOLETO SANTIN, fundamentando sua posição sobre o tema, menciona a expressão “brecha jurídica” ao analisar a nova redação do art. 110 do CP (Suspensão do processo por revelia e prescrição, in *Prescrição após a Lei. 12.234...* cit., p. 50).

Sem esquecer a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, que disciplina a elaboração legislativa, não há dúvida a respeito da intenção legislativa da inovação: dispôs quatro vezes sobre a vontade de extinguir a prescrição retroativa. Esse detalhe não é comum, pois normalmente as leis mencionam o seu objetivo somente na ementa, não em seus dispositivos de comando. Na ementa, o legislador diz a que se propõe a lei; nesta, consta o proposto. Em matéria penal, diríamos que na ementa encontramos o elemento subjetivo do tipo (o antigo dolo específico); no texto, a ação. E não ficou só na vontade, como veremos.

Antes da lei nova, o art. 110 dispunha:

“§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.”

Tínhamos, nessa norma, a chamada prescrição superveniente. Ocorre que o § 2º do mesmo artigo, considerado fonte legal da prescrição retroativa¹¹, dispunha:

“A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa”.

Apresentavam-se, nesses dois parágrafos supra, duas espécies de prescrição:

1ª. - a superveniente (§ 1º) e

2ª. - a retroativa (§ 2º, c/c. o § 1º).

O § 1º, considerado isoladamente, só previa a prescrição superveniente. De ver-se que, em face da remissão a ele feita pelo § 2º, este, fonte da prescrição retroativa, passou a condicionar sua existência àquele. Para nós, diante da lei nova, como o § 2º do art. 110 foi revogado, desapareceu a forma retroativa, restando somente três formas de prescrição penal em nossa legislação:

1ª. - a que atinge a pretensão punitiva (art. 109);

2ª. - a da pretensão executória (art. 110, *caput*) e

3ª. - a superveniente ou intercorrente (art. 110, § 1º, primeira parte).

[11] O referido § 2º sempre foi considerado a origem legal da prescrição retroativa (VÁLTER KENJI ISHIDA, Primeiras reflexões sobre a prescrição retroativa e a novíssima Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, in *Prescrição penal após a Lei n. 12.234* cit., p. 16, III). O legislador, em hipótese de norma remissiva, aproveitou parte da disciplina da prescrição superveniente (*para frente*) ao editar a retroativa (*para trás*).

A forma retroativa não sobreviveu (por inteiro). A não ser assim, mostra-se estranho que a lei nova a permita num período e a proíba em outro. Como dissemos, a nós causaria surpresa se a lei nova continuasse a punir com a prescrição retroativa a desobediência ao princípio constitucional da duração razoável do *processo*, de cunho garantista e fundado na proporcionalidade e no respeito à dignidade humana¹², e não castigasse a demora da ação persecutória na fase *policial*¹³.

Possuindo natureza de coibir a morosidade da persecução penal, impondo como sanção a extinção da punibilidade, cremos fora de propósito que punisse a lentidão na fase processual e não a penalizasse entre o fato e a denúncia ou queixa. Qual a conveniência em permitir uma só forma de prescrição durante a investigação, qual seja, a da pretensão punitiva pela pena em abstrato, e admitir três durante o processo (a da pretensão punitiva propriamente dita, a retroativa e a virtual)? Onde, no vigente § 1º do art. 110, consta que a pena concreta, na ausência de recurso da acusação ou desprovido seu recurso, possui efeito retroativo? Sabido que a prescrição retroativa se encontrava no antigo § 2º do art. 110, revogado este, desapareceu aquela. Em nenhum momento, nos arts. 109 e 110 do CP, há referência à retroatividade da pena concreta. Na primeira parte do § 1º do art. 110 encontramos somente permissão à prescrição superveniente. A segunda parte da disposição, segundo cremos, não autoriza a compreensão de que admite a prescrição retroativa parcial.

Entender que ainda é possível a prescrição retroativa no período entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença, sendo proibida entre a data do fato e a do recebimento da acusação formal, é infringir o princípio constitucional da proporcionalidade. A aceitar-se, será permitir flagrante desproporção na consideração dos períodos prespcionais de igual extensão temporal.

Na interpretação, ensinava HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, o elemento sistemático é também valioso e deve ser levado em conta. Como o ordenamento jurídico constitui um todo unitário, a disposição a ser interpretada deve ser posta em correlação com as outras que com ela se relacionam¹⁴, de modo a não prejudicar a harmonia do ordenamento legal.

A crença de que a forma retroativa sobreviveu, embora parcialmente, irá causar sérias dúvidas de interpretação em outras normas do nosso “sistema de prescrição penal”, como:

[12] GUILLERMO J. YACOBucci, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 353, § 50 (“Proporcionalidad y duración del proceso”).

[13] Sobre o assunto: ROGÉRIO SANCHES CUNHA, Lei n. 12.234/10: considerações iniciais, *in Prescrição após a Lei. n. 12.234...* cit., p. 31.

[14] *Lições de Direito Penal*, A nova Parte Geral, Rio de Janeiro, Forense, 8^a. ed., 1985, p. 8. n. 76.

1. Transitando em julgado a sentença condenatória para a acusação ou desprovido seu recurso, como a pena não pode mais ser aumentada, a concreta substitui a abstrata, verificando-se o prazo prescricional retroativo entre os termos fato-recebimento da denúncia ou da queixa e recebimento da denúncia ou da queixa-sentença. Isso quer dizer que, adotada a orientação liberal, o prazo entre o fato e a sentença, que antes era válido para a prescrição da pretensão punitiva, não o é para a retroativa (art. 111, I, do CP).
2. Nos termos do art. 117, I, do CP, a prescrição se interrompe pelo recebimento da denúncia ou da queixa. Acatada a orientação benéfica, conclui-se que na prescrição retroativa esse termo não é interruptivo e sim “a quo”.
3. À vista do art. 117, § 1º, 1ª. parte, no concurso de pessoas, entendida parcialmente sobrevivente a forma retroativa, como fica a questão da comunicabilidade da interrupção da prescrição entre os concorrentes?
4. A aceitar-se a tese liberal, suponha-se um crime de lesão corporal leve cometido na vigência da Lei n. 2.234/2010, podendo ocorrer a prescrição da pretensão punitiva em quatro anos. Três anos e meio depois do fato é recebida a denúncia, interrompendo-se o prazo (de quatro anos); três anos e meio após o recebimento da denúncia, vem o réu a ser condenado no mínimo legal, três meses de detenção, não recorrendo a acusação ou vindo a ser improvido seu recurso. Nesse caso, o prazo prescricional, que era de quatro anos (art. 109 do CP), passa a ser de três, nos termos do art. 109, VI, alterado pela referida lei. Como decorreram mais de três anos entre a denúncia e a sentença, seria caso de aplicação da prescrição retroativa. A adoção dessa orientação mostra que entre o fato e o recebimento da denúncia não pode ser reconhecida a prescrição retroativa, mas nada impede sua declaração entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória. Existe razão para a distinção?

Qual, então, o motivo da proibição contida na parte final do § 1º do art. 110? Haveria fundamento para a nova lei somente impedir a consideração do prazo retroativo antes da denúncia ou da queixa? Apresentando-se dois períodos prescricionais, não se poderia interpretá-la no sentido de que, coibindo a forma retroativa no primeiro, estar-se-ia admitindo seu reconhecimento no segundo? Pensamos que o texto não foi editado especialmente para obstruir a prescrição retroativa, o que já o fizera em outras partes da lei, especialmente revogando a sua fonte, o § 2º do art. 110. Para nós, o referido parágrafo (§ 1º), em sua parte final, não pretendeu tratar da prescrição retroativa e sim de sua variante doutrinária e jurisprudencial, a virtual. A lei nova quis estender a vedação da forma *mater* à sua vertente, a chamada prescrição “virtual” ou “projetada”, adotada no passado pela chefia do Ministério Público de São

Paulo¹⁵, a qual já havia sido proibida pela Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça¹⁶.

Enquanto a prescrição retroativa exige uma sentença ou acórdão condenatórios¹⁷, a virtual ou antecipada os dispensa. Nesta, em face dos elementos contidos nos autos, a acusação, considerando que a prescrição retroativa irá ocorrer, desde logo, antes da denúncia, a requer. Supõe, sem o devido processo legal, em perspectiva, a condenação do réu e qual a ser aplicada (pena presumida, hipotética), atitude em flagrante contradição com a Constituição Federal. Era a interpretação que a norma permitia antes da lei nova. Diante da desconfiança de que, sob diverso fundamento, como o da falta de justa causa para a ação penal¹⁸, ainda se entendesse admissível levar-se em conta a morosidade da prestação jurisdicional durante o prazo entre o fato e a denúncia ou queixa para a declaração do encerramento da persecução penal, a lei quis deixar claro que também não a acolhe *por qualquer razão*. Por isso mencionou “não podendo, *em nenhuma hipótese...*” (grifo nosso).

O § 1º. do art. 110, em sua primeira parte, menciona que a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. Por que, então, diz que a pena concreta não pode, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da *denúncia ou queixa* e não do *recebimento* dessas peças, sabido que somente este interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva (CP, art. 117, I)?

A adotar a tese benéfica, como o recebimento da denúncia ou da queixa interrompe o prazo prescricional, o intérprete teria que aceitar erro da lei ao desconhecer a existência de efeito diverso, em matéria de prescrição, entre seu oferecimento e recebimento. Não houve, contudo, erro do legislador nem da

[15] Decisão do então Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo publicada no Diário Oficial de 25 de novembro de 1994, p. 54, acolhendo pedido de arquivamento de inquérito policial com base na prescrição virtual e falta de justa causa para a ação penal. Não é, entretanto, a orientação atual da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo (ANDRÉ ESTEFAM, *Direito Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 2009, p. 475). Há no Congresso Nacional dois Projetos de Lei introduzindo a prescrição virtual no CP (informação de NADIR DE CAMPOS JÚNIOR, Prescrição virtual para desafogar o Judiciário: inaplicabilidade, *in Prescrição após a Lei n. 12.234...* cit., p. 3).

[16] Súmula 438 do STJ: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

[17] LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, *Questões penais*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 194; DAMÁSIO DE JESUS, *Prescrição Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 19ª. ed., 2010, ps. 155 e 163.

[18] No tema da prescrição virtual, no sentido da falta de justa causa para a ação penal como razão de pedir: CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, *Código Penal comentado*, Rio de Janeiro, Renovar, 7ª. ed., 2007, p. 318. Vide também: AFONSO JAWSNICKER, *Prescrição penal antecipada*, p. 28, citado por RENÉ ARIEL DOTTI, ob. cit., p. 773; e JAWSNICKER, mesmo título, *Consultor Jurídico*, 25 de abril de 2010.

lei. Ocorre que não mais se permite à acusação obter, com fundamento na prescrição virtual, o arquivamento de inquérito policial *antes da denúncia ou da queixa*. Por isso, a norma mencionou somente denúncia e queixa, não desconhecendo o legislador os efeitos da distinção entre seu “oferecimento” e “recebimento”.

A nova disciplina, disposta em *novatio legis in pejus*, não se aplica aos fatos cometidos antes da entrada em vigor da Lei n. 12.234/2010, que ocorreu no dia 6 de maio (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único).

REFLEXÕES SOBRE OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E O ESTADO POLICIAL: A QUEM INTERESSA?¹

FERNANDO ANDRÉA²

I. INTRODUÇÃO

Recentemente, discussões, sobre a necessidade de serem instituídos mecanismos de efetivação do controle social sobre os meios de comunicação, vêm dominando os espaços públicos, privados e acadêmicos.

O debate, que deita raízes na própria concepção de democracia, foi trazido agora à baila, a partir de movimento legislativo, verificado no âmbito de vários estados de nossa Federação, como, por exemplo, Ceará e Rio de Janeiro, em que surgiram propostas concretas de criação de Conselhos de Comunicação Social, com aquele fim precípua.

Sob o atual enfoque dado ao assunto, chamam a atenção alguns pontos. Primeiro, a confusão que impera no que concerne à distinção a ser feita, quando se trata de meios de comunicação, entre, de uma banda, os *jornais*, que nada mais são do que manifestação encarnada da liberdade de expressão, consubstanciada em material impresso, e, de outra banda, a *televisão* e o *rádio*, que, por serem serviços públicos, podem e devem ser objeto de políticas públicas, visando o interesse comum. Segundo, a curiosa presença do Ministério Público na composição dos mencionados Conselhos, que, de acordo com as propostas apresentadas, terá assento obrigatório.

A propósito do tema, inúmeras reflexões, com espectros variados, poderiam ser aqui feitas. Não as farei, deixando ao leitor espaço para as suas. Destacarei, contudo, tópico específico, referente à importância da atuação planejada dos meios de comunicação, quando abordam questões como a violência e a

1. Este trabalho, em suas linhas gerais, foi apresentado no Seminário Impasses da política criminal contemporânea, organizado, pelo Ministério da Justiça em parceria com o Instituto Carioca de Criminologia e o Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos da UFRJ, realizado em junho de 2009.

2. Professor e Membro do Ministério Público/RJ.

política criminal, o que acaba contribuindo para a instituição, do que denominado de Estado Policial.

II. CONTORNOS DA QUESTÃO

Encontramo-nos, em um momento crítico, em que a *política criminal* não pode mais se resumir a discursos pueris, restritos, por motivos ideológicos, a uma *política penal*, que faz dos operadores do direito marionetes, a representar papéis, cujos contornos são debuxados nos bastidores de grandes movimentos como, por exemplo, aquele de todos conhecido e intitulado "*Law and Order*".

É nosso dever, em verdade, questionar tais práticas, que encontram máxima expressão em políticas como a da "tolerância zero" e em teorias como a "das janelas quebradas".

É a ideologia do *repressivismo saneador*, no dizer de AURY LOPES JR.³, propagada pelos meios de comunicação, que, exacerbando o medo nos indivíduos, através da espetacularização⁴, faz com que a criminalidade apareça como nosso problema mais significativo.

Aliado a isso, está o papel decisivo, desempenhado, neste processo, pela mídia, que, em manifestação de violência simbólica, cria o estereótipo do criminoso.

Tão extremada é esta postura, como aponta VERA MALAGUTI⁵, que aquele que ousar incluí-lo na categoria de cidadão estará cerrando fileiras com o caos e a desordem, e será, por isso, temido e execrado.

Por outro lado, o discurso punitivo, difundido pelos meios de comunicação de massa, que se debruça sobre a necessidade do aumento das penas e o cerceamento das garantias fundamentais, consegue angariar apoio ao indicar sua eficiência na contenção da criminalidade, sempre apresentada como maior mal a ser combatido.

Sobre este ponto, com o intuito de lançar luzes sobre a questão, cabe invocar o magistério do Prof. ZAFFARONI⁶, quando pontua a existência de um víncu-

3. LOPES Jr. Aury. Introdução crítica ao processador penal – Fundamentos de instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004 – p. 15.

4. DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo: Comentários sobre a Sociedade do Espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

5. BATISTA, Vera Malaguti. Difíceis ganhos fáceis. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

6. ZAFFARONI, E.Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

lo entre o discurso de repressão à delinqüência, praticado pela mídia, e a política econômica capitalista, de caráter *neoliberal*.

Apesar de a legitimação do sistema penal pela imprensa não ser algo exclusivo do contexto político-econômico em que vivemos, há, hodiernamente, uma especificidade nesta relação, que se torna compreensível pelo compromisso dos meios de comunicação, pertencentes a poderosos grupos econômicos, com o projeto neoliberal.

Daí a importância capital daquilo que o Prof. NILO BATISTA⁷, com propriedade, denomina como o novo *credo criminológico* da mídia, cujo núcleo reside na idéia de glorificação da pena: acreditam, diz ele, antes de mais nada, na pena como rito sagrado de solução de conflitos sociais.

Transforma-se, desse modo, a *questão social* em caso de polícia⁸, obnubilando a percepção sobre a situação daqueles, convenientemente, rotulados como socialmente indesejáveis.

Ressalte-se que a prática não é nova, bastando invocar, a título de ilustração, aquilo que ocorreu, no início do século passado, com o discurso médico-policial, que, devassando corpos e casas, foi encampado pela elite brasileira, com suporte da imprensa, como forma de conter as ameaças provenientes das massas, que se aglomeravam nos centros urbanos⁹.

Ora, por meio da atual vinculação entre a mídia e o sistema penal, instaura-se uma disputa desigual entre o discurso criminológico acadêmico e o discurso criminológico midiático, de caráter hegemônico, que se apresenta como capaz de satisfazer a demanda, do empreendimento neoliberal, pela instituição de um poder punitivo capilarizado, que exerce o controle penal dos contingentes humanos, por ele marginalizados¹⁰.

O sucesso de tal empreitada é garantido, na medida em que os meios de comunicação atuam como agentes políticos, idôneos para moldar a opinião pública, que se forma como resultado daquilo que é noticiado sobre os fatos, a partir de formas próprias de percepção do real, escamoteadas pelo mito da objetividade, que encobre as condições sociais de produção de sentido.

Nesta linha, promove-se a defesa de um Estado Penal máximo, em detrimento do Estado Social, no qual a “onda punitiva”, com a força caudalosa de um tsunami, abarca, de forma inexorável, as consequências nefastas da misé-

7. BASTISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no capitalismo tardio. Disponível em www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistemapenal.pdf. Acesso em: 27 de maio de 2009.

8. BORGES, Wilson Couto. Criminalidade do Rio de Janeiro: A imprensa e ao (in)formação da realidade. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

9. SALEM, Marcos David. “A polícia na República Velha: a serviço das classes dominantes” in Discursos Sediçosos nº 15/16. Rio de Janeiro: Revan.

10. WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ria, decorrentes deste modelo político-econômico, levando-se a cabo a perseguição, inevitável, dos inconvenientes sociais¹¹.

Saliente-se que, neste contexto, não há a adoção de políticas públicas, que procurem alterar ou reduzir, efetivamente, as condições adversas, que atingem a população marginalizada. Pelo contrário, a necessidade de contenção daquela encontra na prisão, a instituição capaz de controlar e confinar os elementos considerados perigosos.

Este regime, que, como se sabe, deita raízes no consenso de Washington, promove, de uma lado, a abertura dos mercados e as grandes privatizações, mas, como não poderia deixar de ser, procura, de outro, realizar a subjugação do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Com base na distinção, estabelecida por FERRAJOLI¹², entre modelo garantista e modelo autoritário, no que se refere à rigidez dos limites impostos ao Poder Estatal punitivo, que se relaciona, diretamente, com as noções de Estado de Direito e Estado Policial, é possível perceber que, no caso brasileiro, o projeto neoliberal ultrapassou metas restritas, a princípio, ao campo da criação de um direito penal ou processual penal de emergência, para abalar os alicerces do próprio Estado Democrático de Direito.

Refiro-me, especificamente, a EC nº 45/2004, chamada de Reforma do Judiciário, que, em seu bojo, incorporou fórmulas, sugeridas por estudos patrocinados pelo Banco Mundial, como forma de assegurar a rápida e livre circulação do capital internacional, investido na América Latina¹³, afastando os obstáculos judiciais ao desenvolvimento do setor privado¹⁴, que, segundo a *lex mercatoria*, precisa de ambientes favoráveis e previsíveis¹⁵.

Neste sentido, foram instituídos, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, que acabam por infirmar a independência dos magistrados e dos membros do MP, necessária para o funcionamento do regime democrático.

11. SILVEIRA FILHO. Sylvio Lourenço. "Neoliberalismo, mídia e movimento de lei e ordem: rumo ao Estado de Policia" in *Discursos Sediciosos* nº 15/16. Rio de Janeiro: Revan.

12. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

13. MACIEL, Claudio Baldan. "O juiz independente no Estado Democrático" in *Revista Cidadania e Justiça*, 1º semestre 2000, p. 67 e seguintes

14. FERREIRA, Sergio de Andréa. "O Ministério Público na Emenda Constitucional nº 45/2004" in *Revista Forense*, vol. 378, p.69.

15. Sobre as consequências econômicas da atuação de um Poder Judiciário Independente, mencione-se o interessante estudo "Credit, Interest and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil" in *Inflation targeting, debt, and the Brazilian experience: 1999 to 2003*. GIAVAZZI, Goldfain(ORG.), no qual que relaciona o desenvolvimento financeiro de um país com o grau de proteção nele oferecido às expectativas dos credores.

Observe-se que, dos documentos do Banco Mundial¹⁶, consta, expressamente, a recomendação da utilização da mídia para formação de uma opinião pública favorável à mencionada reforma.

II. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta conjuntura merece reflexão por todos que, de alguma forma, têm responsabilidade na aplicação da lei penal.

Saliente-se que um dos problemas que se pode identificar no pensamento jurídico brasileiro é o da importação ampla e acrítica que se costuma fazer de conceitos e teorias criados dentro de realidades substancialmente diferentes da nossa, caracterizando o *mimetismo cultural*, já apontado por SCHWARTZ¹⁷.

Ora, se afigura necessário trazer para o contexto da realidade brasileira a discussão em torno dos temas jurídicos, dentre os quais o da política criminal.

Nesta perspectiva, a exemplo do que foi produzido no campo cultural pelo movimento antropofágico modernista, buscar-se-ia, então, abrasileirar teorias jurídicas alienígenas, não por xenofobia, mas sim pelo reconhecimento de nossas características próprias, de cunho histórico, político e econômico.

Desse modo, e em contraposição aos célebres exemplos de juízes míticos Hércules e Hart, criados por RONALD DWORKIN, se poderia imaginar a figura do juiz Macunaíma, sobre o qual caberia aos juristas brasileiros refletir, sempre respeitando nossas idiossincrasias, como, por exemplo, o fato de ser o nosso sistema penal de capitalismo tardio.

16. Documento Técnico nº 319.

17. SCHWARTZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2000, p. 26.

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

FERNANDO TOURINHO FILHO *

O objetivo deste trabalho é procurar prestar uma colaboração aos estudos sobre a reforma do nosso Código de Processo Penal. O anteprojeto de autoria da Comissão de Juristas tem seus altos e baixos. Há muita coisa boa. Por outro lado, o nosso estatuto processual penal, nesses sessenta e nove anos de vigência, já sofreu várias reformas pontuais, algumas devendo continuar e outras merecendo melhor estudo, de que é exemplo a decretação da prisão preventiva para assegurar as medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica, mesmo porque, ainda segundo o Projeto da Comissão de Juristas - e nesse particular merece louvores - a preventiva deve ser decretada quando o criminoso estiver perturbando a instrução criminal ou para garantir a eficácia da condenação, e nenhuma dessas circunstâncias ocorre quando o Juiz determina medida protetiva de urgência. Nesse caso, bem poderá o Juiz, à semelhança do que se dá com o alimentante inadimplente, determinar a prisão daquele que estiver obstaculizando o cumprimento da medida protetiva de urgência. Efetivada a medida, cessará imediatamente o ato constritivo de liberdade. Entretanto, mal foi apresentado o Projeto, veio a Comissão Temporária de Estudos da Reforma do Código de Processo Penal - analisando uma série de projetos que estavam ali sem andamento, conglomerou-os - e voltou a permitir a preventiva (que é medida cautelar) para "garantir à ordem pública" e a "ordem econômica".

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no seu art. 9º, deixou claro que "la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia" (José Daniel Cesano, *El nuevo derecho procesal penal*, Peru: Ara Editores, 2010, p. 25). E antes, à p. 22, observou o mestre: "La prisión preventiva debe responder únicamente al res-

* Promotor de Justiça aposentado e Prof. de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Araraquara/SP (UNIARA).

guarda de una finalidad procesal... la detención preventiva, como medida cautelar, solo puede tener fines procesales".

Qual a ligação entre ordem pública ou econômica e processo? Onde a cautelaridade, nesse caso? Ordem pública chega a ser expressão polissêmica, tão grande a variedade de sentidos... e apresenta uma certa dose de subjetividade: crime bárbaro (ordem pública), desrespeito à autoridade (ordem pública), satisfação à sociedade (ordem pública)... E por aí vai... Enfim: há necessidade de um ajuste do nosso diploma processual penal adequado à nossa realidade, sem novidades que possam dificultar sua aplicação. O que interessa é a praticidade. O que vale a pena é a simplicidade. Elaborar a lei com os pés no chão, cientificando-se da nossa estrutura. O grande Des. Amilton Bueno de Carvalho, citando Altavilla, evocou a lição de Maomé que " a lei é para facilitar a não entorpecer" (Magistratura e direito Alternativo, Luam, 3^a ed. P. 63).

A nossa Lei de Execução Penal é uma pérola. Dá inveja a qualquer país. Mas a realidade é bem diversa. Diz o seu art. 85: "**O estabelecimento penal deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade...**". E o que vemos diuturnamente é uma superpopulação carcerária que causa horror à pessoa mais insensível. O art. 88: "**O condenado será alojado em cela individual, que conferá dormitório, aparelho sanitário e lavatório...** A área mínima da cela é de 6 m²". Quanta hipocrisia! Numa cela que comporta 1 ficam 8 ou 10 presos... Em Pinhais, próximo a Curitiba, numa cadeia que comporta 40 presos há 180. Das 1.800 unidades prisionais existentes no Brasil, apenas 100 não podem ser criticadas. As demais não possuem celas individuais. O vaso sanitário serve a 15 ou 20 presos numa cela coletiva... à vista dos demais. Em outras, são bacias turcas, em que as necessidades fisiológicas são feitas de cócoras. Numa cadeia para 80 presos ficam 250 ou mais. A reportagem da TV Record no Espírito Santo mostrou para todo o Brasil, estarrecido, o tratamento dado aos presos em suas penitenciárias e *containers*... Estes são usados, também, no Paraná, Santa Catarina e Pará. Em cada *container* há beliches, trelices e até quadriliches... Daí as sucessivas rebeliões que a imprensa televisiva quase diariamente leva aos nossos lares, deixando todos contristados.

E mesmo no Estado mais rico da Federação, a situação de precariedade das penitenciárias não é diferente... Cada uma das penitenciárias criadas pela União, em Mossoró, Catanduvas, Campo Grande e Porto Velho, comporta apenas 208 presos. Quando a população carcerária ultrapassa a casa dos 480 mil, percebe-se a insignificância da contribuição da União.

O Boletim da AASP, de 21-1- 2011, noticiou que no Estado de São Paulo há 152,4 mil pessoas com ordem de prisão expedida pela Justiça... E se presos forem irão para onde?

Não podemos nem devemos elaborar um diploma de tamanha importância para ser citado no exterior, ou viger apenas nas grandes comarcas; ele

deve vigorar também nos pequenos e longínquos foros espalhados por esses brasis afora, cujos meios de comunicação, seja por via terrestre, seja por via fluvial, todos conhecemos e lamentamos, mesmo porque “o processo penal reger-se-á em todo o território nacional por este Código”.

Atento, pois, exclusivamente à nossa vida forense, apresentamos esta colaboração.

Os que conhecem a Lei de Execução Penal sabem que entre ela e a realidade brasileira há um verdadeiro abismo. É completamente diferente do que ocorre nas nossas penitenciárias. Por isso mesmo, e com muito mais razão, devemos dar aos operadores do Direito um instrumento simples de aplicação da lei penal, sem prejuízo da observância da melhor doutrina e da melhor orientação dos nossos Tribunais Superiores. Algo, enfim, que não cause uma mudança brusca, e às vezes impraticável, no dia a dia forense.

Suprimimos o Juiz de Garantias. Por acaso o Juiz de Garantias pode impedir a rudeza de alguns Delegados? Poderá, tanto quanto o Juiz que vai presidir a instrução. Por que complicar quando se pode simplificar? De que adiantam todos esses cuidados com o “investigado” para, após a condenação, ser o infeliz lançado como farrapo humano num ambiente insalubre e sem a menor condição de higiene, negando-se-lhe um mínimo de dignidade? A mesma dignidade proclamada no art. 1º, III, da Magna Carta como um dos seus princípios fundamentais... O art. 5º, III, da CF dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. E o Estado de Direito, com o seu regime penitenciário, respeita esse princípio e esse direito fundamental? De que servem essas garantias judiciais se a justiça, como assinala Cafferata Nores no seu *Proceso Penal y Derechos Humanos* (Buenos Aires, 2000, p. 199/200), “se detém nas portas dos cárceres?”. Dante Alighieri, ao cuidar do Inferno, dizia: “*Lasciate ogni speranza, voi ch'entrate*” (Deixai toda a esperança, ó vós que entráis!) (La divina commedia, Milano, Editore Libraio della Real Casa, 10ª ed. 1938, Canto Terzo, n.º9). E é precisamente o que ouvem aqueles que são condenados definitivamente.

O nosso Código de Processo Penal não deve conter disposições mirabolantes nem empavonadas, uma vez que a grande maioria das nossas comarcas tem apenas um Juiz (quando tem...), de sorte que teríamos uma aplicação desunificada do CPP, a menos que venham a ser criados cargos de “Juiz de Garantias”, com evidente sangria aos cofres públicos, já maltratados, em detrimento do bem-estar da população carente e sofrida, que no Brasil assume proporção bem significativa, para não dizermos alarmante, e sem nenhum proveito, porquanto o Juiz de Garantias é aquele que não investiga. O que investiga não julga. Aí, sim, teríamos o pretendido Juiz de Garantias. Esse sim é o verdadeiro Juiz de Garantias, e o Brasil não tem estrutura para manter um Juiz para instruir o processo e outro para julgá-lo. O papel do Juiz das Garantias seria semelhante ao do leitor que tirasse da sua biblioteca um livro, lesse

e sobre ele fizesse um juízo de valor. *Mutatis mutandis*, seria assim no Processo Penal: concluída toda a investigação policial e instrutória, os autos seriam remetidos a outro Juiz, para proferir o julgamento. Aí, sim, teríamos o verdadeiro Juiz das Garantias.

Mesmo que se pretenda criar esse Juiz de Garantias tupiniquim, preferimos, mil vezes, a lição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a partir do precedente "Le Compte - Val Leuven - De Meyere vs. Bélgica": o juiz é imparcial até que se demonstre o contrário. A propósito, Marcelo Sancinetti, *La violación a la garantía de imparcialidad del tribunal* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 18) e José Daniel Cesano (op. cit., p. 37). Partindo desse princípio adotado no primeiro mundo, e sabendo nós que o nosso diploma não permite que o Juiz de instrução e julgamento possa proferir sentença condenatória respaldado apenas nas investigações pré-processuais, para que esse Juiz de Garantias?

Para impedir o uso de algemas, desnecessariamente, em pessoas que conseguiram certa projeção, apenas para delírio de alguns desafortunados e "furos" de reportagens? Os casos de Jader Barbalho e dos Presidentes do Tribunal de Justiça e da Assembléia Legislativa de Rondônia ainda estão na memória. Para esses casos já existe solução: ela está no art. 4º, alínea b, da Lei n. 4.898/65: "Constitui também abuso de autoridade, b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei". E o uso de algemas só é permitido em casos excepcionais. Desde o Império que era assim, como proclamava o art. 28 do Decreto n. 4.824 de 22-11-1871: "O preso não será conduzido por cordas, algemas ou cordas, salvo o caso extremo de segurança que deverá ser justificado pelo condutor; e quando não o justifique será multado na quantia de 10 a 50 mil réis...".

O Ministério Público que processe o desastrado policial. Foi a Autoridade Policial que procedeu, sem ordem judicial, à "interceptação telefônica"? Aí está o art. 10 da Lei n. 9.296/96 punindo a Autoridade sem freios. A Autoridade Policial atentou contra a liberdade de locomoção, procedeu à busca domiciliar sem autorização judicial, violou o sigilo da correspondência, atentou contra a incolumidade física do cidadão? Aí está o art. 3º da Lei n. 4.898/65 para punir a Autoridade despótica, discricionária... E evidentemente não há necessidade de um Juiz de Garantias para coibir esses abusos. Cumpre, isto sim, ao Ministério Público, no mínimo, levar tais fatos ao conhecimento do Juiz, ou ele mesmo requisitar a instauração de inquérito contra a Autoridade discricionária.

Ademais, quem conhece o sertão nordestino, o interior do norte do País, sabe que o Juiz de Garantias é uma utopia. Dezenas e dezenas de comarcas nem sequer têm Juízes e Promotores titulares... No substitutivo ao Projeto, acenou-se com a possibilidade de as Leis de Organização Judiciária preverem a indicação do Juiz de Garantias, à semelhança do que ocorre com as substi-

tuições automáticas nos casos de impedimentos e suspeição... Esses casos são raros, e, quando ocorrem, o Juiz substituto se desloca até a comarca para atuar em nome do suspeito ou impedido. Num País cujas comarcas, às vezes, distam dezenas de quilômetros de distância uma da outra, qual seria o Juiz de Garantias? Houve quem dissesse que a adoção do Juiz de Garantias representava uma "garantia da legalidade da fase pré-processual". Por acaso essa legalidade não é observada sem a figura do "Juiz de Garantias"? Que poderá fazer o "Juiz de Garantias" que não possa fazer o Juiz a quem for distribuído o inquérito? Se o fato é grave e imprescindível a escuta telefônica, o Juiz autoriza, seja ele o de Garantias ou o do processo. O mesmo se diga em relação a todas as medidas cautelares. Quando o Juiz profere a sua decisão fica atento para os atos instrutórios, e não para os da investigação ou inquérito. Com razão a Corte Suprema da Argentina observou: "La mera circunstancia de que un juez cumpla la función de instruir y de juzgar no significa, *per se*, una violacion a la garantía del juez imparcial, la cuestión depende de las particularidades del caso concreto", enfatizando em seguida: "las medidas cautelares dictadas durante el curso del procedimiento no importan prejuzgamiento" (apud José Daniel Cesano, op. cit., p. 41).

Os mais avançados Códigos de Processo Penal do mundo, ao que nos consta, não conhecem o Juiz de Garantias. Não confundir o Juiz de Garantias com o Juiz de Instrução francês. Na França há o "juge d'instruction" e o "juge de jugement". Cabe ao primeiro colher as provas acusatórias, sem a participação da Defesa, ou, como diz o art. 11 do *Code de Procédure Pénale*: "...la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète". "Elle n'est pas contradictoire" (Corinne R. Brahinsky, *Procédure Pénale*, Paris: Gualino Éditeur, p. 115). A instrução não é contraditória. Entre nós as provas que são apuradas no inquérito, que é sigiloso, são repetidas em juízo sob o crivo do contraditório. Inegavelmente, nesse particular, o nosso diploma, em se tratando de tutela do direito de liberdade, supera o sistema francês. As provas que servem para a prolação da sentença são colhidas depois de "baixar a poeira", como se costuma dizer. De imediato, com os ânimos ainda agitados e inquietos, ainda sob comoção, a colheita da prova pode sair deturpada. Entre nós, primeiro há a fase pré-processual... depois a instrutória. Esta é que vale. E é contraditória. Outrossim: nos termos do art. 155 do CPP, o Juiz não pode "fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Se tudo pode e deve ser repetido na instrução, para que Juiz de Garantias? Por acaso o Juiz do processo não vai tomar conhecimento de tudo quanto se passou na fase preambular da ação penal? Se, por acaso, a investigação coubesse a um Juiz e o julgamento a outro, aí, sim, teríamos o verdadeiro Juiz de Garantias.

Além disso, as medidas tomadas pelo Juiz de Garantias, como decretação ou não decretação de prisão temporária ou prisão preventiva, a autorização

ou não autorização para busca domiciliar e escutas telefônicas, podem afrontar o entendimento do Juiz a quem for distribuído o inquérito e criar um clima desagradável entre eles. Tudo depende da formação de um e de outro. Numa comarca em que haja dois Juízes, um será o Juiz de Garantias do outro. Evidente que eles trocam ideias a respeito do assunto. Há um clima de amizade e entendimento entre os Juízes de uma mesma comarca. Se por acaso um vier a desagradar o outro, a emenda sairá pior que o soneto... como diz um dos nossos mais velhos anexins. Embora não caiba ao Juiz decretar a preventiva de ofício... o Promotor pode requerer... E num mesmo ambiente de trabalho, num clima de cordialidade e entendimento... tudo vai depender do temperamento, da formação e independência de Juízes e Promotores.

Todos sabemos que o Juiz não pode proferir sentença condenatória com respaldo exclusivamente nos autos do inquérito policial. E, se o fizer, a Segunda Instância corrige o exagero. Ademais, qualquer "extravagância" do Juiz em detrimento do indiciado poderá ser julgada mercê de um *habeas corpus*. O mesmo acontecerá se implantarmos o "Juiz de Garantias". Qual seria a vantagem? Há Estados que, mesmo possuindo um orçamento respeitável, até agora não criaram o Juizado Especial Criminal. No Estado de São Paulo numerosas comarcas não têm o Juizado Especial Criminal. Em Bauru/SP, cidade com mais de 380 mil habitantes, com 5 Faculdades de Direito, uma Faculdade de Odontologia modelar que abriga, inclusive, alunos do exterior, 4 Varas Criminais, 5 Cíveis e uma da Infância e Juventude, e 3 Varas Federais, não há Juizado Especial Criminal. O Boletim de Ocorrência, nas infrações de menor potencial ofensivo, é remetido ao Fórum e pode ser distribuído à 1^a, 2^a, 3^a ou 4^a Vara Criminal. Em algumas comarcas são os escreventes que desempenham as funções do Juizado... Note-se: a competência do Juizado é absoluta e vem prevista na Constituição da República. A Lei n. 9.099/95, no seu art. 95, estabeleceu o prazo de 6 meses para que os Estados criassem os Juizados Especiais Criminais. Já se passarem 15 anos, estamos em 2010, e o Projeto Substitutivo da Comissão Temporária de Estudos da Reforma do CPP diz que "onde ainda não se instalou o Juizado, as funções deste serão acumuladas pelo Juiz Criminal..." "Le Brésil n'est pas encore..." .

Quando muito, nas comarcas com mais de 1 milhão de habitantes poder-se-ia criar um órgão à semelhança do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), que existe na Capital Paulista, o qual, por sua vez, tem similares em Curitiba, Rio e Recife, com o nome de Centrais de Inquéritos, e que existe em razão de uma maior funcionalidade. Sua finalidade seria dar maior agilização ao andamento dos inquéritos, principalmente nas concessões de prazos para a conclusão das investigações, relaxamento da prisão em flagrante, quando ilegal a prisão, medidas cautelares, concessão de liberdade provisória, quando couber, arredada, nesse casos, a prevenção. Mas não tem dado resultado, em razão de desentendimento entre Juízes e Promotores do DIPO e os Juízes e Promotores das Varas Criminais...

A finalidade do DIPO, na Capital paulista, não é a de impedir que o Juiz a quem for distribuído o inquérito não fique psicologicamente preso ao que foi colhido na investigação. Seria estultice fazer tal afirmação, mesmo porque, quando os autos do inquérito, já concluídos, são distribuídos às Varas Criminais, o Juiz vai tomar conhecimento de tudo quanto se fez ou se deixou de fazer. Aliás já se pretende extinguir o DIPO na capital paulista, indo os inquéritos diretamente aos Promotores das Varas Criminais...

Mas o Delegado de Polícia da minha querida e inesquecível Itambé/BA, onde há apenas um Juiz, viajar 60 quilômetros até Vitória da Conquista, Encruzilhada ou Itapetinga, com indiscutíveis gastos com a viatura, para submeter ao Juiz de Garantias pedido de dilação de prazo ou apresentar cópia do auto de prisão em flagrante, isso é querer complicar o que se pode singelizar, e ferir mais ainda os sofridos e maltratados cofres públicos, com mais despesas inúteis. A comarca mais próxima de Oiapoque, no Amapá, é Calsoene, distante 400 quilômetros uma da outra... em estrada não pavimentada... Para baixo de Macapá está Tartarugalzinho, 100 quilômetros... No Maranhão, a Comarca mais próxima de Carutapera é Santa Helena ou Turiaçú, há mais de 200 kms. Mais ou menos essa a distância entre a Comarca de Alto do Parnaíba e Balsas. No Piauí a Comarca de Santa Filomena dista mais de 100 kms. de Corrente. No Amazonas e Pará, a distância entre a grande maioria das comarcas se mede em dias de viagem de barco... No Acre, quando chove e os rios transbordam, o meio de transporte é o avião... O resto já sabemos como é.

Por outro lado, já que se pretende atribuir ao Juiz de Garantias a salvaguarda dos direitos individuais, melhor seria devesse o legislador, atento ao que dispõe o nosso Pacto Fundamental, guindando a dignidade da pessoa humana à posição de princípio fundamental (art. 1º, III) e arrolando entre os direitos e garantias individuais, no art. 5º, III, que ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento desumano e degradante e no inciso XLIX assegurando aos presos o respeito à integridade física e moral, criar um Juiz de Garantias para a salvaguarda desses direitos, também expressos na Lei de Execução Penal, uma vez que, o princípio fundamental, assim qualificado pelas Nações Unidas “*es el de que la privación de la libertad debe tener cumplimiento en condiciones materiales y morales que aseguren el respeto a la dignidad humana. Si esto se cumpliera entre nosotros, no habría tanta y permanente reacción de la población carcelaria contra el oprobioso tratamiento que se le impone... El escaso y viciado aire que les es dado respirar, la exígua luz que los alumbría, el diminuto espacio para su lecho... No entiende la sociedad que olvidándolos de esa manera moralmente está contribuyendo a la reincidencia, a fomentar más delitos, a que el hombre privado de la libertad en esas condiciones, máxime si es inocente, reniegue de la justicia y se rebelle contra el orden establecido... Siempre que la dignidad humana há sido ultrajada em nombre de la justicia el mundo há perdido su valor moral, las instituciones han sido despojadas de su valia protectora e los derechos humanos, y el funcionario que ejecutó o permitió ejecutar tamanho oprobio e verguenza debió haberse sentido inferior den-*

tro de la especie humana... (Londoño Jiménez, Tratado de derecho procesal penal, Bogotá, Temis, 1989, t.I, p. 15)

Isso sim, seria o ideal: um Juiz responsável pelo respeito à dignidade dos encarcerados, pois a Justiça não pode deter-se nas portas dos cárceres, como sustenta Nores, já citado.

O atual Código de Processo Penal precisava e precisa de uma atualização, tal como ocorreu com a *StPO* de 1877 e o *Code de Procédure Pénale* de 1808. Não é da nossa cultura atribuir ao Juiz Penal poderes para fixar valores pertinentes aos danos decorrentes de crime. Tampouco criar a figura da *partie civile*. O ingresso da vítima no processo penal para postular apenas a satisfação do dano pode causar tumulto e arrastar o processo por mais tempo. O nosso Código de Processo Penal do Império, seguindo a orientação do *Code d'Instruction Pénale* de 1808, dispunha no seu art. 269, § 5º, que o Juiz de Direito, além de outros quesitos, indagava dos Jurados "se havia lugar à indemnização". As consequências foram tão desastrosas que a Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, no seu art. 68, revogou aquela disposição, nestes termos: "A indemnização em todos os casos será pedida por ação cível, ficando revogado o art. 31 do Código Criminal e o § 5º do art. 269 do Código do Processo. Não se poderá porém questionar mais sobre a existência do facto, e sobre quem seja o seu auctor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

O Código Penal de 90 e todos os Códigos de Processo Penal que havia nos Estados seguiram aquela orientação, que se consumou com o advento do Código Civil de 1916, cujo art. 1.525 reproduziu a parte final do art. 68 daquela Lei Imperial. Já em 1941, quando ocorreu a unificação dos Códigos de Processo Penal, o Ministro Francisco Campos, um dos mais cultos Ministros de Justiça que tivemos em toda a República, e que coordenou a feitura dos Códigos Penal e de Processo Penal, chamava a atenção para esse fato: o problema da satisfação do dano fica afeto ao Juízo Cível, que, em razão da matéria, é o competente.

Já perfilhamos posição diversa tão logo surgiu a Lei n. 9.099/95. E hoje, meditando sobre o assunto, passamos a entender que o problema da indenização material ou moral deve ficar afeto a um magistrado mais familiarizado com o Direito Civil. Embora o fato gerador das responsabilidades penal e civil seja o crime, e não obstante a prevalência da decisão penal sobre a civil, o certo é que os Juízes Cíveis estão mais afeitos ao problema. Quando da reforma do Processo Penal português, FIGUEIREDO DIAS observava que "os pedidos cíveis trazem enorme complexidade" (Código de Processo Penal Anotado, M. SIMAS SANTOS *et al*, vol 1º. P. 381, Lisboa, 1999, Editora Rei dos Livros). Além do mais, a postulação da indenização dentro no processo penal, vale a pena repetir, pode castrar-lhe a celeridade tão almejada.

Tratando do assunto, CLAUS ROXIM observa:

“...la sección ofrece más bien al perjudicado la posibilidad de hacer valer ya en el proceso penal una reclamación patrimonial nacida del delito, en vez de, como por otra parte, seria necesario demandar ante el tribunal civil. De esta manera debe ser evitado un segundo proceso. Ciertamente el tribunal tiene que desistir a menudo de resolver sobre la reclamación, porque el proceso penal no es apropiado para dilucidarla (§ 405). Por esto no há prevalido esta clase de proceso en la practica” (g. n) (*Código Penal Alemán (StGB), Código Procesal Penal Alemán (StPO)*, coordenação de Emilio Eiranova Encinas e comentários de Claus Roxim, Madrid: Pons, 2000, p. 218).

A Lei n. 11.719/2008 acrescentou um inciso ao art. 387 determinando deva o Juiz, na sentença condenatória (quando for o caso), fixar um valor mínimo para a reparação dos danos. Somente um número reduzido de Magistrados observa essa regra. Não é tarefa fácil quantificar o dano. Se os próprios Juízes cíveis reclamam da falta de parâmetros para valorar os danos (como há no Código Penal quanto à aplicação da pena), maiores dificuldades encontrarão os Juízes Penais. Alguns deles sentem até dificuldade na dosimetria da pena. Enquanto o art. 59 do Código Penal prevê nada mais nada menos que oito circunstâncias judiciais... o que se vê, às vezes, é a menção à primariedade e bons antecedentes ou ao velho e revelho jargão: “personalidade voltada para o crime...”

Quanto à supressão da ação penal privada, embora tenha a desvantagem da impossibilidade de o ofendido poder exercer o *jus accusationis*, por outro lado lhe retira o ônus de contratar advogado ou, se for pobre, requerer ao Juiz a nomeação de um. Ademais, se o Estado é o titular do direito de punir, a acusação deve ficar a seu cargo. Quando muito, em razão dos efeitos deletérios que o *strepitus fori* possa causar à vítima, ou mesmo para preservar um eventual e futuro congraçamento entre autor e vítima, permitir a esta o direito de julgar da conveniência ou não quanto à persecução criminal, e, à semelhança do que ocorreu com a reforma do CPP italiano de 1930, seja previsto o instituto do perdão quando a ação penal estiver subordinada à representação. Se o Ministério Público, para promover a ação penal, nesses casos, depender de uma manifestação da vítima ou quem de direito, se, mesmo concedida a permissão, quem fez a representação pode retratar-se antes da oferta da denúncia, tal como dispõe o art. 25 do atual CPP, se no Juizado Especial Criminal a satisfação do dano é causa extintiva da punibilidade, nos crimes cuja ação penal se subordine à representação, parece-nos não haver uma razão lógica para não conceder ao ofendido o direito de perdoar até antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. Na Itália é assim. Muito a propósito o art. 152 do *Codice Penale*: “Nei delitti a querela della persona offesa, la remissione estingue il reato”. No mesmo sentido o art. 37 do Código de Procedimiento Penal da Colômbia: “Desistimiento de la querella. La querella

es desistible. El desistimiento podrá presentarse en cualquier estado de la actuación, antes de que se profiera sentencia de primera o única instancia..."

A impossibilidade da concessão do perdão seria para castigar a vítima pelo fato de ter feito a representação e depois de um ano ter-se arrependido, dando trabalho a Juízes e Promotores? Poder-se-ia impedir o perdão, depois de instaurado o processo, se a vítima for menor de 18 anos e houver colidência entre os seus interesses e os do seu representante legal. Aí, sim, o nosso superaria, nesse particular, o italiano e o colombiano.

O inquérito, a ação penal, a ação civil, a competência são institutos que precisam somente de um ajuste. No inquérito, apenas quatro observações: a) abolir a requisição judicial visando à instauração do inquérito; b) dar nova redação ao § 2º do art. 5º, que fala em "recurso ao Chefe de Polícia", antiga denominação dada ao Secretário da Segurança Pública, visto que não havia outra autoridade abaixo do Secretário e acima do Delegado; c) alterar o art. 22, dizendo que a regra se estende às comarcas contíguas; e d) aumentar de 10 para 30 dias o prazo para a conclusão do inquérito, quando preso o indiciado, e de 30 para 90, se solto estiver, tal como ocorre na Lei de Drogas.

Quanto à ação penal, excluir a ação penal privada propriamente dita e a personalíssima e ajustar o capítulo de conformidade com a Lei n. 11.719/2008, substituindo o art. 43 pelo 395 e revogando os arts. 44, 45 e os demais que digam respeito à ação privada. Não há por que excluir a requisição do Ministro da Justiça em certos crimes, por exemplo, os cometidos contra a honra dos Presidentes da República, do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e de Chefe de governo estrangeiro. Nesses casos, deve o Ministro da Justiça aquilatar das vantagens e desvantagens da propositura da ação penal. Não fosse a inteligência e habilidade do Ministro Hermes Lima, quando da injúria cometida contra João Goulart, pela oratória incendiária de Carlos Lacerda, talvez tivéssemos uma convulsão social.

Os capítulos do nosso CPP sobre ação civil e competência nem sequer devem ser alterados, salvo para incluir o contido na Súmula 122 do STJ no inciso IV do art. 78 e dizer, no parágrafo único do art. 64, que proposta a ação penal o Juiz do Cível deve sobrestrar o andamento da ação civil até o julgamento da ação penal, para evitar decisões contrastantes, ou se for proposta a ação civil e esta for decidida por primeiro, o *quantum* da condenação deve ficar à disposição do juízo cível até o desate da questão criminal. O capítulo das Questões Incidentais não merece a menor censura, salvo para acrescentar no art. 117, ao lado do STF, o STJ e demais Tribunais, e resolver o problema do conflito de atribuições entre membros do MP, quando integrarem Ministérios Públicos sob a chefia do Procurador-Geral da República e Procuradores-Gerais de Justiça. Como se trata de hipóteses raras, nada impede se atribua essa função ao STJ com um número bem maior de Ministros.

As causas que geram o impedimento e suspeição dos Juízes e membros do Ministério Pùblico devem ser estendidas aos Delegados de Polícia, dando-se nova redação ao art. 107 do CPP.

No capítulo da Prova (arts. 155/250), mantê-lo com a redação dada pelas Leis n. 11.690/2008 e 11.900/2009, com estas alterações: a) cuidar do reconhecimento fotográfico, exigindo que a autoridade exiba quatro ou cinco fotografias de pessoas que guardem certa semelhança com a pessoa que vai ser reconhecida; b) acrescentar no corpo do art. 206 “o companheiro” quando houver união estável; c) estabelecer que as partes devem ser notificadas para a audiência de testemunhas e vítima no juízo deprecado; d) dar nova redação ao art. 241, excluindo a figura da Autoridade Policial, em face do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal; e) Não há condições para se tomar o depoimento de uma criança com aquele aparato previsto o Projeto. Basta seja ouvida, com uma linguagem educada e serena, a portas fechadas; f) acrescentar no capítulo dos Sujeitos processuais o Defensor Pùblico; g) estabelecer que o assistente da Acusação só pode recorrer nos casos de absolvição, impronúncia, extinção da punibilidade ou rejeição da denúncia, mesmo porque a razão de ser da sua admissão no Processo Penal foi para preservar seu direito à recomposição dos danos emergentes do crime. Simples exame das hipóteses em que se lhe concede legitimidade para recorrer deixa entrever sua função. Assim também a Súmula 208 do STF; h) reservar a prisão especial para Ministros de Estado, Governadores, Prefeitos Municipais, membros do Poder Judiciário, do Ministério Pùblico e Delegados de Polícia, mesmo porque certos privilégiós em nome do interesse público não maltratam o princípio da isonomia e, ademais, o convívio com aqueles que foram investigados, processados e condenados não é recomendável; i) permitir a prisão preventiva apenas para preservar a instrução criminal ou a investigação policial e para tornar eficaz a aplicação da pena; j) revogar o inciso IV do art. 313.

No capítulo da Liberdade provisória, excluir os arts. 321 e 322, os incisos II e IV do art. 323 e a parte final do inciso II do art. 324 (prisão “administrativa ou militar”), mesmo porque não temos mais prisão administrativa e a Justiça Militar desconhece o instituto da fiança... Quanto ao valor da fiança, é inacreditável que a Comissão Temporária de Reforma do Senado se houvesse valido do salário mínimo para a fixação do *quantum*, em afronta à parte final do inciso IV do art. 7º da *Lex Mater*, que veda sua vinculação para qualquer fim. Excepcionalmente, a Suprema Corte dele se tem valido para efeito de pensão alimentícia.

Expungir do processo todos os institutos que de há muito foram extintos: a) prisão administrativa (arts. 319/320); b) aplicação provisória de interdições de direito e medida de segurança (arts. 373/380); c) excluir os arts. 503/512, hoje objeto de lei especial; d) excluir os arts. 549/555 (aplicação de medida de segurança por fato não criminoso); e) substituir os arts. 556/562 por aqueles que tratam da competência originária (Leis n. 8.038/90 e 8.658/93).

Os capítulos sobre sentença e procedimentos comum e sumário devem permanecer tal como estão nos arts. 381/392, já com a sua nova redação (excluindo-se o 393); os arts. 394 a 405 devem ser mantidos com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008. O capítulo do Júri deve ser mantido tal como está na Lei n. 11.689/2008, com as seguintes alterações: a) quanto da convocação dos 25 jurados, deverão ser remetidas, para cada um deles, cópias da pronúncia e do relatório; b) a idade mínima deve ser de 25 anos, quando o cidadão está mais maduro e responsável; c) o recrutamento dos jurados deve ser feito da seguinte forma: o Juiz-Presidente solicita ao Juiz Eleitoral da respectiva Zona um número “x” de eleitores, excluindo-se os analfabetos, menores de 25 anos e aqueles que já foram processados, sem prejuízo de ser investigada a idoneidade de cada um deles.

Explica-se: quando o Juiz oficia às entidades de classe, universidades e outros órgãos, solicitando indicação de pessoas que possam exercer as funções de jurado, os nomes indicados são de pessoas de alto nível, quase todas com formação universitária, elitizando-se o Júri; c) quando das recusas peremptórias, indagar-se-á por primeiro à Acusação e em seguida à Defesa. Não se deve deslembra que o Júri está no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem; d) na contagem das cédulas, quando da votação de qualquer quesito, se a decisão for unânime, deve o Juiz contar até a 4^a cédula, mantendo-se o sigilo do voto; e) quando do juramento, maltrata o princípio da soberania, o pedido de julgar de acordo com as provas dos autos. Como poderiam julgar de acordo com as provas dos autos se não se debruçaram sobre eles para uma minudenciosa análise como fazem os Juízes togados? E mesmo estes, por acaso, proferem sentença nos processos pertinentes a crimes graves, em seguida aos debates? E as partes normalmente não levam os autos para casa para em cinco dias apresentarem seus memoriais? Os jurados julgam de acordo com a sua íntima convicção. Se os jurados dessessem fundamentar suas decisões, aí, sim, não poderiam afastar-se das provas dos autos. Não é o caso. Se a Constituição quisesse que os jurados julgassem de acordo com as provas dos autos, para que serviria o Júri? Por quê o sigilo do voto? Nem os sábios das Sagradas Escrituras saberiam responder...

Certo que o atual CPP permite apelação das decisões do Júri quando a “decisão é manifestamente contra a prova dos autos” (art. 593, III, d), dando a falsa impressão de que os jurados não podem se afastar do acervo probatório. Fosse esse o pensamento do legislador, quando da elaboração do Projeto que se converteu na Lei n. 263 de fevereiro de 1948, não teria sentido a regra contida no § 3º do mesmo artigo, autorizando novo julgamento quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos e, ao mesmo tempo adiantando não ser possível segunda apelação “pelo mesmo motivo”. E não pode por quê? Responde a doutrina: porque o Júri é soberano. Por que o é no segundo julgamento e não o foi no primeiro?. Descompasso do legislador...

No Capítulo que trata das infrações de menor potencial ofensivo estabelecer mais três regras: a) se por acaso o Ministério Público injustificadamente não formular a proposta, e o autor do fato manifestar ao Juiz seu interesse na celebração do acordo de submeter-se ao pagamento de multa ou prestação de serviço, como a jurisdição é indeclinável, deverá o Juiz formular a proposta; b) quando da homologação do acordo, deve ficar registrado que seu descumprimento dentro em determinado prazo, o invalida cabendo ao Ministério Público ofertar denúncia; c) as causas de aumento em decorrência de concurso formal ou material e continuidade delitiva não impedem a transação.

O capítulo das Nulidades permanece como está no Código, fazendo-se as adaptações necessárias em face das alterações introduzidas pelas Leis 11.719 e 11.689, ambas de 2008. No capítulo dos Atos e prazos processuais, estabelecer o critério para a contagem do prazo quando fixado em minutos e hora. Quanto às citações e intimações por mandado, o prazo se inicia com a sua efetiva juntada, o mesmo ocorrendo se realizadas por precatória ou rogatória; neste último caso, que se suspenda o prazo prescricional. No capítulo do *Habeas Corpus*, dois reparos: a) tanto na primeira como na segunda instâncias o órgão do Ministério Público deverá dispor de 2 dias para se manifestar sobre o pedido; b) manter o instituto tal como está, sob pena de só poder ser impetrado o *writ* quando alguém estiver preso ou na iminência de o ser....

Não há por que retirar do Júri os crimes conexos. Temos muito bem convivido, desde fevereiro de 1948, com esse sistema. A *perpetuatio jurisdictionis* implica celeridade e economia processuais. Se o Júri julga o homicídio, por que não o desacato, a resistência, a lesão grave e outros quando conexos com aquele, se todos eles estavam no mesmo contexto fático? Evidente que cessada a competência do Tribunal popular, em face de uma desclassificação, os crimes conexos passarão para o Juiz-Presidente, ou até mesmo, após o trânsito em julgado para o Juizado Especial Criminal, que tem sede constitucional.

Se ninguém pode ser julgado senão pelo Juiz constitucionalmente competente ao tempo do fato, como está no Projeto, evidente que a pessoa com direito a foro privativo, se perder o cargo ou a função, depois de haver praticado a infração, nem por isso se afasta do seu Juiz natural, sob pena de haver *contradictio in adjectis*. Ademais, nesses casos, quando a autoridade não quiser ser julgada pelo seu Juiz natural, renunciará ao cargo... . Quanto ao recurso em sentido estrito, louvável sua substituição pelo agravo de instrumento, mas é preciso que se simplifique e não se procure processualizar civilmente o processo penal. O agravo deve ser interposto perante o Juiz. Se este o desacolher, remetê-lo-á ao Tribunal. Caso contrário, se a nova decisão do Juiz comportar recurso, bastará ao agravado requerer o simples encaminhamento dos autos do agravo ao órgão *ad quem*. O protesto por novo Júri deve ser mantido em outros termos (quando a pena imposta for igual ou superior a 25 anos, devendo o novo Júri ser presidido por outro Juiz, como ao tempo do Império), mesmo

porque umbilicalmente ligado à instituição do Júri, cuja defesa é plena, e, obviamente, com todos os recursos a ela inerentes.

Devemos instituir o duplo grau de jurisdição sempre que o Juiz singular impuser uma pena igual ou superior a oito anos. Isso é respeito ao direito do cidadão.

Não concebemos os 7 jurados, após os debates, reunirem-se a portas fechadas para deliberar sobre a condenação ou absolvição. Ao tempo do Império era assim. Mas, àquela época, a Constituição Imperial, nos arts. 151 e 152, nem sequer dizia quais os crimes que eles poderiam julgar e muito menos falava em "sigilação da votação" ... Hoje, não. Desde a Constituição de 1946 até a atual, a sigilação da votação é assegurada aos jurados. A inconstitucionalidade da disposição é visível a olho nu, uma vez que cada um deles fica sabendo qual a opinião dos demais. Evidente que se os 7 jurados trocarem ideias a portas fechadas, o mais instruído ou o mais convincente altera o julgamento. Seria bom rever o velho filme "Doze homens e uma sentença", com Henry Fonda.

Itália, Alemanha, França e Portugal, entre outros países da Europa, adotam o escabinado: 2 ou 3 Juízes togados e 4 ou 6 Juízes leigos integram o órgão julgador, os quais, após os debates, reúnem-se a portas fechadas para deliberar. E os autores espanhóis, sarcasticamente, denominam essa instituição "Júri tutelado" ... , tamanha a influência dos togados sobre os leigos. Também na contagem dos votos pertinentes a qualquer quesito, havendo unanimidade, conta-se até a cédula 4, preservando-se desse modo o sigilo do voto. Quando do sorteio dos jurados, no momento da indagação sobre as recusas peremptórias, por primeiro indaga-se à Acusação e em seguida à Defesa. Louvável a abolição da carta testemunhável. O procedimento do agravo na hipótese de inadmissão de recursos extraordinário e especial, como está no Projeto, agiliza e muito o andamento desses recursos.

Os procedimentos introduzidos pela Lei n. 11.719/2008 deram ao processo penal uma vitalidade nunca vista e por isso deve ela ser acolhida pelo Projeto. Contudo, entendemos, no intuito exclusivo e único de procurar atualizar o nosso Código de Processo Penal, devam ser simplificados alguns institutos, deixando o nosso estatuto processual penal como um instrumento de fácil manejo, sem perder a modernidade e a eficácia. Uma lei feita com os pés no chão...

OS PRINCÍPIOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ARTIGOS 1º A 11 DO PLS 166/10

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO *

RESUMO: Este trabalho examina os 11 primeiros artigos do Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010, que trata do Novo Código de Processo Civil. Esses dispositivos cuidam dos princípios e garantias constitucionais e têm por objetivo sintonizar a legislação infraconstitucional com as normas da Carta de 1988. É feito um breve exame do alcance de tais dispositivos, problematizando ou antecipando algumas situações concretas que poderão ocorrer com a vigência do novo texto.

ABSTRACT: This paper examines the 11 first rules of the Senate's Project of Law number 166/10, that presents the New Civil Procedure Code. These rules deal with constitutional principles, and their aim is to adjust the Law to the constitutional norms. It is presented a brief review of the possible questions and the problems that can be expected at the arrival of these new rules.

PALAVRAS-CHAVE: Projeto. Código. Processo Civil. Princípios. Garantias Fundamentais.

KEYWORDS: Project. Civil Procedure Code. Principles. Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais. 2. Comentários aos dispositivos. 3. Considerações Finais. 4. Bibliografia.

1. Considerações Iniciais:

Em primeiro lugar é preciso enfatizar, como aliás tem sido exaustivamente repetido pelo Presidente da Comissão, Min. Luiz Fux, que não se trata de uma grande reforma, mas, sim, de um novo Código.

* Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UERJ e da UNESA. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro

Há uma nova ideologia, um novo jeito de compreender o processo civil.

Pela leitura do texto, é possível perceber a preocupação em sintonizar as regras legais com os princípios constitucionais, revelando a feição neoconstitucional do trabalho.

A rápida acolhida do Senado, que logo no dia seguinte ao da entrega do anteprojeto, já o autuou como Projeto de Lei (PLS 166/10), nos dá uma ideia da excelência do trabalho.

A anatomia do texto é a seguinte: um total de 970 artigos distribuídos em cinco livros, a saber: Parte Geral, Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Processo nos Tribunais e meios de impugnação, e Disposições finais e transitórias.

A Parte Geral é dividida em 11 títulos.

O Título I trata dos Princípios e Garantias, das normas processuais, da jurisdição e da ação.

Neste primeiro comentário, abordaremos os primeiros artigos do capítulo I, intitulado “Dos Princípios e das Garantias Fundamentais do Processo Civil”.

Quero registrar que esse artigo foi elaborado a partir de comentários que tenho feito sobre esses dispositivos em meu blog¹, com as devidas adaptações. A boa acolhida dos despretensiosos comentários nos animou a transformá-los neste texto que agora é submetido ao crivo da academia.

Por outro lado, nosso trabalho tem por base a primeira versão do Projeto. A nova versão, que acolheu algumas das mais de 700 sugestões apresentadas durante as audiências públicas realizadas, ou encaminhadas pelos mais diversos órgãos governamentais e da sociedade civil, foi disponibilizada em fins de novembro de 2010, e ainda não será objeto de votação. Desse modo, usamos como texto base a versão original produzida pela Comissão de Juristas, anotando, quando for o caso, as alterações sugeridas pelo Substitutivo² oferecido pelo Senador Valter Pereira.

2. Comentários aos Dispositivos:

1. <http://humbertodalla.blogspot.com>. Os comentários começaram a ser postados em junho de 2010 e pretendem acompanhar a tramitação do Projeto nas Casas Legislativas.

2. No dia 24 de novembro de 2010 foi apresentado o Substitutivo pelo Senador Valter Pereira, acolhendo diversas modificações e renumerando os dispositivos originalmente dispostos no PLS 166/2010. A íntegra do Substitutivo está disponível em nosso blog: <http://humbertodalla.blogspot.com>.

"Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código."

Observa-se uma preocupação em distinguir princípios de valores, que vem sendo acompanhada pela doutrina processual. Por todos, referimos MARINONI³.

Ao dizer que o Código será disciplinado de acordo com os valores e princípios, o legislador está adotando, expressamente, a teoria do direito processual constitucional.

Grandes expoentes do direito processual⁴ já sedimentaram a teoria segundo a qual o direito constitucional é o tronco da árvore, e o direito processual é um de seus ramos. Ou seja, não é possível conceber uma única regra processual que não tenha sido inspirada na atmosfera constitucional⁵.

Nesse passo, importante refletir sobre a necessidade da renovação do direito processual; tanto o novo CPC, como o novo CPP (PLS 156/09) cujos textos anteriores (na verdade os atuais, em vigor), foram editados antes da Carta de 1988.

Como afirma LUIS ROBERTO BARROSO⁶, somos um país de democracia tardia. A nova Constituição, e, sobretudo, a defesa intransigente das liberdades públicas (direitos de primeira dimensão), bem como a implementação dos direitos sociais (segunda dimensão) fizeram com que nos encontrássemos na desagradável situação de ter um pé na modernidade e outro na pós-modernidade⁷.

A edição de novos Códigos é um sinal de ruptura com a modernidade, reduzindo o abismo antes existente entre o direito constitucional (e a interpretação ativa que vem sendo feita de suas normas) e o direito infraconstitucional⁸.

3. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*, in *Estudos de Direito Processual Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13/66.

4. Merecem destaque, entre tantos doutrinadores, os seguintes: TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974; CAPPELLETTI, Mauro. TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè, Milano, 1973; TARUFFO, Michele. COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*, 2^a ed., il Mulino, Bologna, 1998; MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, ed. AbeledoPerrot, La PlataBuenos Aires, 1998.

5. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

6. BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, artigo disponível em <http://www.direitodoestado.com>, acesso em abril de 2010.

7. Gisele Cittadino. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. Alceu (PUCRJ), Rio de Janeiro, 2004.

8. Por todos, BITTAR, Eduardo C. B.. *O Direito na Pós-Modernidade*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2005.

Significa, ainda, o esforço do legislador infraconstitucional para “densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos”, nas preciosas palavras de MARINONI e MITIDIERO⁹.

O dispositivo diz ainda que o processo civil será interpretado conforme a Constituição.

É o fim da hermenêutica tradicional, baseada no silogismo: a norma é a premissa maior e o fato a menor. Nessa concepção, caberia ao juiz fazer o exame deste, em acordo com aquela. Para tanto, seriam usados métodos como a interpretação literal, sistêmica, teleológica e comparativa.

Agora a hermenêutica passa a ser neoconstitucional, pressupondo que as normas podem assumir a feição de regras ou princípios. As regras devem ser interpretadas de acordo com os Princípios. Havendo colisão de regras, usa-se a hermenêutica tradicional. Havendo uma contraposição de princípios, é preciso recorrer à técnica da ponderação, buscando ou uma composição destes ou a solução que melhor se adeque ao espírito constitucional¹⁰.

É bem verdade que essa nova hermenêutica aumenta, e muito, os poderes do juiz. Os mais alarmistas, falam em ditadura do juiz¹¹. Cria-se, portanto, a necessidade de uma fundamentação mais profunda nas decisões judiciais. Uma fundamentação analítica, como assevera MARINONI¹². É o que chamamos do “fundamento do fundamento”: as partes tem o direito de saber quais as premissas que o juiz levou em consideração para tomar aquela decisão.

É bem verdade que isso, embora já constitua um grande avanço, não é por si só suficiente. Há uma enorme discussão sobre a natureza da atividade hermenêutica, sobretudo a dificuldade da separação das fases da interpretação da aplicação¹³, bem como os préconceitos que influenciam¹⁴ internamente¹⁵ o juiz.

9. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 16.

10. BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, artigo disponível em <http://www.migalhas.com.br>, acesso em 28 de janeiro de 2009.

11. MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. In: Novos Estudos, CEBRAP, nº 58, novembro de 2000.

12. MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*, disponível no endereço <http://www.marinoni.adv.br>, acesso em 05 de agosto de 2010.

13. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 3^a edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

14. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

15. Para os que desejam se aprofundar nessa temática, sugerimos vivamente a seguinte leitura: MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: a bricolage de signficantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

De toda sorte, o dispositivo é de suma relevância e sua posição como artigo 1º tem enorme simbolismo.

É, sem dúvida, o sinal de uma nova era, que merece, portanto, um novo Código.

O artigo 2º tem a seguinte redação:

“Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial.”

A regra já consagrada em nosso ordenamento é repetida, agora, no artigo 2º do Projeto. Como não poderia ser diferente, é mantido o Princípio Dispositivo, também chamado de Princípio da Inércia ou ainda Princípio da Demanda.

As “exceções” previstas em Lei devem ser examinadas. No CPC vigente, há dispositivos relativos à abertura de inventário, e no procedimento dos testamentos que autorizam o magistrado a agir de ofício, provocando, ele mesmo, o aparelho judicial.

No novo CPC, o dispositivo que mais chama a atenção, sem dúvida alguma, é o artigo 284, que é assim enunciado: *“Art. 284. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”*.

Apesar de ser uma forte tendência doutrinária¹⁶, parece-me que o Código poderia ter explicitado um pouco mais os tais “casos excepcionais”.

Sem querer entrar ainda num comentário aprofundado do referido artigo 284, parece que deve haver limites claros a essa iniciativa judicial, sob pena de se causar uma potencial insegurança jurídica.

Pensar em uma medida de urgência de ofício, envolvendo menores, idosos, hipossuficientes, ou ainda em hipóteses com grande dano à direito indisponível ou da própria coletividade é perfeitamente aceitável.

Porém, em litígios que envolvam partes maiores e capazes, e direitos patrimoniais, parece-me que a postura ativa do magistrado é, de todo, desaconselhável.

Pelo menos essa restrição poderia ter sido incluída no texto, adotando-se, assim, um critério híbrido (meio *ope legis*, meio *ope iudicis*)

Nunca é demais lembrar que o juiz que age de ofício deve ter um extremo cuidado para que, mesmo involuntariamente, não venha a se aproximar de

16. FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, São Paulo: Saraiva, 1996. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

uma das partes, ferindo a imparcialidade que deve nortear sua conduta na condução do processo.

Vulnerada a imparcialidade, comprometida também estará a isonomia, salvo se o juiz fundamentar analiticamente sua decisão, de modo a demonstrar que está a garantir a igualdade no sentido material.

E mais, ainda que conceda uma medida de urgência *ex officio*, restará ainda a necessidade de se deflagrar a execução provisória, e, aqui, não pode o magistrado agir sem a provocação da parte interessada (art. 491, inciso I do Projeto e artigo 4750, inciso I do atual CPC).

A parte final do dispositivo menciona o desenvolvimento “por impulso oficial”. Em outras palavras, o processo não deve ficar parado. Esse dever do juiz vem sendo objeto de inúmeros estudos, sobretudo no viés administrativo e gerencial.

Cada vez mais o juiz é visto como um gestor, um gerente do juízo perante o qual exerce suas funções. E tal visão parece ser adotada pelo próprio CNJ, haja vista a quantidade de metas¹⁷ estabelecidas para este ano de 2010.

De se observar que há metas para o magistrado, para o Tribunal e para o próprio Poder Judiciário como um todo, de modo que o impulso oficial, se combinado com a garantia da razoável duração do processo, conduz a uma progressiva e elogiável melhoria das rotinas administrativas da esfera jurisdicional.

Só é preciso cuidado, como adverte BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS¹⁸, com os exageros e com os efeitos colaterais que advém desse método de “rotinização”.

17. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>: **Meta 1:** julgar quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos em 2010 e parcela do estoque, com acompanhamento mensal; **Meta 2:** julgar todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1º grau, 2º grau e tribunais superiores) até 31 de dezembro de 2006 e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007; **Meta 3:** reduzir em pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução e, em 20%, o acervo de execuções fiscais (referência: acervo em 31 de dezembro de 2009); **Meta 4:** lavrar e publicar todos os acórdãos em até 10 dias após a sessão de julgamento; **Meta 5:** implantar método de gerenciamento de rotinas (gestão de processos de trabalho) em pelo menos 50% das unidades judiciárias de 1º grau; **Meta 6:** reduzir a pelo menos 2% o consumo per capita com energia, telefone, papel, água e combustível (ano de referência: 2009); **Meta 7:** disponibilizar mensalmente a produtividade dos magistrados no portal do tribunal; **Meta 8:** promover cursos de capacitação em administração judiciária, com no mínimo 40 horas, para 50% dos magistrados; **Meta 9:** ampliar para 2 Mbps a velocidade dos links entre o Tribunal e 100% das unidades judiciárias instaladas na capital e, no mínimo, 20% das unidades do interior; **Meta 10:** realizar, por meio eletrônico, 90% das comunicações oficiais entre os órgãos do Poder Judiciário.

18. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*, artigo disponível em meio digital no seguinte endereço: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm.

O artigo 3º do PL 166/10 está assim enunciado:

"Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei".

A redação repete o princípio insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988, com a ressalva da arbitragem, que não é disciplinada no Projeto, e continua regulada pela Lei nº 9.307/96.

A arbitragem consiste na solução do conflito por meio de um terceiro, escolhido pelas partes, com poder de decisão, segundo normas e procedimentos aceitos por livre e espontânea vontade das partes¹⁹.

No entendimento de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR:²⁰

"o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida".

Um conceito bastante difundido é dado pelo Desembargador Cláudio Viana de Lima.²¹ Utilizamos o seu ensinamento como forma de homenagem póstuma a um dos precursores da arbitragem no direito brasileiro, que merece todo respeito, principalmente, por ter sido integrante do poder judiciário e, ainda assim, ter rompido todos os obstáculos e preconceitos, tornando-se uma das figuras que mais prestigiou o instituto. Para ele, arbitragem é:

"a prática alternativa, extrajudiciária, de pacificação antes da solução de conflitos de interesses envolvendo os direitos patrimoniais e disponíveis, fundada no consenso, princípio universal da autonomia e da vontade, através da atuação de terceiro, ou de terceiros, estranhos ao conflito, mais de confiança e escolha das partes em divergência".

Como se vê, a arbitragem é um procedimento fora da jurisdição; ela não se coloca nem abaixo nem acima, mas ao lado; é um procedimento paraestatal.

19. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro, 3ª edição: Lumen Juris, 2010, capítulo 25.

20. CRETELLA -JUNIOR, José. *Da arbitragem e seu conceito categorial*. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, nº 98, 1988.

21. LIMA, Cláudio Vianna de. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. Veja-se, também, do autor, o texto *A arbitragem no tempo, o tempo na arbitragem* que está publicado na coletânea *A Arbitragem na Era da Globalização*, coord. José Maria Rossani Garcez, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 5.

A arbitragem, como se costuma dizer, é um degrau a mais em relação à mediação, especificamente à mediação ativa, pois o árbitro, além de ouvir as versões das partes, além de tentar uma solução consensual, além de interagir com essas partes, deverá proferir uma decisão de natureza impositiva, caso uma alternativa conciliatória não seja alcançada.

Vemos, então, que a crucial diferença entre a postura do árbitro e a postura do mediador é que o árbitro tem efetivamente o poder de decidir, ao passo que o mediador tem um limite: ele pode sugerir, ele pode admoestar as partes, ele pode tentar facilitar aquele acordo, mas ele não pode decidir aquela controvérsia.

Qual seria a distinção entre a função do árbitro e a do juiz togado?

É certo que o legislador quis transferir ao árbitro praticamente todos os poderes que o juiz de direito detém. O legislador, na Lei nº 9.307/96, chega mesmo a afirmar textualmente, no artigo 18, que o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que ele proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário.

Esse dispositivo está em perfeita consonância com o artigo 475N, inciso IV, do Código de Processo Civil, que diz ser a sentença arbitral um título executivo judicial.

Ou seja: por força imperativa de Lei, um título que originalmente não é oriundo de um processo jurisdicional, passa a ser tratado e equiparado a uma sentença.

Assim se vê que o legislador deixa claro que tudo aquilo que foi examinado e decidido no procedimento arbitral recebe o mesmo tratamento das matérias que foram examinadas e decididas num procedimento jurisdicional.

Uma vez aberto o cumprimento de sentença elas não podem ser arguidas pela parte inconformada.

Mas, voltemos ao ponto inicial do raciocínio, ou seja, o *quantum* de poder do juiz e do árbitro.

Uma das características principais da jurisdição é a coercibilidade.

O juiz, no exercício de seu mister, tem o poder de tornar coercíveis suas decisões, caso não sejam cumpridas voluntariamente. Ele julga e impõe sua decisão.

O árbitro, assim como o juiz, julga. Ele exerce a cognição, avalia a prova, ouve as partes, determina providências, enfim, preside aquele processo. Contudo, não tem ele o poder de fazer valer suas decisões.

Em outras palavras, se uma decisão do árbitro não é voluntariamente adimplida, não pode ele, de ofício, tomar providências para assegurar a eficácia concreta do provimento dele emanado.

Não vamos entrar aqui na discussão política e constitucional do legislador ao não transferir a *coertia* ao árbitro.

É bem verdade que, se de um lado a opção legislativa representa um problema à efetivação da decisão arbitral, por outro, mantém o sistema de freios e contrapesos e a própria harmonia entre as funções do Estado, impedindo a transferência de uma providência cogente, imperativa, a um particular, sem uma forma adequada de controle pelos demais poderes constituídos, o que acabaria por vulnerar o próprio Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, pelo sistema atual, o árbitro, ao ver descumprida sua ordem, deve buscar no Poder Judiciário, o auxílio, a complementação, em suma, a *coertia* a essa ordem.

Vistas essas distinções básicas, cabe agora examinar a constitucionalidade do instituto.

Alguns pontos da Lei nº 9.307/96 foram objeto de arguição incidental de inconstitucionalidade nos autos de homologação de sentença estrangeira, que tramitou pelo STF por mais de cinco anos. Após intensos debates, o Pretório decidiu, por maioria, pela constitucionalidade²² desses dispositivos, garantindo a efetividade da arbitragem no ordenamento brasileiro.

O ponto central da discussão dizia respeito à autonomia da cláusula compromissória, ou seja, o pacto de arbitragem, feito antes do surgimento do litígio. Pela letra da Lei, declarada constitucional pelo STF, ainda que por maioria, a recusa em cumprir a cláusula daria ensejo ao ajuizamento de demanda especial, com o objetivo de obter em juízo o suprimento judicial da vontade não manifestada (realização da arbitragem).

22. "Concluído o julgamento de agravo regimental em sentença estrangeira em que se discutia incidentalmente a constitucionalidade da Lei 9.307/96 – Lei de Arbitragem (v. Informativos 71, 211, 221 e 226). O Tribunal, por maioria, declarou constitucional a Lei 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydnei Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide atual renunciam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, entendiam inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, consequentemente, declaravam, por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, VII, e art. 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; 4) e do art. 42. O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental para homologar a sentença arbitral" SE 5.206Espanha (AgRg), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 12.12.2001. Informativo nº 254 do STF.

Discutiu-se se não se tratava de mera cláusula de conteúdo obrigacional, que deveria resolver-se em perdas e danos apenas, não ensejando a obrigatoriedade da utilização da solução arbitral em detrimento da solução jurisdicional, sobretudo diante dos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Carta de 1988.

Contudo, prevaleceu o entendimento de que a livre manifestação de vontade, a previsibilidade das consequências do ato e a existência de uma Lei clara sobre a matéria seriam suficientes para afastar qualquer alegação de inconstitucionalidade.

A questão foi ainda discutida sob o ângulo da autonomia da sentença arbitral e a desnecessidade de sua homologação pelo Poder Judiciário, na forma do artigo 31 da Lei nº 9.307/96.

Os principais argumentos utilizados para questionar a inconstitucionalidade são os seguintes:

- a. impossibilidade de alguém ser processado ou sentenciado, senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, CF);
- b. subtração do juiz natural das partes (art. 5º, XXXVIII, CF);
- c. subtração do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e
- d. acesso às vias recursais (art. 5º, LV, CF).

Nessa perspectiva, não há como considerar inconstitucional o juízo arbitral, já que, se ambas as partes, de comum acordo, decidem utilizar-se da arbitragem, escolhendo pessoa idônea para decidir acerca do problema surgido, seria inconcebível que o dispositivo trouxesse em si qualquer ilicitude ou abuso que pudesse ocasionar infringência ao previsto na norma constitucional em questão.

A inconstitucionalidade ocorreria se os jurisdicionados estivessem sempre obrigados a buscar a solução de seus conflitos de natureza patrimonial por intermédio do juízo arbitral, o que significaria a inadmissível exclusão e, aí, afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988.

Em relação à irrecorribilidade da decisão proferida pelo árbitro, não há que se falar em violação a princípios constitucionais, pois ambas as partes acordaram em submeter seus litígios a árbitro de sua confiança. Presume-se, então, que haja total fidúcia das partes em relação a decisão que será proferida.

Como última observação ao artigo 3º do Projeto, devemos dizer que não apenas a arbitragem, mas também a mediação (art. 134 do Projeto), desde que observados os requisitos objetivos e subjetivos, na modalidade prévia e extrajudicial, pode ser utilizada como mecanismo de solução alternativa de conflitos, sem que haja qualquer comprometimento da Garantia Constitucional.

Comentaremos as questões mais tormentosas que cercam a mediação e a conciliação em outra oportunidade²³.

Chegamos ao art. 4º:

"Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa".

O processo é o instrumento pelo qual o Estado confere jurisdição na solução de conflitos e isso deve ocorrer de maneira justa. Dentro desse modelo, surgiu no direito pátrio o chamado "processo justo" que, em linhas gerais, refere-se ao ideal de que o processo seja formado em consonância com os preceitos de dignidade da pessoa humana.

Deve, portanto, respeitar o devido processo legal, nos seus seguimentos ampla defesa e contraditório, além das demais garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, dentre os quais se encontram a igualdade, a publicidade dos atos judiciais e a duração do processo por um período de tempo razoável. Esses elementos devem ser rigorosamente resguardados quando da busca do jurisdicionado pela tutela dos direitos que deve ser prestada por meio de uma jurisdição adequada.

Pode ocorrer, contudo, a lentidão na entrega da prestação jurisdicional, o que pode ser identificada como uma mazela pelos jurisdicionados, que fazem a imediata correlação entre a morosidade e a ineficiência estatal, gerando o consequente descrédito na justiça brasileira.

Em atenção ao mandamento da efetividade processual, foi introduzido no art. 5º de nossa Constituição através do inciso LXXVIII, pela Emenda Constitucional nº 45/2005, com o objetivo de combater a morosidade na entrega da prestação jurisdicional e garantir o acesso à justiça que, por sua vez, pressupõe não apenas a tutela adequada, mas também a tempestiva.

Na opinião de BARBOSA MOREIRA²⁴, a ideia de que a justiça brasileira é morosa ou que aqui a prestação da tutela jurisdicional é mais lenta do que em países mais desenvolvidos, é um mito que não se justifica (é bem verdade que a opinião foi exposta há algum tempo, mas quer nos parecer que se aplica também nos dias atuais, sobretudo em razão do forte controle exercido pelo CNJ, como visto acima).

23. Estamos preparando trabalho inédito sobre o tema no Projeto do CPC. Por enquanto, remetemos o leitor a nossa obra específica sobre a matéria, porém anterior ao PLS 166/10. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria Geral da Mediação - à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

24. BARBOSA MOREIRA. *A Justiça no Limiar do Novo Século*, in Temas de Direito Processual, Quarta Série, São Paulo: Saraiva, 1994.

A Constituição norteamericana ao promulgar a 6^a emenda evidencia também, a preocupação com o processamento em tempo hábil. O *speedy trial* é uma das liberdades fundamentais trazidas pelo *Bill of Rights*, ainda que sua aplicação tenha, tradicionalmente, incidência maior no processo penal.

Por outro lado, os processos cíveis na Itália têm tido duração bem acima do razoável. Na busca por uma maior efetividade na prestação jurisdicional, a Itália tem levado a cabo alterações no ordenamento processual. As modificações, contudo, não surtiram os efeitos pretendidos.

Aduza-se o fato de que, por integrar a Comunidade Européia desde 1957, a Itália submete-se à Convenção Europeia, que prevê a razoável duração do processo (*diritto ad um processo equo*) em seu artigo 6º, parágrafo primeiro. Não foram poucas as decisões da Corte Europeia no sentido de condenar a Itália pela violação ao direito fundamental, que tanto pode ser pleiteado pelo autor quanto pelo réu²⁵.

Os constrangimentos provocados pelas sucessivas decisões da Corte fomentaram a reforma constitucional que culminou por alterar o artigo 111 da Constituição italiana, prevendo o *justo processo* a ser regulado pela lei.

Explica NICOLÒ TROCKER²⁶, ao comentar o referido artigo, que “*justo é o processo que se desenvolve em respeito aos parâmetros fixados na Constituição e nos valores da sociedade*”²⁷.

O advento da *Legge Pinto*²⁸ no ordenamento italiano inovou ao prever a reparação do dano causa do pela excessiva duração do processo. Ao reformar o art. 375 do Código de Processo italiano, reconheceu o Estado que a entrega da prestação jurisdicional tardia, por si só, tem o condão de gerar um dano aos demandantes.

Além disso, previu a obrigação do Estado indenizar as partes quando violada a razoável duração do processo desde que aqueles não tenham concorrido para a excessiva duração. Registre-se, por oportuno, que o ordenamento italiano adotou os mesmos critérios da Corte Europeia para a mensuração de tal violação.

25. Para um exame aprofundado de algumas dessas decisões, bem como da evolução do direito italiano, remetemos o leitor a SCHENK, Leonardo. *Breve Relato Histórico das Reformas Processuais na Itália. Um Problema Constante: a lentidão dos processos cíveis*, artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, 2º volume, 2008, p. 181, disponível em <http://www.redp.com.br>, acesso em 12 de setembro de 2010.

26. TROCKER, Nicolò. *Il Nuovo Articolo 111 della Constituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2001.

27. Tradução livre do autor.

28. A *Legge Pinto* adotou o nome de um dos Senadores autores do projeto de lei. Tratase da Lei nº 89/01.

Compreendemos que a demora na prestação jurisdicional gera a sensação de ser nociva, de submeter os sujeitos do processo, muitas vezes, a desconforto, angústia e lesões de ordem material; por outro lado, sabemos que a prestação jurisdicional precisa de um tempo mínimo a fim de garantir que os mecanismos de processamento dos feitos seja realizado de modo a garantir que elementos inerentes a um Estado Democrático de Direito sejam preservados.

No que tange aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII, do art. 5º, in fine, da CF), tem tido papel relevante o CNJ, por meio da instituição das Metas, não obstante, no que se refere à Meta 2, não ter havido o integral cumprimento, nem mesmo pelo STF.

Razoável será o tempo necessário para a cognição da causa até a efetiva entrega (ou não) do bem pretendido pela parte, ou seja, de todo o *iter* processual até a efetivação do provimento final.

A razoável duração do processo tem como características: a) a universalidade, b) a limitabilidade, c) cumulatividade e d) irrenunciabilidade, e seu conteúdo deve ser harmonizado com o conceito de jurisdição, no intento da efetividade, ao concentrarem-se, seja na busca de formas diferenciadas de tutela de direitos, seja por meios alternativos de solução de conflito, seja pela participação democrática do cidadão na persecução da solução do conflito submetido ao judiciário.

Dessa forma, será possível viabilizar o Estado Democrático de Direito e dar o tratamento adequado aos novos conflitos da sociedade moderna.

Ainda sobre o que seria o tempo razoável, observamos que são aplicáveis os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade, sempre com o objetivo final de se garantir um processo realmente justo.

Devemos ponderar, contudo, que apesar da demora na solução do litígio apresentar seus elementos nocivos, o princípio da celeridade processual deve ser observado com cautela. Não se deve buscar uma celeridade a qualquer custo, sob pena de comprometimento do devido processo legal e, consequentemente, da prestação jurisdicional adequada, justa e eficaz.

Nesse passo, importante distinguir o utilitarismo do instrumentalismo. Buscar uma decisão rápida, por si só, apenas para atender metas matemáticas e estatísticas não significa, nem de longe, garantir o processo justo. Uma decisão rápida demais normalmente não poderá ser tomada sob premissas justas. Isto é utilitarismo processual e deve ser combatido, por se tratar de uma praga dos tempos pós-modernos.

Em outras palavras, tudo tem que ser rápido, muito rápido, a jato, voando O problema é que não se sabe muito bem o motivo da correria e, não raras vezes,

certos atos acabam tendo que ser refeitos, eis que declarados nulos (quer por falta de fundamentação, quer por inobservância de forma prescrita em lei) pela instância superior (que, paradoxalmente, é a mesma que cobrava dos juízes que lhe são subordinados a tal pressa!).

O que o Projeto busca é o instrumentalismo. Vamos acelerar o processo ao máximo, desde que a nova velocidade imposta não gere prejuízo às partes, não cause surpresas, não inviabilize o exercício de direitos legítimos e se justifique naquela situação processual específica.

Nessa linha de raciocínio, imprescindível a leitura de BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS²⁹ e seu diagnóstico preciso dos efeitos colaterais que podem ser nitidamente observados nas Cortes das sociedades contemporâneas.

O artigo 5º do Projeto traz a seguinte redação:

"Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência".

Este dispositivo trata do Princípio da Cooperação, decorrente dos Princípios da Boa Fé e da Lealdade.

Somente num ambiente protegido pelas garantias constitucionais, e havendo um permanente monitoramento da incidência dessas garantias é que se poderá ter o chamado processo justo³⁰.

Ocorre que, como elementos imprescindíveis ao bom funcionamento desse sistema, encontramos a postura do juiz e a atitude das partes.

Quanto a essas, não podem apenas provocar a jurisdição de forma desprestiosa, sem compromisso ou irresponsavelmente. Devem buscar de forma clara, leal e honesta a melhor solução para aquele conflito. Devem participar da solução.

Quanto ao juiz, é preciso atentar para evolução de seu papel, ao longo das dimensões assumidas pelo Estado, desde a fase liberal, passando pela social, até chegar ao atual Estado Democrático de Direito.

29. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. O caso português*. Porto: Ed. Centro de Estudos Sociais, Centro de Estudos Judiciários e Edições Afrontamento. 1996.

30. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo" (Modelli a confronto)* in Revista de Processo, vol. 90, ano 23, abr/jun/1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 95/148.

Num modelo de justiça adequado à contemporaneidade, na visão de FRANÇOIS OST³¹, o juiz deve adotar uma postura de intermediação, facilitando a comunicação, o diálogo entre as partes, que devem se utilizar do processo para interagir e buscar, uma solução justa para o conflito.

A proposta de solução do Estado Democrático de Direito é pela busca de uma efetiva participação dos envolvidos na realização dos fins estatais. Esta proposta representa para o sistema de pacificação dos conflitos a necessidade de interação entre as partes que compõem a relação processual no âmbito da jurisdição, além da adoção de métodos não jurisdicionais de solução das lides³².

Nesse sentido falamos no dever de cooperação entre as partes. Nesse modelo prega-se a adoção de um “procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade³³”.

Desse modo, o peso da reconstrução jurídica, que no modelo do Estado Social deve ser suportado por um juiz Hércules, é deslocado para uma comunidade deliberante³⁴.

De outro lado, passando de uma perspectiva de simples validade jurídica para uma perspectiva da união entre validade e legitimidade do direito como condição de sua eficácia e cumprimento de sua função sociointegradora, o dever do juiz de justificar sua decisão também se altera.

Passa-se de um dever de justificação interno, representado pela coerência da decisão com o sistema de direitos para um dever que ao mesmo tempo é interno e externo, este último considerado como a necessidade de legitimação procedural-deliberativa das premissas pré-dadas à decisão, o que no caso de um equivalente jurisdicional como a mediação já é condição prévia para seu estabelecimento.

O direito pós-moderno de Hermes³⁵ “é uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente

31. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169194. <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>>. Acesso em 14 de novembro de 2006.

32. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional*, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>.

33. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

34. LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157170, setembro de 2007.

35. OST, François. Op. cit.

matizáveis, tal como pode ser um banco de dados". O presente modelo é uma dialética entre transcendência e imanência. A proposta é de uma "teoria do direito como circulação de sentido", "um processo coletivo, ininterrupto e multidirecional de circulação do logos jurídico".

Vale recordar que Hermes é o deus da comunicação, da circulação, da intermediação; é um interprete, um mediador, um porta-voz. A idéia é a de que o direito, como signo lingüístico que ontologicamente é, sempre necessita de interpretação e, portanto, é inacabado; permanece continuamente se realizando (caráter hermenêutico ou reflexivo do juízo jurídico).

Portanto, o direito em um Estado Democrático é líquido e denso ao mesmo tempo. Convém mencionar que o correspondente latino de Hermes (grego) é Mercúrio, representado hoje por um metal de alta densidade que, não obstante, encontra-se no estado líquido. Esta "liquidez jurídica" se dá por meio da equidade e permite ao direito preencher os buracos nas relações sociais.

Esta capacidade de integração social, contudo, só pode ser obtida por uma legitimidade de duplo aspecto. Em um primeiro momento, pela obediência a um procedimento que eleva o dissenso para promover o consenso.

A mediação procedural, no entanto, não constitui toda a legitimidade do direito. É preciso se estabelecer um laço necessário entre o respeito ao procedimento e os direitos fundamentais. O que constitui, precisamente, a ideia de um formalismo valorativo que deve abranger ao menos quatro valores fundamentais: segurança jurídica, participação, liberdade e efetividade³⁶.

O juiz possui, também, o dever de equilibrar a relação processual. Sua atuação constitui-se num meio termo entre a inércia de Júpiter e o egocentrismo de Hércules. O juiz do presente modelo é mais humano, reconhece suas limitações e busca apoio nos interessados pelos desfeche da relação processual.

Verifica-se, pois, que a superação do princípio monológico que rege a atuação do juiz Hércules é exatamente pelo fato de que o mesmo afasta a ideia de cooperação como condição para o desenvolvimento de um procedimento de bases racional, discursiva e valorativa de determinação da justiça no caso concreto³⁷.

36. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil. 2^a ed. rev. São Paulo Saraiva, 2003.

37. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

E, aqui, fica claro que não basta que se garante a participação no momento da elaboração da norma. As partes tem que ter a possibilidade de influenciar, também, a outorga de sentido ao texto³⁸.

Retornando ao texto do Projeto, importante ressaltar que o art. 66 coloca como deveres de todos os que de alguma forma participem do processo não só expor os fatos em juízo conforme a verdade, como também “proceder com lealdade e boa-fé” (art. 66, inciso II).

Passamos ao exame do art. 6º.

“Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da imparcialidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência”.

Segundo o entendimento tradicional, o juiz primeiro interpreta e depois aplica a lei.

LENIO STRECK³⁹ desconstrói esse raciocínio. A atividade hermenêutica é muito mais complexa do que se pensa, e as etapas não podem ser simplesmente separadas, como se fossem atividades estanques, ou seja, é incorreto afirmar que quando uma começa a outra necessariamente terá encerrado.

Na verdade, a atividade da interpretação acaba ocorrendo concomitantemente com a aplicação. Contudo, como o objetivo aqui é apenas comentar o texto do Projeto, não vamos nos aprofundar nessa questão.

Interpretar a norma significa determinar seu conteúdo e alcance. A bem da verdade, como lembra HUMBERTO ÁVILA⁴⁰, a norma não é o objeto, mas sim o resultado da interpretação, o sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos.

Há diversos métodos de interpretação da norma jurídica que também podem ser estendidos à norma processual. Assim, de maneira resumida, podemos classificá-los em:

a) Literal ou gramatical: como o próprio nome já diz, leva em consideração o significado literal das palavras que formam a norma. O intérprete se utiliza,

38. Nas palavras de Marinoni e Mitidiero: “a possibilidade de as partes influenciarem a reconstrução do sentido normativo dos textos jurídicos e do Direito não legislado no processo. Trata-se de acrescentar à dimensão representativolegislativa da democracia a sua dimensão participativojurisdicional, cuja idéia mais bem acabada se encontra hoje consubstanciada no direito fundamental ao contraditório” (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC*. op. cit. p. 19).

39. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 3a edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

40. ÁVILA, Humberto. *Teorias dos Princípios. Da Definição à Ampliação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

tão somente, de sua sintaxe. Em virtude de sua precariedade, consiste mais em pressuposto interpretativo do que em método propriamente dito.

b) Sistemático: a norma é interpretada em conformidade com as demais regras do ordenamento jurídico, que devem compor um sistema lógico e coerente. Um dos aspectos mais importantes desse método reside na relação entre a Constituição e as leis infraconstitucionais. A coerência do sistema estabelece-se a partir da Constituição. Isso significa que a interpretação da lei infraconstitucional está condicionada pela interpretação da Constituição, como veremos a seguir.

c) Histórico: a norma é interpretada em consonância com os seus antecedentes históricos, resgatando as causas que a determinaram.

d) Teleológico: objetiva buscar o fim social da norma, a "*mens legis*", conforme determina o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Diante de duas interpretações possíveis, o intérprete deve optar por aquela que melhor atenda às necessidades da sociedade.

e) Comparativo: baseia-se na comparação com os ordenamentos estrangeiros, buscando no direito comparado subsídios à interpretação da norma.

Tais métodos, de forma isolada, são insuficientes para permitir a completa e adequada exegese da norma, sendo necessária, portanto, a sua utilização em conjunto.

Conforme o resultado alcançado, a atividade interpretativa pode ser classificada em:

a) declarativa – atribuindo à norma o significado de sua expressão literal;

b) restritiva – limitando a aplicação da lei a um âmbito mais estrito, *quando o legislador disse mais do que pretendia*;

c) extensiva – conferindo-se uma interpretação mais ampla que a obtida pelo seu teor literal, *hipótese em que o legislador expressou menos do que pretendia*;

d) ab-rogante – quando conclui pela inaplicabilidade da norma, em razão de incompatibilidade absoluta com outra regra ou princípio geral do ordenamento.

Além dos métodos de interpretação, não podemos esquecer os chamados meios de integração. Com o advento do Código Francês de Napoleão, em 1804, institui-se a importante regra de que o magistrado não mais poderia se eximir de aplicar o direito, sob o fundamento de lacuna na lei. Tal norma foi seguida pela maioria dos códigos modernos, sendo também positivada em nosso ordenamento.

Dessa forma, o art. 126 do atual CPC preceitua a vedação ao *non liquet*, isto é, proíbe que o juiz alegue lacuna legal como fator de impedimento à prolação da decisão.

Para tanto, há de se valer dos meios legais de colmatagem de lacunas, previstos no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a saber: a analogia (utiliza-se de regra jurídica prevista para hipótese semelhante), os costumes (que são fontes da lei a partir da observação de um comportamento repetido e socialmente aceito por uma sociedade em determinado tempo e lugar) e os princípios gerais do Direito (princípios decorrentes do próprio ordenamento jurídico, e que funcionam como diretrizes gerais aplicáveis aos diversos ramos do direito, normalmente ligados à defesa ou exercício de direitos fundamentais).

Ressalte-se, por fim, que interpretação e integração têm funções comunicantes e complementares, voltadas à revelação do direito. Ambas possuem caráter criador e permitem o contato direto entre as regras de direito e a vida social.

Ocorre que, tendo como premissa o neoconstitucionalismo, tais métodos e resultados, ainda que auxiliados pelos meios de integração, não podem mais ser avaliados independentemente do Texto Constitucional.

Dessa forma, LUIS ROBERTO BARROSO⁴¹ afirma que a interpretação constitucional necessita de outros parâmetros, a saber:

1. a superioridade hierárquica (nenhuma norma infraconstitucional pode existir validamente se for incompatível com uma norma constitucional);
2. a natureza aberta da linguagem (ordem pública, igualdade perante a lei, dignidade da pessoa humana, razoabilidade-proporcionalidade, moralidade);
3. o conteúdo específico (organização dos Poderes, definição de direitos fundamentais e normas programáticas, estabelecendo princípios ou indicando fins públicos);
4. o caráter político (a constituição é o documento que faz a interface entre a política e o direito, entre o poder constituinte e o poder constituído).

Ainda de acordo com BARROSO⁴², tais peculiaridades levaram ao desenvolvimento de princípios específicos para a interpretação constitucional, que funcionam como premissas conceituais da interpretação constitucional. Tais princípios são os seguintes:

41. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2009. Um extrato das lições pode ser obtido em [paper](#) disponibilizado em Migalhas: BARROSO, Luis Roberto. *Transformações da Interpretação Constitucional nos Países de Tradição Romano-Germânica*, em <http://www.migalhas.com.br>, edição de 27 de fevereiro de 2010, a partir de conferência proferida em Poitiers, França. Acesso em 28 de fevereiro de 2010.

42. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, disponível em <http://www.jus.com.br>, acesso em 14 de dezembro de 2008.

- (i) Princípio da supremacia da Constituição;
- (ii) Princípio da presunção de constitucionalidade das leis;
- (iii) Princípio da interpretação conforme a Constituição, o qual é operacionalizado por meio de três grandes mecanismos:
 - a) Adequação do sentido da norma infraconstitucional à Constituição;
 - b) Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, o que significa a declaração de inconstitucionalidade de um sentido possível da norma, ou mais tecnicamente, de uma norma extraída de determinado enunciado normativo; e
 - c) Declaração da não incidência da norma infraconstitucional a determinada situação de fato, sem declaração de inconstitucionalidade.
- (iv) Princípio da unidade;
- (v) Princípio da razoabilidade-proporcionalidade;
- (vi) Princípio da efetividade.

Esses parâmetros hoje devem ser observados por todos os ramos do direito, inclusive o direito processual⁴³, sob pena de se violar as garantias constitucionais básicas e, com isso, inviabilizar o processo justo⁴⁴.

Completando esse raciocínio, no modelo tradicional, ou seja, positivista, o papel do juiz era o de tão somente descobrir e revelar a solução contida na norma; em outras palavras, como ressalta BARROSO⁴⁵, formulava juízos de fato e não de valor.

Agora, no modelo pospositivista, o magistrado deve estar preparado para constatar que a solução não está integralmente na norma, o que demanda um papel criativo na formulação da solução para o problema. Ele se torna, assim, coparticipante do papel de produção do direito, mediante integração, com suas próprias valorações e escolhas, das cláusulas abertas constantes do sistema jurídico.

Em razão dessa nova postura, como adverte MARINONI,⁴⁶ é imprescindível que o juiz fundamentalmente adequadamente suas decisões.

43. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

44. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Minime del "Giusto Processo" Civile negli ordinamenti ispanolatinoamericani* in Revista de Processo, vol. 112, ano 28, out/dez/2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 159/176.

45. BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, artigo disponível em <http://www.migalhas.com.br>, acesso em 28 de janeiro de 2009.

46. MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*, disponível em <http://www.professormarinoni.com.br>, acesso em 21 de junho de 2010.

Esta fundamentação deve ser analítica⁴⁷, ou seja, o julgador deve expor não apenas o fundamento de sua decisão, mas o que costumamos chamar do fundamento do fundamento, ou seja, as razões que levaram o juiz a fazer aquela interpretação, a optar por aquele caminho, quando tinha outras alternativas. O motivo pelo qual aquela providência lhe pareceu mais apropriada do que as demais, diante do caso concreto.

Voltando ao texto de BARROSO⁴⁸, a necessidade da adoção de Princípios na atividade hermenêutica se faz necessária justamente em razão dessa “discricionariedade” do intérprete. Isto torna toda a atividade mais complexa, e os fenômenos mais comuns são:

(a) o emprego de cláusulas gerais pelo Constituinte, sob a forma de princípios jurídicos indeterminados, aliado ao fato da força normativa dos próprios princípios, que passam a ser aplicados diretamente ao caso, independentemente de norma infraconstitucional⁴⁹.

(b) a colisão de normas constitucionais

(c) a ponderação, entendida como técnica utilizada nos casos em que a subsunção não é suficiente. Será necessária para resolver os chamados “casos difíceis” nas hipóteses que envolvam ou a colisão de normas constitucionais ou quando se verificar um “desacordo moral razoável”.

(d) argumentação jurídica: na medida em que a decisão judicial para a envolver uma atividade criadora do Direito, o juiz precisa demonstrar que a solução dada por ele ao caso concreto é a que realiza de maneira mais adequada a vontade constitucional.

Nessa linha de raciocínio, é de se observar que o próprio artigo 6º do Projeto do CPC determina que o magistrado, ao aplicar a lei, observe sempre os Princípios da

(a) dignidade da pessoa humana,

(b) razoabilidade,

(c) legalidade,

(d) imparcialidade,

47. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, in Revista Panoptica, ano 1, número 6, disponível no site <http://www.panoptica.org>, acesso em 30 de novembro de 2009.

48. BARROSO, Luis Roberto. *Transformações da Interpretação Constitucional nos Países de Tradição Romano-Germânica*, op. cit.

49. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*, in *Estudos de Direito Processual Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- (e) moralidade,
- (f) publicidade; e
- (g) eficiência

Parece uma tentativa de positivar princípios que tornem mais clara toda essa complexa atividade do juiz.

Passamos ao exame do sétimo artigo do Projeto.

"Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica."

O art. 7º consagra o Princípio da Isonomia, que integra o rol de Garantias Fundamentais do Processo.

As Garantias Fundamentais, que COMOGLIO⁵⁰ classifica em estruturais e individuais representam um conjunto que pode ser sintetizado nas denominações devido processo legal, adotada nas Emendas 5^a e 14^a da Constituição norteamericana, ou processo justo, constante do art. 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos, e, ainda, do artigo 111 da Constituição Italiana.

Corolário do princípio do devido processo legal e pilar da democracia, foi consagrado pelo constituinte de 1988, no art 5º *caput*, ao assegurar a todos a igualdade perante a lei.

Dirige-se ao legislador e ao juiz no que respeita à sua efetividade, tendo sido previsto no plano infraconstitucional no art. 125, I, do vigente CPC.

Do primitivo conceito de igualdade formal e negativa (ou seja, de que a lei não deve estabelecer diferenças entre os indivíduos), clama-se, hoje, pela igualdade material, isto é, por uma Justiça que assegure tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais (na medida de suas diferenças), de forma a restabelecer o equilíbrio entre as partes, conforme a máxima aristotélica, e possibilitar a sua livre e efetiva participação no processo.

DANIEL HERTEL⁵¹, após tecer considerações sob os planos da isonomia, afirma que o intérprete deve atentar para os critérios da justiça social.

50. COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. TARUFFO Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, 2^a ed., il Mulino, Bologna, 1998.

51. "o tratamento isonómico não deve redundar necessariamente na idéia de tratamento dos iguais de forma igual. Na verdade, essa noção deve ser vista sob outro prisma o da sua eficácia. Há necessidade, portanto, de o exegeta interpretar o princípio da isonomia considerando os critérios da justiça social. A igualdade, com efeito, deve ser avaliada sob o seu aspecto substancial ou material. É necessário tratar os iguais de forma igual

LEONARDO GRECO⁵² torna mais consistente esse conceito de igualdade, ao falar em “oportunidade concreta igual de sucesso final”.

Questões que costumam suscitar controvérsias diante do Princípio da Isonomia estão frequentemente relacionadas às prerrogativa de prazo gozada pela Fazenda Pública e pelo Ministério Público no tocante à realização de certos atos processuais em razão da burocracia estatal (art. 188, CPC).

AGAPITO MACHADO⁵³, em posição crítica, afirma que todos os privilégios da Fazenda foram eliminados diante da redação do art. 5º da Carta.

Para GRECO⁵⁴, os privilégios se justificam se são, de fato, necessários para garantir a defesa plena do Estado em juízo.

Aliás, a Fazenda tem a seu dispor um verdadeiro arsenal de prerrogativas, como por exemplo, a remessa necessária, o incidente de suspensão de segurança, a intimação pessoal, a utilização de embargos, mesmo quando se trata de execução fundada em título judicial, apenas para citar alguns exemplos.

e os desiguais de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades. Vale dizer: as pessoas ou as situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. Nesse contexto, a tendência do constitucionalismo contemporâneo tem sido a de não se limitar à enunciação de um postulado formal e abstrato de isonomia jurídica, mas sim de fixar nas Constituições medidas concretas e objetivas tendentes à aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados.” HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 761, 4 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7112>>. Acesso em: 02 out. 2010.

52. “As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses. Essa equalização é particularmente importante quando entre as partes exista relação fática de subordinação ou dependência, como nas relações de família, de trabalho, de consumo. (...) Em julgado de 1994, a Corte Europeia extraiu, como consequência direta do processo justo garantido no artigo 6º da Convenção, o dever do órgão julgador de “proceder ao exame efetivo dos meios, dos argumentos e das proposições de prova apresentados pelas partes, sem prejuízo da prévia apreciação da sua pertinência em relação aos fins da decisão (Van de Hurk v. Países Baixos, julgado em 19/4/94)”. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Artigo disponível no seguinte endereço: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto165.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2006.

53. MACHADO, Agapito. O princípio da isonomia e os privilégios processuais . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 578, 5 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6242>>. Acesso em: 02 out. 2010.

54. “Os chamados privilégios processuais da Fazenda Pública somente são legítimos na medida em que se fazem necessários para que o Estado possa exercer com plenitude a sua defesa em juízo, em igualdade de condições com qualquer outro litigante. De nenhum modo são toleráveis para dar ao Estado posição de vantagem ou para dificultar ou retardar o acesso à Justiça do cidadão ou para eximir o Estado do cumprimento dos seus deveres”. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo, op. cit.

Voltando ao exame do dispositivo, gostaríamos de chamar a atenção para a parte final do texto, assim expressa *"competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica."*

Seguindo uma linha ideológica já comentada nos dispositivos anteriores, e que fica ainda mais clara quando se examina o artigo 107 do Projeto⁵⁵, que trata dos poderes do juiz, é possível inferir que o papel do juiz na condução do processo será ampliado.

Caso o magistrado perceba que uma das partes contratou advogado que não está protegendo adequadamente seus direitos, poderá intervir.

É bem verdade que essa hipótese é bem perigosa e tem deixado setores da advocacia ora preocupados, ora inconformados.

Participando de eventos acadêmicos sobre o Projeto, temos ouvido as seguintes indagações, entre outras: em que bases, ou apoiado em que critérios, deverá fazer esse julgamento? Ao fazer esse exame, já não estará, de alguma forma, prejudicando, ou ao menos se afastando de uma posição imparcial, e aí, paradoxalmente, violando a isonomia? Como deve o juiz proceder? Essa providência poderia ocorrer em qualquer hipótese? Não deveria ser restrita à situações excepcionais identificadas no texto legal? Vai ser utilizada também quando a defesa técnica estiver sob a responsabilidade de um Defensor Público? Há prazo? Trata-se de incidente? É recorrível? E se a parte se declarar satisfeita com a defesa técnica que está recebendo, como pode o juiz intervir nesse negócio privado?

Não custa lembrar que o magistrado, na concepção do Projeto, pode conceder providências de urgência de ofício, pode adequar as fases do procedimento e pode distribuir o ônus da prova de forma dinâmica. Tais providências são, igualmente, manifestações de uma atitude rumo à preservação da igualdade, ainda que no sentido material.

55. Diz o art. 107 do PLS 166/10: "Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I promover o andamento célere da causa; II prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações impertinentes ou meramente protelatórias, aplicando de ofício as medidas e as sanções previstas em lei; III determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; IV tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; V adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa; VI determinar o pagamento ou o depósito da multa cominada liminarmente, desde o dia em que se configure o descumprimento de ordem judicial; VII exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para interrogá-las sobre os fatos da causa, caso em que não incidirá a pena de confessio; IX determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outras nulidades".

Por outro lado, estará sujeito a um dever de fundamentação analítica e terá que seguir os precedentes dos Tribunais Superiores, por força de diversos dispositivos espalhados pelo Projeto. Aqui se observa a preocupação com a igualdade no sentido formal.

É hora de amadurecer e refletir acerca dessa equação, de forma a examinar se esse sistema de “freios e contrapesos” está bem equilibrado.

Chegamos ao art. 8º.

Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Numa primeira leitura do dispositivo, é possível aferir dois conceitos fundamentais:

- a) solução rápida da lide;
- b) dever de colaboração das partes.

A celeridade já estava assegurada no artigo 4º. Com efeito, após a positivação deste princípio no texto constitucional (art. 5º, inc LVIII), o que se deu por força da Emenda Constitucional nº 45/04, o conceito de devido processo legal na acepção procedural⁵⁶ passou a abranger, além do contraditório e da ampla defesa, também a duração razoável do processo.

Não só isso. CÂNDIDO DINAMARCO⁵⁷, revendo sua consagrada teoria da instrumentalidade do processo, sustenta que a celeridade é um de seus pilares contemporâneos.

O dever de colaboração⁵⁸, a seu turno, já havia sido referido no artigo 5º do PCPC, sob o *nomen iuris* de “cooperação”.

Esse princípio de cooperação vai funcionar como um formatador dos atos das partes, até mesmo porque o art. 66 do Projeto diz que é dever da parte proceder com lealdade e boa fé.

56. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, Capítulo 3.

57. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 8ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000. Em palestra proferida nas Jornadas do IBDP, em Vitória, em junho de 2010, o professor assim manifestou seu entendimento. Há algumas transcrições desta palestra disponíveis no sítio do I.B.D.P., em www.direitoprocessual.org.br, acesso em 04 de agosto de 2010.

58. MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo Valorativo*. Texto publicado no ano de 2007, p. 12, disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br>.

O dispositivo menciona ainda o dever de se abster de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios. Não custa lembrar que o art. 72 do Projeto dispõe que o juiz condenará o vencido nas despesas de qualquer incidente suscitado. É bem verdade que o Projeto reduz bastante o cabimento de incidentes, enxugando o procedimento, simplificando e deformalizando os atos.

Importante mencionar ainda que o art. 111 do Projeto sanciona o ato simulado, ou seja, a hipótese de colusão entre as partes, criando uma tutela específica ao dizer que o juiz *"proferirá sentença que obste aos objetivos das partes"*, cabendo ainda a aplicação da penalidade de litigância de má fé, de ofício.

Passamos ao exame do artigo 9º.

Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Previsto no art. 5º, inciso LV da Carta de 1988, o referido princípio é tão importante no direito processual a ponto de renomados doutrinadores como ELO FAZZALARI⁵⁹ e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁶⁰ afirmarem que *"sem contraditório, não há processo"*. Divergem, contudo, os dois doutrinadores supracitados, por que enquanto CÂNDIDO DINAMARCO entende que processo é todo procedimento em contraditório animado por uma relação jurídica processual, ELO FAZZALARI rejeita a teoria do processo como relação jurídica (BÜLOW), afirmando que basta haver o procedimento em contraditório para que haja processo.

Esse princípio impõe que, ao longo do procedimento, seja observado verdadeiro diálogo. Desse modo, permite que as partes, assim como eventuais interessados, participem ativamente da formação do convencimento do juiz, influindo, por conseguinte, no resultado do processo.

Para AROLDO PLÍNIO GONÇALVES⁶¹, a essência do contraditório encontra-se na *"simétrica paridade"*. Isso significa que se deve conceder a oportunidade de participar do procedimento a todo aquele cuja esfera jurídica possa ser atingida pelo resultado do processo, assegurando-lhe ainda igualdade de condições com os demais interessados.

Assim, o contraditório pode ser conceituado como a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo (jurisdicional ou não), com a consequente possibilidade de manifestação sobre os mesmos.

59. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, 8ª ed. CEDAM: Padova, 1996.

60. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno, volume I*. São Paulo: Malheiros, 2001.

61. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 115.

Abrange a garantia de meios previstos em lei para a participação das partes no processo, a serem franqueados pelo juiz; bem como a participação do magistrado na preparação do julgamento, exercendo, ele próprio, o contraditório. Trata-se, portanto, de direito das partes e dever do juiz⁶².

Além do mais, tal princípio deve ser visto sob dois enfoques, quais sejam:

a) Jurídico: os fatos alegados e não contestados são tidos como verdadeiros, sendo declarada a revelia do réu.

b) Político: assegura às partes a participação na formação do provimento jurisdicional, ou seja, é a possibilidade que o jurisdicionado possui de influir nas decisões que irão repercutir em sua vida.

Juntamente com o princípio da isonomia, o contraditório constitui importante premissa democrática que com ele se relaciona de modo a garantir um efetivo equilíbrio entre as partes.

Embora a garantia do contraditório esteja relacionada a algumas premissas individualistas, tais como a legitimidade *ad causam*, a eficácia da sentença (restritas às partes que figuraram no processo) e os limites subjetivos da coisa julgada; modernamente, tais restrições vêm sendo depuradas do significado individualista.

É o que se verifica a partir da admissão de um processo conduzido por uma entidade idônea e com legitimidade *adequada*, permitindo a produção de seus efeitos sobre pessoas pertencentes a um grupo ou comunidade. Tal é o fundamento da tutela coletiva através do exercício das ações coletivas pelo Ministério Público e outras entidades previstas em lei que atuarão no exclusivo interesse do grupo ou comunidade interessada, garantindo, com isso, a integridade do contraditório.

Para LEONARDO GRECO⁶³, o contraditório é consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe:

"a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes;

b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos

62. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2002.

63. GRECO, Leonardo. *As Garantias Fundamentais do Processo*, op. cit.

seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material;

c) congruïdade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa;

d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão;

e) o contraditório participativo pressupõe que todos os contrainteressados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação”.

Importante observar que tal princípio terá aplicação específica e de grande importância em pelo menos duas situações reguladas pelo Projeto.

A primeira diz respeito às decisões de inversão do ônus da prova ou de aplicação da carga dinâmica, as quais, em hipótese alguma, devem gerar surpresa⁶⁴ para a parte atingida.

A segunda se refere aos provimentos de urgência solicitados, nos quais a efetividade depende exatamente da não comunicação à parte contrária. O juiz, num exame de ponderação de interesses entre o acesso à justiça e o contraditório, vai avaliar, no caso concreto, qual deles deve prestigiar. Em sendo deferida a medida *inaudita altera pars*, ocorrerá o fenômeno do contraditório deferido ou postergado, que só é admitido em casos excepcionais e acompanhados da devida fundamentação analítica, como lembra MARINONI⁶⁵.

Examinaremos, a seguir, o art. 10, que revela uma das grandes inovações do Projeto.

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”.

No atual CPC, o art. 128 dispõe que o juiz deve decidir a ação “nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes”.

64. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*, op. cit.

65. MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*, op. cit.

Diante da restrição do atual art. 128, que se refere apenas às questões, a doutrina clássica invoca aqui o adágio *iura novit curia*, segundo o qual o juiz seria livre na escolha e na aplicação dos fundamentos jurídicos.

Nesse sentido, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI⁶⁶ entendem que não existe impedimento para que o juiz requalifique juridicamente a demanda, enquadrando-a em outros dispositivos legais. Assim, ao juiz seria concedida plena liberdade para aplicar o direito da maneira que entender pertinente, desde que respeitados os limites fáticos aportados no processo.

Fazendo uma excelente resenha do tema, MARIO GELLI⁶⁷ colaciona diversos autores que tratam da dessa delicada questão.

Nesse contexto, BARBOSA MOREIRA⁶⁸ sustenta que a causa de pedir não é integrada pela norma jurídica aplicável à espécie, tampouco pela qualificação jurídica dada pelo autor da demanda ao conjunto de fatos em que apoia sua pretensão.

Ainda no mesmo sentido, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE⁶⁹ afirma que a alteração da fundamentação jurídica pelo juiz não implica em modificação da causa de pedir.

Ocorre que, com o passar do tempo, parte da doutrina evoluiu para o entendimento de que tal discricionariedade ampla do juiz poderia, em alguma medida, gerar prejuízo para uma das partes.

Passou-se, então, a trabalhar com a ideia de que o princípio do contraditório deveria ser utilizado para limitar esta liberdade do juiz.

LEONARDO GRECO⁷⁰ propõe uma orientação mais restritiva, atentando para a liberdade das partes e também ao princípio da demanda, que atribui ao autor o poder de fixar seus limites objetivos e subjetivos. Nesse sentido, não se pode negar que a vontade do autor é fator essencial na definição dos limites do objeto litigioso e, por isso mesmo, tem que ser respeitada.

66. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*, 2^a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 160/161.

67. GELLI, Mario. *A Vinculação do Juiz à causa de pedir no processo justo: limites de aplicação do iura novit curia no processo civil*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Leonardo Greco. Não publicada. Biblioteca da UERJ, 2009.

68. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, 25^a edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17

69. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*, in José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (coord.), *Causa de pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

70. GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 59.

Nesse sentido, o litígio levado a juízo não é o litígio real, *in natura*, mas sim aquele limitado pelos elementos fáticos e jurídicos apresentados pelo autor; ademais, o objeto da jurisdição civil é o pedido e não os fatos.

Bem a propósito lembrar, como faz MARIO GELLI⁷¹, que esta ideia acabou corporificada na obra de AUGUSTO JARDIM⁷², na qual sustenta o autor que, em verdade, o *iura novit curia*, permite que o magistrado altere a norma aplicável ao caso, mas isso não significa dizer que o juiz pode alterar, também, o fundamento jurídico que integra a causa de pedir próxima.

Diante desses conceitos, podemos observar que o texto do novo CPC busca uma espécie de consenso.

Em minha visão, entre duas possíveis soluções extremadas, ou seja:

(1) manter o sistema atual segundo o qual o juiz pode alterar a seu bel prazer os fundamentos jurídicos, ainda que sob o disfarce de modificar a norma aplicável; ou

(2) exigir que o juiz fique absolutamente adstrito aos fundamentos invocados pela parte, ainda que vislumbre outro, mais adequado, andou muito bem a Comissão ao buscar uma solução intermediária e salomônica.

Pela leitura que faço do dispositivo, embora estejamos ainda em fase embrionária, me parece que o juiz pode invocar fundamento não alegado pelas partes, mas deve propiciar a manifestação destas antes de decidir.

Nessa hipótese, ou seja, quando o juiz traz para os autos um fundamento que não havia sido alegado, não está muito claro ainda quando, até que momento, e de que forma fará ele essa inserção.

Por outro lado, é preciso se atentar para a enorme mudança que será ocasionada pela parte final do novel dispositivo, quando determina que tal provisão deverá ser tomada pelo juiz, ainda que a matéria possa ser examinada de ofício.

Doutrina e jurisprudência vêm caminhando no sentido de que tais matérias, hoje, a partir da interpretação do atual art. 267, § 3º do CPC seriam: condições para o regular exercício do direito de ação, pressupostos processuais e as hipóteses de nulidade absoluta. São, em verdade, os mesmos casos que autorizam a utilização da objeção de pré-executividade, na visão da orientação⁷³ que prevalece no Superior Tribunal de Justiça.

71. GELLI, Mario. *A Vinculação do Juiz à causa de pedir no processo justo: limites de aplicação do iura novit curia no processo civil*, op. cit.

72. JARDIM, Augusto Tanger, *A Causa de Pedir no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 121.

73. Entre tantos, pode ser referido o REsp 419.376-MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 16/5/2002.

Parece-me que esta redação prevista no art. 10 do PLS 166/10 está de acordo com os postulados de um processo justo, ou seja, fundado em garantias estruturais e individuais. Numa eventual colisão entre os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório, a solução preconizada exsurge como promissora ferramenta capaz de preservar a efetividade do processo, sem, contudo, retirar-lhe o caráter democrático.

Finalmente, chegamos ao último dispositivo da parte principiológica do novo CPC.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas neste Código e nas demais leis, pode ser autorizada somente a presença das partes ou de seus advogados.

O art. 11 do Projeto traz dois grandes princípios constitucionais e que são replicados no ordenamento infraconstitucional. São eles a Publicidade e a Fundamentação das Decisões Judiciais.

Falemos, primeiramente, da publicidade.

O atual art. 155 do CPC regula a matéria, fazendo a previsão, em casos excepcionais, do chamado “segredo de justiça”. Em regra, a Lei define algumas hipóteses básicas, ficando ao prudente arbítrio do juiz, estender essa exceção a outros casos não contemplados especificamente no texto legal, desde que sua decisão seja fundamentada, pois estará restringindo uma garantia constitucional.

A questão da publicidade dos atos processuais parece ganhar novos contornos se examinada sob a perspectiva do processo eletrônico, que, ao que parece, deve ser a tendência dominante em bem pouco tempo.

Aqui, achamos necessário fazer algumas ponderações⁷⁴.

Seguindo essa tendência já presente em diversos Tribunais, em 2006, a Lei nº. 11.419 regulamentou a informatização do processo judicial, alterando, inclusive, dispositivos do CPC. Analisando a legislação, a doutrina vislumbrou o fim da morosidade, a economia processual, a transparência, a concretização do princípio da duração razoável do processo e a inclusão digital do Poder Judiciário, gerando maior efetividade da atividade judicante.

74. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DUARTE, Marcia Garcia. *Os Juizados Especiais Cíveis e o eprocess. O exame das garantias processuais na esfera virtual*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, 3º volume, disponível em <http://www.redp.com.br>, 2009, pp. 48/65.

Por outro lado, alguns apontamentos negativos acerca da temática já surgiu. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou, no ano de 2007, ação direta de constitucionalidade, que recebeu o número 3.880, com pedido de concessão *in limine* da tutela contra a norma supracitada.

Em resumo, o Conselho da Ordem entendeu que o processo digital fere os princípios da proporcionalidade e da publicidade, bem como os preceitos constitucionais acerca do exercício da advocacia, além do artigo 5º, *caput* e incisos XII, LX; do artigo 84, inciso IV e do artigo 133 da Carta.

Em certa medida, somos obrigados a concordar que os processos virtuais podem ferir o princípio constitucional da publicidade, ao limitar o acesso às informações processuais e aos documentos digitalizados somente às partes, seus procuradores e ao *Parquet* (Lei nº. 11.419/06: “Artigo 11. (...) Parágrafo 6º – Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio de rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de Justiça”.)

Numa interpretação literal, ao se limitar o acesso do público às provas documentais, seja nos casos de segredo de justiça ou não, haverá violação ao princípio da publicidade, no entender de PETRONIO CALMON⁷⁵.

Por outro lado, o princípio da publicidade estará sendo respeitado, na medida em que confere conhecimento público aos atos praticados pelo Poder Judiciário de maneira mais ampla, uma vez que disponibiliza todas as etapas do processo judicial não só para as partes, mas também para toda a coletividade, como salienta EDILBERTO CLEMENTINO⁷⁶.

Talvez uma solução intermediária seja facultar a todos os operadores do direito (aí incluídos advogados públicos e privados, promotores e defensores públicos) a consulta a todos os processos e aos documentos digitalizados, reprise-se, desde que não cobertos por alguma hipótese de segredo de justiça.

Quanto aos jurisdicionados, esses poderiam consultar livremente os processos que figuram como sujeitos ativos ou passivos. Em complemento a isso, nos casos dos indivíduos que tenham interesse, mas que não sejam partes da demanda, deveriam apresentar requerimento que seria submetido ao juízo, acompanhado das respectivas razões, para que seja feito o exame da pertinência, tal como ocorre nos autos físicos quanto à intervenção de terceiros.

75. CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 117.

76. CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo Judicial Eletrônico*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 151.

Coadunando-se as propostas acima, vemos claramente uma forma proporcional de acomodar os princípios da publicidade e da proteção à intimidade, posto que salvaguarda o primeiro, sem que com isso seja mitigado o segundo. A partir dessa linha de raciocínio, não custa lembrar que, ultimamente, têm sido frequentes os choques entre esses princípios. Vejamos, por exemplo, as interceptações telefônicas desregradas, a divulgação precipitada de diligências policiais à imprensa, antes que seja formado um juízo mínimo de acusação, e a manipulação de dados sigilosos, culminando com a desarticulação de quadrilhas que roubavam, vendiam e extorquiam pessoas, de posse de seus dados íntimos (extratos de cartões de crédito, contas telefônicas, informações bancárias e outras). Isso sem contar os casos noticiados de acesso não autorizado e eventual manipulação de informações fiscais com finalidade política.

Outro ponto que vislumbramos é o de que devem ser pensadas medidas de segurança quanto ao acesso aos autos virtuais por pessoas estranhas ao processo, caso o texto legislativo que o restringe seja revisto.

Para solucionar isso, pensamos ser possível a criação de um sistema capaz de rastrear e de registrar todas as pessoas que acessaram o histórico de cada processo. No caso de divulgação indevida, fica muito mais fácil descobrir quem foi responsável pela utilização imprópria da informação ou do documento.

Nos processos físicos, os autos são acessados no balcão cartorário. Caso os autos sejam retirados para fotocópia, por exemplo, a identificação e o registro de quem os retira poderá ser feita num Livro próprio. Nesses casos, em ocorrendo a hipótese de uso indevido de informações e documentos, a identificação daqueles que manusearam os autos processuais fica mais fácil.

Por outro lado, na via da justiça virtual, esse acesso pode se dar a partir de provedor situado fora do país ou mesmo utilizando-se uma *lan house*.

Diante dessa hipótese, apontamos que há possíveis soluções para que os acessos sejam controlados e monitorados, resguardando-se com isso os princípios da publicidade, mas também o da intimidade.

Nesse passo, medidas como a certificação digital, a identificação biométrica e o cadastro e rastreamento do I.P. utilizado, são fundamentais para garantir um protocolo mínimo de segurança. Importante, também, que haja um mecanismo mais ágil de comunicação entre provedores de acesso e provedores de conteúdo, a fim de que os dados referentes ao número do I.P. e a identificação do usuário possam ser cruzados o mais rápido possível.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu, que os tribunais devem divulgar na internet, com amplo acesso à população, os dados básicos de todos os processos em tramitação, incluindo o interior teor

das decisões. Segundo o conselheiro WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR⁷⁷, além do acesso às informações, a divulgação dos dados é uma forma de a Justiça prestar contas à sociedade.

De acordo com o entendimento, os dados básicos que devem estar disponíveis são: o número, classe e assunto do processo, nome das partes e dos advogados, movimentação processual, e teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos, exceto nos casos que tramitam em sigilo de justiça. A limitação vale também para processos criminais e trabalhistas.

A decisão do CNJ⁷⁸ procura conciliar os princípios do amplo acesso à informação e da publicidade, com a preservação da privacidade das pessoas. Por isso, o acesso aos depoimentos gravados e decupados ficarão restritos às partes e aos advogados habilitados nos autos. Entretanto, para não prejudicar o exercício da atividade da advocacia privada, da defensoria e do ministério público, a resolução garante o acesso dessas categorias, desde que os profissionais sejam registrados no sistema de informações do tribunal.

Vejamos agora o Princípio da Fundamentação, hoje previsto na Carta Maior, no art. 93, inciso IX.

A fundamentação está intimamente ligada à atividade cognitiva do juiz. É um dos chamados requisitos da sentença, na forma do art. 458, inciso II do atual CPC.

No Estado Contemporâneo, o dever de fundamentação ganha uma especial relevância, tendo em vista o agigantamento dos poderes dos magistrados, bem como a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais.

A partir das técnicas utilizadas na hermenêutica constitucional, torna-se imperativo que o magistrado revele em sua decisão mais do que uma simples adequação da norma ao caso concreto.

Até mesmo porque, essa técnica puramente positivista, hoje não é mais capaz de resolver grande parte dos conflitos.

Se não se pode mais falar em um direito processual alheio à Constituição, parece-me que também não pode haver atividade hermenêutica sem levar em conta as técnicas advindas com o neoconstitucionalismo.

77. Sessão realizada no dia 05 de outubro de 2010. A matéria está disciplinada na Resolução nº 121, editada no mesmo dia, disponível no sítio www.cnj.gov.br.

78. Informação veiculada pela Agencia CNJ, em 05/10/10 e disponível em nosso blog: <http://humbertodalla.blogspot.com>.

Fixadas essas premissas, fica mais fácil compreender a relevância que o dever de fundamentar ganha, enquanto garantia do devido processo legal.

Essa afirmação ganha ainda novas cores, quando nos damos conta de que pode não haver lei específica que discipline a matéria que precisa ser decidida pelo juiz. Nesse sentido, o art. 108 do Projeto assim dispõe: *Art. 108. O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*

De se elogiar a redação do dispositivo pois coloca em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, a preocupação que o julgador deve ter com os princípios constitucionais. Não resta nenhuma dúvida de que é com normas como esta que o Código pretende reivindicar seu lugar como um dos grandes Diplomas da Contemporaneidade, atento à premissa sociológica da pós-modernidade e plenamente inserido na dimensão póspositivista.

Contudo, a hipótese mais interessante para o estudo do dever de fundamentação está ligada ao momento e às condições que o juiz dispõe para decidir.

KAZUO WATANABE⁷⁹ nos apresenta as possíveis classificações para a atividade cognitiva. Fala em cognição horizontal (relativa às matérias apreciadas pelo juiz) e vertical (quanto ao momento da prolação da decisão). No plano vertical, a cognição pode ser superficial, sumária ou exauriente. Cognição superficial se dá nas hipóteses em que o juiz é forçado e decidir quase que instantaneamente. O *periculum in mora* é grande e não há tempo para diligências complementares. Na cognição sumária, o juiz tem um pouco mais de conforto. Não é possível aguardar o momento oportuno para a sentença (após a fase instrutória), mas já há elementos que forneçam a ele um pouco mais de segurança. Na tutela exauriente, a causa já está madura, o juiz teve todo o tempo para formar sua convicção, levando em conta todos os elementos que poderiam ser alcançados.

Embora o dever de fundamentar se aplique a todas as modalidades de cognição, o Projeto parece ter dado atenção especial às formas sumária e superficial, quando é deferida ou negada medida de urgência. Nesse sentido, veja-se o art. 279: *Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.*

É, a nosso ver, um belo exemplo daquilo a que nos referimos em comentários anteriores: fundamentação analítica.

Numa fundamentação sintética, o juiz diria que concede a tutela de urgência pois estão presentes os pressupostos legais.

79. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2^a edição, São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

Se por um lado os Tribunais Superiores sempre insistiram na tese da necessidade de uma fundamentação mais profunda, por outro lado, muito raramente declaram a nulidade de uma decisão interlocutória mal fundamentada. É corrente o pensamento segundo o qual só haverá nulidade na hipótese de ausência de fundamentação, não valendo essa regra para a “deficiência de fundamentação”.

Parece-me que esse entendimento será revisto.

Agora o Código disporá de forma expressa que o juiz deve indicar “as razões de seu convencimento” e isso deve se dar de “modo claro e preciso”.

É a fundamentação analítica. Não basta que o juiz indique o dispositivo legal que autoriza a concessão da medida. Deve expressar as razões de decidir. O motivo do motivo. Não basta dizer que está presente o *fumus boni iuris*. Tem que identificar naquele caso, dentro daquelas circunstâncias, e por que motivo se convenceu da presença dos requisitos.

É como se o magistrado passasse a ter o dever de externar o processo mental que o levou a decidir daquela maneira.

De se registrar que esta obrigação vale tanto para as decisões positivas quanto para as negativas. Caso contrário, restaria arranhado o devido processo legal. A parte tem direito de saber por que motivo concreto o juiz decidiu daquela maneira. Em que premissa se baseou, qual foi seu raciocínio, que valores o influenciaram. De posse dessas informações, poderá exercer seu direito ao recurso, demonstrando junto ao Tribunal o eventual desacerto da decisão questionada.

3. Considerações Finais:

Já é hora de encerrar esses comentários.

Buscamos apresentar uma visão geral dos Princípios e Garantias Constitucionais abraçados pelo Projeto do novo CPC por meio do texto positivado nos artigos 1º a 11.

Pelo que foi visto, é possível afirmar que se trata de um verdadeiro Diploma da Contemporaneidade ou da Pós-Modernidade.

O pós-moderno⁸⁰ é, por natureza, complexo⁸¹. Conceitos tem que ser vistos, revistos e amadurecidos.

80. BAUMAN, Zygmunt (trad. Mauro e Cláudia Gama). *O MalEstar na PósModernidade*, Zahar, Rio de Janeiro, 1997.

81. MORIN, Edgar (trad. Eliane Lisboa). *Introdução ao Pensamento Complexo*, 3a edição, Sulina, Porto Alegre, 2005.

O Projeto dá esse passo inevitável e há muito esperado, cumprindo seu papel de retirar o processo civil da modernidade.

Assim como já havia ocorrido com o direito civil, agora o direito adjetivo passa a contar com regras que se afinam e se adequam à estrutura constitucional idealizada em 1988, e forjada pelo Pretório Excelso nesses 22 anos.

Há, principalmente, eixos temáticos bem definidos⁸²: Estado Constitucional; tutela de direitos e processo justo.

Ainda não temos a versão definitiva do Projeto, mas provavelmente essa parte principiológica não será (muito) alterada. Podemos dizer que se trata da espinha dorsal do novo Código.

Um Código que se baseia, a meu ver, em duas grandes premissas. De um lado, a ampla liberdade do juiz de primeiro grau para conduzir o processo (possibilidade de conceder tutelas de urgências de ofício, irrecorribilidade da maior parte das decisões interlocutórias, possibilidade de adequação e flexibilização das etapas procedimentais, além da inversão e do uso dinâmico do ônus da prova). De outro, a vinculação deste mesmo juiz a um sistema rígido de precedentes (súmula vinculante, decisões em matéria de repercussão geral, recursos repetitivos, súmulas convincentes e impeditivas de recursos e orientações predominantes dos Tribunais locais, além, é claro, do incidente de resolução de demandas repetitivas).

Essas duas premissas são (quase) paradoxais!

Deseja-se um juiz ativo, num sistema que visa preservar os direitos fundamentais (garantismo processual) e criamse, nesse mesmo sistema, diversas camadas de precedentes que, praticamente, impedem o juiz de ousar divergir do entendimento padronizado pelos Tribunais Superiores.

Eis o desafio a que se propôs a notável Comissão, liderada pelo brilhante LUIZ FUX.

Não pretendemos, ainda, adiantar conclusões. Pensamos que o tempo é de reflexão, a fim de que a mudança legislativa se faça de forma madura, e nosso processo civil possa, finalmente, encontrar a tão buscada efetividade. Assim seja!

82. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*, op. cit. p. 60.

4. Bibliografia:

1. BARBOSA MOREIRA. *A Justiça no Limiar do Novo Século*, in Temas de Direito Processual, Quarta Série, São Paulo: Saraiva, 1994.
2. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, 25^a edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
3. BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, artigo disponível em <http://www.migalhas.com.br>, acesso em 28 de janeiro de 2009.
4. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2009.
5. BITTAR, Eduardo C. B.. *O Direito na PósModernidade*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2005.
6. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*, in Revista Panoptica, ano 1, número 6, disponível no site <http://www.panoptica.org>, acesso em 30 de novembro de 2009.
7. COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Conrado. TARUFFO Michele. *Lezioni sul Processo Civile*, 2^a ed., il Mulino, Bologna, 1998.
8. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo" (Modelli a confronto)* in Revista de Processo, vol. 90, ano 23, abr-jun/1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 95/148.
9. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 8^a edição, São Paulo: Malheiros, 2000.
10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. São Paulo: Malheiros, 2002.
11. FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, São Paulo: Saraiva, 1996.
12. GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003.
13. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Artigo disponível no seguinte endereço: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto165.htm>, Acesso em: 02 de maio de 2006.
14. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*, in Estudos de Direito Processual Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
15. MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*, disponível no endereço <http://www.marinoni.adv.br>, acesso em 05 de agosto de 2010.

16. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
17. MITIDIERO, Daniel. *Bases para a Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo Valorativo*. Texto publicado no ano de 2007, p. 12, disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br>).
18. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.
19. OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169194. <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>>. Acesso em 14 de novembro de 2006.
20. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURCO, Karol. *A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O "Juiz Hermes" e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional*, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>.
21. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 3^a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
22. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria Geral da Mediação - à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
23. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DUARTE, Marcia Garcia. *Os Juizados Especiais Cíveis e o eprocess. O exame das garantias processuais na esfera virtual*, in Revista Eletrônica de Direito Processual, 3º volume, disponível em <http://www.redp.com.br>, 2009, pp. 48/65.
24. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*, artigo disponível em meio digital no seguinte endereço: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm.
25. SCHENK, Leonardo. *Breve Relato Histórico das Reformas Processuais na Itália. Um Problema Constante: a lentidão dos processos cíveis*, artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, 2º volume, 2008, p. 181, disponível em <http://www.redp.com.br>, acesso em 12 de setembro de 2010.
26. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, 3^a edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.
27. TARUFFO, Michele. COMOGLIO, Luigi Paolo. FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*, 2^a ed., il Mulino, Bologna, 1998.
28. TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974.

29. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2^a edição, São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

30. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

"INTERESSE PÚBLICO: VERDADES E SOFISMAS"

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO *

SUMÁRIO: 1. Uma breve palavra inicial; 2. Noção clássica; 3. Noção moderna; 4. Interesse público: as verdades; 5. Interesse público: os sofismas; 6. Conclusões.

1. UMA BREVE PALAVRA INICIAL

Faz parte do sentimento humano o desejo de insurreição contra as tradições, os pensamentos clássicos, as ideias dos mais velhos e, por que não dizer, as verdades imorredouras. Nem sempre merece crítica esse intuito de revolucionar, mudar, alterar, revolver as coisas do passado. Ao contrário, a história nos apresenta inúmeros fatos que nasceram de novos pensamentos e suplantaram óticas e ações da antiguidade, permitindo às sociedades o ingresso na modernidade e a evolução natural dos povos.

De outro lado, não merece aplauso o mero intuito de mudar por mudar, malferindo axiomas que se revelam verdadeiramente imutáveis, ainda que sob o peso do passar dos tempos. O modismo não muda rigorosamente nada: sendo efêmero, subverte tão somente durante um período mínimo, mas não tem capacidade de provocar uma verdadeira revolução no *statu quo*. Da mesma forma, não tem como desfazer aquela verdade que transita nos bastidores e que, no fundo, lhe serve de apoio.

* Mestre em Direito (UFRJ). Professor da UFF – Univ. Federal Fluminense (Curso de Pós-Graduação). Professor da UCAM - Univ. Cândido Mendes (Pós-Graduação). Professor da FDV – Faculdade de Direito de Vitória (Pós-Graduação). Professor da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Membro do IBDA – Inst. Bras. de Direito Administrativo. Membro do IDAERJ – Inst. Dir. Administrativo do Estado do Rio de Janeiro. Membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Consultor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Isso tudo ocorre em todos os setores da sociedade e, como não poderia deixar de ser, também no Direito. Se é certo que alguns institutos jurídicos passaram a sofrer o influxo de novas ideias, que os modificaram, não menos certo é que, em alguns casos, estudiosos tentam simplesmente escravizar, à sua própria e exclusiva visão, pensamentos e parâmetros desde sempre adotados. A despeito de semelhantes tentativas, a essência do instituto, seu núcleo central, sua verdade intrínseca, afinal, lhes ficam imunes e permanecem com o mesmo contorno.

A postura, diante das escaramuças modificativas desse tipo, deve ser de compreensão e condescendência, quase que de carinho paternal. Mas ao analista cabe distinguir com rigor aquilo que corresponde a uma indiscutível revolução do estado atual daquilo que traduz mero enfoque pessoal, que não causa nenhuma fresta na verdade essencial das coisas.

Se a verdade é essencial, não será fácil tentar demonstrar que não o é. Por isso, é comum que o estudioso se socorra de *sofismas*, através dos quais, partindo de uma premissa verdadeira, procure conduzir a uma conclusão falsa ou incompatível com a premissa. Em dicionário, sofisma é o “*argumento ou raciocínio falso e capcioso feito de má fé e com o qual se pretende enganar o adversário; falso raciocínio com aparências de verdade*”.¹ A designação vem do grego “*sofós*” (sábio, instruído) e desse radical se formou a denominação da teoria sofista (sofística helênica), pré-socrática, cuja característica era a de dissimular verdades ilusórias, parecendo trilhar raciocínios lógicos, merecendo severa crítica de Platão, que bradava serem impostores os seus adeptos.

Do ponto de vista sociológico, a insatisfação relativamente aos paradigmas clássicos propicia inquietação e intranquilidade. Quando parte do grupo social assimila a aparente inovação, vão-se criando as etapas de seu desenvolvimento, só se atingindo a finalidade modificativa se a inovação for acolhida inteiramente. Distinguem-se, portanto, em Sociologia os estágios da *agitação, excitação, formalização e institucionalização* no desenvolvimento da inquietude social.² No caso das verdades sofismáticas, porém, pode ser atingida no máximo a etapa da formalização, mas nunca será conquistada a institucionalização, como viés aceito de maneira consensual e universal.

Pretende-se, neste trabalho, analisar, de forma sucinta, como o recomenda seu objetivo, as verdades e os sofismas relacionados à noção de *interesse público*. Provavelmente em virtude da força de que se reveste o sentido da expressão, e sobretudo por ser parâmetro da Administração desde a formação do Estado de direito, algumas investidas têm sido desfechadas contra o instituto,

1. CALDAS AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, Delta, 1958, vol. 5, pág. 4729.

2. EVA MARIA LAKATOS, *Introdução à Sociologia*, Atlas, 1997, págs. 172/173.

muito embora não o tenham atingido em sua essência – que permanece íntegra, exigindo apenas a necessária adequação às novas realidades sociais e jurídicas.

2. NOÇÃO CLÁSSICA

A noção clássica do interesse público desempenha papel mais expressivo a partir da constituição do Estado de Direito, de cujos postulados fundamentais ressai o que identifica sua função basilar, qual seja a de gerir os interesses das coletividades alvejando o bem-estar e a satisfação dos indivíduos.

Na antiguidade, obviamente, não havia espaço para definir o interesse público, diversas que eram as condições políticas, sociais e econômicas. No direito romano, entretanto, particularmente à época de UPLIANO, já se podiam encontrar certos axiomas que se relacionavam ao interesse do Estado, enquanto este ainda não representasse o instrumento de representação popular. É clássico o brocado da dicotomia jurídica: *"Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singularum utilitatem"*.³ Com certeza, tratava-se apenas de noção embrionária, mas registrava como ponto central o *interesse*: se este era do Estado, a norma seria de direito público; se dos indivíduos, seria de direito privado.⁴ De outro ângulo, reconhecia-se algum poder jurídico (*ius*) do povo, diverso do direito dos indivíduos.⁵

Quase de forma instintiva, a interpretação do interesse público levava em consideração dois vetores: um relativo ao interesse do próprio Estado e outro pertencente à coletividade, com representação do Estado. Seja direta, seja indiretamente, o Estado sempre polarizou o interesse público e desempenhou o papel de árbitro para identificá-lo no âmbito das relações sociais, políticas e econômicas. E, como não podia deixar de ser, as relações jurídicas se viram permeadas pelo influxo da mesma ideia.

Ao tratar das linhas conceituais do Direito Administrativo, BIELSA partiu da premissa de que esse ramo se constitui de normas que regulam a ação dos órgãos da Administração pública e a situação dos administrados, quer quando impõe deveres, quer quando reconhece direitos e interesses legítimos, realçando a bipolarização do interesse público como do Estado e da coletividade.⁶

3. Em tradução livre: "Direito público é o que tange ao estado das coisas romanas, (ao passo que o) privado (pertine) à utilidade dos indivíduos" (Digesto, 1,1,1,2).

4. VANDICK LONDRES DA NÓBREGA, *Sistema do Direito Privado Romano*, Freitas Bastos, 3^a ed., 1961, pág. 119.

5. *Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur* ("Assim o povo romano usa, em parte, de seu direito próprio e, em parte, do comum a todos os homens").

6. RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, Depalma, B. Aires, Tomo I, 5^a ed., 1955, pág. 45.

Já no Império – época em que apenas na Europa, principalmente na França, começava a vicejar o Direito Administrativo – um dos poucos estudiosos, malgrado talentoso, do direito público, o Visconde de Uruguai (PAULINO JOSÉ SOARES DE SOUSA), já assinalava o interesse como ponto distintivo do ramo. Considerava o ramo como aquele que “*rege direitos e interesses sociais*” e “*interesses de ordem pública*”, ao passo que o Direito Civil o fazia para “*direitos e interesses privados*”.⁷ No cenário da época, queria o jurista destacar exatamente aquilo que mais tarde veio a consolidar o sentido de *interesse público*.

Mesmo em tempos mais próximos, mas ainda com visão clássica, o interesse público veio associado à própria noção de Estado, principalmente aos objetivos que colima. Exemplo dessa associação está nas palavras de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, calcado na teoria de KAMMERER, para quem “*exercer uma função do Estado é realizar um dos deveres, um dos fins para os quais existe o Estado*”, sendo, portanto, “*a tradução material de um serviço qualquer à causa pública*”.⁸ A ligação do interesse público com os fins do Estado se afigura plenamente compreensível: seria inimaginável que o Estado se preordenasse a fins e interesses privados, refugindo à sua missão fundamental de organizar a coletividade e prestar-lhe a devida satisfação quanto a seu bem-estar.

É sempre oportuno relembrar – e o fazem, por reverência ao talento de seu autor, quase todos os modernos estudiosos – a lógica de CIRNE LIMA, quando trata da relação de administração, procurando distingui-la da relação de direito privado, mais extensa e com menos limitações. Para o grande professor, “*à relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração*”. Completa seu pensamento afirmando que administrar é o oposto ao domínio, daí porque: “*na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade*”.⁹ A lição é, por si, inteira. E a finalidade a que se refere o autor reside exatamente no interesse público.

Infere-se da visão dos clássicos que a noção de interesse público sempre foi alvo de cogitação, ainda que entrelaçada à ideia de Estado, de poder e de finalidade de sua atuação. Por mais que a noção tenha sido modelada sob o impacto de cenário bem diverso, não havia como deixar de lado o sentimento de que certos interesses são grupais, coletivos, metaindividualis, tanto diretamente como de modo indireto.

7. VISCONDE DE URUGUAI, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, ed. Depto. Imprensa Nacional, 1960, pág. 36.

8. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Direito e Processo Disciplinar*, Fund. Getúlio Vargas, 2^a ed., 1966, pág. 17

9. RUY CIRNE LIMA, *Princípios de Direito-Administrativo*, RT, 6^a ed., 1987, págs. 51/52.

3. NOÇÃO MODERNA

Os tempos modernos aprofundaram a necessidade de refletir melhor sobre o sentido de interesse público, pois que com a criação do Estado de Direito e a decorrente elevação dos direitos e interesses da coletividade passou a sobressair o sentimento de que o Estado, em última instância, só se justifica em função dos interesses da sociedade, ou seja, o móvel de sua instituição repousa no intuito de servi-la e administrar-lhe direitos e interesses.

O Direito Administrativo, então, passou a realçar o elemento *finalidade* nas atividades administrativas: o fim último do Estado é o interesse público. Em cada conduta estatal caberia perscrutar o elemento teleológico da Administração e, dependendo do alvo a alcançar, poder-se-ia distinguir a legalidade ou a arbitrariedade da conduta.¹⁰ Ao mesmo tempo, a finalidade se atrelaria à própria causa dos atos: “*O fim a atingir pelo acto administrativo só pode descortinar-se através dos motivos revelados no processo gracioso ou expressos na fundamentação*”, destacava MARCELLO CAETANO.¹¹

Na doutrina francesa, tomou dianteira a investigação sobre a finalidade dos atos da Administração: o interesse público foi o elemento que serviu como parâmetro para identificar as condutas legítimas dos administradores públicos. VEDEL, depois de distinguir o interesse público sob os aspectos político e jurídico, assinala, em relação a este último, que o Estado deve ter como alvo a salvaguarda da tranquilidade, da segurança e da salubridade, além do fato de que a busca de um objetivo de interesse público é condição positiva da própria legalidade dos atos.¹²

Associado o interesse público à finalidade das atividades do Estado, logo surgiu a figura que demarcava a dissociação entre tais elementos: o *desvio de finalidade* (ou *desvio de poder*). Segundo RIVERO, ocorreria o desvio (“*détournement de pouvoir*”) quando a Administração perseguisse fim diverso daquele previsto no direito, desviando-se, por conseguinte, do fim legal que o poder lhe confiara. Na verdade, averbava o autor, a Administração não poderia direcionar-se para outro fim que não o interesse público.¹³

10. RAFAEL ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madri, vol. I, 7^a ed., 1981, pág. 205.

11. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra Edit., Lisboa, Tomo I, 10 ed., 1973, pág. 484.

12. GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, P.U.F., Paris, 1976, págs. 312/313. Admirável a precisão do autor: “*La recherche d'un but d'intérêt public est la condition positive de la légalité de l'action administrative*”.

13. JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 8^a ed., 1977, pág. 250. Eis a peremptória lição do grande mestre francês sobre o fim da Administração: “*De façon générale, elle ne doit jamais exercer ses compétences qu'en vue de la satisfaction de l'intérêt public, en vertu d'un principe général du droit*”.

Esses postulados sobre o interesse público a ser alvejado pela Administração reproduziram-se em praticamente todos os sistemas jurídicos modernos, numa clara indicação de serem inafastáveis quando se trata de demarcar a fisionomia do Estado de Direito. Não por outra razão HELY LOPES MEIRELLES deixava claro que “não se comprehende ato administrativo sem fim público”, concluindo: “A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica”.¹⁴

Pouco a pouco, os estudiosos de Direito Público foram acentuando a importância do interesse público como necessário à legitimidade dos atos administrativos. Não se desconhece – é verdade – que o agente expressa sua volição quando pratica atos em nome da Administração. Mas o fim público é condição de validade. Nessa trilha OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO anotava: “O interesse público vincula todo ato administrativo, devendo ser esta a finalidade do agente ao efetivá-lo, embora a ele alie outra de caráter pessoal”.¹⁵

CRETELLA JR., a seu turno, bradava: “Satisfação do interesse público – eis o querer supremo da Administração, eis o fim último a que devem atender os agentes administrativos editores do ato”.¹⁶ Tais leituras permitem que o intérprete conclua que o interesse público deve constituir efetivamente o fim maior do Estado, o alvo a que se deve dirigir, a meta, enfim, a alcançar.

4. INTERESSE PÚBLICO: AS VERDADES

Visto que a doutrina moderna, seja a de algumas décadas atrás, seja a mais atual, assimila a ideia do interesse público à finalidade do Estado, cumpre proceder a uma breve resenha sobre seu sentido e contorno jurídico. Além disso, vale a pena recordar alguns axiomas relativos ao interesse público – todos indicativos de verdades aceitas pelos intérpretes em geral e repelidas por alguns poucos mais por amor ao desejo de inovar do que por critérios científicos.

Não há como negar, primeiramente, que a atividade de gestão da coisa pública alvitra o interesse público, independentemente da forma de que possa revestir-se. OLIVEIRA TORO, a respeito, reproduz as palavras de SIMON, SMITHBURG e THOMPSON, que salientam o aspecto grupal do interesse a ser perseguido pela Administração: “Quando dois homens se ajudaram a mover uma pedra que nenhum dos dois podia mover sozinho, apareceram os rudimentos da administra-

14. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 29^a ed., 2004, pág. 149/150.

15. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, vol. I, 2^a ed., 1979, pág. 522.

16. JOSÉ CRETTELLA JUNIOR, *Direito Administrativo*, Forense, 1983, pág. 307.

ção. Existe um propósito, uma ação conjunta; por isso, a administração pode definir-se como as atividades de grupos que cooperam para alcançar determinados objetivos".¹⁷

O interesse público, portanto, se antagoniza com a ideia do isolacionismo e do egocentrismo. Ultrapassa as fronteiras dos interesses individuais e representa uma demanda de satisfação por parte das comunidades. Ainda que nem sempre sejam personalizados, os grupos sociais têm anseios próprios e interesses específicos a serem satisfeitos. Quando o Estado administra tais interesses, deve ter em mira os grupos e os benefícios que reclamam. Infere-se, pois, que o interesse público não é o somatório dos interesses individuais dos componentes do grupo social, mas traduz interesse próprio, coletivo, gerador de satisfação geral, e não individual; enfim, busca o bem comum.

Outra verdade que se pode apontar é a que foi difundida pela doutrina italiana, especialmente por ALESSI, na qual se procura distinguir o interesse público *primário* e o *secundário*. O primeiro corresponde ao interesse geral, da coletividade, dos grupos sociais como um todo, ao passo que o segundo é o que pertence ao próprio Estado como pessoa jurídica pública.¹⁸ A classificação visa a demonstrar que, em caso de contrariedade, deve prevalecer o interesse primário.

Entretanto, a despeito da verdade que cerca tais categorias, a contrariedade dos interesses já seria uma corruptela do dever estatal: afinal o Estado não teria interesses *apenas* seus, como têm os entes privados; os seus interesses devem ser os da própria coletividade. Numa outra visão, é possível que o interesse público se divida em *direto* e *indireto*. Quer dizer: o interesse é sempre da coletividade, mas algumas vezes a satisfação do interesse é consumada diretamente; significa que a coletividade recebe de forma direta o resultado de seu anseio. Em outras, o Estado será o veículo da satisfação, porque, embora seja o destinatário imediato do interesse, faz o repasse à coletividade como destinatária final.

O princípio da *supremacia do interesse público* decorre da natureza desse tipo de interesse. Não há maior lógica que essa: se o interesse é público tem que preponderar sobre o interesse privado quando estiverem em rota de colisão. A disciplina social impõe semelhante premissa: seria o caos na organização social se as demandas gerais não suplantassem as individuais. Na verdade o que caracteriza aquelas é a *unidade*, por seu caráter grupal, enquanto que estas últimas são marcadas pela *heterogeneidade*, oriunda, como não poderia deixar de ser, das personalidades individuais da sociedade.

17. JORGE OLIVERA TORO, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, 4^a ed., 1976, pág. 9.

18. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 26^a ed., 2009, pág. 72. O autor faz alusão à obra de ALESSI, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Milão, 1960.

O princípio proveio justamente da época em que findava o período do primado do individualismo. Em fins do século XIX, a reação ao egocentrismo cedeu lugar à busca da justiça social, numa transformação que modificou os parâmetros da função do Estado, exigindo-lhe novo perfil no que tange à propriedade e à liberdade dos indivíduos, e dele resultava naturalmente postura de maior interferência.¹⁹ A transformação, afinal, viera para realçar os interesses públicos que ao Estado cabia resguardar.

É claro que a posição de supremacia do Estado não pode alvejar fins despóticos, mas, ao contrário, tem o intuito de proteger e garantir os indivíduos no que concerne aos interesses públicos. Diante disso, é totalmente impossível conceber o Estado, nos moldes atuais, que não congregue a necessária autoridade para sobrepor o interesse público aos interesses privados.

Não se pode, em sã consciência, ferir a verdade que emana de tal premissa. Não se trata de mero privilégio outorgado gratuitamente ao Estado. "Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto", como registra CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, um dos estudiosos que mais se debruçaram sobre esse princípio.²⁰

Trata-se de axioma irrefutável e insuscetível de supressão no regime jurídico-administrativo. Também não se pode dissociar, como acentuamos anteriormente, o princípio jurídico da *finalidade* das condutas administrativas. Consignamos em outra oportunidade: "Realmente não se pode conceber que o administrador, como gestor de bens e interesses da coletividade, possa estar voltado a interesses privados. O intuito de sua atividade deve ser o bem comum, o atendimento aos reclamos da comunidade, porque essa de fato é a sua função".²¹

Em idêntica senda, CASSAGNE observa que a finalidade "configura por cierto otro requisito esencial del acto administrativo que se relaciona, como bien se ha dicho, con el aspecto funcional del acto representado en el fin de interés público o bien común, que por el mismo se persigue" (grifo nosso).²²

Como permeia a finalidade (ou os fins) dos atos administrativos como um de seus elementos, o interesse público acaba sendo ponto de referência para o controle de legalidade quando a Administração se desvia do objetivo a que se

19. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Atlas, 22^a ed., 2009, pág. 65.

20. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., pág. 70.

21. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Juris, 22^a ed., 2009, pág. 114.

22. JUAN CARLOS CASSAGNE, *El Acto Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, pág. 222.

dirige o ato. Cuida-se de outra verdade inarredável ligada ao interesse público: uma vez que este seja desatendido, quer por violação expressa da lei, quer por ofensa dissimulada que a atinja, não há como aceitar a validade da conduta, tendo-se que considerar sua contaminação por vício na finalidade. Esse desvio – o desvio de finalidade ou desvio de poder – reflete indiscutível agressão ao interesse público e, por esse motivo, tem-se desenvolvido o controle de atos e condutas inquinados desse defeito.

O controle da finalidade das condutas administrativas representa o próprio controle do interesse público. Quando se fala em controle da finalidade é de se considerar que o desvio de conduta não se consuma apenas quando o administrador se envolve com fins privados, mas o desvio ocorre da mesma forma quando o fim, aparentemente de interesse público, é diverso do que a lei indicou. Nesse caso, o desvio é mais ostensivo do que no anterior – este usualmente escamoteado pela aparência de legalidade. É como ensinam ENTERRÍA e RAMON FERNÁNDEZ: “Para que se produzca desviación de poder no es necesario que el fin perseguido sea um fin privado, um interés particular del agente o autoridad administrativa, sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad”.²³

Todos esses apontamentos são aqui invocados para consolidar o princípio da supremacia do interesse público, que, para alguns mais recentes estudiosos, não mais subsistiria no direito pós-positivista, em que se pretende reafirmar a garantia dos direitos fundamentais. Como se verá adiante, porém, o núcleo do princípio não mudou; o que tem mudado – e isso sucede com todos os institutos sociais e jurídicos – é sua aplicação para adequar-se às novas realidades sociais. Bem lembrava o saudoso DIÓGENES GASPERINI que “a aplicabilidade desse princípio, por certo, não significa o total desrespeito ao interesse privado, já que a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, consoante prescreve a Lei Maior (art. 5º, XXXVI)”.²⁴

O normal nas relações jurídicas é que os interesses público e privado coincidam, mas tal situação seria utópica dado o caráter naturalmente egocêntrico do ser humano. No caso de haver rota de colisão entre eles, não pode haver outra solução: “os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais”.²⁵

Essas são verdades que nenhuma nova visão pode suprimir. E se isso é o que pretendem alguns, estaremos diante de uma revolução inócuia e passageira e, o que parece mais grave para a ciência do direito, inverídica.

23. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ed., Madri, vol. I, 10^a ed., 2000, pág. 467/468.

24. DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, Saraiva, 11^a ed., 2006, pág. 20.

25. É como afirma peremptoriamente MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., pág. 65.

5. INTERESSE PÚBLICO: OS SOFISMAS

Antes dos comentários críticos a serem feitos a propósito de algumas recentes considerações sobre a noção do interesse público, urge deixar claro que este trabalho resulta de uma visão analítica sobre o instituto, seu perfil jurídico e seus efeitos nas relações políticas, sociais, econômicas e, particularmente, jurídicas. Com essa ressalva, deve observar-se a honesta dialética, de forma que o tom crítico se harmonize com o respeito que se deve emprestar à ótica alheia, ainda que dela ousemos divergir.

O que se pretende, neste breve estudo, é apenas arguir algumas ponderações à ideia, adotada por uma corrente de estudiosos, de que merece sepultamento a figura do interesse público e, por via de consequência, merece “*desconstrução*” o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Quando nos referimos a *sofismas*, não pretendemos trazer o rigor do sentido greco-filosófico de embuste ou armadilha, mas – isto sim – suscitar alguns contra-argumentos que fragilizam ou desnaturam as bases desse pensamento.

De início, a nova doutrina começa por afirmar que o interesse público não se identifica com o bem comum e que este retrata “*a composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não o direcionamento dessa composição em favor do interesse público*”.²⁶

Pensamos, porém, que distinguir o interesse público e o bem comum, além de traduzir distinção inócuia, não retrata a realidade natural dos pensadores. É claro que o sentido de interesse público tem por lastro o interesse da coletividade e o grande interesse desta é seu próprio bem, portanto o bem comum. É o bem comum que o Estado se propõe a oferecer, e o faz justamente por ser o interesse público. Por outro lado, a afirmação de que o bem comum é a composição que harmoniza o bem de cada um com o de todos, sem direcioná-la em prol do interesse público, parece-nos, com a devida vénia, mero jogo de palavras, com pouco sentido lógico.

Tem-se afirmado também que a supremacia do interesse público não é conceitualmente nem normativamente uma norma-princípio, sendo inapto para descrever uma relação de supremacia. Além disso, não poderia o interesse público ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados.²⁷

26. HUMBERTO ÁVILA, “Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*, ob.colet., org. Daniel Sarmento, Lumen Juris, 2007, pág. 174.

27. HUMBERTO ÁVILA, trab. e ob. cits., págs. 213/214.

Ainda aqui se nos afiguram equivocadas as premissas. A supremacia do interesse público, primeiramente, é, sim, por conceito, um princípio administrativo, posto que reflete um dos alvos da função do Estado de Direito. Normativamente também o é, porque a existência do princípio de direito não reclama necessariamente a sua expressão no *ius positum*; muitos são os princípios reconhecidos que não têm expressividade positiva, mas decorrem do sistema num todo. Está correto, pois, afirmar que muitos deles estão abrigados, em interpretação lógica, nos princípios expressos, ao passo que outros são “implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo”.²⁸

Quanto à impossibilidade de o interesse público ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados, repetimos aqui o que já antecipamos: interesses público e privado não têm que se contrapor como fenômeno recorrente; o ideal é que tenham convergência teleológica. Mas cada um deles tem fisionomia própria e frequentemente entram em conflito. O fato, aliás, é normal em qualquer tipo de corporação (casas legislativas, órgãos colegiados, condomínios, associações etc). “Se é o interesse público que está em jogo – portanto, de toda a coletividade -, é lógico deva ele prevalecer sobre o privado”, observa reconhecida e saudosa doutrinadora²⁹, e essa premissa demonstra que se algo prevalece sobre outra coisa é porque a prevalência constitui solução do conflito.

Outro aspecto do pensamento ora comentado consiste na necessidade de dar-se nova formulação ao princípio da preponderância do interesse público, isso porque haveria “uma absoluta inadequação entre o princípio da supremacia do interesse público e a ordem jurídica brasileira”, como também em razão dos “riscos que sua assunção representa para a tutela dos direitos fundamentais”.³⁰ Segundo tal pensamento, poder-se-ia supor que a negação do referido princípio indicasse postura anticívica, contribuindo como incentivo ao egocentrismo gerador de “tendências centrífugas já tão disseminadas no mundo contemporâneo”.³¹

Em nosso entender, inexiste qualquer inadequação entre o princípio da supremacia do interesse público e a ordem jurídica brasileira. A rigor, não se vislumbra incompatibilidade do princípio com a ordem jurídica de qualquer sistema moderno. O princípio não expressa violação à ordem jurídica, mas, ao contrário, a ordem jurídica é que, para ser “ordem”, se socorre do princípio, que é, como sabido, inerente ao Estado de Direito, o que já foi mencionado anteriormente. Na lição de eminente administrativista, os princípios da su-

28. A correta anotação é de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., pág. 95.

29. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 9^a ed., 2008, pág. 68.

30. DANIEL SARMENTO, “*Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*”, em *Interesses Públicos....* obr. colet. cit., pág. 27.

31. A conclusão é de DANIEL SARMENTO, trab. e obra cits., pág. 115.

premacia do interesse público e o da indisponibilidade dos interesses públicos – evidentemente conexos entre si – merecem ser “realçados não em si mesmos, mas em suas repercussões no ordenamento jurídico em geral”.³² Se repercutem no ordenamento jurídico, tais princípios se legitimam justamente em função deste, sendo totalmente congruente (e necessária) a sua existência em relação ao ordenamento jurídico.

Riscos para os direitos fundamentais – como se argumenta – nunca deixaram de existir e sua ocorrência provém do natural confronto entre Estado e sociedade. Não é a supremacia do interesse público, todavia, que gera esses riscos; muito menos provoca ofensa a tais direitos. Na verdade, protege-os contra interesses privados e egocêntricos de indivíduos e grupos. O enfrentamento dos supostos riscos se desenvolve mediante a aplicação da Constituição: afinal é nela que se enumeram e prescrevem, expressamente ou não, os direitos fundamentais. É preciso, contudo, atribuir à Carta valor normativo, como advertem ENTERRÍA e FERNÁNDEZ: “*No hay una palabra vana en la Constitución y todas ellas, como meros ‘principios’, como enunciado de ‘valores constitucionales’, como expresión de sentido a tener en cuenta en la interpretación, tienen valor normativo directo. Podrá discutirse su alcance, que, obviamente, tendrá que ser distinto, nunca ese valor normativo*”.³³

Endossamos, no entanto, a conclusão rejeitada pelo autor das premissas: a negação do princípio configura-se, *efetivamente*, como postura anticívica e egocêntrica, já que confere proeminência a interesses privados, como o fez, desastrosamente, o liberalismo conservador do século XIX. Aliás, nada se revela mais reacionário do que submeter o interesse da coletividade a interesses privados. Se é verdade que em alguns casos a satisfação do interesse público se consuma quando o Estado atende a necessidades particulares, “também se mostra possível que, em dadas circunstâncias, as intenções privadas, se concretizadas, signifiquem grave comprometimento do bem comum”, sendo “isto que o pilar da supremacia do interesse público busca evitar”.³⁴

Esses novos dados trazidos como fonte de hostilização ao princípio da supremacia do interesse público, tanto quanto os demais, não se fundam em dogmas científicos suasórios, nada mais retratando do que uma visão de congruência com o sistema moderno, longe, portanto, da agressão direta ao princípio ou da tendência à sua “desconstrução”.

32. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., pág. 55.

33. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, ob. e vol. cit., pág. 110.

34. A feliz observação é de RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, *Curso de Direito Administrativo*, Parte Geral, Ed. Podium, 2008, pág. 67.

Respeitável autor, que também perfilha a neocorrente da desconstrução do interesse público, ampara-se na teoria da argumentação para concluir que a pluralidade de argumentos em situações de relevância no direito público encerra a necessidade de uma metodologia adequada à limitação da subjetividade do julgador e do administrador, culminando por afirmar que o direito público “não pode mais ser visto como garantidor do ‘interesse público’ titularizado no Estado, mas sim como o instrumento da garantia, pelo Estado, dos direitos fundamentais positivos ou negativos”.³⁵

Relembre-se, preliminarmente, que a teoria da argumentação jurídica, desenvolvida por ALEXY em seus estudos no direito alemão, tem como base o Estado democrático de direito e visa a investigar a racionalidade do discurso jurídico e dos argumentos que o compõem, buscando integrar o discurso jurídico e o discurso prático racional geral. A base da teoria está em que as decisões de casos singulares devem partir logicamente de normas pressupostas ou enunciados solidamente fundamentados de um sistema, ou ainda devem resultar da incidência de regras da metodologia jurídica. Quando inviáveis essas premissas, restará ao intérprete um campo de ação no qual se lhe apresentam várias soluções, cabendo-lhe a escolha daquela que melhor se harmonize com as regras e os métodos de sistemas jurídicos não determinados ulteriormente.³⁶

Sem falar da teoria em si, complexa e por vezes incompreensível (a não ser para os filósofos que se prendem mais a abstrações do que às realidades sociais e à efetiva aplicabilidade do direito), além do fato de ser objeto de estudos em cenário europeu totalmente diverso do de nosso país, onde nem sempre suscitam integração, nenhuma relação direta tem a dita teoria – a nosso ver – com a noção do interesse público e de sua supremacia quando o conflito se dá com interesses privados.

A limitação do subjetivismo de julgadores e administradores já se vem consolidando com o próprio desenvolvimento da noção moderna de discricionariedade, pela qual, diversamente dos antigos parâmetros de liberdade desses agentes, condutores a situações de arbitrio sob a capa do interesse público, se permite investigar mais acuradamente os motivos e a finalidade das condutas administrativas. O rigor dessa investigação, contudo, não tem o condão de pôr em risco o princípio da supremacia do interesse público. O inverso é que ocorre: o princípio fica tanto mais protegido quanto maior for a

35. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, “A Supremacia do Interesse Público no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo”, em *Interesses Públicos...*, obra colet. cit., pág. 2.

36. ROBERT ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*, trad. Zilda Schild Silva e revisão técnica de Cláudia Toledo, Ed. Landy, 2^a ed., 2005, pág. 37.

veracidade de que se devem revestir os elementos motivadores dos atos e os fins por eles colimados. O atual processo hermenêutico vem avançando nítidamente para conter o excessivo subjetivismo dos agentes públicos, sejam quais forem as funções que lhes sejam cometidas. Nada, porém, que agrida o postulado de que o interesse coletivo sobrepuja o interesse privado, quando colidentes.

Por outro lado, constitui verdadeira tautologia, com a devida vênia, afirmar que o direito público não pode mais ser visto como garantidor do interesse público titularizado pelo Estado, mas sim como instrumento estatal de garantia dos direitos fundamentais. O Estado, já foi visto, não é o titular, como pessoa jurídica, de nenhum interesse público; seu titular é a coletividade. Ainda quando se admite classificá-lo em *primários* e *secundários*, como o fizem ALESSI e outros autores da doutrina italiana, o escopo é o de demonstrar que a titularidade é sempre do grupo social, distinguindo-se apenas pelo fato de alguns interesses serem diretamente vertidos para ele e outros o serem indiretamente, através do Estado. A tautologia estaria em afirmar que o interesse público existe porque é público. Mas nenhuma relação isso tem com a garantia dos direitos: se é o Estado que representa o interesse público, ninguém mais pode garantí-lo a não ser o próprio Estado. O que o direito público tem a seu cargo é inconformar-se com o arbítrio, ou mau uso dessa representatividade, e combatê-lo por meio de paradigmas de legitimidade e justiça.

Não se pode perder de vista que muitas transformações na atividade estatal derivaram do primado do interesse público. Foi em nome deste que o Estado ampliou suas ações para atender a reclamos das coletividades. Serviços públicos, poder de polícia, restrições ao direito de propriedade, intromissão do setor econômico, tutela do patrimônio público, todos esses campos foram alvo da intervenção estatal para o atendimento dos interesses públicos. “*Tudo isso em nome dos interesses públicos que incumbe ao Estado tutelar*”, como anotou MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.³⁷ Afinal, nos grupos sociais onde haja convivência dos indivíduos, “*surgem necessidades coletivas, considerando necessidades não apenas as insuficiências de caráter econômico, mas, em geral, todas as relativas à normalidade e progresso da vida social*”, acentuava, com acerto, MARCELLO CAETANO.³⁸

De acordo com a senda trilhada pela mesma novel doutrina, não se negaria a existência conceitual do interesse público, mas sim a do princípio da supremacia do interesse público. Explica um de seus ilustres filiados que, sendo o interesse público um conceito jurídico indeterminado, somente aferível

37. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, ob. cit., pág. 66.

38. MARCELLO CAETANO, *Manual* cit., vol. I, pág. 2.

por juízos de ponderação entre direitos individuais e interesses coletivos, não haveria sentido em considerá-lo um princípio jurídico, porque, ao final do processo valorativo, será adotada apenas uma solução que prevalecerá. Sendo assim, não seria ele um princípio jurídico. *"Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia"*.³⁹

Parecem-nos necessárias algumas observações sobre semelhante pensamento conclusivo. Primeiramente, não é o fato de o "interesse público" expressar conceito jurídico indeterminado que justificaria a supressão do princípio da supremacia. Se é verdade que os conceitos jurídicos indeterminados *"permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma"*, como deixamos consignado em outra oportunidade⁴⁰, não é menos verdadeiro o fato de que outros princípios também expressam esse tipo de indeterminação, como os da moralidade, ordem pública, razoabilidade, proporcionalidade, entre outros. Nem por isso se concluirá por sua inexistência.

Quanto à ponderação de valores, é óbvio que será ela imprescindível no caso dos conceitos jurídicos indeterminados. Da mesma forma, não nos parece constitua a ponderação óbice ao reconhecimento do princípio da supremacia do interesse público. Em nosso entender, a ponderação mais complexa é aquela que precisa considerar mais de um interesse público, porquanto nem sempre será fácil o desfecho em que se tenha de optar pelo interesse mais relevante. Não obstante, quando a ponderação leva em conta o interesse público e o interesse privado, nunca poderá prelevar este último em detrimento do primeiro. Repita-se aqui o que já dissemos anteriormente: em muitos casos tais interesses serão harmonizados, de modo que o influxo da supremacia ocorre tão somente no caso de colidência entre eles. Assim, é difícil entender por que a ponderação estaria a exigir a negação do princípio em foco.

Veja-se ainda a questão da prevalência. De acordo com o pensamento *sub examine*, se pelo princípio da prevalência do interesse público se conclui que este sempre prevalecerá, nenhuma razão nos parece haver que conduza à negação do princípio. Primeiramente, porque o fato não agride de nenhuma forma a ideia de princípio; o núcleo deste é a diretriz geral, o postulado, o axioma que deve reger a relação social. Inocorre, na hipótese, qualquer

39. É o pensamento conclusivo de GUSTAVO BINENBOJM, *"Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um Novo Paradigma para o Direito Administrativo"*, em *Interesses Públicos...*, obra colet. cit., pág. 167.

40. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual* cit., pág. 51.

tautologia, vício pelo qual “*se repetem constantemente as mesmas coisas em outros termos*”.⁴¹ Ao contrário: ao afirmar-se que o interesse público tem sempre supremacia sobre os interesses particulares é porque, logicamente, sempre prevalecerá sobre estes. Se há repetição é do princípio em si - o que está correto - e não do princípio em outros termos para indicar a mesma coisa, o que seria, aí sim, tautológico.

6. CONCLUSÕES

Este modesto e sucinto trabalho teve apenas o escopo de trazer algumas considerações críticas sobre a ideia que consiste no questionamento do sentido de interesse público e na “desconstrução” do princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados, pensamento este - sem embargo do respeito que nos merecem seus simpatizantes - inaceitável em qualquer regime democrático e no Estado de Direito, para não dizer inaplicável na vigente ordem jurídica.

Os fundamentos invocados para o sepultamento do referido princípio são despidos de rigor lógico e sequer ameaçam o postulado, que, ao contrário, vigora em toda a sua plenitude. O novo cenário político, social, econômico e jurídico não conduz à ação de “desconstruir” o postulado, mas sim à de *reconstruir* sua fisionomia mediante processo de adequação aos novos elementos da modernidade. Elidir o princípio se revela inviável, eis que se cuida de axioma inarredável em todo tipo de relação entre corporação e indivíduo. A solução, destarte, está em ajustá-lo para que os interesses se harmonizem e os confrontos sejam evitados ou superados.

Buscou-se demonstrar que premissas como: a) o interesse público não se coaduna com o bem comum; b) a supremacia do interesse público não se configura como norma-príncípio; c) inadequação do princípio com a ordem jurídica vigente; d) riscos para a tutela dos direitos fundamentais; e) o direito público não pode ser garantidor do interesse público titularizado pelo Estado - entre outras - não servem para desfigurar o postulado, mas, em contrário, representam meras facetas do pensamento jurídico ou critérios de ajuste insusceptíveis de comprometer a inafastabilidade do princípio. Não sendo uma nova visão, ter-se-á que qualificá-los como inevitáveis sofismas predestinados a confundir, desnecessariamente, os intérpretes em algo que representa verdade consensualmente aceita.

A prevalência do interesse público é indissociável do direito público do qual emerge a relação entre Estado e sociedade. Merecem endosso, pois, as

41. CALDAS AULETE, *Dicionário cit.*, vol. 5, pág. 4880.

palavras de SAYAGUÉS LASO: "El derecho público se caracteriza por regular relaciones en las que uno de los sujetos, la entidad estatal, tiene preeminencia o superioridad sobre la otra, que le está subordinada, mientras que en el derecho privado ambas partes están en situación de igualdad".⁴²

Do ponto de vista sociológico, não há como olvidar que o Estado é um subsistema da sociedade, além de ser uma corporação de indivíduos sujeitos às mesmas regras ou estatutos, com obrigações idênticas ou distintas. Sua criação, portanto, pressupõe uma ordem normativa – a ordem jurídica nacional – que personifica a comunidade. Deve, assim, ser encarado como um subsistema da sociedade, "cujas funções são buscar objetivos coletivos e mobilizar atores e recursos para alcançá-los".⁴³

É claro que, como bem adverte CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, não só o princípio da supremacia do interesse público, mas todos os princípios, "sofrem, evidentemente, limitações e temperamentos e, como é óbvio, têm lugar na conformidade do sistema normativo, segundo seus limites e condições, respeitados os direitos adquiridos e atendidas as finalidades contempladas em as normas que os consagram".⁴⁴ Acrescentamos nós que, além de limitações e temperamentos, reclamam adequação às transformações sociais.

Isso, contudo, nem de longe mobiliza a "desconstrução" do princípio, mas sim a sua reconstrução. A menos que se pretenda recorrer a sofismas.

42. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, edit. por Daniel Martins, Montevidéu, vol. I, 4^a ed., 1974, pág. 18.

43. PEDRO SCURO NETO, *Sociologia Geral e Jurídica*, Saraiva, 6^a ed., 2009, pág. 214.

44. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., pág. 73.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert - *Teoria da Argumentação Jurídica*, trad. Zilda Schild Silva e revisão técnica de Cláudia Toledo, Ed. Landy, 2^a ed., 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de - "A Supremacia do Interesse Público no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo", em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*, ob.colet., org. Daniel Sarmento, Lumen Júris, 2007.
- AULETE, Caldas - *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, Delta, 1958.
- ÁVILA, Humberto - "Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular", em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*, ob.colet., org. Daniel Sarmento, Lumen Juris, 2007.
- BIELSA, Rafael - *Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Tomo I, 5^a ed., 1955.
- BINENBOJM, Gustavo - "Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um Novo Paradigma para o Direito Administrativo", em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*, ob.colet., org. Daniel Sarmento, Lumen Juris, 2007.
- CAETANO, Marcello - *Manual de Direito Administrativo*, Coimbra Edit., Lisboa, Tomo I, 10^a ed., 1973.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos - *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Juris, 22^a ed., 2009.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de - *Curso de Direito Administrativo*, Parte Geral, Ed. Podium, 2008.
- CASSAGNE, Juan Carlos - *El Acto Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão - *Direito e Processo Disciplinar*, Fund. Getúlio Vargas, 2^a ed., 1966.
- CRETELLA JUNIOR, José - *Direito Administrativo*, Forense, 1983.
- CUESTA, Rafael Entrena - *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, Madri, vol. I, 7^a ed., 1981.
- ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón - *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madri, vol. I, 10^a ed., 2000.

FIGUEIREDO, Lucia Valle - *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 9^a ed., 2008.

GASPARINI, Diógenes - *Direito Administrativo*, Saraiva, 11^a ed., 2006.

LASO, Enrique Sayagués - *Tratado de Derecho Administrativo*, edit. por Daniel Martins, Montevidéu, vol. I, 4^a ed., 1974.

LAKATOS, Eva Maria - *Introdução à Sociologia*, Atlas, 1997.

LIMA, Ruy Cirne - *Princípios de Direito Administrativo*, RT, 6^a ed., 1987.

MEIRELLES, Hely Lopes - *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 29^a ed., 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de - *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 26^a ed., 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de - *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, vol. I, 2^a ed., 1979.

NÓBREGA, Vandick Londres da - *Sistema do Direito Privado Romano*, Freitas Bastos, 3^a ed., 1961.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di - *Direito Administrativo*, Atlas, 22^a ed., 2009.

RIVERO, Jean - *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 8^a ed., 1977.

SARMENTO, Daniel - "Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional", em *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*, ob.colet., org. pelo autor, Lumen Juris, 2007.

SCURO NETO, Pedro - *Sociologia Geral e Jurídica*, Saraiva, 6^a ed., 2009.

TORO, Jorge Olivera - *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, 4^a ed., 1976.

URUGUAI, Visconde de - *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, Ed. Depto. Imprensa Nacional, 1960.

VEDEL, Georges - *Droit Administratif*, P.U.F., Paris, 1976.

A MORTE COMO ELA É: DIGNIDADE E AUTONOMIA INDIVIDUAL NO FINAL DA VIDA

Luís Roberto BARROSO*

LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL**

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Morte com intervenção: os conceitos essenciais. III. O descompasso entre a interpretação do direito vigente e a ética médica. IV. Dignidade da pessoa humana: ideias essenciais. V. A dignidade humana como autonomia. VI. A dignidade humana como heteronomia. VII. Autonomia *versus* heteronomia: qual dignidade? VIII. O direito à morte digna: em busca de consensos mínimos. IX. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

*“E quando se vai morrer, lembrar-se de que o dia morre,
E que o poente é belo e é bela a noite que fica.
Assim é e assim seja”.*

Fernando Pessoa, *O guardador de rebanhos*

Um indivíduo não tem poder sobre o início da própria vida. Sua concepção e seu nascimento são frutos da vontade alheia. É o nascimento com vida que marca o início da condição humana efetiva, com a aquisição de persona-

* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Visitante da Universidade de Brasília – UnB. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado.

** Doutoranda em Direito Público na UERJ. Mestra em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC. Professora licenciada da Universidade do Extremo Sul Catarinense e pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC/UNESC). Pós-Graduanda em *Estudios Superiores en Bioética* FLACSO/Argentina.

lidade jurídica e da aptidão para ter direitos e obrigações¹. O direito à vida constitui o primeiro direito de qualquer pessoa, sendo tutelado em atos internacionais, na Constituição e no direito infraconstitucional. Ao lado do direito fundamental à vida, o Direito contemporâneo – também em atos internacionais e domésticos – tutela, igualmente, a dignidade da pessoa humana. O direito de todos e de cada um a uma *vida digna* é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório.

Um indivíduo tem poder sobre o fim da própria vida. A inevitabilidade da morte, que é inerente à condição humana, não interfere com a capacidade de alguém pretender antecipá-la. A legitimidade ou não dessa escolha envolve um universo de questões religiosas, morais e jurídicas. Existe um direito à morte, no tempo certo, a juízo do indivíduo? A ideia de dignidade humana, que acompanha a pessoa ao longo de toda sua vida, também pode ser determinante da hora da sua morte? Assim como há direito a uma vida digna, existiria direito a uma *morte digna*? O estudo que se segue procura enfrentar essas questões, que têm desafiado a Ética e o Direito pelos séculos afora.

A finitude da vida e a vulnerabilidade do corpo e da mente são signos da nossa humanidade, o destino comum que iguala a todos. Representam, a um só tempo, mistério e desafio. Mistério, pela incapacidade humana de compreender em plenitude o processo da existência. Desafio, pela ambição permanente de domar a morte e prolongar a sobrevivência. A ciência e a medicina expandiram os limites da vida em todo o mundo. Porém, o humano está para a morte. A mortalidade não tem cura. É nessa confluência entre a vida e a morte, entre o conhecimento e o desconhecido, que se originam muitos dos medos contemporâneos. Antes, temiam-se as doenças e a morte. Hoje, temem-se, também, o prolongamento da vida em agonia, a morte adiada, atrasada, mais sofrida. O poder humano sobre *Tanatos*².

As reflexões aqui desenvolvidas têm por objeto o processo de terminalidade da vida, inclusive e notadamente, em situações nas quais os avanços da ciência e da tecnologia podem produzir impactos adversos. Seu principal propósito é estudar a morte com intervenção à luz da dignidade da pessoa humana, com vistas a estabelecer alguns padrões básicos para as políticas públicas

1. Note-se, no entanto, que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (Código Civil, art. 2º).

2. Na mitologia grega, Tanatos era o Deus da morte, citado por Eurípedes na tragédia *Alceste*. V. SCHMIDT, Joël. *Dicionário de mitologia Greco-romana*. Lisboa: Edições 70, 1994, p. 250. Em trabalho clássico, publicado em 1920, Sigmund Freud procura demonstrar a existência de dois instintos opostos existentes no ser humano: um, de preservação, ligado ao prazer (Eros) e outro de destruição, de ausência de energia, de morte (Tanatos). V. FREUD, Sigmund. *Beyond the pleasure-principle*. In: RICKMAN, John. *A general selection from the works of Sigmund Freud*. N. York: Doubleday, 1989.

brasileiras sobre a matéria. Para tanto, investe-se um esforço inicial na uniformização da terminologia utilizada em relação à morte com intervenção. Na sequência, procura-se produzir uma densificação semântica do conceito de dignidade da pessoa humana. Por fim, são apresentados e debatidos alguns procedimentos destinados a promover a dignidade na morte, alternativos à eutanásia e ao suicídio assistido.

As ideias aqui desenvolvidas, como se verá, valorizam a autonomia individual como expressão da dignidade da pessoa humana e procuram justificar as escolhas esclarecidas feitas pelas pessoas. Nada obstante isso, a morte com intervenção, no presente trabalho, não foi confinada a um debate acerca da permissão ou proibição da eutanásia e do suicídio assistido. O refinamento da discussão permite que se busque consenso em torno de alternativas moralmente menos complexas, antes de se avançar para o espaço das escolhas excludentes. O fenômeno da *medicalização da vida* pode transformar a morte em um processo longo e sofrido. A preocupação que moveu os autores foi a de investigar possibilidades, compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, capazes de tornar o processo de morrer mais humano. Isso envolve minimizar a dor e, em certos casos, permitir que o desfecho não seja inutilmente prorrogado. Ainda um último registro introdutório: as considerações sobre a morte com intervenção, aqui lançadas, referem-se tão-somente aos casos de pessoas em estado terminal ou em estado vegetativo persistente.

II. MORTE COM INTERVENÇÃO: OS CONCEITOS ESSENCIAIS³

Nos últimos anos, os estudiosos da bioética têm procurado realizar uma determinação léxica de alguns conceitos relacionados ao final da vida. Muitos fenômenos que eram englobados sob uma mesma denominação passam a ser identificados como categorias específicas. Este esforço de *limpeza* conceitual deveu-se à necessidade de enfrentar a intensa polissemia na matéria, que aumentava, pela incerteza da linguagem, as dificuldades inerentes a um debate já em si complexo. Como intuitivo, facilita a racionalidade da circulação de ideias que se faça a distinção entre situações que guardam entre si variações fáticas e éticas importantes. Em certos casos, as distinções são totalmente nítidas; em outros, bastante sutis. Ainda assim, é conveniente identificar, analiticamente, as seguintes categorias operacionais: a) eutanásia; b) ortotanásia;

3. Os conceitos aqui apresentados são, com sutis alterações e revisões, os expostos em: MARTEL, Letícia de Campos Velho. Limitação de tratamento, cuidado paliativo, eutanásia e suicídio assistido: elementos para um diálogo sobre os reflexos jurídicos da categorização. In: BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 369-432.

c) distanásia; d) tratamento fútil e obstinação terapêutica; e) cuidado paliativo; f) recusa de tratamento médico e limitação consentida de tratamento; g) retirada de suporte vital (RSV) e não-oferta de suporte vital (NSV); h) ordem de não-ressuscitação ou de não-reanimação (ONR); e i) suicídio assistido⁴. Algumas dessas categorias, como se verá, são espécies em relação ao gênero.

O termo *eutanásia* foi utilizado, por longo tempo, de forma genérica e ampla, abrangendo condutas comissivas e omissivas em pacientes que se encontravam em situações muito dessemelhantes. Atualmente, o conceito é confinado a uma acepção bastante estreita, que compreende apenas a forma ativa aplicada por médicos a doentes terminais cuja morte é inevitável em um curto lapso⁵. Compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte - com exclusiva finalidade benevolente - de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos. Do conceito estão excluídas a assim chamada eutanásia *passiva*, eis que ocasionada por omissão, bem como a *indireta*, ocasionada por ação desprovida da *intenção* de provocar a morte. Não se confunde, tampouco, com o *homicídio piedoso*, conceito mais amplo que contém o de eutanásia. De acordo com o consentimento ou não daquele que padece, a eutanásia pode ser *voluntária, não-voluntária e involuntária*⁶.

4. Utiliza-se aqui o marco teórico hegemônico da bioética, identificado como o *principalismo*, proposto por Beauchamp e Childress a partir das noções de obrigações *prima facie* de Ross. Segundo Florêncio Luna e Arleen L. F. Salles, o principalismo situa-se na primeira onda de reflexão sobre a bioética, assim como os estudos kantianos e o utilitarismo. Além dos marcos teóricos da primeira onda, há os da segunda, que apresentam diversos enfoques para o exame dos problemas morais complexos que exsurgem no cenário da bioética, como a ética da virtude, o comunitarismo, o feminismo e a casuística. LUNA, Florêncio. SALLES, Arleen L. F. *Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2008.

5. Sobre a elaboração, discussão e crítica dos conceitos, ver: PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2001 (Coleção Bioética em Perspectiva, 2). MARTIN, Leonard M. Eutanásia e distanásia. In: GARRAFA, Volnei (Org.) *Iniciação à bioética*. Brasília: CFM, p.171-192. SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermín Roland. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. *Ciência e saúde coletiva*, v.9, n.1, p.33 e s., 2004. McCONNELL, Terrance. *Inalienable rights: the limits of consent in medicine and the law*. Oxford: Oxford University, 2000, p.88. RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, v. 22, n.8, p. 1749-1754, ago. 2006. Para relevantes visões críticas: COHEN-ALMAGOR, Raphael. *Language and reality in the end-of-life. The Journal of law, medicine & ethics*. Vol. 28:3, Fall, 2000, p.267-278. BROCK, Dan W. *Life and death: philosophical essays in biomedical ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p.169-172.

6. Diz-se que é *voluntária* quando há expresso e informado consentimento; *não-voluntária*, quando se realiza sem o conhecimento da vontade do paciente; e *involuntária*, quando é realizada contra a vontade do paciente. No que toca à eutanásia involuntária, há um relevante e adequado consenso jurídico quanto ao seu caráter criminoso. Os casos mais comuns da eutanásia não-voluntária são os que envolvem pacientes incapazes. Sobre esse último ponto, v. McCONNELL, Terrance. *Op. cit.*, p.89.

Por *distanásia* compreende-se a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável⁷. Em outras palavras, é um prolongamento artificial da vida do paciente, sem chance de cura ou de recuperação da saúde segundo o estado da arte da ciência da saúde, mediante conduta na qual “*não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer*”⁸. A *obstinação terapêutica* e o *tratamento fútil* estão associados à distanásia. Alguns autores tratam-nos, inclusive, como sinônimos. A primeira consiste no comportamento médico de combater a morte de todas as formas, como se fosse possível curá-la, em “*uma luta desenfreada e (ir)racional*”⁹, sem que se tenha em conta os padecimentos e os custos humanos gerados. O segundo se refere ao emprego de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento, incapazes de ensejar a melhora ou a cura, mas hábeis a prolongar a vida, ainda que agravando sofrimentos, de forma tal que os benefícios previsíveis são muito inferiores aos danos causados¹⁰.

Em sentido oposto da distanásia e distinto da eutanásia, tem-se a *ortotanásia*. Trata-se da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. É prática “*sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais*”¹¹. Indissociável da ortotanásia é o *cuidado paliativo*, voltado à utilização de toda a tecnologia possível para aplacar o sofrimento físico e psíquico do enfermo¹². Evitando métodos extraordinários e excepcionais, procura-se aliviar o padecimento do doente terminal pelo uso de recursos apropriados para tratar os sintomas, como a dor e a depressão¹³. O cuidado paliativo pode envolver o que se denomina *duplo efeito*: em determinados casos, o uso de algumas substâncias para

7. Este conceito foi extraído do voto do magistrado colombiano Vladimiro Naranjo Mesa, com leves alterações em seu texto. COLOMBIA. *Sentencia C-239/97*. Disponível em: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia>. Último acesso em: ago./2005. Sobre a distanásia, é muito relevante consultar PESSINI, Leo. *Distanásia...* Op. cit.

8. Cf. PESSINI, Leo. *Distanásia...* Op. cit., p.30.

9. SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. Op. cit., p.33. A expressão cura da morte foi cunhada por Leo Pessini. Cf. PESSINI, Leo. *Distanásia...* Op. cit., p.331 e s.

10. PESSINI, Leo. *Distanásia...* Op. cit., especialmente as páginas 163 e s. Ver também: COHEN-ALMAGOR, Raphael. Op. Cit.

11. PESSINI, Leo. *Distanásia...* Op. cit., p.31.

12. Cf. PESSINI, Leo. *Distanásia...* Op. cit., p.203 e s.

13. Este conceito foi extraído do voto do magistrado colombiano Vladimiro Naranjo Mesa, com sutis alterações em seu texto. COLOMBIA. *Sentencia C-239/97*, Op. cit.

controlar a dor e a angústia pode aproximar o momento da morte. A diminuição do tempo de vida é um efeito previsível sem ser desejado, pois o objetivo primário é oferecer o máximo conforto possível ao paciente, sem intenção de ocasionar o evento morte¹⁴.

A *recusa de tratamento médico* consiste na negativa de iniciar ou de manter um ou alguns tratamentos médicos. Após o devido processo de informação, o paciente – ou, em certos casos, seus responsáveis – decide se deseja ou não iniciar ou continuar tratamento médico. O processo culmina com a assinatura de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE)¹⁵. A recusa pode ser ampla ou estrita, conforme seja admitida em qualquer circunstância – por pacientes que podem recuperar a sua saúde com o tratamento que recuperam – ou em situações bem determinadas de impossibilidade de recuperação da saúde com a intervenção. A última hipótese, referida por alguns como *limitação consentida de tratamento* (ou também suspensão de esforço terapêutico), possui laços com a ortotanásia. A recusa ampla é ainda alvo de muitos debates, ao passo que existe certo consenso no marco teórico hegemônico da bioética quanto à possibilidade de recusa em sentido estrito.

A *retirada de suporte vital* (RSV), a *não-oferta de suporte vital* (NSV) e as *ordens de não-ressuscitação* ou de *não-reanimação* (ONR) são partes integrantes da *limitação consentida de tratamento*. A RSV significa a suspensão de mecanismos artificiais de manutenção da vida, como os sistemas de hidratação e de nutrição artificiais e/ou o sistema de ventilação mecânica; a NSV, por sua vez, significa o não-emprego desses mecanismos. A ONR é uma determinação de não iniciar procedimentos para reanimar um paciente acometido de mal irreversível e incurável, quando ocorre parada cardiorrespiratória¹⁶. Nos ca-

14. Cf. PESSINI, Leo. *Distanásia...* Op. cit., p.213; COLOMBIA. *Sentencia C-239/97*, Op. cit., voto do magistrado Vladimiro Naranjo Mesa; QUILL, T. E. et al. *Palliative treatments of last resort: choosing the least harmful alternative*. *Annals of Internal Medicine*. v.132, n.6, p.488-493, March 2000. Disponível em: www.annals.org/cgi/content/. Acesso em: jun./2006. MORAES E SOUZA, Maria Teresa de; LEMONICA, Lino. Paciente terminal e médico capacitado: parceria pela qualidade de vida. *Bioética*. Conselho Federal de Medicina. v.11, n.1, p.83-100, 2003. COHEN-ALMAGOR, Raphael. Op. Cit.

15. Sobre o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, ou consentimento informado, ver: CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto (Org.); FRANCISCONI, Carlos Fernando. *Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000; MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: GARRAFA, Volnei (Org.). *Iniciação à bioética*. Brasília: CFM, 1999, p.53-70; ENGELHARDT, H. Tristan, Jr. *Fundamentos da bioética*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2000, p.345-440; PESSINI, Leo; GARRAFA, Volnei (Orgs). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p.469 e s. (especialmente a parte IV).

16. Cf. KIPPER, Délia José. Medicina e os cuidados de final da vida: uma perspectiva brasileira e latino-americana. In: PESSINI, Leo; GARRAFA, Volnei (Orgs). *Bioética, poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p.413-414. Consultar, ainda: PESSINI, Leo. *Distanásia...* Op. cit., *passim*; MORAES E SOUZA, Maria Teresa de; LEMONICA, Lino. Op. cit.

sos de ortotanásia, de cuidado paliativo e de limitação consentida de tratamento (LCT) é crucial o consentimento do paciente ou de seus responsáveis legais, pois são condutas que necessitam da *voluntariedade* do paciente ou da aceitação de seus familiares, em casos determinados. A decisão deve ser tomada após o adequado processo de informação e devidamente registrada mediante TCLE.

Por fim, *suicídio assistido* designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro. O ato causador da morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro colabora com o ato, quer prestando informações, quer colocando à disposição do paciente os meios e condições necessárias à prática. O auxílio e a assistência diferem do induzimento ao suicídio. No primeiro, a vontade advém do paciente, ao passo que no outro o terceiro age sobre a vontade do sujeito passivo, de modo a interferir com sua liberdade de ação. As duas formas admitem combinação, isto é, há possibilidade de uma pessoa ser simultaneamente instigada e assistida em seu suicídio. O *suicídio assistido por médico* é espécie do gênero suicídio assistido.

O rearranjo conceitual apresentado atinge a antiga distinção entre as formas ativa e passiva da eutanásia, que passaram a receber denominações distintas. O termo eutanásia aplica-se somente àquela que era conhecida como forma ativa¹⁷. A conduta antes caracterizada como eutanásia passiva – e essa é uma das teses centrais do presente estudo –, já não deve ser necessariamente visualizada como antiética, podendo ser expressão da autonomia do paciente, merecedora de respeito por parte da equipe de saúde. No mesmo ensejo, a distinção entre a eutanásia e a distanásia permite concluir que medidas excessivas e desproporcionais (na relação benefício/prejuízo à saúde e à qualidade de vida do enfermo) não devem ser empregadas à revelia da vontade do paciente, nem tampouco correspondem à *boa técnica*, caso não desejadas pelo doente, seus cuidadores ou seus responsáveis legais.

III. O DESCOMPASSO ENTRE A INTERPRETAÇÃO DOMINANTE DO DIREITO VIGENTE E A ÉTICA MÉDICA

A legislação penal brasileira não extrai consequências jurídicas significativas das categorizações mencionadas no tópico anterior, salvo o suicídio assistido. Assim sendo, tanto a eutanásia quanto a ortotanásia – aí compreendida a limitação do tratamento – constituiriam hipóteses de homicídio¹⁸. No

17. Para uma visão da categorização anterior do tema, com a distinção entre eutanásia ativa e passiva, além dos autores já referidos na nota 3, v. tb. TOOLEY, Michael. *Euthanasia and assisted suicide*. In: FREY, R.G. e WELLMAN, Christopher Heath. *A companion to applied ethics*. Malden: Blackwell, 2007, p. 326-341.

18. Código Penal, art. 121: "Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 20 (vinte) anos".

primeiro caso, na modalidade comissiva e, no segundo, na omissiva. O auxílio ao suicídio é tratado em tipo penal próprio¹⁹. Nessa interpretação, que corresponde ao conhecimento convencional na matéria, a decisão do paciente ou de sua família de descontinuar um tratamento médico desproporcional, extraordinário ou fútil não alteraria o caráter criminoso da conduta. A existência de consentimento não produziria o efeito jurídico de salvaguardar o médico de uma persecução penal. Em suma: não haveria distinção entre o ato de não tratar um enfermo terminal segundo a sua própria vontade e o ato de intencionalmente abreviar-lhe a vida, também a seu pedido²⁰.

Essa postura legislativa e doutrinária pode produzir consequências graves, pois, ao oferecer o mesmo tratamento jurídico para situações distintas, o paradigma legal reforça condutas de obstinação terapêutica e acaba por promover a distanásia. Com isso, endossa um modelo médico paternalista, que se funda na *autoridade* do profissional da medicina sobre o paciente e descaracteriza a condição de *sujeito* do enfermo. Ainda que os médicos não mais estejam vinculados eticamente a esse modelo superado de relação, o espetro da sanção pode levá-los a adotá-lo. Não apenas manterão ou iniciarião um tratamento indesejado, gerador de muita agonia e padecimento, como, por vezes, adotarão algum não recomendado pela boa técnica, por sua desproporcionalidade. A arte de curar e de evitar o sofrimento se transmuda, então, no ofício mais rude de prolongar a vida a qualquer custo e sob quaisquer condições. Não é apenas a autonomia do paciente que é agredida. A liberdade de consciência do profissional da saúde pode também estar em xeque²¹.

19. Código Penal, art. 122: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma, ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave”.

20. Pelo conhecimento convencional no Brasil, ambas as condutas seriam consideradas homicídio, o qual, caso viesse a ser reconhecido pelo júri, poderia contar com uma causa especial de diminuição de pena (*privilégio*). V. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2003. E também: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*. v.2. São Paulo, Saraiva, 2003, p.34. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial*. v.2. São Paulo: Saraiva, 2003, p.58. Sobre as privilegiadoras e qualificadoras, SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. DODGE, Raquel Elias Ferreira. Eutanásia: aspectos jurídicos. *Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/revista/_bio1v7/eutaspectos.htm. Acesso em: maio 2006. BRASIL. Ministério Pùblico Federal -1ª Reg. Recomendação 01/2006 - WD - PRDC. Disponível em: www.prdf.mpf.gov.br/prdc/legis/docs/exfile.2006-11-21.7242563592/attach/REC%2001-2006%20CEM.pdf Acesso em: 25 nov. 2006.

21. Quanto ao cuidado paliativo de duplo efeito, a situação é ainda pior, por razões notórias. Se um médico for autorizado pelo enfermo a lançar mão dessa técnica, poderá abreviar seu tempo de vida. Se o mundo jurídico não oferecer amparo seguro a essa ação, o temor de cometer um crime pode ensejar o uso de dosagens medicamentosas menores do que o necessário para aplacar o imenso sofrimento físico e psicológico daqueles que estão no leito de morte.

A Resolução CFM nº 1.805/2006, de 9.11.2006, editada pelo Conselho Federal de Medicina, procurou contornar as deficiências e insuficiências de um Código Penal cuja parte especial é da década de 40 do século passado. Nessa linha, invocando sua função disciplinadora da classe médica, bem como o art. 5º, III da Constituição, pretendeu dar suporte jurídico à ortotanásia. Sem menção à eutanásia e ao suicídio assistido - que continuam a ser considerados pelo Conselho como práticas não-éticas -, a Resolução tratou da limitação do tratamento e do cuidado paliativo de doentes em fase terminal, nas hipóteses autorizadas por seus parentes ou por seus familiares. Trazendo uma fundamentada Exposição de Motivos, a Resolução CFM nº 1.805/2006 tem o conteúdo assim resumido em sua Ementa:

“Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal”.

É possível fazer uma defesa da Resolução do Conselho Federal de Medicina, quer dentro das categorias do próprio direito penal, quer mediante uma leitura de seu texto à luz da Constituição. Por ora, no entanto, faz-se o registro de que foi ela suspensa por decisão judicial produzida em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal de Brasília. Na petição inicial, de 131 páginas, o Procurador da República que a subscreve colocou-se frontalmente contra o conteúdo da Resolução. Em meio a muitas considerações jurídicas, morais e metafísicas, afirmou: “A ortotanásia não passa de um *artifício homicida*; expediente desprovido de razões lógicas e violador da Constituição Federal, mero desejo de dar ao homem, pelo próprio homem, a possibilidade de uma decisão que nunca lhe pertenceu”²². Na decisão que acolheu o pedido de antecipação de tutela, entendeu o juiz de primeiro grau pela existência de “aparente conflito entre a resolução questionada e o Código Penal”²³.

22. BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ACP nº 2007.34.00.014809-3. Petição Inicial (Wellington Divino Marques de Oliveira - Procurador Regional dos Direitos do Cidadão/1ª Região). Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ACP%20Ortotanasia.pdf> Acesso em: out./2007. BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Recomendação nº 01/2006 - WD - PRDC. (Wellington Divino Marques de Oliveira - Procurador Regional dos Direitos do Cidadão/1ª Região). Disponível em: <http://prdc.prdp.mpf.gov.br/legis/docs/exfile.2006-11-21.7242563592/attach/REC%2001-2006%20CFM.pdf> Acesso em: dez./2006.

23. V. inteiro teor da decisão em www.df.trf1.gov.br/.../2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc.

A decisão marca o encontro, no Brasil, de dois fenômenos do nosso tempo: a *medicalização*²⁴ e a *judicialização*²⁵ da vida. Ambos potencializados por um terceiro fenômeno: a sociedade espetáculo, em que os meios de comunicação transmitem, em tempo real, ao vivo e em cores, dramas como os de Terri Schiavo (EUA)²⁶, Hannah Jones (Reino Unido)²⁷ ou Eluana (Itália)²⁸. O pronunciamento judicial suspensivo da Resolução exibe, igualmente, o descompasso entre ordenamento jurídico e a ética médica. E, no mundo pós-positivista, de reaproximação entre o Direito e a Ética, este é um desencontro que deve ser evitado. A propósito, deve-se registrar que a orientação do Conselho Federal de Medicina está em consonância com as da Associação Médica Mundial

24. A expressão 'medicalização da vida' foi cunhada e definida em ILLICH, Ivan. *The medicalization of life*. *Journal of Medical Ethics*. I, 1975, p.73-77.

25. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, 2009.

26. Em decorrência de uma parada cardíaca, Terri Schiavo viveu em estado vegetativo até falecer, em 2005. Nos últimos sete anos de sua vida, seu marido e representante legal, Michael Schiavo, vinha pedindo ao Judiciário dos EUA o desligamento dos tubos que a mantinham viva. Para tanto, afirmava que, antes de entrar em estado vegetativo, a mulher havia se manifestado diversas vezes no sentido de que não gostaria de ser mantida viva artificialmente. À pretensão do marido se opuseram tanto os próprios pais de Terri quanto diversas autoridades norte-americanas, como o Presidente George W. Bush. A longa controvérsia jurídica envolveu desde a Justiça Estadual da Flórida até a Justiça Federal dos EUA, passando pelo Legislativo e pelo Governador do Estado. Por sua vez, a Suprema Corte dos EUA se recusou a analisar a matéria. Terri Schiavo faleceu em 31 de março de 2005. O resultado de sua autópsia confirmou que nenhum tratamento poderia tê-la ajudado a superar os danos neurológicos que sofreu. V. Saiba mais sobre o conflito judicial do caso Schiavo, *Folha Online* 29.mar.2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u82068.shtml>>. Último acesso: 24.jun.2009; GOODNOUGH, Abby. Schiavo Autopsy Says Brain, Withered, Was Untreatable, *New York Times* 16.jun.2005. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2005/06/16/national/16schiaivo.html>>. Acesso em: jun./2009.

27. Aos cinco anos de idade, Hannah Jones foi diagnosticada com uma forma rara de leucemia e, desde então, sua vida passou a envolver frequentes internações hospitalares. Seu tratamento incluiu doses de um forte medicamento contra uma infecção, o que acabou causando danos ao seu coração. Sua única chance de viver longamente viria com um transplante. Mas a menina de treze anos recusou o tratamento, afirmando que já sofrera traumas demais e não queria passar por novas cirurgias - preferia morrer com dignidade. Irresignado com a decisão da paciente, o hospital foi ao Judiciário. Decidiu-se, porém, que Hannah era madura o suficiente para decidir por si própria. V. PERCIVAL, Jenny. Teenager who won right to die: 'I have had too much trauma', *Guardian.co.uk* 11.nov.2008. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/society/2008/nov/11/child-protection-health-hannah-jones>>. Acesso em: jun./2009.

28. Eluana Englaro ficou em coma por dezessete anos, desde que sofreu um acidente de carro, em 1992. Seu caso causou grande comoção na Itália, mobilizando setores ligados à Igreja Católica e gerando uma crise entre o Primeiro-ministro Silvio Berlusconi e o Presidente Giorgio Napolitano. Por dez anos, o pai da moça lutou para garantir o direito de deixá-la morrer, mas só conseguiu em 21 de janeiro de 2009. Ela passou três dias sem receber comida e hidratação, mas uma "crise" acabou antecipando sua morte. V. Morre Eluana, a italiana que estava em coma havia 17 anos. *G1* 9.fev.2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL993961-5602,00.html>>. Acesso em: jun./2009.

(AMM), as da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e as do Conselho Europeu e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)²⁹. E, também, com o tratamento jurídico adotado em países como Estados Unidos da América, Canadá, Espanha, México, Reino Unido, França, Itália, Suíça, Suécia, Bélgica, Holanda e Uruguai³⁰.

Estão em choque, aqui, dois modelos. Um de índole paternalista, que desconsidera a vontade do paciente e de seus familiares, privados de fazerem escolhas morais próprias. O outro, fundado na deontologia médica, valoriza a autonomia e o diálogo, aceitando que a arte de curar se converta em cuidado e amparo. Cabe procurar entender e enfrentar as razões do desencontro entre as imposições jurídicas e as exigências éticas. O principal argumento contrário a qualquer hipótese de morte com intervenção decorre da compreensão do

29. a) as Resoluções da AMM sobre eutanásia e suicídio assistido consideram tais condutas antiéticas, mas assumem que é *direito* do paciente recusar tratamento médico, ainda que da recusa decorra a morte, e que é *direito* do paciente ter respeitada a sua escolha de que o "processo natural da morte siga seu curso na fase terminal da doença"; b) A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO determina que "qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito". Para os casos de incapacidade, há dispositivos específicos, que visam a proteger a parcela de autonomia remanescente e os melhores interesses do envolvido; c) O Conselho Europeu posicionou-se favoravelmente à implementação de cuidados paliativos e do respeito dos direitos dos pacientes de recusarem tratamentos fúteis ou extraordinários. O Conselho determinou aos Estados-membros a normatização dos testamentos de vida e das diretrizes avançadas; d) ao decidir o caso *Pretty*, a CEDH permitiu entrever que abaliza a limitação consentida de tratamento em pacientes terminais ou em estado irreversível, muito embora tenha se recusado a aceitar o suicídio assistido. Cf. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Limitação de tratamento... Op. Cit. PARLIAMENTARY ASSEMBLY. Resolution 1.649 (2009). *Palliative Care: a model for innovative health and social policies*. Disponível em: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta09/eres1649.htm> Último acesso em: mar./2009.

30. a) a Suprema Corte dos Estados Unidos assentou o seu posicionamento nos casos *Vacco v. Quill* e *Washington v. Glucksberg et al.*, já lastreados em decisões anteriores, como o caso *Cruzan*; b) a Suprema Corte do Canadá reafirmou seu entendimento no tema em *Rodriguez v. British Columbia*; c) no Reino Unido, são importantes as decisões dos casos *Airedale N.H.S. Trust v Bland* e *The Queen on the Application of Mrs. Dianne Pretty (Appellant) v Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party)*; d) a Bélgica e a Holanda reconhecem não apenas a LCT, como também a eutanásia e/ou o suicídio assistido; e) a Suíça permite o suicídio assistido; f) na Espanha, as decisões de suspensão de suporte vital em pacientes terminais são respeitadas e desde 2000 há leis sobre testamentos vitais (*Ley Catalana*); g) na França, a limitação consentida de tratamento foi permitida por lei em 2005. Cf. MICCINESI, Guido et. al. Physician's attitudes towards end-of-life decisions: a comparison between seven countries. *Social Science & Medicine*. (2005) 1961-1974. COHEN, Joachim et. al. European public acceptance of euthanasia: Socio-demographic and cultural factors associated with the acceptance of euthanasia in 33 European countries. *Social Science & Medicine*. 63 (2006) 743-756. PESSINI, Leo. Distanásia... Op. cit., p.257 e s.

direito à vida como um direito fundamental absoluto. No Brasil, essa valorização máxima da vida biológica e do modelo biomédico intensivista e interventor tem sua origem em algumas doutrinas morais abrangentes, muitas de cunho religioso, que penetram na interpretação jurídica. Esta visão do mundo se manifesta em diferentes passagens da ação civil pública acima referida.

Ao avançar no debate, é preciso ter em conta que o direito à vida é de fato especial. Qualquer flexibilização de sua força jurídica ou moral é delicada e deve envolver cautelas múltiplas. Qualquer desprezo pela vida humana, mesmo nas circunstâncias mais adversas, é suspeita. Um dos consensos mínimos que compõem a dignidade humana nas sociedades ocidentais é a preservação da vida como um valor em si, que se atinge, naturalmente, por sua promoção e proteção rigorosa. Com efeito, basta considerar que, além do seu caráter substantivo, o direito à vida é pré-condição, é instrumento que permite a própria dignidade, pois sua negação leva à inexistência do sujeito da dignidade. Diante de tais premissas, criminalizar atos que atentem contra a vida humana tende a ser um meio adequado, dentre outros, de preservação da vida e da dignidade humanas. Mas nem mesmo o direito à vida é absoluto.

É precisamente no ambiente da morte com intervenção que cabe discutir a visão da dignidade que impõe ao indivíduo *a vida como um bem em si*. Como intuitivo, não se está aqui diante de uma situação banal, temporária ou reversível, na qual um indivíduo decide morrer e outros se omitem em evitar ou prestam-lhe auxílio. Justamente ao contrário, trata-se de pessoas que, em condições nada ordinárias, reclamam a possibilidade de renunciar a intervenções médicas de prolongamento da vida. Ou, em outros casos, de optar pela abreviação direta da vida, por ato próprio ou alheio, por estarem acometidos de doenças terminais extremamente dolorosas ou por enfermidades degenerativas que conduzem à perda paulatina da independência. Nessas situações extremas, aparecem outros direitos e interesses que competem com o direito à vida, impedindo que ele se transforme em um insuportável dever à vida. Se, em uma infinidade de situações, a dignidade é o fundamento da valorização da vida, na morte com intervenção as motivações se invertem.

O prolongamento sacrificado da vida de pacientes com doenças para as quais a medicina desconhece a cura ou a reversão, contra a sua vontade ou de seus responsáveis legais, enseja dor, sofrimento, humilhação, exposição, intrusões corporais indevidas e perda da liberdade. Entram em cena, então, outros conteúdos da própria dignidade. É que a dignidade protege, também, a liberdade e a inviolabilidade do indivíduo quanto à sua desumanização e degradação. É nesse passo que se verifica uma tensão dentro do próprio conceito, em busca da determinação de seu sentido e alcance diante de situações concretas. De um lado, a dignidade serviria de impulso para a defesa da vida e das concepções sociais do que seja o *bem morrer*. De outro, ela se apresenta

como fundamento da morte com intervenção, assegurando a autonomia individual, a superação do sofrimento e a morte digna³¹.

Como se viu até aqui, o Direito vigente – na interpretação dominante – e a ética médica apontam direções diferentes em tema de morte com intervenção³². Nesse mesmo contexto, a dignidade da pessoa humana se apresenta de maneira ambivalente, sendo invocada para justificar as duas posições contrapostas. Os tópicos seguintes procuram aprofundar as possibilidades de sentido da dignidade humana e seu papel nas escolhas e nas imposições que envolvem a fronteira entre a vida e a morte.

IV. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: IDEIAS ESSENCIAIS

Como assinalado anteriormente, a dignidade da pessoa humana tornou-se, ao final da Segunda Guerra Mundial, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais³³. No plano abstrato, a dignidade traz em si grande força moral e jurídica, capaz de seduzir o espírito e angariar adesão quase unânime. Tal fato, todavia, não minimiza a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica³⁴, que funciona, de certa ma-

31. MILLNS, Suzan. Death, dignity and discrimination: the case of *Pretty v. United Kingdom*. *German Law Journal*, v.3, n.10, October, 2002.

32. Há, todavia, ao menos um precedente divulgado em que decisão judicial chancelou a recusa de obstinação terapêutica. Tratou-se de caso, envolvendo um bebê de oito meses, portador de amiotrofia espinhal progressiva tipo I, uma doença genética incurável, degenerativa e com curto prognóstico médico de sobrevida. A hipótese vem narrada em DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado: obstinação terapêutica em crianças. *Cadernos de Saúde Pública*, 22(8):1741-1748, Rio de Janeiro, ago, 2006.

33. Para uma revisão profunda do tema, inclusive quanto a documentos anteriores à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, consultar: McCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *The European Journal of International Law*. Vol.19, nº4, 2008, p.664-671. Destaca-se que o autor nota que, em documentos mais atuais, não apenas a expressão 'dignidade humana' passou a figurar nos preâmbulos dos documentos internacionais de Direitos Humanos, como também foi introduzida na parte substantiva dos textos. Ele percebe, ainda, que nos documentos regionais a expressão figura nos preâmbulos dos principais instrumentos Inter-Americanos, árabes, africanos e alguns europeus, "(...) [e] com isso, parece demonstrar um destacado grau de convergência acerca da dignidade como um princípio central de organização" (tradução livre).

34. Autores admitem no conceito de dignidade diferentes "dimensões" e "elementos". V. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.13-43, para quem a dignidade possui dimensões: a) ontológica; b) relacional e comunicativa; c) de limite e de tarefa; d) histórico-cultural. E MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.105-147, para quem a dignidade envolve quatro elementos: a) a liberdade; b) a integridade psico-física; c) a igualdade; d) a solidariedade.

neira, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos. Onde não há consenso, impõem-se escolhas justificadas e convenções terminológicas.

Na temática da morte com intervenção, por exemplo, a abstração, polissemia e natureza especular da dignidade permitem que ela seja invocada pelos dois lados do debate³⁵. Tal fato conduz a argumentos circulares, tornando difícil seu emprego nesse cenário³⁶. Essa plasticidade e ambiguidade do discurso da dignidade já levou autores a sustentar a *inutilidade* do conceito, como um *slogan* ambivalente, que pouco acrescenta à solução de desacordos e dilemas morais³⁷. A crítica é relevante, mas não deve levar ao descarte da ideia basilar do discurso ético contemporâneo, ao menos no mundo ocidental, inclusive por seu grande apelo ao espírito. Ao revés, ela reforça a necessidade de se dar à locução dignidade humana maior densidade jurídica, objetividade e precisão. Até porque as dificuldades que ela apresenta no plano aplicativo – isto é,

35. Nas palavras de Suzan Millns: "Mais particularmente, parece que a elasticidade do discurso da dignidade, com a sua capacidade de conduzir a diversas direções, significa que ele pode ser invocado por todos os protagonistas (os idosos e dependentes, suas famílias, a equipe médica, o Estado) para justificar todos os resultados (preservar a vida ou buscar a morte). Sua natureza dúplice, por consequência, quando combinada aos argumentos e contra-argumentos que impregnam o discurso dos direitos, parece, em última análise, minar a causa daqueles que tentam usá-la para assegurar seu direito de morrer com dignidade" (tradução livre). MILLNS, Suzan. Death, dignity and discrimination: the case of *Pretty v. United Kingdom*. *German Law Journal*, v.3, n.10, October, 2002.

36. NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996, p.327-328.

37. CF. MACKLIN, Ruth. *British Medical Journal*. 2003; 327:1419-1420. Na mesma linha, a autora expressou seu pensar na obra sobre o 'duplo padrão na pesquisa médica': "Quem poderia se opor ao respeito à dignidade? Provavelmente ninguém afirmaria que os seres humanos não devem ser tratados com respeito por sua dignidade. Contudo, o conceito é tão vago que se aproxima de ser vazio de significado sem esclarecimentos mais profundos. Isso torna as demandas pela dignidade humana especialmente problemáticas no contexto da compreensão e aplicação de argumentos que invocam a dignidade humana como base para ações ou políticas de vários tipos. Nem acadêmicos nem os elaboradores de diretrizes e declarações nacionais, regionais ou internacionais parecem ter analisado o conceito de dignidade humana de uma forma tal que torne claros os critérios de sua aplicação. Mas muito do discurso da Organização das Nações Unidas e dos órgãos europeus se baseia na vaga e imprecisa noção de dignidade humana quando da formulação de diretrizes e declarações. O 'respeito pela dignidade humana' se tornou, em alguns contextos, um mero slogan, como na afirmação de que a clonagem é 'contrária à dignidade humana' e mesmo 'uma violação das dignidade da espécie humana' (...). Quando desafiados a explicar precisamente como a produção de uma criança por meio de transplante nuclear constitui uma violação à dignidade humana, aqueles que o alegam se viram contra os desafiadores e os acusam de algum tipo de cegueira moral por não conseguirem reconhecer a dignidade inerente a todos os seres humanos" (tradução livre). MACKLIN, Ruth. *Double standards in medical research in developing countries*. Cambridge: Cambridge, 2004, p.196-197.

como critério de solução de conflitos – não desmerecem o seu papel como elemento de justificação no plano moral³⁸. Na sequência, uma tentativa inicial de densificação do conceito, à luz do sistema jurídico brasileiro.

A dignidade da pessoa humana vem inscrita na Constituição brasileira como um dos *fundamentos da República* (art. 1º, III). Funciona, assim, como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral. Na sua expressão mais essencial, dignidade significa que toda pessoa é um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano³⁹. A vida de qualquer ser humano tem um *valia intrínseca*, objetiva. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana *veda*, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela⁴⁰. No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, a fonte dos direitos materialmente fundamentais, o núcleo essencial de cada um deles.

De fato, no plano dos direitos individuais, ela se expressa na *autonomia privada*, que decorre da liberdade e da igualdade das pessoas. Integra o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas. No plano dos direitos políticos, ela se traduz em *autonomia pública*, no direito de participação no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno⁴¹, cada pessoa tem o direito

38. Vários textos buscaram discutir, relativizar ou negar a posição de Macklin, dentre eles, ANDORNO, Roberto. La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique ? Disponível em : www.contrepointphilosophique.ch. Acesso em: nov/2006. ANDORNO, Roberto. Dignity of the person in the light of international biomedical law. *Medicina e Morale. Rivista Internazionale bimestrale di Bioetica, Deontologia e Morale Medica.* v.1, p.91-104, 2005. ASHCROFT, Richard E. Making sense of dignity. *Journal of Medical Ethics* v.31, p. 679-682, 2005. ANJOS, Márcio Fabri dos. Dignidade Humana em debate. *Bioética.* Brasília: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio12v1/seccoes/seccao04.pdf>. Acesso em: mai/2006.

39. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Lisboa: Edições 70, 2004, p. 68 e s.

40. Sobre essas duas “dimensões” ou “princípios” da dignidade – o do valor intrínseco da vida humana e da responsabilidade pessoal –, v. DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2006, p. 9 e s.

41. DWORKIN, Ronald. *Is democracy* Ob. Cit., p. xii.

de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social. Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial⁴². Todo indivíduo tem direito a prestações e utilidades imprescindíveis à sua existência física e moral, cuja satisfação é, ademais, pré-condição para o próprio exercício da autonomia privada e pública. Seria possível estender e aprofundar o debate, a fim de fazer a ligação entre dignidade e direitos de nova geração, como os de natureza ambiental e o direito à paz. Mas o desvio seria excessivamente longo para os fins desse trabalho.

Assim, sem prejuízo das muitas variações existentes sobre o tema, identifica-se um consenso razoável no sentido de se considerar a dignidade humana o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais. A preservação e promoção desses direitos têm uma dimensão individual e outra social. A dimensão individual está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas. A dimensão social envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização do direito de cada um e, em certos casos, de intervenção para que comportamentos individuais não interfiram com direitos próprios, de outros ou de todos. A intervenção estatal, portanto, pode ser: (i) de oferta de utilidades que satisfaçam a dignidade; (ii) de restrição a condutas individuais que violem a dignidade do próprio agente; e (iii) de restrição a condutas individuais para que não violem a dignidade de outros ou determinados valores comunitários. As dimensões individual e social da atuação fundada na dignidade humana são também referidas, respectivamente, pelas designações de dignidade como autonomia e como heteronomia⁴³.

42. A respeito do 'aspecto material' da dignidade humana e seu elo com o mínimo existencial, consultar, sobre todos: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos...*, Op. Cit., p.63. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Último acesso em: dez./2008. Em uma intensa pesquisa sobre o conteúdo da expressão dignidade humana em decisões de cortes internacionais e estrangeiras, Christopher McCrudden identifica e discute criticamente a existência de consenso justaposto no uso da locução. Um dos elementos muito freqüentes é exatamente a associação entre dignidade e as condições materiais mínimas à existência humana. McCRUDDEN, Christopher. *Human dignity...* Op. Cit., p.292 e s.

43. Sobre autonomia e heteronomia, v. KANT, Immanuel. *Fundamentação...* Ob. Cit., p. 75.

V. A DIGNIDADE HUMANA COMO AUTONOMIA

A dignidade como autonomia, como poder individual (*empowerment*), é a concepção subjacente aos grandes documentos de Direitos Humanos do século XX⁴⁴, bem como a inúmeras constituições do segundo pós-guerra. Esta é a visão que serve de fundamento e justificação para os direitos humanos e fundamentais, podendo-se nela destacar quatro aspectos essenciais: a) a capacidade de autodeterminação; b) as condições para o exercício da autodeterminação; c) a universalidade; e d) a inherência da dignidade ao ser humano. A ideia de dignidade como autonomia é especialmente relevante para os propósitos do presente trabalho. É que nele se procura retirar o tema da morte com intervenção do domínio dos tabus e das concepções abrangentes, para trazê-lo para o âmbito do debate acerca dos direitos humanos e fundamentais. E determinar se existe, afinal, o direito a uma morte no tempo certo, como fruto de uma escolha individual.

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a *capacidade de autodeterminação*, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade.

O segundo aspecto destacado diz respeito às *condições para o exercício da autodeterminação*. Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, mas é indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado *mínimo existencial* (v. *supra*), a dimensão material da dignidade, instrumental ao desempenho da autonomia. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidades, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas. O terceiro e o quarto aspectos da dignidade como autonomia – universalidade e inherência – costumam andar lado a lado. O cunho ontológico da dignidade, isto é, seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano,

44. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity in bioethics and biolaw*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 10.

impõe que ela seja respeitada e promovida de modo universal⁴⁵. Ela é conferida a todas as pessoas, independentemente de sua condição nacional, cultural, social, econômica, religiosa ou étnica⁴⁶. A contingência espaço-temporal e a contingência entre pessoas (como mais ou menos dignas) representam uma afronta para a dignidade, sem prejuízo de certos temperamentos admitidos em razão do multiculturalismo⁴⁷.

A identificação da dignidade humana com a liberdade/autonomia, com a habilidade humana de autodeterminação, é frequente na doutrina, ainda que não com caráter exclusivo ou mesmo predominante⁴⁸. É certo que em domínios como o da bioética, inclusive e especialmente nas pesquisas clínicas, a autonomia figura como princípio fundamental, por ser o modelo baseado no consentimento livre e esclarecido dos sujeitos⁴⁹. Também na jurisprudência estrangeira é possível encontrar decisões fundadas na noção de dignidade

-
45. Roberto Andorno intitula de '*Standard Attitude*' (atitude padrão) a aceitação da universalidade da dignidade humana, bem como de sua função de justificação e de fundação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. ANDORNO, Roberto. *The paradoxical notion of human dignity*. *Persona - Revista Electrónica de derechos Existenciales*. nº9, set. 2002. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm> Acesso em: dez./2008. Como exemplos, PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal de Direitos Humanos: desafios e perspectivas. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org.) *Estudos contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.346 e s. Em sentido semelhante, embora utilizando o termo *pessoa*, BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos..., Op. Cit., p.26. Ana Paula de Barcellos reconhece o viés ontológico da dignidade humana: BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia..., Op. Cit., p.126, nota nº213. Ingo Sarlet, embora aponte alguns problemas e contestações sobre a inherência da dignidade ao ser humano, reafirma que a dignidade humana possui uma dimensão ontológica, SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana..., Op. Cit., p.19-20.
46. Passa-se ao largo do debate, referido como "contingência epistemológica", acerca da razão pela qual se afirma que os seres humanos possuem valor intrínseco. Vale dizer: qual é a característica ou propriedade que os distingue dos demais seres, especialmente dos animais não-humanos. A ideia da dignidade como autonomia e do valor intrínseco do ser humano dependeria, assim, da aceitação e da manutenção de uma cultura que a defende. V. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity*... Op. Cit., p.22. V. tb. SERNA, Pedro. La dignidad de la persona como principio del derecho público. *Derechos y Libertades - Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*. Madrid: nº10, p.294-295.
47. V. PIOVESAN, Flávia. A declaração..., Op. Cit., p.346 e s.; e KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal. In: SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia. IKAWA, Daniela (orgs). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Sobre a universalidade e uma perspectiva do cosmopolitismo kantiano, MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. *Bioética y Bioderecho*. Rosário: Vol. 5, 2000, p.40.
48. Na linha do caráter primacialmente autonomista da dignidade, que não é dominante na doutrina nacional, vejam-se BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva: 2007146-147; e CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana - o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro, Forense, 2005, *passim*.
49. LUNA, Florencia. Consentimento livre e esclarecido: ainda uma ferramenta útil na ética em pesquisa. In: DINIZ, Debora; SUGAI, Andréa; GUILHEM, Dirce; SQUINCA, Flávia. *Ética em pesquisa: temas globais*. Brasília: UnB, 2008, p. 153 e s.

como autonomia. No julgamento do caso *Rodriguez*⁵⁰, a Suprema Corte canadense fez expressa menção à “habilidade individual de fazer escolhas autônomas”, embora, no caso concreto, tenha impedido o suicídio assistido⁵¹. Na Suprema Corte americana, o mesmo conceito foi invocado em decisões como *Lawrence v. Texas*, a propósito da legitimidade das relações homoafetivas⁵². Na mesma linha da dignidade como autonomia foi a decisão da Corte Constitucional da Colômbia ao decidir pela inconstitucionalidade da proibição da eutanásia. O julgado fez expressa menção a uma perspectiva secular e pluralista, que deve respeitar a autonomia moral do indivíduo⁵³.

50. CANADÁ. *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R 519. Data: 30 de setembro de 1993. Disponível em: <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1993/1993rcs3-519/1993rcs3-519.html>. Último acesso em: mai./2006.

51. Com efeito, a Corte validou a distinção feita pela legislação canadense entre recusa de tratamento – reconhecida como direito do paciente – e o suicídio assistido, que é proibido. Por 5 votos a 4, negou o direito de uma mulher com esclerose lateral – enfermidade degenerativa irreversível – de controlar o modo e o momento da própria morte, com assistência de um profissional de medicina. Na decisão restou lavrado: “O que a revisão precedente demonstra é que o Canadá e outras democracias ocidentais reconhecem e aplicam o princípio da santidade da vida como um princípio geral que é sujeito a limitadas e estreitas exceções em situações nas quais as noções de autonomia pessoal e dignidade devem prevalecer. Todavia, essas mesmas sociedades continuam a traçar distinções entre formas ativas e passivas de intervenção no processo de morrer, e, com pouquíssimas exceções, proíbem o suicídio assistido em situações semelhantes à da apelante. A tarefa então se torna a de identificar as razões sobre as quais essas diferenças são baseadas e determinar se elas são suportáveis constitucionalmente”.

52. Em *Lawrence* discutiu-se uma decisão da década de 1980, na qual foi considerada constitucional lei que criminalizava as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. O caso *Lawrence* reverteu a decisão anterior. *Lawrence v. Texas*. 539 U.S. 558 (2003)., Embora as menções à dignidade humana não sejam tão frequentes nas manifestações da Suprema Corte dos Estados Unidos, há outros casos nos quais ela se fez presente no sentido de ‘dignidade como autonomia’, como por exemplo: a) *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. 112 U.S. 2791 (1992), onde se discutiu a constitucionalidade de uma lei da Pensilvânia que regulamentava restritivamente a prática do aborto; b) *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*. 476 U.S. 747 (1986), na discussão sobre o aborto, no voto do Justice Blackmun; b) *Roper v. Simons*, a respeito da proibição da pena de morte para pessoas com menos de dezoito anos. Cf. McCURDDEN, Christopher. *Human dignity...* Op. cit., p.688 e 695.

53. “En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior. La decisión, entonces, no puede darse al margen de los postulados superiores. El artículo 1 de la Constitución, por ejemplo, establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. (...). Este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad” COLOMBIA. *Sentencia C-239/97. Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980 - Código Penal*. Magistrado Ponente: dr. Carlos Gaiviria Diaz. 20 de mayo de 1997. Disponível em: http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=6&ruta=../jurisprudencia/consulta.jsp Acesso em: mai. /2005, citando as decisões T-401 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz e Sentencia T-090 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. É preciso salientar que tal foi a posição majoritária da Corte. Nos votos de dissidência a proposta de entender a ‘dignidade humana como autonomia’ foi muito criticada. Ao defender a posição majoritária, foram mencionados julgados anteriores da Corte, nos quais a ‘dignidade como autonomia’ foi a concepção prevalente.

A visão da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. Com ela são fomentados o pluralismo, a diversidade e a democracia de uma maneira geral. Todavia, a prevalência da dignidade como autonomia não pode ser ilimitada ou incondicional. Em primeiro lugar, porque o próprio pluralismo pressupõe, naturalmente, a convivência harmoniosa de projetos de vida divergentes, de direitos fundamentais que podem entrar em rota de colisão. Além disso, escolhas individuais podem produzir impactos não apenas sobre as relações intersubjetivas, mas também sobre o corpo social e, em certos casos, sobre a humanidade como um todo. Daí a necessidade de imposição de valores externos aos sujeitos. Da dignidade como heteronomia.

VI. A DIGNIDADE HUMANA COMO HETERONOMIA

A 'dignidade como heteronomia' traduz uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes que a escolhas individuais⁵⁴. Nela se abrigam conceitos jurídicos indeterminados como bem comum, interesse público, moralidade ou a busca do bem do próprio indivíduo. Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma *vida boa*. Como intuitivo, o conceito de 'dignidade como heteronomia' funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Inúmeros autores chancelam a noção de dignidade como freio à liberdade, no sentido de obstar escolhas que possam comprometer valores sociais ou a dignidade do próprio indivíduo cuja conduta se cerceia⁵⁵.

54. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity...* Op. Cit., p.29.

55. VILHENA, Oscar Vieira (col. de Flávia Scabin). *Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.67. Após explicitar a visão autonomista da dignidade, o autor explora o pensamento kantiano e demonstra que, apesar de nele residir uma versão autonomista, há também espaço para a heteronomista: "O princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios. Nesse sentido, embora a dignidade esteja intimamente associada à idéia de autonomia, da livre escolha, ela não se confunde com a liberdade no sentido mais usual da palavra – qual seja, o da ausência de constrangimentos. A dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim. Esta a razão pela qual, do ponto de vista da liberdade, não há grande dificuldade em se aceitar um contrato de prestação de serviços degradantes. Se o anão decidiu, à margem de qualquer coerção, submeter-se a um tratamento humilhante em troca de remuneração, qual o problema? De fato, da perspectiva da liberdade não há problema algum. A questão é se podemos, em nome de nossa liberdade, colocar em risco nossa dignidade. Colocada em termos clássicos, seria válido o contrato em que permito a minha escravidão? Da perspectiva da dignidade, certamente não".

Do parágrafo anterior se extrai como consequência que, na concepção heterônoma, a dignidade não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e dá limite à liberdade. Existem algumas decisões que são consideradas emblemáticas para a visão da 'dignidade como heteronomia'. Uma delas, por variados fatores, tornou-se muito conhecida no Brasil: o caso do arremesso de anões. O Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou a atividade conhecida como *lancer de nain*, atração existente em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris. Consistia ela em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de uma discoteca. A casa noturna, tendo como litisconsorte o próprio deficiente físico (Sr. Wackenheim), recorreu da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato do Prefeito, por *excès de pouvoir*. O Conselho de Estado, todavia, na qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão e restabeleceu a proibição. A liberdade de trabalho e a liberdade empresarial não foram consideradas obstáculos ao entendimento que prevaleceu, justamente por haver ele se fundado na defesa da dignidade da pessoa humana⁵⁶.

São também consideradas paradigmáticas da ideia de 'dignidade como heteronomia' as decisões que consideram ilícitas relações sexuais sadomasoquistas consentidas⁵⁷. Tanto no Reino Unido quanto na Bélgica, prevaleceu o ponto de vista de que o consentimento não poderia funcionar como defesa em situações de violência física. Embora a expressão 'dignidade humana' não tenha sido diretamente empregada no caso inglês, a tese espousada é plenamente conciliável com a 'dignidade como heteronomia'⁵⁸. Na

56. A decisão assim lavrou: "Que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine" (Que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, interditar uma atração atentatória à dignidade da pessoa humana). V. LONG, WIL, BRAIBANT, DEVOLVÉ E GENEVOIS, *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris: Dalloz, 1996, p. 790 e s. Veja-se, em língua portuguesa, o comentário à decisão elaborado por BARBOSA GOMES, Joaquim B. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*, in *Seleções Jurídicas* ADV n. 12, 1996, p. 17 s. V. tb. CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade...*, Op. Cit., p.249. Convém reportar que este jogo não se apresentou apenas na França. A situação ocorreu também em Portugal, e vem se mostrando nos Estados Unidos da América. Conferir: KUFLIK, Arthur. *The inalienability of autonomy. Philosophy and public affairs*. Vol 13, nº 4 (autumn, 1984) p.271-298. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...*, Op. Cit., p.333, n.º 111. BEYLEVELD, Deryck. *BROWNSWORD*, Roger. *Human dignity...* Op. Cit., p.25 e s.

57. UNITED KINGDOM. House of Lords. *R. v. Brown*. [1993] All ER 75. Disponível em: <http://www.parliament.the-stationery-office.com/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/brown01.htm> Último acesso em: dez./2008. CEDH. *Affaire K.A. et A.D. c. Belgique*. (Requêtes n.ºs 42758/98 et 45558/99). 2005.

58. Pode-se entrever a motivação com ênfase no voto do Lord Coleridge (maioria). UNITED KINGDOM. House of Lords. *R. v. Brown*... Cit.

visão dos Lordes que compuseram a maioria, a sociedade está autorizada a recorrer ao direito penal para coibir comportamentos autorreferentes que possam impactar moralmente o grupo social, ao passo que a minoria deliberou no sentido de preservar a privacidade e a liberdade das pessoas quanto a atos autorreferentes⁵⁹. Já na decisão belga, a dignidade humana como limite à liberdade, em sua versão heterônoma, foi o principal fundamento do julgado⁶⁰. Nos dois casos, a Corte Europeia de Direitos Humanos confirmou as decisões dos Estados, embora não se tenha ancorado na dignidade humana⁶¹.

Outro caso típico de consideração da 'dignidade como heteronomia' refere-se aos chamados *peep shows*. O Tribunal Federal Administrativo alemão considerou atentatório à dignidade humana a realização deste tipo de apresentação, uma vez que uma pessoa submete-se, como objeto, à vontade de outra: "essa violação da dignidade humana não é removida nem justificada pelo fato de que a mulher que atua em um *peep show* age voluntariamente. A dignidade do homem é um valor objetivo, inalienável... o seu respeito não pode ser renunciado pelo indivíduo"⁶². Do excerto, percebe-se que a dignidade humana foi tomada como "um valor objetivo", que ultrapassa a esfera individual e pode ser violado mesmo que o indivíduo não considere estar atingido na *sua dignidade*. Nessa linha de entendimento, "onde a dignidade humana assim concebida estiver em jogo, a livre escolha é irrelevante"⁶³.

O exame de decisões judiciais que se fundaram na dignidade humana, em diferentes partes do mundo, revela a existência de uma visão *comunitarista* e restritiva de direitos (*rights-constraining*), em oposição à visão individualista e protetiva de direitos (*rights-supporting*)⁶⁴. Nessa perspectiva, que se justapõe à

59. Lord Mustill e o Lord Slynn of Hadley dissintiram. UNITED KINGDOM. House of Lords. *R. v. Brown...* Em variados pontos, a decisão faz lembrar a contenda entre H.L.A. Hart e Lord Devlin: *HART, H.L.A. Law, liberty, and morality*. Stanford: Stanford University, 2007. LORD DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford: Oxford University, 1968.

60. Há que se ter atenção aos fatos deste caso, que são bastante diferentes daqueles de *R. v. Brown*. Cf. CEDH. *Affaire K.A. et A.D...* Cit.

61. CEDH. *Laskey, Jaggard and Brown v. United Kingdom*. 1997. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Laskey%2C%20Jaggard%20Brown%20v.%20United%20Kingdom&sessionid=25693996&skin=hudoc-en>. Último acesso em: dez./2008. Apenas o voto do Justice Pettit tocou diretamente no ponto da proteção da moral pública, relacionando-a com a dignidade humana: "Os perigos da permissividade excessiva, que pode conduzir à indulgência, à pedofilia (...) ou à tortura de terceiros, foram destacadas na Conferência Mundial de Estocolmo. A proteção da vida privada significa a proteção da intimidade e da dignidade de uma pessoa, não a proteção da sua desonra ou a promoção da imoralidade criminosa".

62. Cf. ULLRICH, Dierk. *Concurring visions: human dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany*. *Global Jurist Frontiers*. Vol.3, nº1, 2003, p.83.

63. BEYLEVELD, Deryck. *BROWNSWORD*, Roger. *Human dignity...* Op. Cit., p.34.

64. Sobre o ponto, v. especialmente o já referido estudo de McCRUDDEN, Christopher. *Human dignity....*

ideia de ‘dignidade como heteronomia’, as Cortes aceitaram ou impuseram limites, por exemplo, à liberdade de expressão, visando a evitar a proliferação da pornografia e da indecência, e também dos chamados discursos do ódio⁶⁵. Paralelamente, também há diversos julgados nos quais se considera que existem limites para que uma pessoa possa dispor de sua própria dignidade, dando a ela uma dimensão heterônoma. Em muitas situações, o conceito é utilizado como forma de impor um ponto de vista moral abrangente, que varia de lugar para lugar⁶⁶. Aliás, em alguns documentos mais recentes sobre bioética, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Biomedicina e a Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, da UNESCO, a expressão dignidade humana trata *mais* de limitar a liberdade em nome de valores compartilhados, ou seja, *tende à dignidade como heteronomia*⁶⁷.

Na petição inicial da ação civil pública contra a resolução do Conselho Federal de Medicina que autorizava a ortotanásia, está subjacente a ‘dignidade como heteronomia’. O simples fato de o Procurador sustentar que todos os pacientes terminais e seus familiares estão destituídos de capacidade para tomar decisões referentes aos tratamentos médicos que serão ou não realizados, torna claro que a ‘dignidade como autonomia’ não se faz presente em seu raciocínio. *A priori*, pessoas são destituídas de sua autonomia, sem qualquer exame das particularidades do caso, sem qualquer análise individualizada, por profissionais, da habilidade para tomar decisões. Descarta-se, sumariamente, a *possibilidade* de os pacientes terminais ou seus responsáveis legais optarem pela limitação consentida de tratamento, que é considerada, na peça

65. Sobre a proibição dos discursos do ódio para a proteção da dignidade humana são citadas decisões da Corte de Israel, da Comissão Europeia de Direitos Humanos, do Canadá e também da África do Sul e da Hungria. No Brasil, um dos fundamentos utilizados pelo STF para a proibição dos discursos do ódio foi justamente a dignidade humana. McCURDREN, Christopher. Human dignity... Op. Cit., p. 699 e s. BRASIL. STF. HC nº 82.424/RS. Rel. Min. Moreira Alves. 19/03/2004.

66. McCURDREN, Christopher. Human dignity... Op. Cit., p.675. “o que emerge dessas diferenças é que algumas jurisdições usam a dignidade como a base para (ou como outro modo de expressar) um ponto de vista moral abrangente, que parece significativamente diferente de região para região”.

67. Sobre o ponto, v. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. Human dignity... Op. Cit., p.34; 29-33; p.38-44. Todavia, os autores reconhecem nesses documentos elementos, ainda que menos fortes, da ‘dignidade como autonomia’. Conferir os documentos e seus relatórios: CONSELHO DA EUROPA. Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina. (04/04/1997). COUNCIL OF EUROPE. Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine - Explanatory Report (17/12/1996). UNESCO. Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights. (11/11/1997). Importa conferir ainda a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, da UNESCO. O texto é posterior aos demais e parece ligar a dignidade humana à autonomia com mais intensidade. UNESCO. Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. (19/10/2005).

exordial, como uma fuga, uma facilidade. Indigno seria não enfrentar o sofrimento e não lutar contra a morte, ou seja, a escolha da morte é *um mal em si* ou é uma escolha que pode ser reputada *errônea* por uma sociedade política. Como a dignidade pode limitar a liberdade, são os pacientes e seus responsáveis considerados impedidos de decidir.. É uma compreensão heterônoma do que é ou não digno para o ser humano em seu leito de morte⁶⁸.

Em suma, pode-se dizer que a 'dignidade como heteronomia' traduz uma ou algumas concepções de mundo e do ser humano que não dependem, necessariamente, da liberdade individual. No mais das vezes, ela atua exatamente como um freio à liberdade individual em nome de valores e concepções de vida compartilhados. Por isso, a 'dignidade como heteronomia' é justificada na busca do *bem* para o sujeito, para a preservação da sociedade ou comunidade, para o aprimoramento moral do ser humano, dentre outros objetivos. Entretanto, assim como a 'dignidade como autonomia', a 'dignidade como heteronomia' também possui inconsistências teóricas e práticas. Como críticas principais, é possível compendiar: a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas⁶⁹, jurídico-moralistas e

68. BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ACP nº2007.34.00.014809-3. Petição Inicial. Cit. BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Recomendação nº01/2006 - WD - PRDC. Cit.

69. O paternalismo jurídico é um princípio que justificaria a constrição de um direito de liberdade (geral ou específico), autorizando o emprego da coerção, da proibição, do não-reconhecimento jurídico de atos ou de mecanismos análogos, para a proteção do indivíduo ou grupo contra comportamentos próprios auto-inflictedos ou consentidos, sem contar com o endosso atual dos que são destinatários da medida. São institutos afins: a) o **moralismo jurídico**: a.1) **em sentido estrito**: pode ser justificado para o Estado proibir uma conduta por ser ela inerentemente imoral, mesmo que não cause nem dano nem ofensa a terceiros; a.2) **em sentido amplo**: pode ser justificado para o Estado proibir condutas que causem *mal* aos outros, sem que causem dano ou ofensa; b) o **princípio do benefício aos demais**: é justificado ao Estado proibir certas condutas quando a proibição for provavelmente necessária para a produção de algum benefício a terceiros; c) o **perfeccionismo**: é justificado ao Estado proibir condutas que são provavelmente necessárias para o aprimoramento do caráter dos indivíduos (para que eles se tornem moralmente mais elevados); d) o **moralismo jurídico paternalista**: o princípio refere-se à manutenção de um ambiente moral em uma sociedade política, ou seja, que uma sociedade, mesmo liberal, deve preservar a ideia de 'um mundo moralmente melhor'. V. FEINBERG, Joel. Legal paternalism. In: SARTORIUS, Rolf (ed.). *Paternalism*. Minnesota: Minnesota University, 1987, p.3-18. DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. Op. cit., p.19-35. DWORKIN, Gerald. *Paternalism: some second thoughts*. In: SARTORIUS, Rolf (ed.). *Paternalism*. Minnesota: Minnesota University, 1987, p.105-112. FEINBERG, Joel. *Harm to others - the moral limits of the criminal law (vol. I)*. Oxford: Oxford University, 1986. ALEMANY, Macário García. *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesis de Doctorado. Alicante: 2005, p.160-161. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=14591&ext=pdf&portal=0> Acesso em: set./2007. BROCK, Dan. *Paternalism and promoting the good*. In: SARTORIUS, Rolf (ed.). *Paternalism*. Minnesota: Minnesota University, 1987, p. 237-260. ATIENZA, Manuel. *Discutamos sobre paternalismo. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. nº5, 1988, p.203. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005 (especialmente os capítulos 5 e 6). VALDÉS, Ernesto Garzón. *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. nº5, 1988. DWORKIN, Gerald. *Moral Paternalism. Law and Philosophy* (2005) 24, p.305-319.

perfeccionistas; b) o enfraquecimento dos direitos fundamentais mediante o discurso da dignidade, especialmente em sociedades democrático-pluralistas; c) perda da força jurídico-política da locução 'dignidade humana'; d) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados por uma comunidade ou sociedade política.

Relatados os principais conteúdos da expressão dignidade humana, constata-se que as versões autônoma e heterônoma competem entre si, sem se excluírem. Cabe verificar, então, a aplicação de ambos os conceitos no contexto da morte com intervenção⁷⁰.

VII. AUTONOMIA VERSUS HETERONOMIA: QUAL DIGNIDADE?

A dignidade como autonomia traduz as demandas pela manutenção e ampliação da liberdade humana, desde que respeitados os direitos de terceiros e presentes as condições materiais e psicofísicas para o exercício da capacidade de autodeterminação. A dignidade como heteronomia tem o seu foco na proteção de determinados valores sociais e no próprio bem do indivíduo, aferido por critérios externos a ele. No primeiro caso, prevalecem o consentimento, as escolhas pessoais e o pluralismo. No segundo, o paternalismo e institutos afins, ao lado dos valores morais compartilhados pela sociedade. A liberdade e as escolhas individuais são limitadas mesmo quando não interfiram com direitos de terceiros⁷¹. Como se pode intuir singelamente, a dignidade como autonomia legitima diferentes modalidades de morte com intervenção, desde que o consentimento seja genuíno, informado e livre de privações materiais. Já a dignidade como heteronomia serve de fundamento à proibição da morte com intervenção⁷².

70. Não se explorou aqui a denominada "concepção dialógica da dignidade". De acordo com ela, o conteúdo da dignidade humana seria desenvolvido a partir do diálogo entre atores morais autônomos, mediante um *procedimento* que a proteja em diversos aspectos. Como em outros ambientes teóricos, é bem de ver que as situações ideais de diálogo e as exigências teóricas formuladas para o plano discursivo são de implementação muito difícil nas sociedades atuais. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity...*, Op. cit., p.45. A proposta dialógica é identificada pelos autores como uma forma de 'dignidade como heteronomia'. A 'concepção dialógica da dignidade' tem por base os escritos habermasianos: HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana - a caminho da eugenia liberal?* Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

71. McCRUDDEN, Christopher. *Human dignity and judicial interpretation...*, Op. Cit., *passim*. ULLRICH, Dierk. *Concurring visions: human dignity...* Op. Cit., p. 83. BEYLEVELD, Deryck. BROWNSWORD, Roger. *Human dignity...*, Op. cit., p. 20 e s.

72. É bem de ver que é na *cena atual* que a 'dignidade como heteronomia' apresenta-se como óbice à morte com intervenção, pois, em épocas pretéritas, ela foi empregada por alguns regimes, como o nazista, para definir, de modo externo ao sujeito e mesmo contra a sua vontade, as vidas indignas de serem vividas, trazendo à tona uma cultura de extermínio altamente discriminatória e cruel. Na época, tais assassinatos eram cognominados eutanásia, mas hoje eles seriam reputados genocídio

Trazendo o debate para o âmbito do sistema jurídico brasileiro, não parece possível adotar, de forma excludente, um ou outro viés da dignidade humana. Mas, tendo como ponto de partida a Constituição, afigura-se fora de dúvida o predomínio da ideia de dignidade como autonomia. Dentro de uma perspectiva histórica, a Carta de 1988 representou uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil⁷³. Daí a sua ênfase nas liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais. A dignidade como heteronomia obteve menos ênfase. Como visto, ela se move em torno de conceitos indeterminados como “moral pública” e “bons costumes”, por exemplo, que nem figuram no texto constitucional brasileiro⁷⁴. Outras locuções, como “interesse público” e “ordem pública” são mencionados no texto para hipóteses bem contadas e de aplicação específica, que não incluem – ao menos expressamente – a restrição a direitos fundamentais.

As diferenças em relação a textos constitucionais anteriores, portanto, demarcam a superação de modelos inspirados na imposição de uma moralidade social unitária, carente de dialética e de pluralismo. Na história nacional, esta sempre foi a porta de entrada para o paternalismo, o perfeccionismo moral e para a intolerância, combustíveis para o arbítrio e o autoritarismo. Com isso, não se quer sustentar, todavia, que a Constituição de 1988 sirva de fundamento e justificação para um individualismo exacerbado, para um primado caótico de vontades individuais, unidas apenas pela geografia. Há uma dimensão comunitarista no texto constitucional, que se manifesta em diferentes instâncias. Nela se destacam os compromissos com o bem de todos, a erradicação da

ou, em alguns casos, *misanásia*, a morte em tempo equívoco, fundada em discriminações, erros, preconceitos e falta de acesso à proteção e à promoção da saúde. Sobre o termo *misanásia*. NABARRO, Sonia Wendt. Morte: dilemas éticos do morrer. *Arquivos do Conselho Federal de Medicina do Paraná*. Curitiba: v.23, nº92. Out.Dez./2006, p.185-244.

73. BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

74. Na Constituição de 1967, as locuções ‘bons costumes’ e ‘ordem pública’ foram utilizadas uma vez para autorizar expressamente a restrição da liberdade de culto (art.150, §5º). Na Constituição de 1946, há dispositivo análogo ao mencionado, e, duas vezes, a ‘ordem pública’ é o autorizador expresso para restrição de direitos, a reunião pacífica e a permanência de estrangeiro no território nacional (art.141, §7º e § 11 respectivamente). A Constituição de 1937, por seu turno, foi mais pródiga na utilização dos termos ‘moral pública’, ‘moralidade pública’, ‘bons costumes’ e ‘ordem pública’, para autorizar a restrição expressa de direitos, como: a) liberdade de manifestação do pensamento (art.15, b); b) a liberdade de culto (art.122, 4º); c) o direito de manifestação dos parlamentares (art.43) e d) como justificadores da instituição, por lei, da censura prévia (art.15, a) e da condução dos rumos da educação (art.132). Do exposto, percebe-se que a Constituição de 1988 efetivamente consagrou o não uso de tais conceitos indeterminados (ou similares) para autorizar expressamente a restrição de Direitos Fundamentais.

pobreza e a solidariedade social. De parte isso, a Constituição reconhece a relevância de instituições que são expressões coletivas do eu, como a família, os partidos políticos e os sindicatos. A tudo isso se somam certos consensos substantivos, impeditivos de condutas que afetem a dignidade⁷⁵. Estes e outros elementos permitem identificar uma sociedade política ligada por valores sociais e morais comuns.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há inúmeros julgados que se referem à dignidade humana. Por vezes, o emprego da locução é puramente ornamental. Em muitos casos, ela não é o único ou o principal fundamento de decidir, sendo frequentemente associada a um direito fundamental específico, como reforço argumentativo. Sem embargo, é possível detectar uma predominância da ideia de dignidade como autonomia sobre a dignidade como heteronomia⁷⁶. A análise dos diferentes votos permite apontar certas formulações recorrentes, que figuram como “consensos sobrepostos”⁷⁷ na matéria, que podem ser assim sumariados: a) correlação da fórmula do ‘homem objeto’, ou da não instrumentalização dos seres humanos, à liberdade

75. A Constituição de 1988 possui diversos elementos substantivos dessa natureza, como a proibição dos trabalhos forçados, das penas cruéis, de morte (ressalva feita à guerra), perpétuas, da tortura e da imposição de tratamento desumano ou degradante, bem como a proibição da comercialização de órgãos e tecidos do corpo humano. Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. art. 5º, III; art.5º, XLVII.

76. Quanto à dignidade como autonomia, especialmente: (a) a discussão sobre a recepção de artigos da Lei de Imprensa na ordem constitucional pós-88. Nos votos, demarcado está o cunho pluralista e protetor das liberdades. A correlação direta com a dignidade está no voto do Min. Relator e, indiretamente, perpassa todo o *decisum*; (b) a discussão da constitucionalidade da proibição de progressão de regime nos crimes hediondos. É bem de ver, todavia, que há insinuação de um elemento da ‘dignidade como heteronomia’ em alguns votos desse acórdão, dado o modo de compreender a ressocialização dos condenados criminalmente. Porém, impõe a vertente autonomista, como atesta longo trecho da lavra do Min. Cezar Peluso sobre a assimetria entre o direito e a moralidade, o crime e o pecado. A laicidade e a pluralidade são consideradas limites ao *jus puniendi*, o que está de todo associado à ‘dignidade como autonomia’; (c) o elo entre dignidade e as condições mínimas de vida. Quanto à dignidade como heteronomia, o caso paradigmático é, sem dúvida, o chamado *caso Ellwanger*, acerca dos discursos do ódio. Entretanto, é bom trazer à tona que a CF/88 contém dispositivo específico sobre o crime de racismo (art. 5º, XLII). BRASIL. STF. ADPF nº130-7/DF - MC. Rel. Min. Carlos Britto. 07/11/2008. BRASIL. STF. HC nº82.959-7/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. 01/09/2006. BRASIL. STF. HC nº82.424/RS. Rel. Min. Moreira Alves. 19/03/2004.

77. *Consenso sobreposto* é uma expressão cunhada por John Rawls. Ao elaborar sua célebre *teoria da justiça*, tomou ele como pressuposto o fato do pluralismo, assumindo que é um traço permanente da cultura política de uma democracia a convivência de diversas crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais. Para que seja possível a construção de uma sociedade política, faz-se necessária a adesão razoável de todos a princípios básicos de justiça. A partir dessa adesão primeira, formam-se, mediante emprego do procedimento da razão pública, outros pontos de consenso político, justamente aqueles que podem ser razoavelmente aceitos por indivíduos ou grupos que não compartilham as mesmas crenças. Tais pontos são o chamado *consenso sobreposto*. RAWLS, John. *Justiça como eqüidade - uma reformulação*. Trad. Cláudia Berliner. Rev. Técnica Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes: 2003, p.44-53.

humana e às garantias constitucionais da liberdade⁷⁸; b) manutenção da integridade física e moral dos indivíduos⁷⁹; c) proibição da tortura, da imposição de tratamento desumano ou degradante e da crueldade⁸⁰.

É possível assentar, assim, que o conceito de dignidade como autonomia tem presença mais forte no texto constitucional, com alguma permeabilidade à dignidade como heteronomia. A prevalência dessa última, fora dos casos expressos ou inequívocos, envolverá especial ônus argumentativo. Na jurisprudência do STF, a despeito da adoção do critério da dignidade como

78. A fórmula do homem-objeto, oriunda do direito germânico, tem por base os trabalhos de Dürig, que, por sua vez, partiu de premissas kantianas. Como exemplo, vários julgados tornaram cediço que o indivíduo não pode, a pretexto de manutenção da ordem e da segurança públicas: (a) ter sua liberdade cerceada no curso do processo penal por tempo indeterminado ou maior do que os prazos permitidos, se não deu causa à mora processual, ou se, ressalvados outros fatos muito relevantes, exauriu-se a justificativa para mantê-lo preso; (b) ser conduzido ou mantido preso no curso do processo apenas em razão da gravidade ou da repercussão do crime, ainda que hediondo, tampouco por fundamentos decisórios genéricos; (c) ter o seu silêncio, na persecução penal, interpretado em seu desfavor; (d) não ser devidamente citado em processo penal. Na linha de casos, a motivação é a de que o indivíduo não pode ser mais uma engrenagem do processo penal, ou seja, não pode ser instrumentalizado para o efetivo funcionamento da máquina persecutória estatal, impondo-se sua dignidade a proteger as liberdades e as garantias constitucionais da liberdade. Ademais, por insistência do Min. Gilmar Mendes, a prisão instrumental à extradição está sendo revisitada, pois, como entende o Ministro, o extraditando torna-se um instrumento ante objetivos estatais. A ideia kantiana de *fim-em-si* foi utilizada em acórdão que discutiu a competência para o julgamento de crimes de redução de pessoas à condição análoga à de escravo. Pese embora ser o conteúdo da dignidade passível de leitura como 'heteronomia', pois a escravidão é considerada um mal em si, o seu conteúdo é fortemente relacionado à preservação da liberdade humana e de suas pré-condições. Cf. BRASIL. STF. HC nº92.604-5/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. HC nº88.548-9/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 26/09/2008. BRASIL. STF. HC nº91.657-1/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 28/03/2008. BRASIL. STF. HC nº91.414-4/BA. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. HC nº91.121-8/MS. Rel. Min. Gilmar Mendes. 28/03/2008. BRASIL. STF. HC nº91.524-8/BA. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. HC nº91.662/PR. Rel. Min. Celso de Melo. 04/04/2008. (neste acórdão, o ponto principal da motivação é o *due process of law*). BRASIL. STF. HC nº92.842/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes. 25/04/2008. BRASIL. STF. RE 398.041-6/PA. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 19/12/2008.

79. O *leading case* quanto à integridade física parece ser o que versou sobre a possibilidade de realização compulsória de exame de DNA para fins de comprovação de paternidade. Mesmo que deveras relevante o interesse do outro pôlo da relação processual, o STF considerou que a realização forçada de exames invade a privacidade, a intimidade e a integridade física individuais, protegidas pela dignidade. Mais recente foi a discussão sobre o uso de algemas, que culminou, inclusive, na edição da Súmula Vinculante nº11. O uso acrítico de algemas e a divulgação abusiva de imagens de indivíduos nessa condição foram considerados tratamentos humilhantes e desonrosos. BRASIL. STF. HC nº71.373-4/RS. 22/11/1996. BRASIL. STF. HC nº89.429-1/RO. 02/02/2007.

80. Importante referir os acórdãos e a Súmula sobre o uso de algemas, bem como a decisão acerca do crime de tortura perpetrado contra crianças e adolescentes. BRASIL. STF. HC nº70.389-5 /SP. 10/08/2001. Na doutrina estrangeira, é interessantíssima a produção de Waldron no tema: WALDRON, Jeremy. Inhuman and degrading treatment: a non-realist view. NYU Public Law Colloquium, April, 23 (second draft).

heteronomia em um ou outro caso, é possível identificar um razoável consenso em relação a certos conteúdos da dignidade como autonomia. Ele reside, justamente, na compreensão de ser a dignidade humana o escudo protetor da “inviolabilidade do indivíduo” – especialmente no que tange a diferentes formas de manifestação da liberdade –, assim como fundamento de proteção da sua integridade física e psíquica e do repúdio ao tratamento cruel, desumano ou degradante. Merece referência, nesse contexto, a longa linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre *dano moral*. Tal modalidade de dano, caracterizado por elementos como “dor, sofrimento e humilhação”, também avulta a dignidade humana⁸¹.

No plano infraconstitucional, especialmente no entrelaçamento da bioética com o Direito, a versão autonomista da dignidade prevalece nitidamente. O modelo adotado em diversas leis e regulações é centrado no consentimento do paciente, seus responsáveis, dos sujeitos de pesquisa ou outros envolvidos⁸². Até mesmo no campo da morte com intervenção encontram-se enunciados normativos fundados no consentimento para as hipóteses de ortotanásia, cuidado paliativo, internação domiciliar e escolha do local da morte⁸³. Em suma: à luz do sistema jurídico brasileiro, é possível afirmar uma certa predo-

81. É efetivamente longa essa linha de precedentes. Como ilustração, destacam-se: BRASIL. STJ. REsp.910.794/RJ. Rel. Min. Denise Arruda. 04/12/2008. BRASIL. STJ. 802.435/PE. Rel. Min. Luiz Fux. 30/10/2006. Do último, vale destacar trecho: “10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma ‘morte em vida’, que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana?”.

82. A confirmar a assertiva: a) a legislação vigente sobre transplantes de órgãos *inter vivos* e *post mortem*, fulcrada no consentimento. Tamanha é a relevância do consentimento que o sistema de doação presumida inicialmente instituído foi alvo de intensa polêmica, o que gerou alteração no texto legal. A nova forma, que deixa ao encargo do consentimento dos familiares, também causa dissenso, havendo sustentações bastante razoáveis no sentido de que a decisão do provável doador, se formulada, deveria prevalecer sobre a da família (Lei nº 9.434/1997, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.211/2001); b) a Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, cujo paradigma de proteção dos sujeitos de pesquisa está centrado no consentimento livre e esclarecido; c) a regulamentação das técnicas de reprodução assistida adota por princípio o consentimento informado de pacientes e doadores (CFM. Resolução nº 1.358/1992); d) a regulamentação da gestação por substituição (hipótese de reprodução assistida) determina que, uma vez seguidos certos padrões, há de prevalecer o consentimento da gestante por substituição e dos pais biológicos (CFM. Resolução nº 1.358/1992); d) a regulamentação da cirurgia de transgenitalização é orientada pela manifestação do desejo expresso (CFM. Resolução nº 1.652/2002); e) a necessidade de consentimento dos genitores para uso de células tronco embrionárias em pesquisa ou processo terapêutico, prevista pela Lei de Biossegurança e reafirmada pelo STF (Lei nº 11.105/2005).

83. São os seguintes documentos: a) a Carta de Direitos dos Usuários do Sistema de Saúde, aprovada pela Portaria nº 675/GM/2006 do Ministério da Saúde, b) Lei Covas (assim intitulada em razão do ex-Governador Mário Covas, que afirmou sancioná-la como Governador e como paciente), do Estado de São Paulo; c) a Lei nº 3.613/2001, do Estado do Rio de Janeiro; d) a Lei nº 12.770/2005, do Estado de Pernambuco, e) a Lei nº 2.804/2001, do Distrito Federal. f) a Lei nº 14.254/2003, do

minância da dignidade como autonomia, sem que se deslegitime o conceito de dignidade como heteronomia. O que significa dizer que, como regra geral, devem prevalecer as escolhas individuais. Mas não invariavelmente.

VIII. O DIREITO À MORTE DIGNA: EM BUSCA DE CONSENSOS MÍNIMOS

No ambiente da morte com intervenção, a ideia de dignidade como autonomia deve prevalecer, por diferentes razões. A primeira delas é de cunho normativo e foi explorada no tópico anterior: o sistema constitucional dá maior importância à liberdade individual do que às metas coletivas⁸⁴. Ademais, do ponto de vista filosófico, é melhor a fórmula que reconhece o indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e de assumir responsabilidades por elas. Note-se, a propósito, que ao se valorizar a autonomia, não se está definindo o resultado: o paciente - ou seu responsável, em certos casos - poderá optar entre várias possibilidades, que incluem o prolongamento máximo da vida, seu não-prolongamento artificial e, em situações-limite, sua abreviação. Também em relação aos profissionais de saúde, a dignidade como autonomia é o melhor critério: assegura-lhes o direito de não realizar procedimentos que não considerem adequados, permite que atendam à vontade do paciente de não lhe causar sofrimento inútil, sem excluir a possibilidade de objeção de consciência por parte do médico, caso não esteja de acordo com as escolhas manifestadas.

Registre-se que a adoção do critério da dignidade como heteronomia enfrentaria ainda uma particular dificuldade. É que, no seu interior, há duas proposições que competem entre si e, de certa forma, neutralizam-se. De um lado, a que valoriza a preservação da vida humana como um bem em si; de outro, a proibição de impor aos indivíduos tratamento desumano ou degradante. Jano, com suas duas faces. Reitere-se, uma vez mais, que o pressuposto fático da tese aqui desenvolvida inclui a impossibilidade de cura, melhora ou reversão do quadro clínico, importando o tratamento em extensão da agonia e do sofrimento, sem qualquer perspectiva para o paciente. Em outros cenári-

Estado do Paraná; e) Lei nº 16.279/2006, do Estado de Minas Gerais Cf. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Limitação de tratamento... Op. Cit. Merece relevo a Resolução nº 41/95 do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (Conanda), que estabelece os **Direitos das crianças e adolescentes hospitalizados**: “20. Direito a ter uma morte digna, junto a seus familiares, quando esgotados todos os recursos terapêuticos disponíveis”. BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Resolução nº 41 de Outubro de 1995** (DOU 17/19/95).

84. No fundo, as situações em que as imposições externas se dão em nome do direito de terceiros envolve a demarcação ou a ponderação entre autonomias. A questão, portanto, é de alteridade, da igual dignidade do outro, e não propriamente de heteronomia.

os, por certo, seria admissível a aplicação da dignidade como heteronomia⁸⁵. Outro pressuposto relevante consiste na certeza do diagnóstico, do prognóstico e das alternativas existentes. O consentimento, por sua vez, deve ser aferido por padrões seguros, para que se tenha certeza de que as decisões foram tomadas de modo livre, consciente e esclarecido⁸⁶. Relembre-se, por fim, que as condições para o exercício da liberdade são decisivas nesse contexto. Isso significa ausência de privações materiais, que abrange não apenas a preocupação de ser um peso para os entes queridos, como também o acesso a sistemas adequados de saúde.

Ao se concluir pela prevalência da ideia de dignidade como autonomia, na morte com intervenção, deve-se admitir, como escolhas possíveis por parte do paciente - ou seus familiares e responsáveis -, a ortotanásia, a eutanásia e o suicídio assistido. Contudo, em um ambiente jurídico e médico no qual a ortotanásia seja tratada de maneira adequada, as alternativas da eutanásia e do suicídio assistido serão excepcionais, raras mesmo. É bem de ver que o debate jurídico e moral sobre essas duas últimas categorias consumiria tempo e energia, sem garantia de sucesso a curto prazo. Em razão disso, no momento presente, torna-se mais importante a busca do consenso em torno da ortotanásia, que inclui a limitação consentida de tratamento, o cuidado paliativo e as intervenções de duplo efeito. A legitimação de um modelo intermediário se justifica, especialmente, pelo fato de que, no Brasil, não se tem feito qualquer diferenciação jurídica significativa entre a obstinação terapêutica, de um lado, e as condutas ativas e intencionais de abreviação da vida, de outro.

Pesquisas desenvolvidas em países que oficialmente implementaram fórmulas intermediárias permitiram constatar que o desejo de morrer mediante atos de eutanásia e de suicídio assistido foi substancialmente reduzido⁸⁷.

85. É o que ocorre, por exemplo, quando se trata de portadores de transtornos mentais ou de adictos que põem em risco as próprias vidas, muitas vezes com a autonomia já nebulosa. São submetidos a tratamentos e a situações que julgam humilhantes e degradantes, mas a justificação está na temporariedade, na possibilidade de reversão e de recuperação ou, ainda, na de uma subsistência sem padecimentos insuportáveis.

86. Quanto aos pacientes impossibilitados de manifestar sua vontade ou os civilmente incapazes, é tarefa planejar como será feito o processo de decisório. Para tanto, a referência seria a manifestação anterior de vontade, enquanto o indivíduo mantém a capacidade decisória, por meio de 'diretrizes antecipadas' e de 'testamentos de vida', que podem conter a indicação de um responsável por tomar decisões (decisão por substituição). Se ausentes os instrumentos, caberia recuperar o estilo de vida e os valores edificados pelo indivíduo no curso de sua existência e moldá-los lado a lado com os melhores interesses do enfermo. No ponto, v. por todos, BROCK, Dan W. Surrogate decision making for incompetent adults: na ethical framework. In: MAPPES, Thomas A. DeGRAZIA, David. *Biomedical Ethics*. Fifth Edition. New York: McGraw-Hill, 2000, p.350-355. Em junho de 2009, o parlamento alemão aprovou lei sobre diretrizes antecipadas e testamentos de vida, validando mais de 9 milhões de atos dessa natureza então existentes.

87. Cf. QUILL, Timothy E. et. al. The debate over physician-assisted suicide: empirical data and convergent views. *Annals of Internal Medicine*, Vol. 128, issue 7, april, 1998. Em entrevista concedida em 2007, Diego Gracia afirmou que "La eutanasia será una excepción cuando los cuidados paliativos sean los adecuados". Disponível em: <http://www.siis.net/documentos/hereroteca/703164.pdf> Acesso em: abr./2009.

Portanto, antes de trazer para o topo da agenda o tratamento dessas outras duas alternativas de morte com intervenção, deve-se investir energia em um consenso possível em relação à ortotanásia, que envolve escolhas morais menos drásticas⁸⁸. Enfatize-se bem: à luz das premissas filosóficas aqui assentadas em relação à dignidade da pessoa humana, a eutanásia e o suicídio assistido são possibilidades com elas compatíveis. Porém, em lugar de um debate público que produziria inevitavelmente vencedores e vencidos, optou-se por construir uma solução que possa ser aceita por todos. A seguir, breve detalhamento das proposições centrais em relação ao tema, que são aqui reputadas como plenamente compatíveis com a Constituição e a legislação em vigor, podendo ser desde já concretizadas. São elas: a) a limitação consentida de tratamento; b) o cuidado paliativo e o controle da dor; c) os Comitês Hospitalares de Bioética; e d) a educação dos profissionais e a informação do público.

A *limitação consentida de tratamento* (LCT) constitui uma das políticas públicas cruciais para a dignidade da pessoa humana no final da vida. Pacientes terminais, em estado vegetativo persistente ou portadores de doenças incuráveis, dolorosas e debilitantes, devem ter reconhecido o direito de decidir acerca da extensão e intensidade dos procedimentos que lhe serão aplicados. Têm direito de recusar a obstinação terapêutica. Nesse contexto, a omissão de atuação do profissional de saúde, em atendimento à vontade livre, esclarecida e razoável do paciente ou de seus responsáveis legais, não pode ser considerada crime. Não há, na hipótese, a intenção de provocar o evento morte, mas, sim, de impedir a agonia e o sofrimento inútil. A imposição de tratamento, contra a vontade do paciente e contra o que a equipe médica considera recomendável, viola a autonomia dos indivíduos e dos profissionais. O papel do Direito, nesse particular, deve ser o de disciplinar a genuinidade do consenti-

88. A própria Igreja Católica, em documento da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, intitulado *Declaração sobre a Eutanásia*, após reiterar sua condenação ao aborto, à eutanásia e ao suicídio assistido, admitiu expressamente a recusa de tratamento, nos seguintes termos: "É sempre lícito contentar-se com os meios normais que a medicina pode proporcionar. Não se pode, portanto, impor a ninguém a obrigação de recorrer a uma técnica que, embora já em uso, ainda não está isenta de perigos ou é demasiado onerosa. Recusá-la não equivale a um suicídio; significa, antes, aceitação da condição humana, preocupação de evitar pôr em ação um dispositivo médico desproporcionado com os resultados que se podem esperar, enfim, vontade de não impor obrigações demasiado pesadas à família ou à colectividade. Na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso, o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo". V. http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html. Acesso em: jun./2009.

mento e os cuidados a serem adotados⁸⁹. Não mais. A suspensão da Resolução CFM 1.805/2006, por decisão judicial, constitui um retrocesso na matéria e impede o exercício de uma autonomia individual protegida constitucionalmente.

Os sistemas de cuidados paliativos e de controle da dor lastreiam-se em uma filosofia de atenção e amparo quando o diagnóstico e o prognóstico indicam que os esforços de cura serão pouco frutíferos e que haverá sofrimento no processo de morte. A ideia central é aumentar e manter a qualidade de vida do enfermo, da sua família e de seu cuidador, direcionando atividades ao controle da dor, dos sintomas (respiratórios, digestivos, da fadiga, da anorexia e da caquexia, da depressão, do delírio, da angústia) e de outros problemas, sejam físicos, psicológicos, espirituais e até mesmo jurídicos⁹⁰. Na medicina contemporânea, os cuidados paliativos possuem *status* de científicidade paralelo ao da saúde curativa⁹¹. Não obstante, são intensos os obstáculos aos cuidados paliativos, dentre os quais: a) o desconhecimento; b) o apego à medicina curativa; c) os conflitos de interesses entre diferentes ramos profissionais em saúde; d) os conflitos de interesses econômicos, pelo não emprego de algumas tecnologias altamente avançadas e da não realização de alguns procedimentos cirúrgicos; e) dificuldade de acesso a substâncias restritas empregadas no

89. A doutrina identifica como imprescindíveis, além dos pressupostos civilistas já definidos para o consentimento, os seguintes passos: a) verificação da origem da decisão e da maturidade da manifestação de vontade por profissionais habilitados, após o adequado processo de informação; b) confirmação do diagnóstico e do prognóstico; c) verificação da inocorrência de depressão tratável; d) verificação da adequação dos paliativos e tratamentos para a dor oferecidos; e) verificação de eventuais conflitos de interesses entre a instituição hospitalar, a equipe de saúde e os interesses dos pacientes e de seus responsáveis; f) garantia de assistência plena, se desejada, e verificação da inexistência de conflitos econômicos; g) verificação da inexistência de eventuais conflitos de interesses entre o paciente e seus familiares ou responsáveis legais; h) debate dos casos e condutas por Comitês Hospitalares de Bioética, quando ainda não houver posicionamento em situações análogas; i) formulação de TCLE (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido) específico. Estes passos foram definidos a partir de estudos diversos, especialmente os de Timothy E. Quill.

90. Diz-se jurídicos porque há casos nos quais algumas angústias que acometem os enfermos podem ser relativas a questões testamentárias, partilhas, de regularização de uniões, de reconhecimento de paternidade, de ajuste de pensões e de benefícios (e.g., levantamento de FGTS), dentre outros. Cf. CARVALHO, Ricardo Tavares de. Legislação em cuidados paliativos. In: OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de (org.). *Cuidado Paliativo*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo: 2008, p.613-630.

91. A OMS assim define os cuidados paliativos: "Cuidado paliativo é uma abordagem que melhora a qualidade de vida de pacientes e de suas famílias que enfrentam problemas associados a uma doença que ameaça sua vida, através da prevenção e do alívio do sofrimento por meio de identificação precoce, avaliação impecável e tratamento da dor e de outros problemas físicos, psicossociais e espirituais" (tradução livre). WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Palliative Care Definition*. Disponível em: <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/> Acesso em: mar./2009.

controle da dor; f) insegurança dos profissionais da saúde, mormente médicos, quanto à aceitação legal de práticas de cuidados paliativos⁹².

Os Comitês Hospitalares de Bioética (ou Comitês de Bioética Clínica – CBs) são colegiados multidisciplinares instituídos com o objetivo de discutir dilemas e conflitos morais ocorridos na prática clínica. Os CBs buscam uma solução prudencial⁹³, debatendo de forma plural os pontos relevantes de um caso concreto, visando sempre respeitar a autonomia e os direitos fundamentais da equipe de saúde, dos enfermos e de seus familiares. Suas orientações não são compulsórias. Sua composição assegura a diversidade, admitindo membros das mais diversas áreas da saúde e também juristas, teólogos, representantes dos usuários dos sistemas de saúde e da comunidade, entre outros⁹⁴.

92. No Brasil, os profissionais envolvidos com cuidados paliativos demonstram temor quanto a possíveis sanções jurídicas, em razão da ausência de lei específica sobre o assunto e da confusão da atividade com o homicídio impróprio ou a omissão de socorro e, na seara civilista, com a negligência. V. CARVALHO, Ricardo Tavares de. Legislação em... Op. Cit. A situação conflitiva dos profissionais de cuidados paliativos no Brasil ficou bem expressa no Boletim Informativo da Academia Nacional de Cuidados Paliativos de 30/03/2009. Disponível em: <http://www.paliativo.org.br/Boletins.asp?BoletimAtivo=22> Acesso em: abr./2009. Há insegurança também sobre substâncias de duplo efeito para controle da dor, tanto no acesso aos fármacos, quanto no seu emprego, que pode ser indevidamente interpretado como eutanásia. Na matéria, há a Portaria 19/GM/MS, de 2002, que instituiu o Programa Nacional de Assistência à Dor e Cuidados Paliativos e constituiu um Grupo Técnico Assessor do Programa Nacional de Assistência à Dor e Cuidados Paliativos, além da Portaria 2.439/GM/MS de 2005, que reconheceu os cuidados paliativos como parte da Política Nacional de Atenção Oncológica.

93. GRACIA, Diego. Teoria e prática de los comités de ética. In: MARTINEZ, J.L. (ed.). *Comités de bioética*. Madrid: Comillas, 2033, p.194 e s.

94. A nomenclatura dos CBs pode variar. Fora do Brasil, usa-se 'Comitês de Bioética' tanto para designar os Comitês de Ética em Pesquisa (dedicados à bioética na pesquisa envolvendo seres humanos) e os Comitês Hospitalares. Neste ensaio, as atenções estão voltadas apenas para os Comitês de Bioética Clínica. Segundo a UNESCO, um Comitê de Bioética é "um comitê que lida sistemática e continuamente com as dimensões éticas: (a) das ciências da saúde, (b) das ciências da vida e (c) das políticas inovadoras na área da saúde. O termo 'comitês de bioética' simplesmente aponta que o grupo – um diretor [chairperson] e os membros – se reunirá para abordar questões que não são simplesmente factuais, mas são profundamente normativas. Isto é, eles não se reúnem apenas para determinar o que é ou não certo [what is or is not the case] em relação a certo domínio de interesse. A atuação do comitê vai além do nível factual dos dados empíricos. Ele é criado para responder não apenas a pergunta 'Como devo decidir e agir?', mas à questão mais ampla 'Como devemos decidir e agir?'. Isso nos levará da ética – um ramo tradicional da filosofia – para a política: 'Como um governo deve agir?'" (tradução livre). UNESCO. *Guia nº2 - Bioethics committees at work: procedures and policies*. Guide n.2. 2005. Disponível em: <http://portal.unesco.org/shs/ethics> Acesso em: abr./2009. UNESCO. *Guia nº2 - Educating bioethics committees*. Guide n.3. 2007. Disponível em: <http://portal.unesco.org/shs/ethics> Acesso em: abr./2009. UNESCO. *Guia nº1 - Establishing bioethics committees*. Guide n.1. Disponível em: <http://portal.unesco.org/shs/ethics> Acesso em: abr./2009. BORGES, Gustavo Silveira. *Os comitês de bioética e as vias de acesso à justiça criminal*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007, mimeo, p.50 e s.

94. A nomenclatura dos CBs pode variar. Fora do Brasil, usa-se 'Comitês de Bioética' tanto para designar os Comitês de Ética em Pesquisa (dedicados à bioética na pesquisa envolvendo seres humanos) e os Comitês Hospitalares. Neste ensaio, as atenções estão voltadas apenas para os

Os CBs costumam atuar mediante provocação, seja da equipe de saúde – especialmente em caso de dissenso entre seus membros –, seja dos pacientes e de seus familiares. Os pacientes terminais ou em estado vegetativo persistente constituem uma população especialmente vulnerável e de baixa visibilidade. Assim, os CBs podem funcionar como o fórum que traz à luz as demandas dessa parcela de indivíduos, desobstruindo déficits de representação em fóruns majoritários de tomada de decisão e de construção de políticas públicas. No Brasil, ainda existe muito desconhecimento acerca dos CBs⁹⁵.

Por fim, outra importante política refere-se à *educação dos profissionais da saúde e a informação do público em geral*. A bioética é um ramo do conhecimento recentemente sedimentado, surgido essencialmente da necessidade, cada vez mais presente, de os profissionais da saúde, pacientes, familiares e a comunidade em geral tomarem posição diante de dilemas e de conflitos morais ensejados pela evolução tecno-científica. Para enfrentá-los, impõe-se que sejam trabalhadas e aprimoradas – e também compreendidas – as habilidades de julgamento moral dos integrantes dos sistemas de saúde, dos seus usuários e do público. Consequentemente, a aproximação dos profissionais, desde seus cursos de graduação, dos marcos teóricos da bioética, da análise crítica dos casos, do humanismo e da empatia pelo *outro* precisa de estímulo. Além da abertura em ambiente acadêmico e profissional, deve-se valorizar a infor-

Comitês de Bioética Clínica. Segundo a UNESCO, um Comitê de Bioética é “um comitê que lida sistemática e continuamente com as dimensões éticas: (a) das ciências da saúde, (b) das ciências da vida e (c) das políticas inovadoras na área da saúde. O termo ‘comitês de bioética’ simplesmente aponta que o grupo – um diretor [*chairperson*] e os membros – se reunirá para abordar questões que não são simplesmente factuais, mas são profundamente normativas. Isto é, eles não se reúnem apenas para determinar o que é ou não certo [*what is or is not the case*] em relação a certo domínio de interesse. A atuação do comitê vai além do nível factual dos dados empíricos. Ele é criado para responder não apenas a pergunta ‘Como devo decidir e agir?’, mas à questão mais ampla ‘Como devemos decidir e agir?’. Isso nos levará da ética – um ramo tradicional da filosofia – para a política: ‘Como um governo deve agir?’” (tradução livre). UNESCO. **Guia nº2 – Bioethics committees at work: procedures and policies.** Guide n.2. 2005. Disponível em: <http://portal.unesco.org/shs/ethics> Acesso em: abr./2009. UNESCO. **Guia nº2 - Educating bioethics committees.** Guide n.3. 2007. Disponível em: <http://portal.unesco.org/shs/ethics> Acesso em: abr./2009. UNESCO. **Guia nº1 - Establishing bioethics committees.** Guide n.1. Disponível em: <http://portal.unesco.org/shs/ethics> Acesso em: abr./2009. BORGES, Gustavo Silveira. **Os comitês de bioética e as vias de acesso à justiça criminal.** Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007, mimeo, p.50 e s.

95. Cf.. CÓRREA, Ana Paula Reche. GARRAFA, Volnei. Conselho Nacional de Bioética – a iniciativa brasileira. **Revista Brasileira de Bioética.** v.1, nº4, 2005, p.401. *passim*. Além de serem relativamente novos – as primeiras iniciativas datam de pouco mais de dez anos – ainda é muito pequeno o número de CBs. Entretanto, há frentes pela implementação de um Conselho Nacional de Bioética e pela difusão de CBs em ambiente hospitalar.

mação ao público em geral, capaz de ensejar o debate e de promover o exercício de moralidade crítica nos pontos difíceis da bioética. O conhecimento adequado dos dados relevantes contribui para a redução do sensacionalismo e da passionalidade⁹⁶.

IX. CONCLUSÃO

O presente estudo procurou refletir sobre a morte com intervenção à luz da dignidade da pessoa humana. Sua hipótese de trabalho recaiu sobre pessoas que se encontram em estado terminal ou em estado vegetativo persistente. É possível enunciar algumas das principais ideias desenvolvidas nas proposições seguintes:

1. A morte é uma fatalidade, não uma escolha. Por essa razão, é difícil sustentar a existência de um direito de morrer. Contudo, a medicina e a tecnologia contemporâneas são capazes de transformar o processo de morrer em uma jornada mais longa e sofrida do que o necessário, em uma luta contra a natureza e o ciclo natural da vida. Nessa hora, o indivíduo deve poder exercer sua autonomia para que a morte chegue na hora certa, sem sofrimentos inúteis e degradantes. Toda pessoa tem direito a uma morte digna.

2. No contexto da morte com intervenção, alguns conceitos devem ser bem demarcados. *Eutanásia* consiste no comportamento ativo e intencional de abreviação da vida de um doente terminal, adotado pelo profissional de saúde, com finalidade benevolente. *Suicídio assistido* é a retirada da própria vida com auxílio de terceiro. *Distanásia* é o retardamento máximo da morte, inclusive com o emprego de meios extraordinários e desproporcionais. *Ortotanásia* identifica a morte no tempo certo, de acordo com as leis da natureza, sem o emprego de meios extraordinários ou desproporcionais de prolongamento da vida. Elementos essenciais associados à ortotanásia são a limitação consentida de tratamento e os cuidados paliativos.

3. A dignidade da pessoa humana, na sua expressão mais essencial, significa que todo indivíduo é um fim em si mesmo. Não deve, por essa razão, servir de instrumento à satisfação dos interesses de outros indivíduos ou à

96. Ver, a respeito: RITTMANN, F. C.; PIZZI, Jovino. A Bioética: um estranho conceito para a Comunicação Social. In: VII Congresso Brasileiro de Bioética - I Congresso Mundial Extraordinário da Sociedade Internacional de Bioética e I Congresso da Redbioética/Unesco, 2007, São Paulo/SP. RITTMANN, F. C.; PIZZI, Jovino. Bioética e os novos desafios de uma comunicação. In: VII Congresso Brasileiro de Bioética - I Congresso Mundial Extraordinário da Sociedade Internacional de Bioética e I Congresso da Redbioética/Unesco, 2007, São Paulo/SP. Como exemplo, podem ser citadas as imagens de Eluana, mundialmente transmitidas. Apesar de ela ter permanecido por 17 anos em estado vegetativo persistente, as fotos veiculadas foram as de uma moça saudável e ativa, de 21 anos, quando, na realidade, Eluana já estava com 38 anos, imobilizada e inconsciente desde os 21.

realização de metas coletivas. A dignidade é fundamento e justificação dos direitos fundamentais, que devem conviver entre si e harmonizar-se com valores compartilhados pela sociedade. Ela pode se apresentar como uma condição interna ao indivíduo - dignidade como autonomia - ou como produto de uma atuação externa a ele - dignidade como heteronomia.

4. A concepção da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo. No sistema constitucional brasileiro, embora haja lugar para expressões heterônomas da dignidade, ela se manifesta predominantemente sob a forma de autonomia individual.

5. No contexto da morte com intervenção, deve prevalecer a ideia de dignidade como autonomia. Além do fundamento constitucional, que dá mais valor à liberdade individual do que às metas coletivas, ela se apóia, também, em um fundamento filosófico mais elevado: o reconhecimento do indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e assumir responsabilidades por elas.

6. A prevalência da noção de dignidade como autonomia admite, como escolhas possíveis, em tese, por parte do paciente, a ortotanásia, a eutanásia e o suicídio assistido. Todavia, onde a ortotanásia é disciplinada adequadamente, do ponto de vista médico e jurídico, a eutanásia e o suicídio assistido perdem muito de sua expressão, ficando confinados a situações excepcionais e raras.

7. Admitida a ortotanásia como uma fórmula intermediária capaz de produzir consenso entre diferentes visões do tema da morte com intervenção, quatro ideias centrais devem ser trabalhadas pela comunidade médica, jurídica e pela sociedade: a) a limitação consentida de tratamento; b) o cuidado paliativo e o controle da dor; c) os Comitês Hospitalares de Bioética; e d) a educação dos profissionais e a informação do público.

PROBLEMAS RELATIVOS À INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

MARCELLUS POLASTRI LIMA *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Natureza da Interceptação telefônica. 3. Formas de captação eletrônica de prova. Encontro fortuito. 4. Utilização como prova emprestada. 5. Interceptação de dados de informática. 6. A duração da Interceptação. 7. Conclusão.

1. Introdução

Muito já se falou acerca da interceptação telefônica, mas ainda persiste alguma divergência sobre sua natureza e, ainda, alguns problemas correlatos que merecem indagação.

É o que pretende examinar este pequeno estudo, ou seja, identificar a natureza de tal medida e, ainda, se deter sobre três problemas: as formas de captação eletrônica de prova, o encontro fortuito de outro crime não objeto da interceptação, o uso da interceptação telefônica como prova emprestada, a questão da interceptação de dados de informática e, por fim, o problema de sua duração.

2. Natureza da interceptação telefônica

Não há dúvida de que a medida de interceptação telefônica se constitui valioso em instrumento de investigação e de obtenção de prova contra o chamado crime organizado e, dada sua utilização em grande escala, tal tem gera-

* Doutor e Mestre em Direito pela UFMG, com ênfase em Direito Processual Penal. Professor-Doutor (Adjunto) da UFES- Graduação e no Mestrado *stricto sensu*. Procurador de Justiça -RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal.

do grande discussão doutrinária e divergências jurisprudenciais sobre sua utilização.

Antes do advento da Constituição de 1988, tínhamos o Código Brasileiro de Telecomunicações, que, no artigo 56, § 2º, 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”.

Após a promulgação da Carta Constitucional, surgiu a indagação se o dispositivo do Código de Telecomunicações teria sido recebido pela Constituição, pois, neste caso, bastaria o juiz fazer a requisição na forma daquele diploma legal. Porém, acabou o Supremo Tribunal Federal, em apertada votação,¹ concluindo que não, pois seria necessário o advento de uma 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 nº 9.296, de 24/7/1996, 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.

O certo é que, em havendo interceptação telefônica sem o cumprimento destes requisitos legais, esta se constituirá em prova ilícita e não poderá ser utilizada no processo.²

Trata a interceptação telefônica de “coação processual in re”,³ sendo que a doutrina a considera meio ou forma de **apreensão imprópria**, no sentido de que através desta ser possível a apreensão dos elementos fonéticos que for-

1. *Habeas Corpus* no 69.912-0-RS.

2. Note-se que o STF tem mitigado a rigidez absoluta do dispositivo constitucional e da Lei no 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 no 78.098-DF, Rel. Min. Moreira Alves, *in Informativo STF, 134*).

3. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, de forma perspicaz, defende não ser possível a interceptação de conversa telefônica entre o acusado e seu advogado, *in verbis*: “A interceptação da comunicação telefônica entre o indiciado, ou acusado e seu defensor, relativamente aos fatos objetos de investigação criminal ou de instrução criminal, está, a nosso ver, vedada. E assim o afirmamos tendo em vista o

mam a conversa telefônica. O resultado da interceptação – que é uma operação técnica – seria, assim uma **fonte de prova**. Meio de prova seria o documento (a gravação e sua transcrição) a ser introduzido no processo.⁴

O procedimento, em regra, erigido por lei para se obter a interceptação (fonte de prova), sem dúvida é uma **medida cautelar referente à prova**, consoante se vê do ensinamento de ADA PELLEGRINI GRINOVER:

O provimento que autoriza a interceptação tem natureza **cautelar**, visando assegurar as provas pela fixação dos fatos, assim como se apresentam no momento da conversa. Por isso mesmo, a operação só pode ser autorizada quando presentes os requisitos que justificam as medidas cautelares (*fumus boni iuris e periculum in mora*), devendo, ainda, a ordem ser motivada.⁵ ⁶

Segundo TORQUATO AVÓLIO, a utilização da cautelar

enseja, pois, evitar que a situação existente ao tempo do crime venha a se modificar durante a tramitação do processo principal, e, nesse sentido, visando conservar, para fins exclusivamente processuais, o conteúdo de uma comunicação telefônica, pode ser agrupado entre as cautelas conservativas [...] exige-se, para tanto, os requisitos que justificam as medidas cautelares. Quanto ao *fumus boni iuris*, a questão é delicada, pois da mesma forma que ocorre a busca domiciliar, a autoridade concessora da medida deve dispor de elementos seguros da existência de um crime, de extrema gravidade, que ensejaria o sacrifício da *privacy*. No tocante ao *periculum in*

disposto nos arts. 50, inc, LXIII, e 133, da Constituição Federal; art. 80, inc, II, letra "d", da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e arts. 70, inc. II, e 34, inc. VII, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia). O dever de segredo entre advogado e cliente é inerente ao exercício do direito de defesa, garantido constitucionalmente, assim como o é a inviolabilidade do exercício da advocacia. Há, ainda, a acrescentar que se o advogado, na condição de "confidente necessário", está obrigado a guardar segredo profissional, tanto que a violação deste, sem justa causa, constitui crime (art. 154 do Código Penal), além de consubstanciar infração disciplinar, não pode e não deve o Estado intrometer-se na conversa, mormente em prejuízo do cliente. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Interceptação telefônica: breves reflexões. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, no 21, p. 411, 1998.

4. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 147.

5. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, obra citada, p. 147-148.

6. Conforme a autora, também é assim em outras legislações, como dos Estados Unidos da América, Alemanha, Itália, Suíça, Dinamarca, Canadá, Países Baixos, Suécia, Portugal, Uruguai, Japão, Israel e Grécia.

mora, deve ser considerado o risco ou prejuízo que da não realização da medida possa resultar para investigação ou instrução processual.⁷

Ratificando a natureza cautelar do procedimento que viabiliza a interceptação, assim se manifesta RACHEL MENDONÇA, citando, também, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CARNELUTTI:

a apreensão *in re* teria a característica de um provimento cautelar com o fim de assegurar, no processo, meio probatório tendente a permitir o real convencimento do órgão julgador e a efetiva prestação jurisdicional. Se as provas são os instrumentos através dos quais se confere ao jurisdicionado um provimento final, reflexo da verdade material alegada, estas seriam imprescindíveis para a finalidade do processo. Nesse sentido, a referida autora, cita, ainda, Corneluti, que esclarece que o juiz deve ver as coisas, assim como se apresentam no momento da infração penal, justificando para tanto a finalidade cautelar.⁸

Portanto, estando presente a exigência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, trata-se o provimento erigido em lei para obtenção do meio de prova, inequivocadamente, de medida cautelar.

Porém, tal afirmativa não pode de maneira alguma ser generalizada, pois de acordo com o Professor GERALDO PRADO:

É necessário fixar desde logo que a interceptação das comunicações telefônicas terá em regra natureza jurídica cautelar, voltada à aquisição e preservação de provas. Isso, porém, será a regra, como sublinhado, quando a interceptação for determinada no curso de uma investigação criminal. De outro modo, decretada no desenvolvimento do processo penal, a natureza jurídica da interceptação será de meio de prova, submetendo-se de imediato ao contraditório.⁹

Assim, deve ser diferenciado, se a decretação da interceptação se dá no curso da investigação ou da ação penal, mas, não havendo dúvida que, em se tratando de utilização para fins de investigação, sua natureza é cautelar, conforme acentua o próprio GERALDO PRADO:

[...] tomando como parâmetro a interceptação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal, preparatória, portanto, para o exercício

7. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 102.

8. MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 110.

9. PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 51-52.

da ação penal, o caráter provisório da providência caracteriza sua natureza cautelar. Diz-se que nesta hipótese a interceptação tem natureza cautelar, dirigida à apreensão e preservação de informações que serão úteis durante o processo principal (de conhecimento condenatório), porque durante período limitado a inviolabilidade das comunicações telefônicas de alguém estará afetada.¹⁰

O *fumus boni iuris* está presente no inciso I, do art. 2º da Lei, ao exigir os indícios razoáveis da autoria (ou de participação) em infração penal. Quanto ao *periculum in mora* se encontra na exigência do art. 4º da Lei 9.296/96, que exige que o pedido deve conter a demonstração de que sua realização é necessária à apuração da infração, e, ainda, no próprio inciso II, do art. 2º, que não admite a interceptação se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis.

Critica LENIO STRECK, a utilização do termo “necessidade” na lei, apesar da importância na fixação de tal requisito,

até porque a Lei trata da invasão na esfera dos direitos fundamentais, que melhor seria o Poder Legislativo-justamente para um melhor resguardo dos direitos fundamentais da intimidade e privacidade- tivesse usado a palavra *indispensável*, o que tornaria a dicção da lei mais condizente com o conhecido *periculum in mora*, de uso comum em nosso Direito.¹¹

Porém, pensamos que a palavra necessidade, *in casu*, foi utilizada com o sentido de **excepcionalidade** e mesmo **indispensabilidade**, elementos demonstradores do *periculum in mora*.

3. Formas de captação eletrônica de prova. Encontro fortuito

Autores sustentam que a lei em questão, ao se utilizar da expressão **interceptação de comunicações de qualquer natureza**, abrangeia as interceptações feitas por terceiro, com ou sem consentimento de um dos interlocutores.¹²

Assim não pensamos. Para nós, quando a lei se refere à **interceptação de comunicações de qualquer natureza**, quer-se referir que a forma de comunicação telefônica pode ser de mais de um tipo, ou seja, não só aquela via apre-

10. PRADO, Geraldo. obra citada, p. 32.

11. STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2001, p. 53.

12. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Idem*, p. 42, citando Antonio Scarance Fernandes.

lho telefônico usual, não dizendo respeito às diversas formas de se operar a interceptação.

É 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**, e que não é, *stricto sensu*, interceptação telefônica, na forma da lei. Portanto, a nosso ver, a Lei nº 9.296/96 disciplina somente a interceptação telefônica propriamente dita, ou seja, a realizada por terceiro sem o conhecimento ou consentimento de ambos os interlocutores, e não outras espécies de gravações ou captações de conversas telefônicas.

Duas questões merecem reflexão. A primeira diz respeito à seguinte 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 sequestro. 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 crimes¹³

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.¹⁴

Obviamente que, em um encontro fortuito de outra prova, simplesmente desconhecer a gravidade de, *v.g.*, crimes como de sequestro ou homicídio, que também atacam bens constitucionalmente protegidos, seria uma irracionalidade, sendo que a consideração da prova aqui também passa pela

13. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 94.

14. Cf. GOMES, Luis Flávio e outro. *Interceptação telefônica – Lei 9.296 de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 193-194.

necessária adoção de um princípio que desfaça a rigidez absoluta da vedação da prova ilícita, qual seja o princípio da proporcionalidade.

4. Utilização como prova emprestada

A segunda questão refere-se à utilização ou transposição da prova obtida mediante interceptação regular ou lícita, autorizada por juiz de determinado processo criminal, para outro processo (prova emprestada). Seria possível?

Nenhuma dificuldade haverá em se tratando 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 juiz, em sua livre apreciação, a dar o devido valor a este tipo de elemento probatório.

Quanto à utilização em processo cível, autores como VICENTE GRECO FILHO entendem não ser possível, por ser uma forma de, por via oblíqua, desobedecer à norma constitucional.¹⁵

Neste sentido, também, LENIO LUIS STRECK, ao comentar a Lei de Interceptação Telefônica, afirmando que “sendo a Lei dirigida especificamente ao processo penal, é evidente que não será possível o uso da prova colhida mediante interceptação em outro processo, é dizer, a dicção da Lei 9.296 não dá azo ao uso da assim denominada prova emprestada”.¹⁶

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 lícitamente.

Tratando-se a parte contra a qual for utilizada a prova no cível do mesmo réu do processo criminal, 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

15. GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica - considerações sobre a Lei nº 9.276*, de 24 de julho de 1996. Saraiva: São Paulo, 1996, p. 23-24.

16. STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2001, p. 41.

estabelece a possibilidade de se utilizar tal sentença condenatória no cível, para fins de ressarcimento de dano (art. 63 do Código de Processo Penal).¹⁷

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”.¹⁸

O STF, acolhendo esta posição, entendeu que é perfeitamente possível se utilizar de interceptação realizada em um processo criminal em outro processo, como “prova emprestada”, pelo menos no caso do mesmo imputado, pelo que se vê do informativo 512 *verbis*:

“Sigilo de comunicação telefônica. Interceptação licitamente autorizada. Transposição para processo disciplinar. “Prova emprestada”. Possibilidade. Inq. 2725-SP, rel. Min. Carlos Britto, julgado em 25.06.2008”.

Neste julgado, consoante informa RAFAEL BARRETO:

“...considerou-se não afrontar à Constituição Federal ou à lei o entendimento de que a prova decorrente de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, possa ser-lhe oposta, na esfera própria, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmo ato visto sob a qualificação jurídica administrativo ou disciplinar. Aduziu-se que outra interpretação do art. 5º, XII, da CF, e do art. 1º da Lei 9.296/96 equivaleria a impedir que o mesmo Estado, que já conhece o fato na sua expressão histórica correspondente à figura criminosa e, como tal, já licitamente apurado na esfera penal, invocasse sua prova oriunda da interceptação para, sob as garantias do devido processo legal, no procedimento próprio, aplicar ao agente a sanção cabível relativa à gravidade do ilícito administrativo, em tutela de relevante interesse público e restauração da integridade do ordenamento jurídico”.¹⁹

17. Defendem a possibilidade de utilização GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 194.

18. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro. nº 04, p. 112, jul.-dez. de 1996.

19. BARRETO, Retrospectiva de Informativos do STF -2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 17/20.

5. Interceptação de dados de informática

Questão tormentosa é de se saber se seria possível a interceptação de dados de informática, sendo que, parte da doutrina sustenta que o texto constitucional somente excepcionou a interceptação telefônica e não a de dados.

Ocorre que o artigo 1º da Lei nº 9.296/96 dispõe que **o disposto nesta lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.**

Consoante ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “[...] a Constituição, no art. 5º, 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 [...]”.²⁰

LENIO LUIZ STRECK, corretamente, a nosso ver, entende que não há inconstitucionalidade *in casu* e argumenta:

O parágrafo único, ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, apenas especificou que a lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade “comunicações telefônicas”. Ou seja, objetivou a Lei estender a aplicação das hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas a **qualquer espécie de comunicação**, ainda que realizada mediante sistemas de informática, existentes ou que venham a serem criados, desde que tal comunicação utilize a modalidade comunicações telefônicas. Isto porque o constituinte, ao utilizar a expressão **comunicações telefônicas**, deixou patente que abarcava a possibilidade de o Estado interceptar **informes em tráfego** [...] quisesse o constituinte limitar a interceptação simplesmente aos telefonemas entre pessoas, não teria usado **comunicações** lato sensu. Sabe-se que, com o avanço da informática, permite-se a prática de comunicações via computador, por exemplo a Internet, cujo veículo é o telefone.²¹

Portanto, 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 judicilmente, na forma da lei.

20. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 122.

21. STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2001, p. 47.

Também as comunicações via telemática (uso combinado de computador e meio de comunicação diverso), como o *faxmodem*, podem ser passíveis de interceptação autorizada judicialmente, já que “este é um dispositivo que permite a transmissão e a recepção de informações digitais de um computador para outro, através de linha telefônica”.²²

De outra parte, há de se distinguir entre sigilo de banco de dados e interceptação das comunicações de dados, pois, conforme bem esclarece TORQUATO AVOLIO, “enquanto estas são invioláveis, a teor do art. 5º, 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”.²³

Assim, pode ser autorizada judicialmente a violação do sigilo bancário, de contas telefônicas, com registros de ligações, podendo inclusive o legítimo detentor, inexistindo obrigação de sigilo, trazer tais dados ao processo.

No que se refere à correspondência eletrônica (*e-mail*), abstraindo-se o 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 se dar a apreensão e utilização como prova, pois tratam-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.²⁴

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 de que seria cabível a prévia autorização judicial, na forma da Lei no 9.296/96, e, desta forma interceptada, seria a prova lícita.

22. STRECK, Lenio Luiz.. ob. cit., p. 47.

23. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 227.

24. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Ob. cit., p. 230-231.

6. A duração da Interceptação

Vexata quaestio é a possibilidade da prorrogação contínua da interceptação telefônica, acentuando-se que o STJ, através de sua 5ª Turma (RO 13.274-RS), sendo Relator o E. Ministro Gilson Dipp, entendeu que “a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos”.

Ocorre que o art. 5º da Lei nº 9.296/96, dispõe que o prazo da interceptação não pode exceder a quinze dias, “renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

E aqui mais uma vez, de forma correta, argumenta GERALDO PRADO que:

A interceptação das comunicações telefônicas por tempo indeterminado, independentemente de ser prospectiva, tal seja orientada a descoberta de crimes que ainda serão praticados, ou de ter índole cautelar (apenas no discurso), voltada à aquisição de informações sobre delitos já realizados e investigados, resulta na quase irresistível sedução que os modernos mecanismos de captação da conversas telefônicas proporcionam. [...] Essa intimidade e, mais, a inviolabilidade das comunicações telefônicas são direitos fundamentais! A restrição do exercício desses direitos por óbvio está autorizada pela própria Constituição da República. A supressão temporária só o estará nas formas e casos definidos por essa mesma Constituição [...] A referida lei não pode e seus intérpretes não devem admitir compreensão ao sigilo das comunicações telefônicas em grau de restrição superior ao do estado de defesa (art. 136, § 1º, I, c e § 2º da Constituição da República) [...] Supor que o mais grave estado de instabilidade social deva ser tratado com medidas mais brandas que as dirigidas ao controle da criminalidade comum, ainda que envolvida em crimes violentos, praticados por organizações criminosas ou contra a ordem econômica não é razoável [...].²⁵

Com efeito, a interceptação contínua por tempo indeterminado desnatura a natureza cautelar do instituto, suprimindo o requisito da temporariedade, e traz um conflito com a restrição à comunicação telefônica em hipótese mais grave, ou seja, em caso de estado de sítio, previsto constitucionalmente, com prazo peremptório de 30 dias prorrogáveis por mais 30 dias.

Destarte, a prorrogação deve ser feita uma única vez por mais 15 dias, na forma da lei respectiva, mas entendemos que poderá ser admitido novo pe-

25. PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 37, 38 e 40.

dido de interceptação, quando serão aduzidos novos motivos ou demonstrando-se persistir os anteriores. O que se impede é que a mesma autorização seja por prazo indeterminado, mas novas decretações judiciais no mesmo feito, mesmo que de forma sucessiva, não resta impedido.

7. Conclusão

Como visto não é tão tranquila a identificação da natureza da medida de interceptação telefônica, sendo que tudo depende do momento de sua captação e utilização, sendo certo, ainda, que se admite a utilização dos dados obtidos em relação a crime diverso daquele objeto da interceptação, ao menos para fins de se instaurar investigação a respeito.

Outrossim, é perfeitamente possível a utilização da interceptação obtida em processo criminal em outro feito, mesmo que não seja criminal, conforme, inclusive vem reconhecendo a jurisprudência.

Apesar das divergências a respeito, é possível a interceptação de dados de informática, mormente quando sua comunicação se dá via telefone.

E, por fim, se bem que a interceptação telefônica não pode ser decretada por prazo indeterminado, é necessário salientar que o que não pode é termos uma interceptação por prazo indeterminado com relação a uma decretação judicial em razão de pedido original. Uma vez já prorrogada se extingue a interceptação. Porém, sendo necessária, ainda, a investigação, nada obsta seja feito e deferido judicialmente novo ou novos pedidos de interceptação.

A QUESTÃO DO ÓBICE JURISPRUDENCIAL À ADMISSIBILIDADE AO RESP. CRIM. - VALORAÇÃO JURÍDICA DA PROVA E SIMPLES REEXAME DA PROVA

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA *

A par dos chamados pressupostos constitucionais do Recurso Especial, é comum referir-se a determinados requisitos ou pressupostos jurisprudenciais de admissibilidade desse recurso.

Da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça e compreendida na respectiva “Súmula” (RISTJ, art. 122), extraem-se várias proposições que, praticamente, se elevam a pressupostos jurisprudenciais de admissibilidade do recurso especial.

Entre tais pressupostos, examinemos por ora aquele pertinente à vedação do **simples reexame de prova**, objeto das Súmulas 7 do STJ e 279 do STF.

Há que se diferenciar o mero reexame da prova e o que a doutrina chama de “disciplina legal da prova”, tema ligado ao que se denomina de “qualificação jurídica dos fatos assentados no julgamento de recursos ordinários”, pois por esse prisma é possível que o STJ venha a conhecer de RESP (s) na área penal, afastando a incidência da súmula impeditiva do recurso, como no caso concreto onde restou assentado “*o erro sobre critérios sobre a apreciação da prova ou errada aplicação de regras de experiência são matérias de direito e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial*” (STJ, RT 725/531).

É tema árido, pois sempre haverá pontos de tangência entre questão de prova e de direito. Todavia, certo é que as súmulas vedam o mero reexame da prova, e não a qualificação jurídica dos fatos assentados nos julgamentos dos tribunais inferiores. Ex: no caso de haver prova de tráfico, e o Tribunal *a quo* vier a desclassificar para o mero porte de droga para uso próprio. Aqui não se pretende mero reexame da prova, e sim valorar juridicamente essa prova. Há exame da qualificação jurídica feita pelo julgamento do Tribunal inferior, que em tese, violou a lei federal, ao negar vigência ao art. 33 da Lei Antidrogas (a título de exemplo), quando adota a tese de que a prova, por ser exclusivamente

* Procurador de Justiça. Assistente da Assessoria de Recursos Constitucionais.

te formada por testemunhos de policiais, não se presta à credibilidade, pois estaria a violentar o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, dentre outros princípios processuais, contrariando o disposto nos artigos 202 e 214 do Código de Processo Penal.

É que, sobretudo na área penal, muitas vezes questão de fato e de direito estão indissoluvelmente interligadas, tornando impossível o exame da *quaestio juris* sem uma avaliação da primeira.

Portanto, há que se perquirir no exame do verbete nº 7 da Súmula do STJ (do mesmo teor da Súmula nº 279 do Pretório Excelso) sobre o real alcance do óbice jurisprudencial, como verdadeiro pressuposto de admissibilidade do Recurso Especial (e do Extraordinário) no que se refere à questão ora em debate.

Nessa linha, fica evidente que a questão não é simples, como bem aborda do pelo Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹:

“Permitem, pois, o recurso extraordinário e o especial tão-somente a revisão in iuri, ou seja, a reapreciação de questões de direito enfrentadas pelo órgão a quo. A singeleza , vale ressalvar, não esgota as dimensões de um problema bem mais complexo do que à primeira vista se afigura : a própria distinção entre questões de fato e de direito nem sempre é muito fácil de traçar com nitidez. Impende registrar que em geral se considera de direito a questão relativa à qualificação jurídica dos fatos, de modo que o tribunal ad quem, embora não lhe seja lícito repelir como inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo juízo inferior, sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente de maneira diversa daquela por que o fizera o órgão a quo, em ordem a extrair deles consequências jurídicas também diferentes” (grifos nossos).

Ainda sobre o tema, ensina BARBOSA MOREIRA²:

*“É também *quaestio iuris* a que se suscite acerca da observância de regra de direito probatório – inserta na Constituição, se trata de recurso extraordinário; na legislação ordinária, se de especial. Por exemplo: a decisão impugnada reconheceu eficácia a certa prova, supostamente obtida por meio ilícito (e portanto com violação do art. 5º, nº LVI, da Carta da República); a questão é controlável, no aspecto jurídico por meio de recurso extraordinário”*

O tema foi igualmente abordado pelo magistério de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO³, com conclusão semelhante:

1. Moreira, José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, V. 5, 9ª ed., PP. 589-590.

2. Op. Cit..

3. Carneiro, Athos Gusmão, Recurso Especial – Agravos e Agravo Interno-, Forense, 2ª ed, p. 24.

"Cumpre anotar que não constitui reexame da prova, a ponto de não permitir o conhecimento do recurso especial, a mera aferição da ocorrência de um determinado fato incontroverso e necessário ao julgamento da demanda, e que seja constatado pelo simples cotejo entre documentos, como, v.g., a aferição da data em que ocorreu determinado evento (Boletim do STJ, nº 02/98, p. 47).

Nesse jaez, "a questão da valorização da prova, no entanto, surge como questão de direito, capaz de propiciar a admissão do apelo extremo".

A respeito do tema, vale recordar a lição do saudoso Min. Rodrigues Alckmin, em voto proferido no RE 84.699, consoante excerto ora se transcreve:

"O chamado erro de valoração ou valorização das provas, invocado para permitir o conhecimento do recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende ao direito federal. Se a lei federal exclui baste certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admite esse meio de prova excluído ofende a lei federal. Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do jus constitucionis".

Ainda nesse desiderato, decidiu o STJ, no Resp. 142.616, rel. Min. Barros Monteiro, "a chamada 'valoração da prova' a ensejar recurso especial, é aquela em que há errônea aplicação de um princípio legal ou negativa de vigência de norma pertinente ao direito probatório.... (4ª Turma, ac. De 13.02.2001, DJU de 09.04.2001, p. 365)

A orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, encontra-se pacificada sobre o tema examinado, conforme se vê dos arestos a seguir ementados:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO POR DESOBEDIÊNCIA A ORDEM JUDICIAL. ART. 1º, XIV, DO DECRETO-LEI 201/67. VALORAÇÃO JURÍDICA DO FATO. DESNECESSÁRIO O REEXAME DE PROVAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não encontra óbice no entendimento consolidado na Súmula 7/STJ o recurso que se limita à discussão acerca da qualificação jurídica de ato emanado do Judiciário como a ordem judicial a que se refere o art. 1º, XIV, do Decreto-Lei 201/67.

2. Configura ordem judicial a determinação de Juiz do Trabalho dirigida a prefeito para que procedesse, de imediato, ao bloqueio do saldo pecuniário devido a empresa reclamada nos autos de reclamação trabalhista, bem como à colocação do crédito à disposição daquela Justiça Especializada.

3. Tipicidade da conduta reconhecida.

4. Agravo regimental improvido. Processo AgRg no REsp 679499 / AM; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL; 2004/0102813-9. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA . 5^a Turma. J. 03/04/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 9/06/2008."

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQÜILA DA RES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A questão do momento consumativo do crime de roubo é por demais conhecida desta Corte Superior, não se tratando, nos autos, de reexame de provas, mas sim de valoração jurídica de situação fática incontroversa. O arresto impugnado assim ressaltou a perda da posse da res pela vítima e a cessação da violência: "Conforme pode ser percebido, o agente foi detido por policiais militares instantes após a ocorrência do fato, vez alertados por populares e pela própria vítima." Neste ponto, evidencia-se a desnecessidade de reexame de fatos e provas, mas apenas a revalorização de fatos descritos no acórdão a quo e, portanto, legitimados pelo contraditório.

2. Considerando que o art. 157 do CP traz como verbo-núcleo do tipo penal do delito de furto a ação de "subtrair", podemos concluir que o direito brasileiro adotou a teoria da apprehensio ou amotio, em que os delitos de roubo/furto se consumam quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente da res permanecer sob sua posse tranqüila. Dessa forma, a posse tranqüila é mero exaurimento do delito, não possuindo o condão de alterar a situação anterior. O entendimento que predomina no STJ é o de que não é exigível, para a consumação dos delitos de furto ou roubo, a posse tranqüila da res.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. Processo AgRg no REsp 859952 / RS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0122703-0. Relatora Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). 6^a Turma. J. 27/05/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 09/06/2008."

CONCLUSÃO

1- Em tema de recurso especial, a valoração jurídica da prova por si só não é entrave à admissibilidade do recurso, cabendo distinguir no caso concreto tal hipótese daquela que se restringe ao mero reexame do material probatório.

2 - Há que ser feita cuidadosa análise do caso concreto, diante do enfrentamento da questão da valoração jurídica da prova, em tema de recurso especial, a fim de afastar a incidência do óbice jurisprudencial derivado da aplicação dos verbetes de nºs 7 do STJ e 279 do STF.

3 - É matéria de direito, e portanto, aferível como objeto do recurso especial, ainda que na área penal, questões relativas à qualificação jurídica dos fatos, a fim de que o Tribunal Superior possa eventualmente dar-lhes nova roupagem jurídica, em ordem a extrair deles consequências jurídicas diversas.

4 - É lícito sustentar que o tema permite o exame como questão de direito, quando esta suscitar a observância de regra de direito probatório, como por exemplo quando a decisão impugnada reconhecer a eficácia ou não de determinada prova diante do ordenamento jurídico.

Rio de Janeiro, 03 de julho de 2009.

PATRICIA PIMENTEL DE OLIVEIRA CHAMBERS RAMOS *

1. Introdução

Embora a prática seja constante, sendo as infrações administrativas usualmente utilizadas no direito tributário, no direito administrativo, no direito de trânsito, no direito do consumidor, no direito ambiental, no direito da criança e do adolescente, a análise do instituto jurídico tem sido superficial, existindo pouca bibliografia sobre o assunto.

Neste singelo trabalho, fazemos uma breve tentativa de sistematização do tema, analisando o seu conceito e natureza jurídica, além de traçarmos alguns princípios.

2. Conceito e Natureza Jurídica das Infrações Administrativas

Definir infração administrativa não é tarefa simples, dada a complexidade do tema e a escassez de obras jurídicas sobre a matéria.

Preliminarmente, podemos afirmar que as infrações administrativas decorrem do poder de polícia do Poder Público.

Na definição clássica de HELY LOPES MEIRELLES, “*poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado*”¹.

A função administrativa de polícia é aquela através da qual o Estado aplica restrições e condicionamentos ao exercício das liberdades e direitos fundamentais, visando assegurar uma convivência social harmônica². A polícia administrativa pretende evitar a ocorrência de comportamentos nocivos

* Promotora de Justiça do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Civil pela UERJ.

1. Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 22^a ed, 1997, p. 115.

2. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 14^a ed. 2005, p. 395.

à coletividade num caráter eminentemente preventivo³, sendo a sanção administrativa o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado da infração administrativa.⁴ Não se pode negar que a infração administrativa, e a penalidade dela decorrente, configura uma interferência do Estado na órbita do interesse particular, restringindo direitos individuais.

DANIEL FERREIRA⁵, conceitua as infrações administrativas como o “comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a aplicação, no exercício da função administrativa, de uma direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo.”

O Estado-legislador pode optar em descrever determinadas condutas contrárias ao direito e a elas imputar uma consequência de natureza penal (geralmente uma pena restritiva da liberdade) e/ou uma consequência de natureza administrativa (geralmente a aplicação de uma multa). As esferas penal e administrativa são autônomas e independentes, assim como a esfera civil.

Em termos de escolhas legislativas, o que representa um mero ilícito administrativo hoje poderá vir a ser um ilícito penal amanhã e vice-versa. Há uma consideração valorativa feita pelo legislador quanto a certos bens jurídicos⁶, tendo como consequência a cominação de penas mais leves ou mais graves aos realizadores das condutas potencialmente ofensivas.

Conforme expõe ANDERSON FURLAN⁷ inexiste diferença estrutural entre a sanção penal e a sanção administrativa. Ambas são normas de conduta. Como

3. José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2^a ed.1999, p. 49.

4. PODER DE POLÍCIA - ABUSO DE DIREITO - SANÇÃO. Constatado o abuso de direito na liberdade de radiodifusão, configurando-se a infração prevista no art. 53, I do Código Brasileiro de Telecomunicações, é legítimo o uso do poder de polícia conferido à administração, para aplicar a penalidade cabível. Tal procedimento independe de procedimento penal (MS 113.903 - TFR - Rel. Min. Pedro Acioli - in RDA 169/113).

PODER DE POLÍCIA - FISCALIZAÇÃO - ABUSO DE PODER. Comete desvio e abuso do poder a autoridade que, à guisa de proteger o direito dos trabalhadores ao descanso semanal remunerado (Lei nº 605/49), ordena o fechamento de supermercado em funcionamento em dia de domingo, sob a alegação de que, por não comerciar somente gêneros alimentícios, faria concorrência desleal aos mercados; e, não atendida sua ordem, posta-se à entrada do estabelecimento a aplicar repetidamente a multa prevista na CLT”. (Ap. Civ. N° 64.038 - 1982 - 5^a Turma do TFR - Rel Min. Justino Ribeiro - in RDA 149/189).

5. FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63.

6. Os interesses tutelados pela sociedade são denominados “bens jurídicos”, e conforme a definição de Francisco de Assis Toledo, “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.” (TOLEDO, Francisco de Assis Toledo em Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 5^a ed., 1994, p.16.)

7. FURLAN, Anderson. Sanções Penais Tributárias IN “Sanções Penais Tributárias”, coordenador Hugo de Brito Machado, São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2005, p. 13.

regra geral, as normas jurídicas destinadas a disciplinar os comportamentos sociais, ou seja, as normas de conduta, são estruturadas em forma de imperativos hipotético-disjuntivos. Toda norma de conduta deve prever a hipótese, a conduta esperada, e a sanção pelo seu descumprimento. Logo, acontecendo determinado ato ou fato, deve ocorrer determinada consequência prevista, sob pena de sanção. Depreende-se ser a sanção nada mais que uma consequência destinada a um sujeito em função de uma atitude de descumprimento da conduta esperada perante o ordenamento jurídico.

O objetivo das sanções, tanto criminais como administrativas, é intimidar potenciais infratores (prevenção geral) e punir aquele que descumpriu o mandamento normativo, para que não reincida (prevenção especial).

Assim, o legislador, no limite das atribuições que lhe são conferidas, pressupondo que certas ocorrências causam maior repúdio à sociedade porque relacionadas com bens jurídicos carecedores de especial proteção, estabelece, de um modo geral, peculiares consequências jurídicas que ora tolhem o direito de liberdade (ir, vir e permanecer) dos cidadãos, ora ensejam a imposição de penas restritivas de direitos ou simplesmente penas administrativas, que, na sua maioria, são pecuniárias⁸ (multa), e decorrem do poder de polícia do Estado.

Entendemos que as infrações administrativas são preceitos legais que definem condutas contrárias a valores protegidos pelo ordenamento jurídico, estabelecendo uma ingerência do Estado na vida do particular, seja pessoa física ou jurídica, com vistas à proteção destes interesses tutelados pela sociedade, com sanções de cunho administrativo, ou seja, não restritivos da liberdade, geralmente importando num pagamento de uma multa pecuniária, suspensão do programa ou da atividade, fechamento de estabelecimento, apreensão do material inadequado ou simples advertência.

2. Princípios das Infrações Administrativas

Os princípios são normas jurídicas, com grau de abstração mais elevado do que as regras, e funcionam como um integrador do sistema jurídico.

Leiona RUY SAMUEL ESPÍNDOLA, que os princípios designam a "estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por um idéia-mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou subordinam"⁹

8. Carlos César Sousa Cintra e Ivson Coelho em Ponderações sobre as Sanções Penais Tributárias em Sanções Penais Tributárias, coordenador Hugo de Brito Machado, São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2005, p. 157/159.

9. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais, 2^a ed. , p. 52.

As infrações administrativas têm aspectos peculiares ao ramo do direito no qual estão inseridas (direito tributário, direito do consumidor, direito ambiental, direito da criança e do adolescente¹⁰), mas podemos traçar alguns princípios comuns, aplicáveis a qualquer uma delas, quais sejam:

2.1. Princípio da Legalidade

Significa que as infrações administrativas devem estar estabelecidas em lei. Tratando-se de restrição e condicionamento de liberdades e direitos individuais¹¹, inclusive com a aplicação de pena, a infração administrativa está sob o manto da reserva legal.

Dispõe o art. 5º, inciso II da CF que *"ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*. Por sua vez, o inciso XXXIX, do art. 5º da CF, determina: *"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"*. E o inciso XLVI do art. 5º da CF de 1988, estabelece que *"a lei regulará a individualização da pena"*.

A definição do fato como infração administrativa e a pena a ele cominada decorre somente de lei (Poder Legislativo), conforme se depreende do art. 5º, inciso II e inciso XXXIX. Corroborando a afirmativa acima, o inciso XLVI do art. 5º, ao estabelecer que cabe à *"lei"* regular a individualização da pena, trouxe em seu conteúdo a afirmativa de que as penas somente poderão ser estabelecidas e individualizadas por lei. Assim, se a Constituição não restringiu a regra às penas criminais, não é de boa técnica o intérprete restringir, de maneira que cabe à lei individualizar e estabelecer a pena, seja esta criminal ou administrativa.

Consoante previsão dos artigos 23, 24 e 30 da CF, tanto a União, o Estado, o Distrito Federal, e o Município podem legislar sobre direito administrativo, e, portanto, criar infrações administrativas, desde que através de regular processo legislativo no âmbito de cada uma das unidades federativas. Por outro lado, a punição criminal é da competência privativa da União (art. 22, I da CF).

Dessa forma, as infrações administrativas não podem ser criadas por decreto, regulamento ou portaria. Nem tão pouco pode ser utilizada a analogia ou costumes para atribuir a alguém uma infração administrativa.

10. Por exemplo, nas infrações administrativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, necessário interpretá-las de acordo com o princípio da proteção integral e o da prioridade absoluta dos interesses das crianças e adolescentes.

11. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 14ª ed. 2005, p. 396.

Situação diversa ocorre com as normas punitivas em branco, as quais BINDING¹² denominou “lei em branco” ao mencionar determinadas normas que contêm a sanção, mas precisam ser completadas por outras normas (leis, decretos, regulamentos, portarias, editais). Estas não fogem da regra referente à legalidade.

No campo do direito penal podem ser mencionados, como exemplos de lei penal em branco dados por ZAFFARONI e PIERANGELI¹³, os artigos 268 e 269 do Código Penal: “Infringir determinação do poder público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa” e “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”.

Existem, assim, infrações administrativas previstas por lei, que são complementadas por outros atos normativos.

É o que ocorre, por exemplo, com a regra prevista no art. 252 do Estatuto, que remete o intérprete ao “certificado de classificação”, documento elaborado, atualmente, pelo Ministério da Justiça, ou o art. 258 do Estatuto, que remete ao alvará ou portaria do Juizado da Infância, na forma do art. 149 do mesmo diploma legal.

Cumpre assinalar, por fim, que há diferença entre interpretação extensiva ou analógica e analogia. A interpretação extensiva ou analógica não fere o princípio da legalidade, pois é a própria lei que determina a extensão de seu conteúdo para casos análogos.

A diferença reside em que, na interpretação extensiva ou analógica, a própria lei pretende que a ausência de previsão legislativa seja suprida pela analogia. É o que ocorre, no Estatuto da Criança ou do Adolescente, com o art. 247, que menciona a expressão “por qualquer meio”, o art. 253 ao utilizar a expressão “ou quaisquer representações ou espetáculos”, artigos 250 e 255 com a expressão “ou congênere”.

Na analogia, porém, trata-se de aplicar o conteúdo de uma lei a casos não abrangidos por ela. A diferença, pois, entre interpretação analógica e analogia, reside na *voluntas legis*: na primeira, pretende a vontade da norma abranger os casos semelhantes aos por ela regulados; na segunda, ocorre o inverso: não é pretensão da lei aplicar o seu conceito aos casos análogos, tanto que silencia a respeito, mas o intérprete assim o faz, suprindo a lacuna¹⁴.

12. Apud Damásio E. de Jesus. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 16.

13. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli em *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 451

14. A respeito do tema, Damásio E. de Jesus em Direito Penal, Parte Geral. 1º Volume. São Paulo: Saraiva, 1992, fls. 34 e 35: “Diz-se extensiva a interpretação quando o caso requer seja ampliado o alcance das palavras da lei para que a letra corresponda à vontade do texto. Ocorre quando o texto legal não expressa a sua vontade em toda a extensão desejada. Diz menos do que pretendia dizer. (...) Ex. art. 130, que define o crime

2.2. Princípio da Presunção de Legitimidade dos Atos Administrativos

Este princípio decorre das regras gerais do direito administrativo, no qual há a presunção de legitimidade do ato administrativo, em favor da Administração Pública¹⁵. Presume-se legítimo o auto de infração lavrado por agente público no exercício de suas funções¹⁶.

Há uma prévia valoração em favor do Poder Público, do agente imbuído da função pública no exercício do poder de polícia, por estar obrigado por lei a agir dentro da legalidade¹⁷, num contexto de veracidade e ética, de que a

de exposição a contágio de doença venérea, incrimina não só a situação de perigo como também a situação de dano efetivo (não obstante o tipo falar em "expor alguém... a contágio de moléstia venérea", deve ser ampliado para abranger o próprio contágio, o que corresponde à vontade da norma). O art. 235 incrimina a bigamia, abrangendo a poligamia. O crime de rapto (art. 219) abrange não só o meio executivo (remoção) como também a retenção da vítima, não obstante o núcleo do tipo (raptar) significar arrebatar, roubar. Exemplos temos, ainda, no art. 169, parágrafo único, relativo à apropriação de tesouro, em que à palavra proprietário deve ser dado um sentido mais amplo, para abranger também o enfeiteuta, que, como aquele, tem, pelo art. 609 do CC, direito à metade do tesouro inventado"; Francisco de Assis Toledo em Princípios Básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1994, p.27.: "Na interpretação extensiva amplia-se o espectro de incidência da norma legal de modo a situar sob seu alcance fatos que, numa interpretação restritiva (procedimento oposto), ficariam fora desse alcance. Não se trata, aqui, de analogia, visto que a ampliação referida está contida in potentia nas palavras, mais ou menos abrangentes, da própria lei. O tema é controvertido, pois quase sempre, nesses casos, tropeça-se com a dúvida, hipótese em que o princípio in dubio pro reo afasta a possibilidade da extensão. Pensamos, contudo, que a melhor solução não está na exclusão dessa forma de interpretação, ou na sua substituição simplista pela restritiva ou pela puramente gramatical, mas sim na utilização adequada de todas as formas de interpretação. Haverá, pois, interpretação restritiva, quando o exigir a compatibilização do preceito com a sua finalidade ou com o todo do sistema. (...): quando o Código incrimina a bigamia (art. 125), está necessariamente implícito que abrange na incriminação a poligamia."

15. A professora Odete Medauar prefere a expressão "princípio da presunção de legalidade e veracidade" - em Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª ed. 2005, p.151.

16. "IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA POR INFRAÇÃO ÀS NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE - INTIMAÇÃO FEITA NO PRÓPRIO AUTO DE INFRAÇÃO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - MULTA DE 3 (TRÊS) SALÁRIOS MÍNIMOS - ARTS. 249 e 258 DO ECA - FIXAÇÃO NO LIMITE MÍNIMO LEGAL. O autuado terá prazo de 10 (dez) dias para apresentação de defesa, contado da data de intimação, que será feita pelo autuante, no próprio Auto de Infração, quando for lavrado ele na presença do requerido. O Auto de Infração goza de fé-pública, devendo se presumir que seu conteúdo relata a verdade dos fatos, a menos que haja prova segura e consistente em sentido contrário. ""A penalidade aplicada, qual seja, a multa fixada em 3 (três) salários mínimos, repousa nas normas dos arts. 249 e 258 do ECA, não havendo possibilidade de redução da referida pena, haja vista ter sido ela arbitrada em seu mínimo legal, a despeito de ser a autuada primária e não haver prova de prática reiterada de infrações"".

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Processo nº 1.0079.04.000277-0/001(1). Rel. Des. GOUVÉA RIOS. Publicado em 20/05/2005)

17. Já o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto prefere a expressão "presunção de validade", sob o argumento de que o Estado funda sua ação sobre pressupostos reais (realidade), em estrito cumprimento da lei (legalidade), voltado às suas legítimas finalidades (legitimidade) e subordinado à moral (licitude). Esse quádruplo pressuposto significa que os atos da Administração gozam de presunção de validade, até prova em contrário. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 14ª ed. 2005, p. 89.

situação narrada em um auto de infração corresponda à realidade verificada. Considerando, todavia, o princípio da presunção de inocência, a Administração Pública, sempre que possível, deverá trazer provas da infração cometida.

De qualquer forma, em função da superioridade do interesse público, mesmo sem provas, prevalecerá a presunção em favor da Administração. O ônus probatório recai sobre o autuado, que deverá produzir uma contraprova para demonstrar a ausência da infração administrativa.

Note-se que, segundo as regras de direito processual, no campo das provas, prevalece o princípio da livre apreciação das provas fundamentadas. O Julgador tem liberdade para apreciar as provas produzidas, valorando-as motivadamente. Deve, assim, sopesar as provas produzidas, considerando a credibilidade que se deve depositar no agente público, mas que pode ser infirmada por prova contrária.

2.3. Princípio da Objetividade

Não se exige, para a configuração da infração administrativa, a existência de dolo ou culpa do infrator, a não ser que o dispositivo legal assim o exija expressamente. Basta a conduta do agente fazendo existir no mundo dos fatos a situação prevista como reprovável e digna de sanção. É o comportamento da pessoa física ou jurídica causando a existência da situação prevista na lei como a hipótese, para que seja aplicável a sanção.

Ao contrário do que ocorre na área penal, na qual a existência do crime pressupõe a segura demonstração do dolo do agente, que se mostra como elemento do tipo penal, não se exige o elemento subjetivo para a configuração do tipo administrativo. Conforme disserta HELY LOPES MEIRELLES, “*a multa administrativa é de natureza objetiva e se torna devida independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator*”¹⁸. Neste sentido dispõe o Código Tributário Nacional no art. 136 (referindo-se às infrações administrativas tributárias)¹⁹. Menciona EDMUNDO OLIVEIRA que “diversamente da multa de direito penal, a multa em direito administrativo é objetiva, independe de dolo ou de culpa.”²⁰

18. Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 22^a ed., 1997, p. 179.

19. Dispõe o art. 136 do Código Tributário Nacional: “*Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.*”

20. Edmundo Oliveira. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Comentários Jurídicos e Sociais, 3^a edição, Coordenadores Munir Cury, Antonio Fernando do Amaral e Silva e Emílio Garcia Mendez, São Paulo: Malheiros, p. 735.

Contudo, alguns doutrinadores na área da infância e juventude, como WILSON DONIZETE LIBERATI²¹ e VALTER KENJI ISHIDA²², mencionam haver necessidade do elemento subjetivo. DANIEL FERREIRA, por sua vez, abordando o tema das sanções administrativas, afasta o dolo e a culpa mas menciona a *voluntariedade*²³.

Em que pese o entendimento destes renomados juristas e de outros no mesmo sentido, a investigação do elemento subjetivo, seja dolo, culpa ou voluntariedade, notadamente quando as infrações administrativas são praticadas por pessoas jurídicas, não parece razoável. Como poderemos analisar a consciência e a vontade de uma empresa de ônibus, de um hotel ou de uma emissora de televisão que descumpre as normas de proteção da infância? O que deve ser apurado é se houve ou não o comportamento desconforme com a norma legal.

Em razão do princípio da objetividade, as infrações administrativas não admitem tentativa. Não se perquire a respeito da intenção do agente em praticar a infração administrativa. Se iniciada a execução da infração, esta deixa de se consumar por motivos alheios à vontade do agente, não há infração, nem responsabilidade. Deve ser verificado se a situação de fato se subsume no tipo administrativo infracional. Não há que se questionar a intenção do agente, mas sim a sua conduta.

2.4. Princípio da Independência das Sanções Administrativas

As sanções administrativas são independentes entre si, como também são independentes das sanções penais e civis eventualmente existentes. Um mesmo fato pode representar um crime, uma infração administrativa e ainda gerar o dever de indenizar o dano cometido²⁴. Assim como um mesmo fato pode gerar uma sanção administrativa específica, como a aplicação de multa, pode

21. Wilson Donizeti Liberati. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2004, 8^a ed.. p. 267 a 279.

22. Valter Kenji Ishida. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2004, 5^a ed., p. 431 a 458.

23. Daniel Ferreira. *Sanções Administrativas*. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67.

24. "APELAÇÃO. Representação julgada procedente contra sociedade que se dispõe a atender menores portadores de deficiência mental e, por sua direção, comete irregularidades não só administrativas como atentatórias ao direito desses menores. Aplicabilidade de sanções apontadas no ECA (art. 193§4º), além de apuração de responsabilidade civil e criminal, ao Presidente da entidade. Apelo Provido." (TJRJ. Conselho da Magistratura. Processo nº 377/96. Apelante: Ministério Públíco. Apelado: Sociedade Pestalozzi do Brasil. Rel. Des. Maria Stella Rodrigues. Decisão em 16 de janeiro de 1997).

também ocasionar a apreensão do material inadequado, o fechamento do estabelecimento, a obrigação de pagar danos morais, e etc. Não há *bis in idem*.²⁵

2.5. Princípio da Publicidade

Está previsto no art. 5º, inciso XXXIII, XXXIV e art. 37 da Constituição Federal. Consiste no direito de ter conhecimento da existência de procedimento, processo, auto de infração, ou inquérito administrativo movido contra si próprio, bem como do teor da imputação, estando assegurado o direito de petição e a obtenção de certidões para defesa de direitos e esclarecimento das situações apresentadas. Note-se que somente foram ressalvadas, pelo dispositivo constitucional, as informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

2.6. Princípio do Devido Processo Legal

Decorre do disposto no art. 5º LIII e LIV da Constituição Federal. Somente a autoridade competente poderá punir o infrator, respeitado o devido processo legal.

Note-se que, de maneira geral, cabe à autoridade administrativa aplicar as sanções decorrentes de infrações administrativas. Assim ocorre com as infrações administrativas previstas no Código Tributário, no Código de Defesa do Consumidor, e em outras leis específicas. O Estatuto da Criança e do Adolescente, contudo, estabeleceu que a Justiça da Infância e da Juventude é competente para aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra normas de proteção a crianças ou adolescentes (art. 148, inciso VI do ECA). O procedimento de apuração de infração administrativa está disciplinado pelos artigos 194 a 197 do mesmo Estatuto, podendo ser iniciado por representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e a sanção, após contraditório e ampla defesa, é determinada pelo Juiz da Infância e Juventude.

25. "MANDADO DE SEGURANÇA. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. EXCEÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Sentença proferida em processo penal poderá servir de prova em processos administrativos apenas se a decisão concluir pela não-ocorrência material do fato ou pela negativa de autoria. Exceção ao princípio da independência e autonomia das instâncias administrativa e penal. 2. Decisão judicial em sede penal incapaz de gerar direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas. 3. Questões controvertidas a exigir dilação probatória não são suscetíveis de análise em mandado de segurança. Segurança denegada." (grifos nossos)

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 23625/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Rel. Maurício Corrêa. Julg. 08/11/01. Publ. DJ 27/06/03.)

2.7. Princípio da Ampla Defesa e Contraditório

Assegura-se, aos acusados em geral, por força do disposto no art. 5º LV da Constituição Federal, inclusive àqueles a quem se atribui a prática de infração administrativa, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, seja na esfera administrativa seja na esfera judicial. É necessário que o autuado seja cientificado do teor da imputação e tenha a oportunidade de se defender antes de ser prolatada a decisão, sendo-lhe permitido a produção das provas necessárias e pertinentes para sua defesa.

3. Conclusão

Em razão da garantia fundamental de liberdade e do princípio da legalidade, a todos é permitido fazer o que não seja proibido por lei. Esse é um requisito essencial de um Estado Democrático de Direito.

Todavia, há valores protegidos pelo ordenamento jurídico impondo determinado comportamento com vistas a resguardar o convívio em sociedade. As infrações administrativas são normais legais definindo sanções administrativas para condutas contrárias a bens jurídicos tutelados, que estabelecem uma ingerência do Estado na vida do particular, mas que não restringem a liberdade de ir e vir do cidadão.

Diversos ramos do direito utilizam as infrações administrativas como forma de controle social, existindo princípios comuns a todas elas.

A interpretação das infrações administrativas deve levar em conta os fins sociais a que a lei se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, o ramo do direito no qual estão inseridas, mas, especialmente, a unidade do sistema jurídico consagrada pela otimização dos princípios.

4. Bibliografia

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2^a ed.1999.

CINTRA, Carlos César Sousa e COELHO, Ivson. "Ponderações sobre as Sanções Penais Tributárias em Sanções Penais Tributárias". In MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Sanções Penais Tributárias*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2005.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. Belo Horizonte: DelRey, 2004.

FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63.

FURLAN, Anderson. "Sanções Penais Tributárias". In MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Sanções Penais Tributárias*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2005.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 5^a ed., 2004.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1992.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 8^a ed., 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9^a ed. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 22^a ed, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 14^a ed. 2005.

OLIVEIRA, Edmundo. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Comentários Jurídicos e Sociais*, 2^a edição, Coordenadores Munir Cury, Antonio Fernando do Amaral e Silva e Emílio Garcia Mendez, São Paulo: Malheiros, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 5^a ed., 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PARECERES E RAZÕES

ПАРЧЕРСТВО
С
РЫНКОМ

Mandado de Segurança. Motivo determinante de ato administrativo que torna possível a apreciação do mandamus sem a necessidade de dilação probatória. Ato de autoridade pública que tangencia a primeira parte do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal. Parecer no sentido da concessão da ordem.

DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mandado de Segurança nº 2008.004.00602

Impetrante: Romulo Azevedo da Silveira

Impetrados: Exmo. Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro e Outros

Relator: Desembargador Dr. Antonio Iloizio Barros

EMENTA: Mandado de Segurança impetrado contra ato administrativo exarado do Comando Geral da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro consistente na eliminação do Impetrante do concurso ao Curso de Formação de Soldados Classe 'C', por força de sua reprovação nos exames de Pesquisa Social e Documental. Desnecessidade de dilação probatória o que autoriza a impetração do *mandamus*. O fato de o Impetrante residir sob o mesmo teto de irmão condenado por tráfico de drogas não tem o condão de impedir o seu ingresso na Corporação mormente quando se tem em conta a classe social do investigado e certamente a própria impossibilidade de o mesmo residir noutro local. Motivo determinante de ato administrativo que tangencia a primeira parte do inciso XLV do artigo 5º da Carta Magna: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado..." Correta a liminar deferida pela douta relatoria no sentido do ingresso imediato do Impetrante no supracitado curso. Parecer no sentido da concessão da segurança.

P A R E C E R :

Eminente Desembargador Relator, Egrégia Câmara:

Cuidam os autos de **MANDADO DE SEGURANÇA** impetrado contra ato administrativo praticado pelo Comando Geral da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, consistente na eliminação do ora Impetrante do concurso ao Curso

de Formação de Soldados Classe 'C', tendo em vista a reprovação do mesmo nos exames de Pesquisa Social e Documental. A douta Relatoria, no *decisum* de fl. 39, deferiu a liminar pleiteada "para que o impetrante imediatamente ingresse no curso de formação de praças da Polícia Militar deste Estado e lhe sejam ministradas, caso o curso já esteja em andamento, aulas suplementares, até o julgamento deste mandado de segurança" (*verbis*). O Exmo. Secretário de Segurança Pública em exercício apresentou as informações que se acham às fls. 52/56. O ilustre Cel. Comandante Geral da Corporação, as informações de fls. 59/64. A ilustrada Procuradoria do Estado interpôs agravo contra a decisão liminar, consoante se lê de fls. 66/76.

Há um aspecto processual importante a ser levado em consideração, no caso em exame: a desnecessidade de dilação probatória para que se chegue a uma conclusão quanto aos motivos determinantes do ato administrativo impugnado. Por isso que o *writ* pode ser conhecido e apreciado, ao ver do Ministério Público.

O que se dessume das informações prestadas pelo Comandante Geral da PMERJ, às fls. 59/64 é que a reprovação do Impetrante não se deveu, apenas, ao fato de residir sob o mesmo teto de um irmão que fora condenado por tráfico de drogas. Mas, também, pelo fato de que, "Durante todo o processo de investigação o candidato prestou declarações falsas mentindo e omitindo informações, tentando induzir a Administração do Concurso a erro na conclusão de sua pesquisa social" (*verbis*, fl. 60).

E tal conclusão está alicerçada, nessas mesmas informações, consoante se lê de fl. 60, *verbis*:

"Foi verificado que no item II, letra 'g', do Inventário Pessoal, o candidato respondeu que reside sob o mesmo teto que seu irmão Alessandro de Azevedo, que esteve preso, por ter incorrido no art. 12 da Lei 6368 do Código Penal. E que não se lembrava da época que ocorreu o fato. Logo após na letra 'h' do mesmo item afirmou que o motivo da prisão foi por envolvimento por tóxico, há cerca de 09 (nove) anos. Na letra 'i' do mesmo item o candidato se contradiz informando que o tipo de substância foi cocaína e o fato ocorreu há cerca de 2 (dois) anos.

No item V, letra 'c', o candidato nega ter relacionamento de amizade com pessoas envolvidas em ilícito penal.

A entrevista foi realizada no dia 09/01/2008, e em virtude das discórdias entre escrito e o descrito o candidato foi orientado a aguardar o contato do Agente solicitando a sua presença.

No dia 11/01/2008, o Sr. Rômulo compareceu ao CRSP por conta própria, e aparentemente orientado, tentou mudar as informações que havia prestado no dia da entrevista pessoal, alegando que havia se enganado em suas declarações ao afirmar que seu irmão respondera a um processo judicial, sendo enquadrada a sua conduta no art. 12 da Lei 6.368/76. Na tentativa de retificar suas declarações o autor, ainda, afirmou que o crime cometido por seu irmão fora um furto de uma bicicleta, há cerca de 10 (dez) anos com a finalidade de convertê-la em tóxico, pois o mesmo é usuário de drogas".

Faz-se mister, entretanto, examinar o ato administrativo que embasou a reprovação do candidato no “exame social e documental”. Qual teria sido o principal motivo determinante para a não-aprovação do Impetrante? É o que se pode ler do documento de fls. 18/19, subscrito pela Ten. Cel. PM Chefe do CRSP Ana Claudia Siciliano Marinho Pires. In verbis:

“Face ao exposto, o candidato incidiu no item 4 – DOS REQUISITOS; subitem 4.9 – Não haver praticado atos qualificados em Leis ou Regulamentos como incompatíveis com a honorabilidade e o pundonor policial militar; item 13 – DO EXAME SOCIAL E DOCUMENTAL. Subitem 13.1.2.2. E, ainda no que concerne à ambiência social e doméstica, se o candidato possui as condições exigidas para seu ingresso, tais como:

- a) Ambiência social
- I) Não ter envolvimento com pessoas comprometidas com ilícitos;
- b) Ambiência doméstica
- II) Não residir sob o mesmo teto com pessoas envolvidas em ilícitos” (verbis).

Não há dúvida de que o Impetrante foi contraditório na resposta às indagações formuladas no exame social. Entretanto, ele não omitiu o fato de que seu irmão fora condenado e que habitava sob o mesmo teto que ele. Aliás, sobre esse último aspecto, relevante considerar a classe social à qual pertence o Impetrante, obrigando-o, certamente, por questões financeiras a viver num determinado local sob a dependência de parentes. E mesmo numa classe social alta, não é incomum que um rapaz seja obrigado a conviver com um irmão ou irmã que já respondeu ou está respondendo a processo por porte ou, mesmo por tráfico de drogas. Fico imaginando a dificuldade que o Impetrante teve, em termos de psiquismo, em revelar esse fato, atinente ao seu próprio irmão, a uma instituição policial. O seu emocional foi obviamente afetado e a “claudicância” nas respostas pode ser assim explicada. A nosso juízo, o motivo determinante para a eliminação do candidato foi justamente o fato de o mesmo residir sob o mesmo teto de pessoa que já fora condenada por ilícito penal grave, no caso, o seu próprio irmão. Aliás, a partir deste fato é que as contradições no tocante às respostas apresentadas começaram a surgir, dando ensejo a uma conduta insegura de enfrentamento da situação por parte do candidato. De qualquer forma, numa analogia um pouco exasperada, pomos em destaque a primeira parte do inciso XLV do artigo 5º da Carta Magna: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...” Concordo com o ilustre e culto Desembargador Relator quando afirma, no r. *decisum concessivo* da liminar que:

“A pretensão do impetrante tem ares de plausibilidade, pois ninguém pode ser penalizado por atos que foram praticados por terceiro, no caso, o seu irmão que é viciado em drogas.

Certo é que o edital vedava a residência com pessoas envolvidas em ilícitos, mas isso deve ser interpretado como a moradia voluntária e não aquela imposta pelos laços consangüíneos.

Além disso, o viciado em drogas necessita do apoio da família para se livrar do vício.

Embora louvando o cuidadoso trabalho da ilustre comissão do concurso, tenho que a exclusão do candidato não atende, nesta primeira análise, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade" (verbis, fl. 49).

Penso que a teoria dos motivos determinantes se encaixa na hipótese em exame, beneficiando o ora Impetrante. A propósito do tema, jurisprudências dos Colendos Superior Tribunal de Justiça e TJRJ:

Processo

RMS 13617 / MG

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2001/0101563-0

Relator(a)

Ministra LAURITA VAZ (1120)

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento

12/03/2002

Data da Publicação/Fonte

DJ 22.04.2002 p. 183

Ementa

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE DESPACHANTE. PENALIDADE. CASSAÇÃO DE SEU CREDENCIAMENTO JUNTO AO DETRAN. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO NULA DE PLENO DIREITO.

I - Os motivos que determinaram a vontade do agente público, consubstanciados nos fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato, eis que a ele se vinculam visceralmente. É o que reza a prestigiada teoria dos motivos determinantes.

II - A sanção, ainda que administrativa, não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato. A afronta ou a não-observância do princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo implica em desvio de finalidade

do agente público, tornando a sanção aplicada ilegal e sujeita a revisão do Poder Judiciário.

III - Decisão da Autoridade coatora que, pela ausência de fundamentação, afronta o disposto no art. 38, § 1.º, da Lei n.º 9.784/99, imbuindo-a, portanto, de vicissitudes que a invalidam. IV - Recurso conhecido e provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Franciulli Netto. (grifamos).

2008.009.00273 - DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURIS.

DES. MARIA AUGUSTA VAZ - Julgamento: 25/04/2008 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATACAO DE PROFESSOR ELIMINACAO FUNDAMENTACAO INSUFICIENTE REVOGACAO DO ATO ADMINISTRATIVO

DECISÃO MONOCRÁTICA. DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ELIMINAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO EM EXAME MÉDICO. O controle judicial da circunstância em questão não configura invasão indevida do mérito de ato administrativo, mas tão somente controle de sua legalidade, por meio da apuração do modo como foi executado, considerando os princípios legais de razoabilidade e devido processo legal. A presunção de legalidade e verossimilhança do ato administrativo comporta relativização por demonstração inequívoca em sentido contrário, fato gerador de direito líquido e certo, manifesto quanto a sua existência, delimitado quanto a sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. A Teoria dos Motivos Determinantes impõe que o administrador, ao fundamentar um ato administrativo, fique vinculado a essa fundamentação, para fins de controle de sua legalidade. A impetrante foi declarada inapta para o exercício da função, sem maiores detalhes, e demonstrou por dois exames médicos que se encontra apta para o exercício do magistério, bem como apresentou declarações que comprovam o exercício da mesma função na rede estadual e em dois estabelecimentos particulares. É de se constatar, assim, que o motivo do ato administrativo atacado contém vício de origem, pois se baseou em decisão não fundamentada e cuja conclusão foi afastada por prova que a sobrepuja,

apresentada segundo critérios fáticos e científicos plausíveis. Sentença que se confirma monocraticamente em duplo grau obrigatório, com base no artigo 557 do CPC e na súmula 53 do TIRI.

Do exposto, o parecer da Procuradoria de Justiça é no sentido concessão da segurança na esteira da doura liminar concedida.

Rio de Janeiro, 09 de setembro de 2008

Adolfo Borges Filho
Procurador de Justiça

Crime praticado no interior de embarcação – Atribuição do Ministério Público estadual

EMENTA : Crime de homicídio culposo ocorrido no interior de navio (embarcação de grande porte) atracado no Porto de Niterói-RJ. Vítima fatal, funcionária de sociedade prestadora de serviços de reparos navais, que fazia serviços de reparo sem obedecer as normas imprescindíveis de segurança. Atribuição do Ministério Público estadual, pois deve-se distinguir crime praticado a bordo de navio e no interior do navio. Artigo 109, inciso IX, da CR- interpretação restritiva. Vítima fatal não era passageira nem tripulante. Navio, no momento do crime negligente, estava sem motor, demonstrando que não intencionava deslocar-se para águas territoriais internacionais. Justa causa presente, denúncia oferecida pelo “Parquet” estadual e competência da Justiça estadual. Motivação constante na cota ministerial.

**Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal
comarca de niterói-rj**
(LIVRE DISTRIBUIÇÃO)

2^a Central de Inquéritos- Niterói

4^a Promotoria de Justiça de Investigação Penal

Inquérito Policial nº 369/2008- 76^a DP.

Objeto : crime de homicídio culposo ocorrido em embarcação de grande porte

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio da 4^a Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2^a Central de Inquéritos, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, no exercício de suas atribuições legais e constitucionais, vem oferecer

D E N Ú N C I A

em face de

1-BERNHARD MAX ERWIN DÖRING, natural da Alemanha divorciado, nascido em 02/03/1940, engenheiro e sócio-administrador da sociedade “OFFSHORE Reparos Navais Ltda”, portador do documento de identidade SE/DPMF/DPF nº NRE W327505-G, inscrito no CPF sob o nº 296.384887-00, residente à Rua Redentor, nº 48/101, Ipanema-RJ, conforme fl.44

2-BERNHARD FALKE CARNEIRO DÖRING, brasileiro, natural do RJ, filho de Bernhard Max Erwin Döring e de Ingrid Falke Carneiro Döring, engenheiro e sócio administrador da sociedade “OFFSHORE Reparos navais Ltda”, nascido em 15/10/1972, casado, portador do RG nº 09112662-6-IIFP, residente à Praça Athualpa, nº 104/302, Leblon-RJ, conforme fls.44 e 42;

3-ALTAIR DOS SANTOS MONTEIRO, brasileiro, gerente de produção da sociedade “OFFSHORE Reparos Navais Ltda”, portador do RG nº 045968070, inscrito no CPF sob o nº 491096857-15, residente à Rua capitão Costa, nº 46, Brasilândia, São Gonçalo-RJ, conforme fl.112

e

4-LEDIR DA SILVA BARROSO, brasileiro, natural do RJ, encarregado de caldearia da sociedade “OFFSHORE Reparos navais Ltda”, filho de Libio Gomes Barroso e Zenir da Silva Barroso, nascido em 303/08/1948, portador do RG nº 1241615-IIFP, residente à Rua Capivari, nº 66, Trindade, São Gonçalo, conforme fl.37

pelos fundamentos de fato e de direito, que a seguir expõe :

Da síntese dos fatos :

No dia 01 de julho de 2008, por volta das 10:45 horas, na Avenida Feliciano Sodré, s/n, no interior do Porto de Niterói, terminal 1, Comarca de Niterói-RJ, os denunciados, de forma **negligente, violando o dever objetivo de cuidado**, praticaram homicídio culposo, tendo como vítima **José Luis Pereira da Silva, em decorrência de inobservância de regra técnica de profissão**.

Segundo restou apurado, a vítima, José Luis Pereira da Silva, era funcionária da sociedade **“OFFSHORE Reparos Navais Ltda”** e, no dia dos fatos, juntamente com o 4º denunciado (Ledir) e mais três funcionários, estava fazendo reparos na **embarcação “Toisa Conqueror”**, que se encontrava atracada no **terminal 1 do Porto de Niterói**.

Consistia o serviço de reparo naval, na abertura de acesso para retirada do motor, o que vulgarmente é denominado no meio profissional específico de **“cesariana”**, em que a vítima estava **“esmerilhando”** a tampa do convés principal

da embarcação posicionada sobre o convés do ROV (cf. fl.49) para que posteriormente fosse recolocada no local, após ser retirado o bloco do motor da embarcação suso referida.

Em virtude da retirada do bloco do motor principal da embarcação, acabou sendo feito um buraco entre o convés e a praça de máquinas da embarcação de aproximadamente dez metros de altura, conforme descrito no laudo pericial de local de fl.79/83.

Na ocasião, a vítima, José Luis Pereira da Silva, estava trabalhando fazendo o reparo naval sentada num **pequeno banco de madeira**, sendo que, ao levantar para mudar de posição, acabou por se desequilibrar e, por estar trabalhando sem cinto de segurança, acabou caindo de uma altura de dez metros, vindo a falecer em virtude da ação contundente, sofrendo hemorragia interna e laceração hepática, conforme descrito no BAM de fl.23, certidão de óbito de fl.50 e no auto de exame cadavérico de fl.77.

Consistiu a negligência, no fato de a vítima ser funcionária da sociedade "OFFSHORE Reparos Navais Ltda", exercer uma profissão de risco, mas não lhe ter sido fornecido e exigida a utilização de cinto de segurança, pois se tivesse com tal equipamento de segurança certamente teria ficado pendurada, evitando-se a queda e seu falecimento, conforme esclarecido pelo 4º denunciado (Ledir), à fl.99.

Ademais, apurou-se que a referida sociedade "OFFSHORE Reparos Navais Ltda" tinha, na ocasião, apenas um único técnico de segurança, Iracema Macedo Leal, conforme esclarecido à fl.110, e que tinha dentre suas funções : *fazer palestras, orientar os funcionários coletivamente e individualmente, bem como fazer inspeção previa de segurança no local do reparo para, em seguida, se for o caso, autorizar o conserto pela equipe responsável*, conforme esclarecido e confessado às fl.98 e 99.

No entanto, no dia do homicídio, a referida técnica de segurança estava em gozo de férias, sendo que a sociedade "OFFSHORE Reparos Navais Ltda", por intermédio de seus sócios-administradores, ora 1º e 2º denunciados, não providenciou sua substituição, o que significou que **não houve atuação da técnica de segurança da sociedade empresária suso referida**, contribuindo com tal omissão de cautela para o evento delituoso.

DA CONCORRÊNCIA¹ DE CULPAS- atuação pormenorizada dos denunciados :

1. É cediço que no Direito Penal não há compensação de culpas, mas concorrência, significando que duas ou mais pessoas podem ter contribuindo, com sua conduta negligente, para a ocorrência do homicídio, sendo certo também que, em regra, não se admite responsabilização penal da pessoa jurídica no caso em tela, mas se pode responsabilizar os presentantes (segundo Ponte de Miranda), uma vez que adotamos no tocante à administração a Teoria do Órgão, em que a pessoa jurídica tem existência própria, mas atua por intermédio de seus órgãos sociais, no caso os dois primeiros denunciados são administradores da sociedade referida, sendo os responsáveis pela pessoa jurídica de fato e de direito, conforme contrato social de fls.44/46, podendo-se aplicar a idéia consubstanciada no artigo 179 da Lei nº 11.101/2005.

1º E 2º DENUNCIADOS:

No tocante aos dois primeiros denunciados (Bernhard Max e Bernhard Falke), respectivamente, pai e filho, ambos concorreram eficazmente para a ocorrência do homicídio culposo, pois atuaram de forma negligente.

Consistiu a negligência no fato de que, na condição de únicos sócios e administradores, presentantes da sociedade empresária "OFFSHORE Reparos Navais Ltda", conforme ato constitutivo de fls.44/46, tinham o dever de propiciar todas as condições de segurança favoráveis ao desempenho dos serviços prestados por parte dos seus funcionários, inclusive, a ora vítima, uma vez que se tratava de serviço de risco. No entanto, não forneceram e nem exigiram dos funcionários a utilização do necessário cinto de segurança, possibilitando que, com o desequilíbrio da vítima, esta viesse a sofrer uma queda de aproximadamente dez metros de altura, vindo a falecer.

Ademais, os dois primeiros denunciados, na qualidade de responsáveis de fato e de direito da referida sociedade empresária, tinham o dever de providenciar a substituição da única técnica de segurança Iracema Macedo Leal da referida sociedade empresária por outro técnico de segurança, haja vista que aquela se encontrava em gozo de férias, o que, negligentemente, não ocorreu, significando que não houve inspeção de segurança no local por parte da referida técnica de segurança da referida mencionada sociedade, conforme mencionado à fl.99, concorrendo para o evento delituoso.

Portanto, os dois primeiros denunciados, como responsáveis pela sociedade "OFFSHORE Reparos Navais Ltda", deixaram de fornecer e exigir a utilização do cinto de segurança, bem como deixaram de providenciar um técnico de segurança de sua sociedade empresária para inspecionar e autorizar o serviço arriscado.

3º DENUNCIADO:

Com relação ao 3º denunciado (Altair Ribeiro Monteiro), este na qualidade de gerente de produção da sociedade "OFFSHORE Reparos Navais Ltda", de forma negligente, violou o dever objetivo de cuidado, uma vez que, conforme afirmado à fl.99, tinha a função de gerenciar "todas as frentes de trabalho" e supervisionar o reparo que seria e estava sendo feito na referida embarcação, sendo que, no dia dos fatos, antes da ocorrência da queda da vítima e de seu falecimento previsível, esteve no local supervisionando a peça naval que seria reparada, sendo que não forneceu, nem exigiu a utilização do necessário cinto de segurança por parte da vítima, o que contribuiu para sua queda de aproximadamente dez metros de altura e consequente falecimento.

Este 3º denunciado, na qualidade de gerente de produção, também tinha a incumbência de *analisar a segurança para a realização do reparo*, conforme afirmado à fl.99, porém negligenciou, uma vez que permitiu a realização do serviço sem a utilização de cinto de segurança e sem a presença e inspeção do técnico de segurança da sociedade “OFFSHORE Reparos Navais Ltda”, apesar de ser o principal preposto².

4º DENUNCIADO:

Quanto ao 4º denunciado (Ladir da Silva Barroso), este, na qualidade de “encarregado de calderaria” da sociedade “OFFSHORE Reparos Navais Ltda”, tinha a função de supervisionar e acompanhar o trabalho dos caldeireiros, soldadores e encanadores, ou seja, de toda sua equipe que estava reparando a embarcação, sendo que, no caso, a vítima nestes autos, no dia dos fatos, fazia parte da equipe deste 4º denunciado, estando também sob sua coordenação.

Ademais, conforme confessado pelo ora denunciado, às fls.98 e 38, este é quem dava as ordens à equipe, inclusive à vítima, sendo que também estava dentre suas funções zelar pela segurança na prestação do serviço de reparos navais.

Desta forma, o ora 4º denunciado também violou o dever objetivo de cuidado, pois, de forma negligente, não forneceu, nem exigiu a utilização de cinto de segurança para fazer o referido reparo naval, muito menos exigiu a presença do técnico de segurança da sociedade “OFFSHORE Reparos Navais Ltda”, permitindo que a vítima e os demais integrantes da equipe de reparos prestassem o serviço de reparo naval, acabando por propiciar que a vítima viesse a cair de uma altura de aproximadamente dez metros de altura, vindo a falecer com a queda.

Registre-se que este 4º denunciado, perante a 4ª Promotoria de Investigação Penal, *acompanhado de advogado*, afirmou que se a vítima estivesse com cinto de segurança ficaria “(...) pendurada (...)”, mas “**que achou que o cinto de segurança não era necessário**”, demonstrando a previsibilidade do evento delituoso.

Procedendo desta forma, sendo objetiva e subjetivamente típica a conduta descrita, estão os denunciados incursos nas sanções penais do artigo 121, § 3º e 4º, do Código Penal.

Pelo exposto, após o juízo de deliberação, recebida a presente inicial, requer o Ministério Público seja proferido despacho liminar de conteúdo positivo, citando-se os denunciados, sob pena de revelia, para exercerem suas autodefesas, bem como para responderem aos demais termos do processo penal, cujo rito deverá

2. Cf. art. 1172 do Código Civil.

ser o comum sumário, a fim de que, após o devido processo legal formal e substancial, seja proferida decisão condenatória.

Para deporem sobre os fatos ora narrados, requer a notificação/requisição das seguintes pessoas :

1-Luiz Henrique Temperini- supervisor de segurança- fl.26;

2-Antonio Delaci da Costa- funcionário da sociedade OFFSHORE Reparos Navais Ltda- trabalhava com a vítima no dia dos fatos-fls.38,40, 49 e 111;

3-José Pereira Bastos- funcionário da sociedade OFFSHORE Reparos Navais Ltda- trabalhava com a vítima no dia dos fatos-fls.38 e 111;

4-Jorge Luis Correia- funcionário da sociedade OFFSHORE Reparos Navais Ltda- trabalhava com a vítima no dia dos fatos-fls.38 e 111;

5-Sheyla Lilian Pinho- mulher da vítima- esclareceu que a mesma não tinha problemas de saúde, nem usava medicação-fls71/72;

6-Fábio de Oliveira Martinez Alonso- perito -fl.79;

Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 24 de setembro de 2009

Cláudio Calo Sousa

Promotor de Justiça titular

Matrícula nº 1.803

Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito,

1-Segue denúncia em separado, em sete laudas impressas e rubricadas;

2- Protesta o “parquet” por eventual **aditamento objetivo e/ou subjetivo** à exordial acusatória, em se fazendo necessário, não se cogitando de arquivamento implícito ou tácito;

CRIME OCORRIDO NO INTERIOR DE EMBARCAÇÃO DE GRANDE PORTE- ATRIBUIÇÃO DO MP ESTADUAL

3-Registre-se que o crime de homicídio culposo, descrito na exordial acusatória, ocorreu no interior da embarcação “Toisa Conqueror”, que se encontrava atracada no terminal 1 do Porto de Niterói. No entanto, esta circunstância, por si só, não afasta a atribuição do Ministério Públíco estadual, nem a competência da Justiça estadual, não se desrespeitando os princípios federativo, do promotor natural e do juízo natural, pelos seguintes motivos, a saber :

A uma, porque tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias, ao interpretarem as regras constitucionais estampadas no artigo 109 da Constituição Republicana, o fazem de forma restritiva, muitas vezes afastando a competência da Justiça federal e entendendo ser da Justiça estadual a competência, não obstante a literalidade da norma.

A título de exemplo, pode-se citar o enunciado nº 38 da Súmula do STJ, que determina que todas as contravenções, ainda que afete interesse da União ou de suas entidades, será da competência da Justiça estadual.

O mesmo ocorre com o verbete nº 42 da Súmula do STJ, em que, *ainda que o crime seja praticado em detrimento de sociedade economia mista federal*, a competência é da Justiça estadual.

Também ocorre o mesmo no enunciado nº 62 da Súmula do STJ, quanto à falsificação anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social.

O mesmo também se pode dizer quanto aos crimes contra Organização do Trabalho, em que se entende que a competência é da Justiça federal quando tenha por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhos

considerados coletivamente, (Súmula 115 do TFR) não bastando a ocorrência, por si só, de crime contra a Organização do Trabalho, restrigindo-se o seu alcance para admitir a competência da Justiça federal quando houve lesão coletiva, geral.

Portanto, verifica-se que o artigo 109 da Constituição Republicana, que trata da competência da Justiça federal, em razão da pessoa ou da matéria, não pode ser interpretado de forma ampliativa, muito menos estrita, mas sim de forma restritiva, restringindo-se o alcance da norma.

A duas, porque o artigo 109, inciso IX, da Constituição Republicana, ao definir a competência da Justiça federal para processar os crimes cometidos a bordo de navio, deve ser interpretado de forma restritiva³, conforme salientado, uma vez que tal norma não tem caráter absoluto, pois é ressalvada pelo próprio inciso, como também pela jurisprudência e doutrina pátrias, tanto que o Egrégio Supremo Tribunal Federal só admite a incidência da referida norma constitucional quando se tratar de crime cometido a bordo de embarcação de grande porte, o que não consta na Constituição da República, demonstrando-se o caráter restritivo, pois a embarcação de pequeno porte não é abrangida pelo dispositivo constitucional, sendo a competência da Justiça estadual. Portanto, a interpretação que se faz não é literal;

A três, porque a norma prevista no artigo 109, inciso IX, da CRFB/88 tem por escopo abranger as hipóteses em que tripulantes e passageiros possam ser deslocados para águas territoriais internacionais, face ao potencial marítimo da embarcação, do contrário, afastada a competência da Justiça federal e a atribuição do "Parquet" federal.

Ora, no presente caso, o crime não teve como sujeito passivo qualquer tripulante ou passageiro, mas sim uma terceira pessoa, funcionária de uma sociedade prestadora de serviços de reparos navais, sendo que esta pessoa vitimada não intencionava deslocar-se para águas territoriais internacionais, apenas estava prestando serviços de reparos navais no interior de uma embarcação, o que não necessariamente deva ser interpretado como estando a bordo, embarcado.

Conforme já decidido pela Colenda 1ª Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no conflito de jurisdição nº 4.579, "ainda que se trate de crime cometido a bordo de navio, hipótese em que o delito é da competência da Justiça federal, a competência será da Justiça comum se já iniciada a instrução", evidenciando o caráter relativo da norma.

No caso, não se está justificando a atribuição do "Parquet" estadual e a consequente competência da Justiça estadual pelo fato de a embarcação estar atracada no Porto de Niterói, quando do evento criminoso, mas sim no fato de que o crime foi praticado no interior da embarcação, mas não necessariamente a bordo, pois sequer a embarcação estava com seu motor principal, uma vez que o

mesmo foi retirado para reparo e justamente a sua retirada é que ensejou a queda da vítima e o seu falecimento.

Ora, se a embarcação estava sem o motor principal, não tinha, quando dos fatos, condições de se deslocar para águas territoriais internacionais, sendo certo que o crime não vitimou tripulante ou passageiro, mas prestador de serviços que não estava embarcado.

Daí, presente o pressuposto de validade processual.

4- Outrossim, requer o Ministério Públco as seguintes providências :

4.1-Sejam certificados nos autos os antecedentes criminais dos denunciados nas Comarcas de Niterói, São Gonçalo e da Capital;

4.2-Seja determinada a expedição de ofício ao IIFP, requisitando-se as FAC's dos denunciados, atualizadas e esclarecidas, se necessário;

4.3-Seja determinada a expedição de ofício ao Departamento de Polícia Federal, requisitando a certidão nacional de antecedentes criminais dos denunciados (CNI), bem como a situação no País do primeiro denunciado, uma vez que o mesmo é natural da Alemanha;

4.4- Seja determinada a expedição de ofício ao r. Juízo da Vara de Execuções Penais, informando-o sobre o oferecimento da presente denúncia em face dos denunciados;

Pede Deferimento.

Niterói, 24 de setembro de 2009

Cláudio Calo Sousa

Promotor de Justiça titular

Inconstitucionalidade de juros e correção mais benéficos para a Fazenda Pública

Proc. Nº 2009.227.05023

Apelação Cível e Reexame Necessário

Apelante: Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDÊNCIA

Apelado: Paulo Sergio Martins da Cunha Brochado

Parecer do Ministério Público

Direito Social. Revisão de pensão. Segurado do RIOPREVIDÊNCIA falecido em 12.11.1992. Imposição de atualização de pensão como se vivo fosse o servidor. Direito de paridade garantido em nível constitucional. Aplicação do art. 40, §§ 2º, 3º, e 7º da Constituição da República. Não incidência apenas das gratificações "pro labore faciendo". Natureza remuneratória do RETAF. Nítido caráter de reajuste salarial. Concessão genérica aos funcionários em atividade da Secretaria de Fazenda. Pretensão de controle incidental de inconstitucionalidade. Tutela do princípio da isonomia e da efetividade imediata dos direitos e garantias Constitucionais (art.5º , § 1º da CR). Tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais , na proporção da sua desigualdade. Inconstitucionalidade da lei federal que estabelece distinção de juros mais benéficos à Fazenda Nacional em detrimento do segurado. Direito social de efetividade imediata que merece aplicação que não beneficie o Estado que não o reconheceu , negando sua efetividade. Contraste com a garantia fundamental e com a efetividade imediata do Direito social (art.6º da CR). Direitos e garantias fundamentais do art. 5º , inciso I e § 1º da Constituição da República. Necessidade de declaração incidental para aplicar a lei mais benéfica ao segurado , parte mais frágil em relação ao Estado, negando vigência ao preceito inconstitucional que contrasta com a Constituição da República.Reforma da sentença para fixação dos juros de 12% ao ano a partir da citação e correção monetária a partir do vencimento de cada parcela.

O apelante insurge-se contra a r. sentença (fls. 111/116) que deferiu o pedido de antecipação de tutela e resolveu o mérito do processo, julgando procedente em parte o pedido, para determinar a revisão da pensão a partir da propositura da ação a fim de que corresponda a 100% dos vencimentos do ex-segurado, conforme fls. 71, vencimento base, gratificação de produtividade paga aos ativos (RETAF) e adicional por tempo de serviço no percentual de 45%, bem como condenar ao pagamento das diferenças não atingidas pela prescrição quinquenal, acrescidas de correção monetária e juros legais de 6% ao ano, contados da citação.

A decisão impôs, à autarquia, o pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, de 5% sobre o valor da condenação, observando a limitação imposta pela Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Petição de Paulo Sérgio Martins da Cunha Brochado (fls. 119) pugnando pela expedição da carta de sentença.

O RIOPREVIDÊNCIA sustenta, em suas razões (fls. 121/127), que se trata de demanda revisional, na qual o apelado, na qualidade de filho do ex-segurado, pretende a revisão de sua pensão previdenciária na razão de 100% do que perceberia o servidor se vivo fosse, bem como o pagamento das diferenças pretéritas.

Ressalta a imprescindibilidade de concessão de efeito suspensivo, tendo em vista o risco de irreversibilidade da decisão que antecipou os efeitos da tutela, bem como a existência de prova inequívoca da verossimilhança do direito, uma vez que não há provas que o ex-servidor tenha atendido aos requisitos legais para o recebimento e incorporação da parcela denominada RETAF, como a sua percepção contínua por 12 (doze) meses consecutivos.

Destaca a necessidade de exclusão da parcela RETAF da composição do vencimento base, pois apenas as parcelas existentes, na ocasião do óbito, sobre as quais incidam os descontos previdenciários, devem ser consideradas quando da fixação da base de cálculo do pensionamento, tendo em vista o princípio da legalidade e o princípio do “tempus regit actum”.

Ofício do RIOPREVIDÊNCIA (fls. 129) informando que o apelado continua recebendo 100% da pensão na qualidade de filho inválido.

Decisão (fls. 136) recebendo o recurso no efeito devolutivo e deferindo a expedição de carta de sentença.

Não obstante devidamente intimado, o apelado não apresentou contra-razões, conforme certidão de fls. 140.

O Ministério Público em 1^a instância (fls. 142/143), através da Dra. Fernanda Campos de Oliveira, opina pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Vejamos a quem assiste razão.

Estabelece o art. 40, § 2º, § 3º, e § 7º da Constituição da República:

Art. 40 – Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 2º – Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º – Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

§ 7º – Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

I – ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II – ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente à este limite, caso em atividade na data do óbito.

Assim, assegurada em nível constitucional a paridade entre os servidores na ativa e os aposentados / pensionistas, sendo afastadas apenas as gratificações decorrentes de atividades “pro labore faciendo”.

Quanto à parcela remuneratória denominada de RETAF, instituída pela Lei nº 1.650/90, posteriormente a data de óbito do ex-segurado Paulo Alvarez Brochado, em 12 de novembro de 1992 (fls. 17), o seu caráter é nitidamente de reajuste salarial, ou seja, verdadeiro aumento de vencimentos, já que concedida de forma genérica aos funcionários em atividade da Secretaria de Fazenda, e que, portanto, em virtude de sua natureza remuneratória, deve ser estendida aos inativos e pensionistas.

Ademais, verifica-se que os vencimentos do ex-segurado (fls. 71), que servem de base de cálculo para a pensão, equivaleriam, em 1º de setembro de 2007, a R\$ 200 (duzentos reais), enquanto que o RETAF alcançaria o valor de R\$ 3.126,00 (três mil, cento e vinte e seis reais).

Desta forma, a supressão do referido benefício, "in casu", resultaria em valor inferior ao salário mínimo.

Corroborando esse entendimento, seguem julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Revisão de Benefício. IPERJ. Pensão por morte. Verbete sumular nº. 68 do TJRJ: "A fixação do benefício da pensão por morte será igual ao valor dos proventos do servidor em atividade na data do seu falecimento, conforme disposto na Emenda Constitucional nº. 20/98, que modificou a redação do art. 40, § 7º, Constituição da República, observado o disposto no § 3º". A parcela denominada "RETAF" possui natureza remuneratória e inclui-se, portanto, na base de cálculo da pensão das autoras, por caracterizar aumento de vencimentos concedidos de forma genérica a todos os servidores da carreira. Recurso ao qual se nega seguimento.

(TJRJ, 2008.001.55155 - Apelação - 1ª Ementa, Des. Mario Assis Gonçalves - Julgamento: 17/12/2008 - Terceira Câmara Cível).

Apelação cível. Revisão de benefício previdenciário. Gratificação RETAE. Inclusão na base de cálculo da pensão por morte. Natureza remuneratória. Aumento de vencimentos concedido de forma genérica a todos os servidores. Paridade entre os vencimentos dos servidores da ativa e os pensionistas. Inteligência das EC nº. 20/98, EC nº. 41/03. Jurisprudência do TJRJ. Manifestação do Órgão Especial do TJERJ sobre o tema. Manutenção da sentença, nos termos do art. 557 do CPC.

(TJRJ, 2008.009.01246 - Reexame Necessário - 1ª Ementa, Jds. Des. Lucia Helena Do Passo - Julgamento: 28/11/2008 - Primeira Câmara Cível)

Por outro lado, em reexame necessário, opina-se pelo esclarecimento da sentença no que tange a correção monetária, que por se tratar de mera atualização da moeda, deve incidir a partir do vencimento de cada parcela em atraso e não da citação.

Afirma-se isso por estarmos tratando de direito social de aplicabilidade imediata, onde a negativa do Estado ao direito assegurado na Constituição da República, não pode beneficiá-lo em detrimento do segurado.

Quanto aos juros de mora, deve ser aplicada a regra do art. 406 do Código Civil, face tratar-se de direito social de aplicabilidade imediata, diretamente relacionado aos princípios da República Federativa do Brasil.

Art. 406 - Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Esses, são fixados no percentual de 12% ao ano, nos termos do art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional.

Art. 161 – O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora , seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º - Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

Afirma-se isso, pela natureza do direito social, de aplicabilidade imediata e com relação direta com os objetivos da República Federativa do Brasil, posto que não é só pela inobservância do processo de elaboração das leis (inconstitucionalidade formal) ou pela invasão do espaço normativo determinado na Constituição da República (inconstitucionalidade material), que ocorre a inconstitucionalidade de uma lei.

Existem princípios estabelecidos na Lei Magna que têm de ser observados em todas as esferas do Estado Federal Brasileiro.

A Constituição da República, ao estabelecer esta forma de federalismo, distribuiu as funções Executiva, Legislativa e Judiciária, e com a CR/88 o Ministério Público, dentro de uma divisão de competências, onde a evolução centrífuga do nosso federalismo determinou o estabelecimento taxativo do que é função legislativa privativa da União (art. 22). Administrativa privativa (art. 21). Seus bens (art. 20), bem como as competências comuns para atos administrativos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23) e também a competência legislativa concorrente à União, Estados e Distrito federal (art. 24).

Determina, ainda, a competência própria do município (art. 30), baseada na autonomia em torno do seu peculiar interesse, trazida pela Constituição de 1946.

Há, ainda, os chamados princípios estabelecidos da Constituição, que impõem limitação à discricionariedade legislativa da União e dos demais entes federados.

Assim, uma lei federal ajustada à matéria de que trata, e ao processo de iniciativa e votação de sua elaboração, será inconstitucional se afrontar, como na hipótese, o princípio da isonomia e da efetividade imediata do direito social, expresso no art. 5º, inc. I, e § 1º da Constituição da República:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

§1º - As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Desta forma, toda lei ou ato normativo de qualquer das instâncias de autonomia político-administrativas federadas que afrontem estes princípios, como a lei federal que estabelece distinção entre os credores da Fazenda Nacional e a mesma quando devedora, estabelecendo tratamento desigual a pessoas em situação de desigualdade, e prejudicando a mais necessitada em benefício da mais solvente, e ainda, retardando sua efetividade em benefício próprio, e por conseguinte, negando a garantia fundamental da aplicabilidade imediata do direito.

Afirma-se isso, pois a lei federal estabelece juros de menos que 0,5% ao mês em favor da Fazenda Nacional, nos termos da lei nº 11.960 de 2009, em detrimento do direito social do segurado:

Art. 1º-F – Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Ora, a lei federal estabelece distinção em afronta ao princípio da isonomia ou da igualdade perante a lei, criando situação de vantagem ao Estado em detrimento do segurado, em evidente afronta ao princípio fundado na doutrina Tomista, de São Tomás de Aquino, que manda tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na proporção da sua desigualdade, conferindo odioso privilégio ao Estado em detrimento do direito do segurado à previdência.

Nega ainda, direito social de aplicabilidade imediata, contrastando com a garantia fundamental do § 1º do mesmo art. 5º da Constituição da República.

Afirma-se a isso, pelo fato de estarmos tratando da efetividade de Direito Social assegurado no art. 6º da Lei Fundamental e expressão de liberdade constitucional, a que a Constituição da República busca a efetividade imediata através, inclusive, do mandado de injunção, quando ausente norma regulamentadora que impeça seu exercício, (art. 5º, inc. LXXI), tendo o legislador constituinte, preocupado com a efetividade de tais direitos, importado do Direito Anglo Saxão o mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos “direitos e liberdades constitucionais”, que abrange os arts. 5º a 11 da Carta da República, o que evidentemente inclui o art. 6º.

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

A natureza pública do processo e sua finalidade como meio de alcançar a Justiça social, impõe ao Juiz o dever jurídico de praticar todos os atos na satisfação do Direito que expressa fundamento do Estado Democrático e reflete imposição à função jurisdicional, como expressão de manifestação de Poder Soberano do

Estado, para a realização de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme inscrito na lei maior como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art.3º ,inc.I , II , III e IV).

Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I-construir uma sociedade livre,justa e solidária;

II-garantir o desenvolvimento nacional;

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV-promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, os critérios de aplicação da lei utilizados em situações desta natureza, devem se fundar na eqüidade social, ou seja, razões morais, sociais, religiosas, éticas, econômicas, etc para alcançar a justiça social preconizada na Constituição, cabendo ao Poder Judiciário expressar esta preocupação com a efetividade do Direito e não aplicar regra inconstitucional, posto que beneficia o Estado inadimplente, em detrimento do segurado, contrastando com o princípio da isonomia e beneficiando o ente público que não segue os mandamentos constitucionais.

Por estas razões, espera o Ministério Público, através da sua Procuradoria de Justiça, de acordo com o art. 99 do RITJERJ a declaração incidenter tantum da inconstitucionalidade do referido preceito.

Por via de consequência, após o julgamento nos termos dos arts. 480 e segs do CPC , a substituição da sentença por acórdão que determine a revisão da pensão em 100% do valor que o ex-segurado perceberia se vivo fosse, incluído o RETAF, bem como o pagamento das verbas atrasadas, observada a prescrição quinquenal, com correção monetária, a partir do vencimento de cada parcela, e juros de mora, de 12% ao ano, a contar da citação.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 12 de novembro de 2009.

Luiz Fabião Guasque

Procurador de Justiça

Agravo de instrumento. Direito à educação e transporte gratuito. Previsão na Constituição Federal, na Constituição Estadual, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei Orgânica municipal do Rio de Janeiro. Inexistência de litispendência entre controle difuso e controle concentrado da constitucionalidade das leis.

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº 2006.710.003186-3

**Origem: Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital
AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVADO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E OUTROS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais, não se conformando com a decisão de fls. 2383, proferida pelo Dr. Sandro Pitthan Espíndola, Juiz em Exercício na Vara da Infância, Juventude e Idoso da Capital, nos autos do processo acima mencionado, com fulcro no disposto no artigo 198, da Lei 8069/90 e nos artigos 522 e seguintes do Código de Processo Civil, vem interpor

AGRAVO DE INSTRUMENTO

**com pedido liminar para efeito suspensivo e antecipação de tutela,
na forma do art. 527, III do CPC**

pelas razões que acompanham a presente;

Ressalta-se que a decisão atacada, proferida em 1^a Instância, é suscetível de causar LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, na forma mencionada no art. 522 do Código de Processo Civil, razão pela qual jamais poderia ficar retido nos autos, conforme será demonstrado a seguir.

Requer o Agravante, pelas razões em anexo, seja o presente recurso recebido no **efeito suspensivo** e deferida a tutela antecipada solicitada nos autos principais e reproduzida neste Agravo, a teor dos artigos 527, inciso III e 558 do Código de Processo Civil, dando-se, ao final, provimento ao mesmo para reformar a

decisão atacada e, conseqüentemente, DEFERIR A TUTELA ANTECIPADA pleiteada em 1^a instância, garantindo-se o direito ao transporte e educação de milhares de estudantes da rede pública da Comarca do Rio de Janeiro.

Instruem este Agravo de Instrumento:

- a-) cópia da decisão agravada (doc.1);
- b-) cópia da certidão da respectiva intimação do Ministério Público (doc.2);
- c-) cópia das procurações outorgadas aos advogados, ressaltando que o Município está sendo defendido pela Procuradoria do Município (doc. 3);
- d-) principais peças da ação principal.

Rio de Janeiro, 6 de fevereiro de 2007.

Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos

Promotora de Justiça

Mat. 1941

Ana Paula Corrêa Esteves

Promotora de Justiça

Mat. 3241

INTIMAMENTE DE OVARIA

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RAZÕES DO AGRAVANTE

Agravante: Ministério Pùblico do Estado do Rio de Janeiro

Agravado: Município do Rio de Janeiro e outros

Colenda Câmara

Douto Procurador de Justiça

I - DA NECESSIDADE DO RECEBIMENTO DO PRESENTE AGRAVO NA FORMA DE INSTRUMENTO

Primeiramente, deve-se ressaltar o cabimento do presente agravo de instrumento, em razão das recentes alterações dos artigos 522, 523 e 527 do CPC.

Com o advento da Lei 11.187, de 19.10.05, em vigor desde janeiro de 2006, o artigo 522 do CPC passou a estabelecer que o agravo será sempre retido, admitindo-se a utilização do instrumento quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação., que é a hipótese dos autos.

A decisão que se pretende atacar, de fls. 2383, suspendeu o andamento de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Pùblico na qual se pretende garantir o transporte coletivo gratuito aos estudantes da rede pública, na forma prevista no art. 401 da Lei Orgânica Municipal, regulamentando o art. 208, inciso VII da Constituição Federal, art. 54, inciso VII da Estatuto da Criança e Adolescente, e art. 305 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

O Ministério Pùblico do Estado do Rio de Janeiro age na qualidade de representante da sociedade, e, nesta ação, na defesa do universo de crianças e adolescentes estudantes da rede pública. Nota-se, sem qualquer dúvida, o grande prejuízo causado a este universo de estudantes a decisão que suspendeu o processo judicial no qual se pleiteia seja garantido o transporte coletivo gratuito previsto na Lei Orgânica Municipal.

Verifica-se que a previsão de instrumento para o agravo se enquadra na hipótese dos autos, visto que versam sobre garantias constitucionais e legais ao transporte gratuito para o exercício do direito à educação, tão importante, sobretudo, numa cidade tão violenta como o Rio de Janeiro, para garantir que milhares de jovens estejam dentro da escola, formando o seu conhecimento para serem cidadãos de bem.

Ressalte-se que, quando o direito ao transporte e à educação se relaciona à criança e ao adolescente, além da já "fundamentabilidade" que lhe é inerente,

tal direito passa a ser objeto da absoluta prioridade conferida ao menor, na forma do que dispõe o artigo 227 da Carta Magna.

Por tais razões e considerando, sobretudo, o reinício do ano letivo, é imprescindível seja garantido o transporte público e gratuito dos estudantes da rede pública, deve o presente agravio ser processado sob a forma de instrumento, de vez que a sua retenção traria lesão grave e de difícil reparação aos estudantes que se pretende proteger, bem como à efetividade da própria prestação jurisdicional.

Além de ser garantida a via do agravio por instrumento, é absolutamente imprescindível que se empreste a este recurso efeito suspensivo.

II - DO EFEITO SUSPENSIVO e NECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PRETENDIDA

O efeito suspensivo ora solicitado ao agravio de instrumento é medida de extrema cautela e evitará que diversas crianças e adolescentes fiquem sem freqüentar aulas em razão da ausência e dificuldade no transporte gratuito para os estudantes da rede pública de ensino deste Município.

Assim, faz-se necessário *seja dado efeito suspensivo ao presente recurso, com a conseqüente apreciação da TUTELA ANTECIPADA requerida na inicial, com fulcro no inciso III, do artigo 527, c/c o artigo 558, ambos do Código de Processo Civil, eis que presentes os requisitos para tanto.*

O fumus boni iuris está presente porque evidente o equívoco em que incorreu o r. Juízo Monocrático, em flagrante violação às normas de proteção previstas no art. 227 da Constituição da República, art. 401 da Lei Orgânica Municipal, regulamentando o art. 208, inciso VII da Constituição Federal, art. 54, inciso VII da Estatuto da Criança e Adolescente, e art. 305 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como a exata análise do controle da constitucionalidade previsto em nosso ordenamento jurídico, que admite a via concentrada e difusa, conforme exposto a seguir.

O *periculum in mora* se evidencia, eis que a espera pelo julgamento do presente recurso poderá acarretar significativo prejuízo à própria prestação jurisdicional, pelas razões expostas em anexo.

III- DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO:

O Ministério Público foi intimado da decisão atacada na data de 29 de janeiro de 2007, conforme certificado pela Secretaria do órgão (doc. 2). Note-se que a intimação do *Parquet* se faz pessoalmente, na forma da Lei Orgânica do Ministério Público (art. 41, inciso IV da Lei 8.625).

De qualquer forma, de acordo com o que estatui o art. 188 do Código de Processo Civil, aplicável *in casu* por forças das disposições insertas nos artigos 152 e 198 da Lei 8.069/90: “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.” (grifos nossos), é facilmente verificado que o Recurso foi interposto dentro do prazo.

III - DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA RECORRER

Segundo expressa disposição contida no parágrafo segundo do art. 499 do C.P.C, *in verbis*: “**O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.**”

Sendo Autor da Ação Civil Pública, inquestionável, portanto, a legitimidade para o presente.

IV - DOS FATOS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, propôs, após várias tentativas extrajudiciais para solucionar a questão, **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** em face do Município do Rio de Janeiro e das empresas de ônibus com concessão para o serviço de transporte na cidade, na defesa do direito ao transporte gratuito de crianças e adolescentes estudantes da rede pública, garantido pela Constituição Federal, Constituição Estadual do Rio de Janeiro, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.

São inúmeras as reclamações da população que demonstram o desrespeito ao direito ao transporte gratuito dos estudantes, notadamente em razão:

- a-) da escassez de ônibus, principalmente na zona oeste, de modo que crianças e adolescentes ficam horas esperando uma condução;**
- b-) da limitação do acesso de crianças e adolescentes beneficiários da gratuidade a determinados tipos de ônibus e microônibus, excluindo, por exemplo, aqueles com ar condicionado;**
- c-) da substituição dos ônibus convencionais para microônibus e ônibus com ar condicionado, dificultando o acesso das crianças e adolescentes beneficiários da gratuidade;**
- d-) da limitação do número de crianças e adolescentes beneficiários da gratuidade na condução;**

Tanto o município do rio de janeiro quanto as empresas de ônibus são responsáveis pela violação e pleno exercício do direito ao transporte.

O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, por um lado, não exerce a contento a fiscalização do transporte urbano, principalmente na zona oeste.

AS EMPRESAS DO ÔNIBUS, por sua vez, aproveitando-se de um dispositivo da Lei Municipal 3167, que veio a regulamentar o direito ao transporte previsto na Lei Orgânica Municipal do Rio de Janeiro, estão substituindo toda a frota por microônibus e ônibus com ar condicionado, impedindo o acesso dos estudantes beneficiários da gratuidade no transporte, eis que, pela referida Lei Municipal os estudantes não poderiam ingressar gratuitamente nos ônibus com ar condicionado e estariam limitados ao numero de 3 (três) nos microônibus.

Em razão da omissão do Município e da substituição da frota pelas empresas de ônibus, milhares de estudantes estão impedidos de exercerem o seu direito à educação por ausência de transporte.

V- DO DIREITO PLEITEADO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Constituição Federal, no artigo 208, inciso VII, dispõe que o direito à educação será efetivado mediante a garantia de atendimento ao educando com *transporte*, além de material didático-escolar, alimentação e assistência à saúde.

Dispõe o aludido dispositivo constitucional:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

VII-) atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, *transporte*, alimentação e assistência à saúde, (grifos nossos)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, também determina:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

VII – atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, *transporte*, alimentação e assistência à saúde.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no mesmo sentido, determina:

Art. 305. O dever do Estado e dos Municípios com educação será efetivado mediante garantia de:

(...)

IX – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, *transporte*, alimentação e assistência à saúde.

A Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, em acréscimo, *garante a isenção do pagamento de tarifas para alunos uniformizados da rede pública de ensino de primeiro e segundo graus no dias de aula*. Transcreve-se abaixo o art. 401 da referida Lei Orgânica:

Art. 401 - A lei disporá sobre a isenção de pagamento de tarifas de transportes coletivos urbanos, assegurada a gratuidade para:

I - maiores de sessenta e cinco anos;

II - alunos uniformizados da rede pública de ensino de primeiro e segundo graus, nos dias de aula;

III - deficientes físicos e seu respectivo acompanhante;

IV - crianças de até cinco anos.

(grifos nossos)

Constata-se, assim, o DIREITO CONSTITUCIONAL E LEGAL dos estudantes do ensino fundamental da rede pública de nosso município ao transporte gratuito nos dias de aula.

Ainda a respeito do direito ao transporte dos estudantes, o Poder Judiciário já teve a oportunidade de se manifestar, garantindo-o, conforme decisões reproduzidas abaixo:

EMENTA: DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE VISA À CONCESSÃO DE TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES DA REDE PÚBLICA ESTADUAL RESIDENTES NO MUNICÍPIO DE SÃO VALÉRIO DO SUL. UNIVERSALIZAÇÃO DO ENSINO OBRIGATÓRIA, COM NECESSÁRIA COOPERAÇÃO ENTRE O ESTADO E OS MUNICÍPIOS (ART. 211, § 4º, DA CF-88). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ART. 216 DA CARTA GAÚCHA, REGULAMENTADO PELA LEI-RS nº 9.161/90. DIREITO TAMBÉM CONFERIDO PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO REJEITADA. APELOS IMPROVIDOS.

SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70006074769, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 16/10/2003)

TRIBUNAL: Tribunal de Justiça do RS	DATA DO JULGAMENTO: 16/10/2003	Nº DE FOLHAS:
ÓRGÃO JULGADOR: Terceira Câmara Cível	COMARCA DE ORIGEM: COMARCA DE SANTO AUGUSTO	SEÇÃO: CIVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MUNICÍPIO DE SANTO AUGUSTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO O RESTABELECIMENTO DO TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES RESIDENTES NA ZONA RURAL, MATRICULADOS EM ESCOLAS ESTADUAIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO E MUNICÍPIO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 211, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ARTIGO 216, § 3º DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL. DIREITO TAMBÉM AMPARADO NA LEI DE DIRETRIZES E BASES, ARTIGOS 10 E 11, E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ; ECA - ARTIGO 53. APELAÇÃO VOLUNTÁRIA IMPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70006435887, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 13/08/2003)

TRIBUNAL: Tribunal de Justiça do RS	DATA DO JULGAMENTO: 13/08/2003	Nº DE FOLHAS:
ÓRGÃO JULGADOR: Quarta Câmara Cível	COMARCA DE ORIGEM: COMARCA DE SANTO AUGUSTO	SEÇÃO: CÍVEL

Assim, contrariando as determinações da Constituição Federal, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e da Lei Orgânica Municipal do Rio de Janeiro (com natureza jurídica de verdadeira "Constituição Municipal"), a Lei Municipal 3167 de 27 de dezembro de 2000, limitou a gratuidade dos estudantes aos ônibus convencionais com duas portas, limitou o acesso a apenas 3 (três) vagas por viagem simultaneamente nos microônibus sem ar condicionado, e ainda excluiu do benefício os ônibus e microônibus com ar condicionado e os de tipo rodoviário Tarifa A.

As reclamações da população têm sido inúmeras conforme se constata dos documentos juntados. O desrespeito aos estudantes tem sido afrontoso. Trata-se de verdadeira discriminação e humilhação para os beneficiários da gratuidade de justiça, ao se verem impedidos de ingressar em ônibus e microônibus com ar condicionado.

Nem a Constituição Federal, nem a Constituição Estadual, o ECA ou a Lei Orgânica Municipal limitaram o direito ao transporte gratuito a determinado tipo de veículo, nem permitiram tão odiosa discriminação.

É patente, portanto, a **ILEGALIDADE** dos artigos 1º e 3º da Lei Municipal 3167, de 27 de dezembro de 2000, perante a Lei Orgânica Municipal, e **INCONSTITUCIONALIDADE** dos mesmos artigos perante a Constituição

Estadual e perante a Constituição Federal de 1988, notadamente quanto às expressões “somente nos ônibus convencionais com duas portas” (art. 1º); “até três vagas por viagem simultaneamente” (art. 2º) e “excluídos os ônibus e microônibus com ar condicionado e os de tipo rodoviário Tarifa A”.

A possibilidade do controle difuso da constitucionalidade através da ação civil pública vem sendo assegurada nos Tribunais, conforme entendimento majoritário da doutrina especializada no assunto e da jurisprudência.

Neste sentido, trazemos as decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

EMENTA: - Recurso extraordinário. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. 2. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 3. Entendimento desta Corte no sentido de que “nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local.” 4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública(CF, arts. 127 e 129, III). 5. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público.

(STF. RE 227159 / GO – GOIÁS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 12/03/2002. Votação Unânime. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 17-05-2002 PP-00073 EMENT VOL-02069-03 PP-00429)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTROLE DIFUSO VERSUS CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. Proclamou o Supremo Tribunal Federal não ocorrer usurpação da própria competência quando a inicial da ação civil pública encerra pedido de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo abstrato e autônomo, seguindo-se o relativo à providência buscada jurisdicionalmente - Reclamação nº 2.460-1/RJ. Ressalva de entendimento. RECLAMAÇÃO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. A contrariedade do pleito formulado a precedente do Plenário revela quadro ensejador da negativa de seguimento à reclamação.

(STF. Rcl 2687 / PA – PARÁ. RECLAMAÇÃO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 23/09/2004. Votação Unânime. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 18-02-2005 PP-00006 EMENT VOL-02180-01 PP-00117 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 149-153)

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. I. - Somente a ofensa direta à Constituição

autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, inociroendo o contencioso constitucional. III. - O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente. IV. - Agravo não provido.

(STF. AI-AgR 504856 / DF - DISTRITO FEDERAL. AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 21/09/2004. Votação Unânime. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 08-10-2004 PP-00018 EMENT VOL-02167-08 PP-01619 RNDJ v. 6, n. 62, 2005, p. 105-106)

Também no mesmo sentido, considerando possível o controle difuso da inconstitucionalidade de lei nas ações civis públicas, têm se manifestado o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS.

1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público.
2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubstancial, portanto, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade.
3. O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado.
4. Recurso especial provido.

(STJ. REsp 403355 / DF ; RECURSO ESPECIAL 2002/0002405-6. Rel. Ministra ELIANA CALMON (1114). T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 20/08/2002. DJ 30.09.2002 p. 244. Votação Unânime.)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM BASE EM INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. EFICÁCIA ERGA OMNES. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. LEGITIMIDADE PARA PROPOSIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. O Ministério Públíco tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, exercendo o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente do STF.
2. A declaração incidental de constitucionalidade não tem eficácia erga omnes, por quanto é premissa do pedido (art. 469, III, do CPC).
3. Pretensão do Parquet que objetiva que o Distrito Federal se abstenha de conceder termo de ocupação, alvarás de construção e de funcionamento, deixe de aprovar os projetos de arquitetura e/ou engenharia a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, que ocupem ou venham a ocupar áreas públicas de uso comum do povo localizadas no SCLS 315.
4. Alegação de ilegitimidade das ocupações sob o fundamento da suposta inconstitucionalidade da lei distrital 754/94. O fundamento da ação não fica coberto pelo manto da coisa julgada. (art. 469 do CPC)
5. Aferição de prejuízo fático conducente à avaliação do periculum in mora. Aplicação da Súmula 07/STJ.
6. Recurso especial provido.

(STJ. REsp 419781/ DF ; RECURSO ESPECIAL 2002/0028634-0. Rel. Ministro LUIZ FUX (1122). T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do julgamento 19/11/2002. DJ 19.12.2002 p. 339 REVFOR vol. 370 p. 310 RMP vol. 21 p. 399 RSTJ vol. 168 p. 141. Votação unânime.)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA ERGA OMNES. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. É possível a propositura de ação civil pública com base na inconstitucionalidade de lei, isto porque, nesse caso, não se trata de controle concentrado, mas sim de controle difuso de constitucionalidade. Dessarte, somente se exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública quando nela o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. In casu, o pedido formulado pelo Parquet diz respeito à proteção do meio ambiente e do patrimônio público, cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social,

em face da ocupação de áreas públicas localizadas no SCLS, Quadra 107. A inconstitucionalidade da Lei Distrital n. 754/94, nada mais é do que o fundamento da ilegitimidade dessa ocupação e sequer faz coisa julgada, nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil. Recurso especial provido.

(STF. REsp 402044 / DF ; RECURSO ESPECIAL

2001/0179517-6. Ministro FRANCIULLI NETTO (1117). T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 09/04/2002. DJ 05.08.2002 p. 298 RSTJ vol. 162 p. 212. Votação Unânime)

VI- MÉRITO RECURSAL

Na decisão de fls. 2383 o douto Magistrado entendeu que o controle difuso da constitucionalidade da Lei Municipal 3.167/00 estaria prejudicado uma vez que esta mesma Lei Municipal é objeto de controle de constitucionalidade pela via concentrada pelo Órgão Especial, através da Representação nº 2006.007.00041 (cópia em anexo), com decisão no sentido do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, ainda não transitada em julgado.

Note-se que também se questiona, através da presente ação, a constitucionalidade da referida lei.

Assim, são duas ações distintas, propostas por vias distintas, atacando a constitucionalidade de uma mesma lei. Todavia, ocorre **DIFERENÇA DE OBJETO E FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA ENTRE A PRESENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELA FETRANSPOR.**

A possibilidade do controle da constitucionalidade e da legalidade das normas decorre do escalonamento hierárquico do sistema jurídico, fundamentado no reconhecimento da Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, consoante a idéia de pirâmide de Kelsen, na qual a Constituição encontra-se no vértice.

O controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário no Brasil pode se dar pela via difusa ou pela via concentrada. Assim, a inconstitucionalidade das leis pode ser declarada:

a-) **pela via concentrada** (diretamente, como objeto principal da ação, perante o Supremo Tribunal Federal quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, inciso I, "a" da CF, ou perante o Tribunal de Justiça do respectivo Estado quando se tratar de lei ou ato normativo estadual ou municipal);

b-) **ou pela via difusa**, quando pode ser declarada pelo juízo ordinário em qualquer ação judicial, não mais como objeto principal da ação, mas como causa de pedir a justificar o pedido.

Não existe necessidade de suspensão da ação até que seja julgado o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade em trâmite perante o Tribunal de Justiça.

Ao contrário do que ocorre na Alemanha, onde o controle difuso da constitucionalidade caracteriza-se pela previsão da denominada “questão de inconstitucionalidade” (*Richterklage*) impondo a suspensão do processo para submeter a questão ao Tribunal Constitucional, no Brasil isto não se faz necessário.

Não há litispendência entre as duas ações. As partes, o pedido e a causa de pedir são diversas.

1-) Nesta ação civil pública se pretende assegurar o direito dos estudantes à gratuidade na utilização do transporte coletivo, sem discriminação, viabilizando a sua ida e vinda à escola, posto que garantida expressamente na Lei Orgânica Municipal do Rio de Janeiro, com fundamento na Constituição Federal, na Constituição Estadual e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2-) Naquela ação direta da inconstitucionalidade se requer seja estabelecida a fonte de custeio para garantir a gratuidade, o que já ensejou a permissão para o reajuste das tarifas dos transportes coletivos, ocorrida recentemente.

Patente, dessa forma, inexistir óbice judicial para o julgamento desta ação em razão da também alegada inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Municipal 3167/2000. Os fundamentos jurídicos e pedidos são diversos.

Naquela ação direta de inconstitucionalidade, a questão se volta para a **fonte de custeio, facilmente contornada administrativamente, O QUE JÁ ESTÁ SENDO FEITO ATRAVÉS DO REAJUSTE DAS TARIFAS DE ÔNIBUS**, que incluem em seus cálculos os valores correspondentes à gratuidade oferecida.

Nesta ação civil pública, busca-se dar efetividade aos direitos dos estudantes, concretizando o dispositivo da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro que garante a *isenção do pagamento de tarifas para alunos uniformizados da rede pública de ensino de primeiro e segundo graus no dias de aula* (art. 401, inciso II) bem como os demais dispositivos previstos na Constituição Federal, na Constituição Estadual e no ECA que garantem o transporte como corolário do direito à educação, REFORÇANDO, OUTROSSIM, A DISPONIBILIDADE DE TRANSPORTE GRATUITO NA ZONA OESTE, NO SENTIDO DE QUE SEJA PROVIDENCIADA UMA MAIOR OFERTA NA REGIÃO E FISCALIZADO O IMPEDIMENTO AO ACESSO GRATUITO.

Note-se, ainda, que diversas empresas de ônibus estão substituindo a totalidade de suas frotas para microônibus e ônibus com ar condicionado (o que será comprovado através de prova testemunhal), prejudicando, além da odiosa discriminação estabelecida para impedir o acesso à gratuidade, o próprio direito à gratuidade previsto na Lei Municipal 3167/2000.

Consta da petição inicial:

“ 6-) Do Pedido

(...)

2-) a condenação dos 2º a 48º Réus a permitirem o livre acesso dos estudantes beneficiários da gratuidade pela Constituição Federal, Constituição Estadual do Rio de Janeiro, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, ao transporte coletivo público, independente do tipo de veículo, seja ônibus com ou sem ar condicionado, seja microônibus, sem qualquer restrição quanto ao número de beneficiários da gratuidade

3-) a condenação do primeiro réu às seguintes obrigações:

3.1-) se abster de praticar atos, de qualquer natureza, que violem ou restrinjam o direito ao acesso gratuito livre, pleno e irrestrito ao transporte coletivo público, desrespeitando o conteúdo da decisão pleiteada no item 2;

3.2-) promover a fiscalização do transporte coletivo público, visando assegurar o reconhecimento do direito ao acesso gratuito livre, pleno e irrestrito dos estudantes, bem como o fiel cumprimento da decisão judicial pleiteada no item 2.

3.3-) providenciar uma maior oferta de transporte coletivo na área da zona oeste

Conforme já mencionado, o controle da constitucionalidade de uma lei pela via difusa pode ser trazido para qualquer ação judicial, inclusive nas ações civis públicas, como fundamentação jurídica a respaldar o pedido.

Conclui-se, assim, que o pedido na ação civil pública visa assegurar o transporte gratuito a milhares de estudantes da rede pública no Município do Rio de Janeiro impedidos de exercer o seu direito, seja pelo abuso cometido por alguns motoristas (daí por que o pedido no sentido de que haja efetiva fiscalização pelo Município), seja pela substituição dos ônibus convencionais por microônibus e ônibus com ar condicionado; seja pela escassez de linhas de ônibus na região da zona oeste, seja pelo dispositivo previsto nos arts. 1º e 3º da Lei Municipal 3167/2000 limitando e restringindo o acesso a gratuidade.

Os argumentos utilizados na ação são vários, consubstanciados em dispositivos previstos na Constituição Federal, Constituição Estadual, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei Orgânica Municipal. A argüição da constitucionalidade de dois artigos da Lei 3167/2000, no tocante à limitação dos estudantes e a proibição de entrada nos transportes com ar condicionado (diferente da argüição de constitucionalidade suscitada pela FETRANSPO), vem somente reforçar o direito assegurado nos dispositivos legais já mencionados, visto que está ocorrendo uma odiosa discriminação que fere o princípio da dignidade humana.

O objeto principal da ação é viabilizar o acesso dos estudantes à gratuidade dos transportes, a fim de que possam freqüentar a escola, conforme lhes está assegurado pela legislação pertinente, além de melhorar a oferta do serviço na zona oeste.

O principal Réu, nesta ação, é o primeiro indicado, o Município do Rio de Janeiro, que deve assegurar o direito à educação e garantir o transporte aos estudantes. É de sua incumbência, ainda, fiscalizar as empresas de ônibus e ampliar a oferta de serviços de transporte na zona oeste, conforme consta dos pedidos 3.2 e 3.3 da petição inicial.

A substituição dos ônibus convencionais por microônibus e ônibus com ar condicionado é um fato que está inviabilizando o direito ao transporte coletivo gratuito, o que pode ser facilmente comprovado através de prova testemunhal.

A limitação dos estudantes e a proibição do ingresso em veículos com ar condicionado fere o princípio da dignidade humana.

A Lei Orgânica Municipal está sendo violada, e este é um dos principais fundamentos da ação. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente está sendo violado. A Constituição Federal e a Constituição Estadual também estão sendo violadas, e este é um outro fundamento para o pedido.

A violação ao direito à educação e transporte gratuito é evidente e o Ministério Público não poderia quedar-se inerte.

A proibição da entrada dos estudantes nos ônibus e microônibus com ar condicionado é absurda. Não há permissivo constitucional, nem autorização legal para que lei municipal assim o fizesse. Não existe qualquer previsão na Carta Magna, na Constituição do Estado ou na Lei Orgânica Municipal, quer derivada do próprio texto constitucional ou quer decorrente de princípios não-escritos, permitindo tão odiosa discriminação e restrição ao direito de crianças e adolescentes estudantes.

Convém ser mencionada decisão do Superior Tribunal de Justiça tratando a respeito da gratuidade no transporte coletivo:

"Constitucional e administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança coletivo. Insurgência contra ato do governador do Estado do Ceará. Sanção de lei de efeitos concretos. Transporte interurbano. Concessão de gratuidade na passagem de ônibus para deficientes físicos pobres. Inexistência de constitucionalidade. Ausência de direito líquido e certo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Direito Humano e Democrático, justo e legítimo, conforme os preceitos constitucionais.

O tratamento diferenciado dispensando aos deficientes físicos configura princípio constitucional que procura, por meio de tratamento distinto, promovendo-lhes a integração na sociedade. O princípio da isonomia,

ao invés de ser infringido, é prestigiado, conforme os postulados da igualdade material que atualmente consubstancia.

No sopesamento de valores, diante do caso concreto, o princípio do amparo aos deficientes físicos prevalece sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, consoante os ditames da proporcionalidade.

A lei Estadual nº 12.568, de 03/04/1996, prima por expressar um direito humano e democrático, justo e legítimo, conforme os preceitos constitucionais.

Ausência de direito líquido e certo.

Recurso não provido. (STJ, ROMS 13084/CE, DJ data: 01/07/2002, Rel: Min. José Delgado, 1ª Turma - grifos da transcrição). (grifo nosso)

Na mesma esteira, encontra-se a posição esposada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no acórdão abaixo mencionado:

MANDADO DE SEGURANÇA. Gratuidade de transporte coletivo concedida ao idoso maior de 60 anos. Norma legal que não condiciona o benefício à respectiva fonte de custeio. Descabimento em ação mandamental de tese relativa à suposta quebra da comutatividade contratual, cujo argumento exige dilação probatória. No contrato administrativo, a modificação unilateral pela Administração, fundada em interesse público, não configura inobservância ao princípio do ato jurídico perfeito e acabado. Improcedência do pedido. Recurso desprovido. DES. CARLOS EDUARDO PASSOS - Julgamento: 31/08/2005 - SEGUNDA CAMARA CIVEL TJRJ - 2005.001.13285 - APELACAO CIVEL

A ponderação em favor do direito ao acesso gratuito decorre da natureza jurídica do direito em questão, como exemplo de Direito Social, cujo efetivo exercício demanda uma prestação positiva do Estado, no sentido de garantir o pleno uso deste direito por seus destinatários.

Torna-se obrigatória, portanto, para o Estado a proteção dos interesses da coletividade, com a satisfação dos direitos à educação, previdência e assistência social, lazer, trabalho, segurança e **transporte**.

Sobre o tema, o ilustre Procurador do Estado Fernando Lemme Weiss, em artigo publicado no informativo semanal da COAD n. 37/2003, esclarece que a prestação dos serviços de transporte não pode ser tratada como uma atividade econômica inteiramente voltada ao lucro, pois é executada sobre o espaço público, o que acarreta a necessidade de adequar-se ao interesse público expresso em lei.

De forma inédita na legislação brasileira, o Constituinte de 1988 fez sentir, no artigo 227, o chamado princípio da prioridade absoluta, quando determina ser dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à

educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Essa nota diferencial em relação a outros campos de atuação das políticas públicas, a fim de que não pairasse qualquer dúvida quanto à aplicabilidade do preceito constitucional (que alguns ainda insistem em taxar de meramente programático), veio reiterada e esmiuçada na Lei nº 8.069/90, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente.

Reza o artigo 4º:

*É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com **absoluta prioridade** - grifei -, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.*

Parágrafo Único - A garantia de prioridade compreende:

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

O artigo 6º do ECA, traça os rumos da hermenêutica a ser empregada por seu aplicador, destacando os fins sociais a que se dirige; as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente de pessoas em desenvolvimento.

Ainda que não o fizesse, é mister ao intérprete abrir mão da chamada "hermenêutica tradicional", que nunca valorou corretamente a força normativa dos princípios, e realizar um trabalho exegético multilateral, que leve em conta não só a valoração política, como a social e até a econômica.

PRIORIDADE, segundo o mais popular dos dicionaristas brasileiros, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, é:

1. Qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; primazia. 2. preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia. 3. Qualidade duma coisa que é posta em primeiro lugar numa série ou ordem.¹

ABSOLUTA, segundo o mesmo "Aurélio" (hoje sinônimo de dicionário de nossa língua), significa ilimitada, irrestrita, plena, incondicional.

A soma dos vocábulos já nos indica o sentido do princípio: qualificação dada aos direitos assegurados à população infanto-juvenil, a fim de que sejam inseridos na ordem-do-dia com primazia sobre quaisquer outros.

Segundo o Promotor de Justiça Wilson Donizeti Liberati, especialista na área dos direitos da criança,

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupações dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...).

Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.²

O jurista Dalmo de Abreu Dallari comentando o artigo 4º, do ECA, destaca a necessidade de serem priorizados o apoio e a proteção à infância e juventude, por mandamento constitucional. Mais. Preceitua não ter ficado ao alvedrio de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes.

Exsurge com clareza, das considerações tecidas, não ser possível qualificar a norma esculpida no art. 227 da CF como sendo de eficácia contida (na classificação exemplar de José Afonso da Silva); nem como sendo "not self-executing", na já superada taxionomia do Direito Americano.

A norma é clara, passível até de uma exegese meramente gramatical, aquela que exige do intérprete o mínimo esforço racional, embora seja recomendável avançar no "iter" hermenêutico e lançar mão dos métodos lógico e teleológico, quando, então, virão à lume os dispositivos dos artigos 4º e 6º, do ECA.

A prioridade absoluta, enquanto princípio-garantia constitucional, vem sendo reconhecida em alguns julgados de nosso país.

1. "Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa", p. 1393, Ed. Nova Fronteira.

2. "O Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários", pp. 4/5, Ed. IBPS.

Partindo da premissa de que a norma do artigo 227 é de eficácia plena (distanciando-se em tudo daquelas que alguns insistem em catalogar como sendo de conteúdo meramente programático, cada vez mais raras em nosso ordenamento jurídico malcriadamente positivado), temos de reconhecê-la, sim, como um fator a mais a limitar o campo de atuação discricionária do administrador público.

Pensar de outra maneira é converter o artigo 227, da Constituição da República, e o microssistema do ECA em meras cartas de intenções, desvirtuando-os de seu sentido evolutivo, de sua virtual condução a uma utopia concreta.

A Constituição Federal, ademais, no artigo 208, inciso VII, dispõe que o direito à educação será efetivado mediante a garantia de atendimento ao educando com *transporte*, além de material didático-escolar, alimentação e assistência à saúde.

5. CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto, conclui-se pela distinção entre o controle da constitucionalidade das leis pela via direta e pela via indireta, não havendo litispendência nem motivo para a suspensão de uma das ações.

Ademais, o princípio da prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes é mais um vetor de orientação jurídica na interpretação das leis, pois encontra assento constitucional, denotando seu sentido norteador a orientar a execução e a aplicação das leis, bem como a feitura de diplomas de inferior hierarquia, tudo dentro da mais estrita legalidade, solicitando .

Assim, requer o Ministério Público:

1) seja conhecido o presente recurso como agravo de instrumento, diante da presença dos requisitos de sua admissibilidade (“condições para o regular exercício do direito de recorrer” e pressupostos recursais);

2) seja-lhe concedido **efeito suspensivo**, suspendendo a decisão que “suspendeu” o processo judicial, para determinar o regular prosseguimento da ação civil pública, uma vez que estão presentes os requisitos para tanto, conforme exposto nestas razões recursais;

3) seja deferida a antecipação de tutela pleiteada na ação civil pública, eis que implicitamente indeferida pelo douto Magistrado, no sentido de determinar aos Réus, como antecipação dos efeitos da tutela, na forma do art. 213, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 273 e art. 527, inciso III, parte final ambos do Código de Processo Civil, considerando **sobretudo o reinício do ano letivo**, seja permitido o livre acesso dos estudantes beneficiários da gratuidade pela Constituição Federal, Constituição Estadual do Rio de Janeiro, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, ao transporte coletivo público, independente do tipo de veículo, seja ônibus com ou sem ar condicionado, seja microônibus, sem qualquer restrição quanto ao número de

beneficiários da gratuidade, sob pena de multa diária a ser estipulada, na forma do art. 213, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a consequente fiscalização do Município do Rio de Janeiro.

4) seja-lhe dado provimento, reformando-se a r. decisão interlocutória recorrida e determinando-se o prosseguimento do processo judicial.

Rio de Janeiro, 6 de fevereiro de 2007.

Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos

Promotora de Justiça

Mat. 1941

Ana Paula Corrêa Esteves

Promotora de Justiça

Mat. 3241

Transferência da sede, para o Rio de Janeiro, de fundação instituída por partido político

Entidade fundacional instituída por agremiação partidária, com sede em Brasília. Pedido de transferência do centro decisório para o Rio de Janeiro. Alteração estatutária já homologada pelo MP na Unidade Federativa de origem, onde será mantida uma representação. Pedido acolhido, preservadas as atribuições do MPDFT – no tocante à representação em Brasília –, do MPF – em caso de desvio ou emprego irregular de verba federal – e da própria Justiça Eleitoral (Resolução TSE n.º 22.121/2005).

Promotoria de Justiça de Fundações

Procedimento MPRJ n.º 2008.00030691

Requerente: Fundação Lauro Campos

Assunto: Transferência da sede para o Rio de Janeiro

1. Trata-se de pleito formulado pela FUNDAÇÃO LAURO CAMPOS – por intermédio de seu presidente, MILTON TEMER –, que, em resumo, pretende ver ultimada a transferência de sua sede, de Brasília, para o Rio de Janeiro, nos termos de alteração estatutária já levada a cabo, devidamente aprovada pela 2.ª Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (“2.ª PJFEIS”), ora submetida ao crivo deste Órgão Ministerial.

2. Com efeito, o ente fundacional – instituído pelo PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL) com arrimo nos artigos 44, inciso IV, e 53, ambos da Lei 9.096/99 – teve seu estatuto aprovado por meio do Ato n.º 137/07, da 2.ª PJFEIS (DF), de 7.8.2007.

3. A 10 de outubro de 2007, no entanto, sobreveio a alteração do artigo 2.º do respectivo estatuto, que passou a dispor no seguinte sentido:

“A Fundação tem sede e foro na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, e poderá constituir escritórios de representação em outras unidades da federação, com atuação em qualquer parte do território nacional.

“Parágrafo único – A cidade de Brasília, Distrito Federal, constituirá escritório de representação e sediará a Biblioteca da Fundação Lauro Campos.”

4. Apurada a regularidade formal e a adequação finalística de tal alteração, sobreveio a chancela do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, cuja 2.^a Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social aprovou, a 29.1.2008, o registro da nova versão do estatuto e da ata que lhe rendeu ensejo.

5. Instruem o requerimento *sub examen*, sempre por cópia autenticada, entre outros documentos: (i) Ato n.^o 137/07 – 2.^a PJES (fl. 6); (ii) Ato n.^o 15/08 – 2.^a PJES (fl. 6); (iii) Estatuto da FUNDAÇÃO LAURO CAMPOS (fls. 13/25); (iv) pronunciamento do MPDFT (fls. 26/28); e (v) ata da reunião ordinária realizada a 10.10.2007 (fls. 30/31).

6. Em cumprimento à promoção lançada à fl. 32, foi acostada aos autos a Resolução TSE 22.121/2005 (cf. fls. 33/40); à fl. 41, foi informada a inexistência de procedimentos – no âmbito desta Promotoria de Justiça – alusivos à FUNDAÇÃO LAURO CAMPOS, bem como de outro ente fundacional, no Estado do Rio de Janeiro, de idêntica denominação.

7. *Eis o relato do feito.*

8. Examinados os autos, conclui-se que a postulação em causa merece acolhida.

9. É bem de ver, primeiramente, que se trata de Fundação regularmente instituída e em funcionamento, que almeja a formalização da mudança de seu centro decisório para o Rio de Janeiro.

10. Não há de se cogitar de extinção e, a seguir, de nova instituição do ente fundacional, até porque a cessação de sua personalidade jurídica atrairia a incidência da parte final do artigo 69 do Código Civil, consoante o qual o patrimônio de fundação extinta há de ser incorporado ao de outra congênere.

11. Comporta ressaltar, ainda, que, de conformidade com o artigo 75 do Código Civil, a sede das fundações diz com “*o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos*”.

12. Não é outra a orientação perfilhada pelo eg. Tribunal Superior Eleitoral, cuja Resolução 22.121/2005 admite, às expressas, que fundações instituídas por agremiações partidárias tenham sede em qualquer Unidade da Federação, *ex vi* de seu artigo 3.^º, § 5.^º: “*A sede da fundação poderá ser livremente escolhida. Fixada esta, haverá apenas uma representação nas demais localidades*”.

13. Ademais, a alteração pretendida já encontrou criteriosa guarida no *Parquet* do Distrito Federal, não se vislumbrando óbice à efetivação da vinda do ente fundacional para o Rio de Janeiro, mantida sua representação em Brasília, nos termos do parágrafo único do artigo 2.^º do estatuto modificado.

14. Neste particular, deve-se pôr em relevo que – a par do velamento a ser levado a efeito pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – remanescerá a atribuição do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em virtude da manutenção, no Planalto Central, de escritório de representação e da biblioteca

da Fundação, sem embargo, ainda, da eventual atuação do Ministério Público Federal em caso de "desvio ou emprego irregular de verba federal", na forma do artigo 4.º, *caput* e §§ 1.º e 2.º, da Resolução TSE 22.121/2005.

15. Observe-se, a propósito, que não é outro o autorizado magistério do eminente Procurador de Justiça JOSÉ EDUARDO SABO PAES*, *verbis*:

"Portanto, cada um dos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Curadores de fundações com atribuições de velamento terá o encargo de acompanhar os trabalhos da fundação de outro Estado ou do Distrito Federal que esteja atuando em sua circunscrição.

"No entanto, algumas observações se fazem pertinentes. Primeiro, há de se perquirir de que forma essas atividades são estendidas a outro ente federativo. Se de forma eventual, sem a existência sequer de uma filial ou representação cumprindo eventualmente algum contrato ou ajuste, ou ao contrário, se de forma permanente, com escritório, filial empregados com atividades dirigidas e contínuas.

"No primeiro caso, de trabalhos eventuais, e não obstante haver o poder-dever do Ministério Público de velar pela entidade, entende-se que cabe ao Ministério Público do Estado em que ela está situada (registrada e em funcionamento) a atribuição de por ela velar, exigindo suas contas. É certo que a fundação, mesmo que esporadicamente, só poderá atuar em local diversos de sua sede caso suas finalidades e o estatuto assim permitam e esteja em regular funcionamento (comprovado por atestado do Ministério Público).

"No segundo caso, daquelas fundações de âmbito interestadual ou nacional que, estatutariamente e de acordo com suas finalidades ou atender aos seus beneficiários, ou para dar consecução às suas finalidades, atuam de forma permanente com escritórios, estabelecimentos ou filiais, faz-se necessário o acompanhamento do representante do Ministério Público em que estão sendo as referidas atividades estendidas." (grifamos)

16. À conta de todo o antes exposto, a Promotoria de Justiça de Fundações do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro DEFERE o pedido de alteração de sede para o Rio de Janeiro – na Avenida Rio Branco, 185, sala 1525, Centro (cf. fl. 05-v) –, conforme pretendido.

17. LAVRE-SE Portaria autorizativa para o necessário arquivamento, perante o RCPJ desta Comarca, do estatuto e da ata da reunião em que restou aprovada a alteração estatutária atinente à transferência de sede.

* Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social. 6.ª ed. rev., ampl. e atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 540-541.

18. OFICIE-SE à Diretoria-Geral do eg. Tribunal Superior Eleitoral, ao fito de encaminhar cópia da presente promoção, para conhecimento e anotações porventura pertinentes.
19. Após, INTIME-SE a Fundação, a fim de que, no prazo de *30 dias*, adote as seguintes providências:
- (A) Juntada de comprovação autenticada do arquivamento, junto ao RCPJ, do estatuto e da ata da reunião na qual foi aprovada a transferência de sede;
 - (B) Apresentação do Contrato de Auditoria Externa para o exercício de 2008;
 - (C) Juntada do comprovante de inscrição da Fundação no Ministério da Fazenda e no CNPJ;
 - (D) Especificação, detalhada, do atual acervo patrimonial da FUNDAÇÃO LAURO CAMPOS;
 - (E) Apresentação do formulário relativo aos dados cadastrais dos integrantes dos órgãos de direção; e
 - (F) Oportuna prestação de contas relativa ao ano de 2007.

20. Uma vez ultimadas tais medidas e vindo resposta – ou, mesmo à sua falta, decorrido o prazo máximo de *45 dias* –, volvam os autos com NOVA VISTA.

É a promoção.

Rio de Janeiro, 26 de março de 2008

Rodrigo Molinaro Zacharias
Promotor de Justiça Substituto
Matrícula MPRJ 3228

Recurso de apelação em favor do réu contra sentença que o condenou pela prática presumida do delito de associação para o tráfico, haja vista sua prisão em flagrante no exercício do comércio de substância entorpecente¹.

Ementa – Penal. Crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Concurso material. Condenação do réu. Presunção de que todo aquele que trafica em comunidades carentes está necessariamente associado de forma permanente e estável com terceiros para a prática deste delito. Impossibilidade. Fatos típicos que devem ser demonstrados em cada caso concreto. Pedido de reforma da sentença para absolver o réu do crime previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/ 06.

Processo n. 2008.021.051785-7

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, vem interpor recurso de

APELAÇÃO

contra a r. sentença de fls. 116/ 140, especificamente na parte em que condenou Luiz Arthur de Albuquerque Pinheiro Santana pela prática do delito de associação para o tráfico, previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/ 06, pelas razões de fato e de direito desde já apresentadas em anexo.

Assim, requer o *Parquet* o recebimento do presente recurso e, após a apresentação de contra-razões pena Defesa, o encaminhamento dos autos ao E. Tribunal de Justiça, para julgamento.

Duque de Caxias, 10 de abril de 2009

**Tiago Joffily
Promotor de Justiça
Matrícula nº 2357**

1. O presente apelo foi distribuído à 5^a Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob o nº 2009.050.04080, e acabou restando prejudicado, em razão do provimento de recurso defensivo mais abrangente. Em 2º grau, a Procuradoria de Justiça oficiante acolheu a tese ora defendida, apresentando parecer no sentido do provimento do recurso ministerial.

EGRÉGIO TRIBUNAL
COLENDA CÂMARA

BREVE RELATÓRIO:

Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público em face de Luiz Arthur de Albuquerque Pinheiro Santana, na qual se imputa ao réu a prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, da Lei nº 11.343/ 06, e art. 16, p. ún., inciso IV, da Lei nº 10.826/ 03, porque teria sido preso em flagrante no dia 30.10.08, trazendo consigo 9,5 g de cocaína e 6 g de crack, bem como portando um revólver com numeração de série suprimida, tudo isso em local conhecido como ponto de venda de substâncias entorpecentes.

Após a instrução criminal, onde foram ouvidos os Policiais Militares que efetuaram a prisão em flagrante e o próprio réu, foi este condenado às penas de 05 (anos) e dez (dez) meses, além de multa, pelo crime do art. 33 c/c art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/ 06, e às penas de 3 (três) anos e 6 (seis) meses, além de multa, pelo crime do art. 35 c/c art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/ 06, restando absolvido do crime previsto no art. 16, p. ún., inciso IV, da Lei nº 10.826/ 03, em razão desta conduta já ter sido reconhecida para agravar os dois crimes anteriores.

Em que pese tenha opinado anteriormente pela condenação do Réu a todos os delitos capitulados na denúncia, o Ministério Público, ora apresentado por outro Promotor de Justiça, não concorda com a condenação do Réu pela prática do crime de associação para tráfico, com relação ao qual nenhuma prova concreta se produziu ao longo do processo, tendo a r. sentença recorrida se baseado, declaradamente, em presunções.

DO MÉRITO:

Em que pese a r. sentença recorrida não merecer reparos quanto à condenação do réu pela prática do crime de tráfico de drogas, com a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/ 06, por ter sido flagrado exercendo o comércio ilícito de substância entorpecente mediante porte de arma de fogo, parece a este Promotor de Justiça que, com relação ao tipo do art. 35, daquele mesmo diploma legal, não foram produzidas provas suficientes de que o apelado estivesse associado a terceiras pessoas, de forma estável e permanente, para o fins de tráfico ilícito.

Com efeito, ainda que não se desconheça que os fatos notórios prescindam de prova, inclusive no processo penal, não parece admissível que o próprio conteúdo do tipo penal possa ser demonstrado com base exclusiva em presunções, sob pena de violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Realmente, ninguém, nem mesmo no processo criminal, exigiria que qualquer das partes demonstrasse cabalmente que o natal ocorre todos os anos no dia 25 de dezembro ou que às duas horas da madruga não faz sol em nenhum lugar do Brasil². No entanto, tratando-se de fato que constitui a essência do próprio tipo penal, parece evidente que sua demonstração não pode ser considerada, de antemão, irrefutável, a tornar inútil a produção de qualquer prova, pois disso decorreria a imediata e antecipada condenação do réu, o que não é admitido em nosso ordenamento jurídico, que veda a responsabilidade penal objetiva.

Ora, na sentença de fls. 116/ 140, o nobre Magistrado de 1º grau disse ter restado demonstrado nos autos a prática do crime do art. 35, da Lei nº 11.343/06, *"isto porque é fato público e notório que organizações dedicadas ao tráfico de entorpecentes, divididas em facções, se estabelecem em determinadas comunidades carentes, tendo tais, organizações completo domínio do que ocorre nestes locais, impondo sua vontade por força das armas, exercendo nas comunidades a venda de entorpecentes"*.

Ainda lançando mão de presunções, o MM. Juízo a quo alerta que:

"Não se pode ignorar a realidade, qual seja, no interior da comunidade dominada por organização dedicada ao tráfico de entorpecente, esta organização integrante de uma facção tem o total controle da venda de entorpecentes dentro da comunidade, que, aliás, é a sua fonte de renda e de poder, sendo inconcebível que um cidadão, isoladamente, possa vender entorpecente por conta própria, sendo óbvio que seria imediatamente morto pela organização criminosa, que não admite concorrência em seu local de domínio.

Pode existir a hipótese de um cidadão, isoladamente, venda entorpecente, que o mesmo compre o entorpecente em uma 'boca de fumo' de organização criminosa em uma favela, e venda o entorpecente em seu condomínio, em seu colégio, em seu clube ou outro local, fora de uma comunidade dominada por uma organização de traficantes, mas nunca conseguirá vendê-lo dentro de uma favela dominada pelo tráfico local, o que é igualmente fato notório".

Em seguida, trasladando tal compreensão do mundo para o caso concreto, o nobre Magistrado lembra que *"foi o acusado preso na comunidade carente denominada Maloca do Major, tratando-se de uma Favela, conforme o próprio réu revela em seu interrogatório, sendo que as circunstâncias da prisão, estando o réu*

2. Os exemplos não são absurdos, mas dados pela própria doutrina: *"Os fatos notórios são aqueles do conhecimento de certas pessoas de determinado meio. Assim, não é preciso que a colheita de milho, arroz e feijão é feita em determinada época do ano; que as datas comemorativas de feriados se dão nos dias já previstos"* (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 191).

pulando as lajes das casas, evidentemente fugindo da guarnição que fazia o cerco no local, comportamento típico de traficantes em atividade de venda de entorpecentes ao serem surpreendidos por policiais, aliado ao fato de que o próprio réu declarou no local aos policiais, autores da prisão, fazer parte do tráfico ilícito de entorpecentes". E, ao final, conclui que "o fato do acusado estar traficando em local controlado pelo Comando Vermelho, conforme o próprio réu reconheceu em seu interrogatório (fls. 63, in fine) torna certo que estava o mesmo associado àquela organização criminosa dedicada ao tráfico ilícito de entorpecente, sem o que seria impossível a venda de entorpecentes naquele local, pois pagaria com a própria vida se ousasse vender entorpecentes de forma autônoma naquele local".

Apesar de se reconhecer que tal compreensão da favela e do tráfico corresponde ao senso comum, conforme dados noticiados pela imprensa cotidianamente, não se pode concordar com a conclusão de que ela constituiria verdadeiro fato notório a fazer prova inconteste no processo penal.

É que o que aos telespectadores pode parecer notório, ao ponto de tornar-se senso comum, aos estudiosos do tema é assunto ainda muito controverso e pouco pesquisado.

Mesmo assim, profissionais e pesquisadores dedicados ao tema da violência urbana e, especificamente, do tráfico de substâncias entorpecentes no Rio de Janeiro, afirmam que o caráter associativo entre "donos" ou "gerentes" do "movimento" e os chamados "vapores", "esticas", "mulas" ou "aviões" muitas vezes inexiste.

É que, conforme explica MICHEL MISSE, Doutor em Sociologia e Professor do IFCS (Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro) –

"A estrutura dos grupos locais do varejo sempre foi baseada no sistema de 'consignação de vendas', a partir do 'dono' ou do 'gerente geral' (Misse, 1997). A mercadoria é adiantada para os subgerentes e o processo continua até os vendedores diretos, os 'vapores'. O movimento de retorno do pagamento é baseado na noção de 'dívida' e deve ser feito, impreterivelmente, dentro de um prazo mínimo. O não-pagamento é interpretado como 'banho' (logro, furto ou falha) e o devedor na primeira reincidência é morto num ritual público de crueldade. O sistema de consignação articula-se, assim, a uma estrutura de 'patrão/cliente' e a uma hierarquia mortal de 'credor/devedor'. A violência é a garantia de todas as transações (Zaluar, 1995). Do mesmo modo, a estrutura das redes (que vinculam grupos locais de diferentes áreas) é baseada nos 'donos' ou 'gerentes gerais'. São eles que controlam, através de gerentes locais, grupos de várias áreas, ou que mantêm relação de sociedade ou de clientela com os 'donos' de outras áreas" (in Crime e violência no Brasil contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 235-236).

Exatamente por não haver regime propriamente de sociedade, mas sim de credor/devedor, não existe, ao contrário do que se imagina, maiores resistências para que um vendedor direto saia do movimento. Ainda de acordo com o verificado nas pesquisas empíricas de Misce:

"Para sair do 'movimento', segundo me contaram, 'não há problema', desde que você não 'esteja devendo'. Não há 'fechamento' nem no acesso, nem na saída, mas regras de segurança na seleção de acesso e a exigência de inexistência de dívidas com o 'movimento'. As conversões religiosas, que afastam alguns jovens do envolvimento anterior, não se explicariam assim como um meio instrumental de saída, mas como uma opção autêntica que, inclusive, é respeitada pelos demais. Mas ainda existem poucas pesquisas sobre o cotidiano da vida no tráfico e é cedo para qualquer generalização desses resultados" (*in Crime e violência no Brasil contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 196).

Tampouco é correta a generalização que se faz no sentido de que todo e qualquer "vapor" ou "vendedor direto" seja um braço armado do tráfico. Na verdade, se os "soldados" costumam ter envolvimento muito mais estreito com a quadrilha, os "vendedores diretos" da droga muitas vezes preferem assumir a qualidade de "simples repassadores", mantendo-se afastado dos laços de vínculo permanente com a quadrilha. Nas palavras de ALBA ZALUAR, também especialista do tema e Professora titular de antropologia da UERJ:

"Muitos se oferecem para ser 'soldados'. Para isso, deve ser bom atirador, fazer parte do grupo que manda no morro: 'Você passa a saber de tudo que acontece no morro e no tráfico. A pessoa entra assim e morre assim'.

Outros acham que o melhor seria, como já dissemos, construir progressivamente uma relação de maior confiança com o 'dono', isto é 'ganhar conceito', o que possibilita ao 'repassador' adquirir quantidades cada vez maiores da droga a ser vendida. O ideal, segundo esses homens, seria permanecer como 'considerado', mas não se envolver, como os outros traficantes, nas atividades criminais da quadrilha. Este é o que quer ganhar com o tráfico para posteriormente sair fora e 'abrir um pequeno negócio'" (*in Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004. p. 335).

Atuando na linha de frente, mas olhando a realidade desde um ponto de vista crítico, o Delegado da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, ORLANDO ZACCONE, confirma, com sua experiência profissional, o que os teóricos do tema descrevem em suas pesquisas:

"Como delegado de polícia, atuando há pouco mais de seis anos na capital, acabei por encontrar uma realidade diversa daquela que nos é apresentada, diariamente, enquanto 'verdade'. Os criminosos autuados e presos pela conduta descrita como tráfico de drogas são constituídos

por homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, detidos com drogas sem portar nenhuma arma. Desprovidos do apoio de qualquer 'organização', surgem, rotineiramente, nos distritos policiais, os 'narcotraficantes', que superlotam os presídios e casas de detenção.

O sistema penal revela assim o estado de miserabilidade dos varejistas das drogas ilícitas, conhecidos como 'esticas', 'mulas', 'aviões', ou seja, aqueles jovens (e até idosos) pobres das favelas e periferias cariocas, responsáveis pela venda de drogas no varejo, alvos fáceis da repressão policial por não apresentarem nenhuma resistência aos comandos de prisão" (in Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 11-12).

Debruçando-se especificamente sobre o grau de envolvimento dos "esticas" com o "movimento", Zaccione chega à mesma conclusão dos estudiosos das ciências sociais, identificando a existência de simples relação devedor/credor, e não de associação, entre "vapores" ou "vendedores diretos" e a quadrilha propriamente dita. Não por outro motivo, o Delegado identifica os "esticas" como verdadeiros "sacoleiros", "autônomos do comércio ilegal", "revendedores comissionados", conforme destacamos abaixo:

"A partir dos anos 1980, com a sedimentação da política de 'guerra' contra as drogas, a divisão do trabalho no comércio ilegal fez surgir a figura do 'estica', aquele que resolve participar do negócio ilícito como revendedor da mercadoria.

Esse **'sacoleiro' das drogas** ocupa a mesma posição dos camelôs e pivetes, sendo considerado bandido de 3^a classe, uma vez, que é sobre ele que recai a repressão punitiva. Isso explica, por exemplo, o aumento do número de mulheres e crianças envolvidas com o narcotráfico. Para ser 'sacoleiro' de drogas não é preciso portar nenhuma arma e sequer integrar alguma dita organização criminosa. Basta ter crédito junto aos fornecedores.

Autônomo no comércio ilegal, o 'estica' é pressa fácil, uma vez que não apresenta nenhuma resistência às ordens de prisão e passa a participar do negócio ilegal oferecendo a sua própria liberdade como caução. Desprovido do capital necessário para fazer parte como acionista do negócio ilícito, o "estica" se transforma em **revendedor comissionado no comércio de drogas**, oferecendo o único bem de valor que lhe resta, qual seja, sua própria liberdade de ir e vir" (in Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 21-22).

Nenhuma dessas considerações teóricas e práticas, por certo, impede que, em determinado caso concreto, possa haver vínculo associativo estável e permanente entre um ou mais "vapores" e os demais participantes do "movimento", de modo a permitir eventual condenação pelo crime do art. 35, da Lei nº 11.343 / 06. Tal fato, no entanto, não pode ser simplesmente

presumido, ao argumento de que a associação é pré-requisito necessário para que qualquer pessoa venda substância entorpecente em favela, ainda que com ela também seja apreendida arma de fogo, tal como ocorrido *in casu*.

Nesse sentido, afigura-se absolutamente irretocável o entendimento esposado pela 7ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2008.054.00311, ocorrido em 10.02.09 e assim relatados pelo Des. Ciro Darlan:

"EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE - ARTIGOS 33 C/C 40, VI E 35, TODOS DA LEI 11.343/06, NA FORMA DO ART. 69 DO CP - SENTENÇA CONDENATÓRIA DE 1º GRAU FIXANDO A PENA DE CADA UM DOS RÉUS EM 09 (NOVE) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, DEU PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DEFENSIVOS PARA REFORMA DA SENTENÇA MONOCRÁTICA NO TOCANTE À DOSIMETRIA DAS PENAS PARA FAZER INCIDIR A CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO VI DA LEI Nº 11.343/06 NA SUA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO), DESSA FORMA REDUZINDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PARA O PATAMAR DE 08 (OITO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO E A PENA PECUNIÁRIA A 1.283 (UM MIL DUZENTOS E OITENTA E TRÊS) DIAS MULTA, NO SEU VALOR MÍNIMO LEGAL, ABRANDANDO-SE O REGIME PARA O INICIALMENTE FECHADO. VOTO VENCIDO QUE TAMBÉM PROVIA OS RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE, PORÉM PARA ABSOLVER OS APELANTES PELO DELITO DO ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/06, COM FULCRO NO ARTIGO 386, VI DO CPP, E FIXAR A PENA FINAL EM 4 (QUATRO) ANOS, 10 (DEZ) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 486 (QUATROCENTOS) DIAS-MULTA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - RECURSO QUE MERECE SER PROVIDO, DEVENDO PREVALEcer O VOTO VENCIDO DA 06ª CÂMARA CRIMINAL, VEZ QUE DECIDIU ACERTADAMENTE A HIPÓTESE. A CONDENAÇÃO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO NÃO PODE SER PRESERVADA POR FORÇA DA INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE PROVA QUE POSSAM DEMONSTRAR INEQUIVOCAMENTE O VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE ENTRE OS ACUSADOS E O ADOLESCENTE INFRATOR PARA O FIM DE PRATICAR TRÁFICO DE DROGAS. A PROVA ORAL COLHIDA NOS AUTOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO SE MOSTROU INSUFICIENTE PARA COMPROVAR QUALQUER ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL, POSTO QUE O DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS NADA ESCLARECE A ESSE RESPEITO. O DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES SÃO HARMÔNICOS E IDÔNEOS, ENTRETANTO, TAIS DECLARAÇÕES, NÃO OBSTANTE

PODEREM SER TOMADAS COMO MEIOS DE PROVA PARA EVIDENCIAR A PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, NÃO COMPROVAM A ESTABILIDADE DA ASSOCIAÇÃO E O ACORDO PRÉVIO DOS ACUSADOS VOLTADOS PARA A PRÁTICA DE UMA FINALIDADE COMUM, NO CASO VERTENTE, O TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, E ADEMAIS, A AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO ANTERIOR, NÃO PERMITE RECONHECER A ESTABILIDADE DA ASSOCIAÇÃO PARA O CRIME DE TRÁFICO. A DENÚNCIA FEZ SIMPLES REFERÊNCIA AO FATO DE OS DENUNCIADOS TEREM SE ASSOCIADO, ENTRE SI PARA O FIM DE EXPLORAREM O TRÁFICO DE ENTORPECENTES SEM, CONTUDO, DESCREVER A FORMA COMO TAL ATIVIDADE SE DESENVOLVIA, AFIRMANDO, ESTAR A MESMA EVIDENCIADA "EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA FORMA DE ACONDICIONAMENTO DO MATERIAL ILÍCITO APREENDIDO, BEM COMO PELA QUANTIA EM DINHEIRO E PELAS ANOTAÇÕES REFERENTES AO TRÁFICO ARRECADADAS EM PODER DOS DENUNCIADOS." ENTRETANTO, TAIS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO SÃO POR DEMAIS ABSTRATOS, SENDO CERTO QUE TAIS ELEMENTOS (QUANTIDADE DA DROGA, FORMA E ACONDICIONAMENTO, QUANTIA EM DINHEIRO E ANOTAÇÕES APREENDIDAS) NÃO IMPORTA DIZER QUE A ASSOCIAÇÃO RESTOU CARACTERIZADA. ASSIM, DIANTE DA AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO A VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE ENTRE OS ACUSADOS E O ADOLESCENTE INFRATOR PARA O FIM DE PRATICAR TRÁFICO DE DROGAS, DEVEM OS RÉUS SER ABSOLVIDOS QUANTO À IMPUTAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/06 EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. OS EMBARGOS ESTÃO RESTRITOS À MATÉRIA OBJETO DA DIVERGÊNCIA, QUE NO CASO VERTENTE DIZ RESPEITO À CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, SENDO VEDADO TRANSPÔ-LA, RAZÃO PELA QUAL NÃO SE ABORDA A QUESTÃO RELATIVA AO RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA ESTABELECIDA NO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06, APESAR DE AFASTADA A CONDENAÇÃO DOS RÉUS PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXTENSÃO DA DECISÃO AO CO-RÉU E AO CO-REPRESENTADO, POR FORÇA DO ARTIGO 580 DO CPP. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA FAZER PREVALESCER O VOTO VENCIDO E ABSOLVER O EMBARGANTE DA IMPUTAÇÃO RELATIVA AO ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/06, ESTENDENDO A DECISÃO AO CO-RÉU, MANTENDO-SE A CONDENAÇÃO DOS RÉUS NAS PENAS DO ARTIGO 33 C/C ARTIGO 40, INCISO VI, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06, FIXADA A PENA DE CADA UM EM 05 (CINCO)

ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE 583 (QUINHENTOS E OITENTA E TRÊS) DIAS-MULTA, ARBITRADA NO SEU VALOR MÍNIMO LEGAL".

Assim, em conformidade com tal entendimento jurisprudencial, entende este Promotor de Justiça que não há fundamento nos autos a amparar a condenação dos apelantes pela prática do delito de associação para o tráfico.

Ademais, a absolvição do réu pelo delito de associação resolveria outro problema intrínseco da r. sentença recorrida.

É que, ao reconhecer o porte da arma como agravante dos delitos de tráfico e de associação, e não como delito autônomo, o nobre Magistrado de 1º grau acabou desvalorando duas vezes a mesma conduta, incorrendo em verdadeiro *bis in idem*.

Ora, se a arma já era usada no crime permanente de associação para o tráfico, já estava completamente afetado o bem jurídico fundamentador da incriminação em tela, sendo irrelevante que a arma fosse usada também no crime de tráfico que levou à prisão em flagrante, pois com isso em nada se incrementou o risco para a incolumidade pública.

Assim, embora correta a consideração do porte de arma como agravante do delito principal, e não como crime autônomo, parece claro que tal circunstância não poderia ser considerada na fixação da pena dos dois delitos de tráfico e de associação.

Com a reforma da sentença ora pretendida, portanto, tal incoerência deixa de existir, o que só reforça a necessidade de provimento do presente recurso.

DO PEDIDO:

Diante de todo o acima exposto, requer o Ministério Públíco seja o presente recurso conhecido e provido, para reformar a r. sentença de fls. 116/ 140, absolvendo o réu da prática do crime previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/ 06 e mantendo inalterada sua condenação pelo delito do art. 33, *caput*, do mesmo diploma legal.

Duque de Caxias, 10 de abril de 2009

Tiago Joffily

Promotor de Justiça

Matrícula nº 2.357

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DA COMARCA
DE S O PEDRO DA ALDEIA**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO vem, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, oferecer

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA

em face de **Ailton Machado Lopes**, portador da cédula de identidade n. 11201269, IFP, nascido em 29/11/1955, com endereço na Estrada do Alecrim, n. 299, bairro Porto do Carro, nesta cidade, com base nas peças de informação que instruem e acompanham a presente, pelos fundamentos de fato e de direito que passa a expor.

I - Dos fatos

Foi oferecida denúncia pela prática do crime previsto no artigo 33, § 1º, III da Lei 11343/06 em face de **Ailton Machado Lopes**, porque o mesmo frequentemente tem consentido, durante eventos que promove em seu estabelecimento comercial, que pessoas dele se utilizem para a prática de tráfico de drogas.

Como se pode constatar, diante dos documentos e das declarações acostadas aos autos do inquérito, encontra-se presente o *fumus boni juris*, necessário à decretação de qualquer medida cautelar, inclusive as **constitivas da liberdade**. Os documentos que guarnecem a inicial, além disso, agora, indiciam a prática criminosa *continuada*, senão vejamos.

O Comissariado da Infância, ao realizar uma fiscalização, registrou “tratar-se de local perigoso, com incidência de brigas entre freqüentadores, sem segurança apropriada. Na oportunidade, os próprios policiais militares alertaram quanto ao elevado índice de crimes e tumultos no local e redondezas. Além disso, este setor recebeu informações de pessoas da comunidade que não querem se identificar, reforçando tais informações, e sugerindo a existência de tráfico de drogas no local”.

Agentes lotados no GAP também ali empreenderam diligências e consignaram “uma concentração de elementos que possivelmente fazem uso de entorpecente, ao

lado do Beer House, local este também de constantes brigas entre os jovens", havendo registro de homicídio, embora em outro lugar, motivado "por fato gerado no interior do estabelecimento". Ressaltaram, ainda, "a incidência de algumas ocorrências policiais nas proximidades do Beer House referente ao tráfico e consumo de entorpecentes", apontando algumas delas para concluir que "o local é perigoso".

Trata-se de fato notório na comarca que, se fosse no cível, careceria de prova, mas todos os indícios acima alinhavados confluem para existência do malsinado comércio de substâncias estupefacentes tanto no interior do bar, como nas ruas adjacentes, afigurando-se até mesmo ingênuo acreditar que somente freqüentam o estabelecimento meros usuários. Aliás, a simples constatação de pessoas fazendo uso de entorpecentes, conforme assaz relatado, conduz a conclusão inexorável de que no local funciona um ponto de venda, vulgarmente conhecido como "boca de fumo".

Tais elementos que justificaram a concessão da medida cautelar inicial ora foram corroborados, porquanto os agentes públicos que a executaram lograram êxito em arrecadar, na calçada da porta de acesso ao bar, material entorpecente consistente em "três sacos plásticos amarrados contendo pó branco em seu interior, que aparentava ser cocaína", notando ainda que "no amarrado, havia pontas de outros sacolés, o que levou a dedução de que outros tantos sacolés haviam sido arrancados, chegando-se a conclusão de que possivelmente estaria ocorrendo tráfico de entorpecentes" (fls. 24 e 25).

Em harmonia com tudo isso, duas testemunhas que costumam freqüentar os bailes *funks* ali promovidos aduziram em sede policial que "vêm, com freqüência, pessoas usando cocaína tanto do lado de dentro quanto do lado de fora do estabelecimento" e que "às vezes, o declarante tem que sair do local em virtude de haver várias pessoas próximas ao declarante usando cocaína e outras drogas" (fls. 27 e 29).

A nosso ver, há indícios contundentes de que aquele estabelecimento funciona como ponto de venda de drogas, sempre que ocorrem tais eventos, aos fins de semana, senão com a participação do proprietário, com seu o aval, transformando-o em palco de crimes e tumultos de toda ordem, criando um clima generalizado e permanente de insegurança, de modo que o interesse particular da atividade comercial fica relegado a segundo plano quando está em conflito com a segurança coletiva.

II - Do Direito

Uma jurisdição eficiente deve garantir à sociedade a realização de seus fins, isto é, a concretização, na vida real, dos valores que almeja proteger.

O Direito Penal, ao passo que impõe limites ao poder repressivo do Estado, garantindo liberdade ao homem, estabelece sanções, colimando tornar invioláveis os bens mais importantes da vida social.

Assim, procura desestimular e impedir ações que possam ofendê-lo, interromper ofensas em curso e recompor, de alguma forma, a ordem jurídica violada. A inviolabilidade dos bens compreende, portanto, o impedimento, a interrupção de ofensas e a recomposição da ordem.

Cumpre admitir, por lógica, que a jurisdição penal, para ser eficiente, deve, além de restaurar a ordem, impedir e interromper ofensas, não podendo estar despojada de instrumento necessário à consecução dos fins de tornar invioláveis os bens mais importantes da vida social.

Com a pena corpórea, o Direito ambiciona, sobretudo, coibir infrações penais mediante preceitos que se dirigem à todos e àquele que delinquiou. Este é o fim precípua do Direito Penal e, se ao Juiz Criminal a lei outorga este fim, para alcançá-lo, deve também dotá-lo dos meios.

Noutras palavras, se a pena corpórea busca coibir a delinquência, intuitivo que meios menos gravosos para atingir tal escopo estejam incluídos implicitamente nos poderes do agente público competente para aplicá-la. Na hipótese, o poder-meio é o de interromper imediatamente a ação criminosa, e o agente público competente para exercê-lo é o Juiz Criminal, em nítida aplicação, no campo penal, da *teoria dos poderes implícitos*.

Assim, numa visão larga e construtora, medidas cautelares oriundas de um poder judicial geral irrompem ajustadas ao exercício de tal função, assumindo dimensão eminentemente prática na concreção de valores.

Partindo, então, da premissa de que o poder geral de cautela é inerente ao exercício da jurisdição em qualquer âmbito, tomando-o como certo e verdadeiro no processo penal, busca-se aqui afetá-lo a uma finalidade específica, como o passageiro que, conhecendo as anteriores, desce na próxima estação de um trem, olhando para frente, sem se preocupar com o caminho percorrido¹.

1. Rogério Pacheco Alves escreveu um primoroso trabalho sobre o poder geral de cautela no processo penal, onde, após discorrer sobre a efetividade da jurisdição e o processo cautelar e dissecar, com precisão cirúrgica, os requisitos e características das providências cautelares e as medidas cautelares típicas, conclui que “o desalentador quadro de medidas cautelares apresentado por nosso Código, não obstante todos os esforços levados a efeito pelo legislador nos últimos anos, contribui para a inegável ineficácia do processo criminal, distanciando-o, realisticamente, dos cânones de efetividade que tão de perto vêm informando a atual legislação processual civil. Tal realidade leva a que a prestabilidade da futura sentença de mérito se veja protegida por uma malha processual bastante pobre, conduzindo a que, em diversas hipóteses, os deletérios efeitos do tempo sobre o processo levem a um real esvaziamento da prestação jurisdicional, contribuindo, assim, para o desprestígio do chamado “sistema de justiça”. A prova cabal do até aqui afirmado se verifica, de forma mais grave, no campo das ações penais condenatórias, no qual o principal instrumento garantidor da eficácia da prestação jurisdicional é a prisão cautelar, em suas diversas modalidades. Medida, no entanto, dada a gravidade de efeitos que decorrem do encarceramento durante o processo, bem assim em razão dos requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Penal para a sua decretação,

No processo civil, onde a doutrina atingiu grau elevado de evolução científica, não se questiona a existência de um poder cautelar geral deferido ao magistrado, havendo previsão legal específica².

Não admiti-lo no processo penal significa entendê-lo como um processo rudimentar, subdesenvolvido, ou melhor, um direito processual amputado, em que se nega algo inerente à função jurisdicional.

Aliás, pode-se dizer que tal função preventiva se justifica com muito mais razão na área penal, porque o Direito Penal, pautado por um princípio de intervenção mínima, constitui a *ultima ratio* na proteção dos bens mais caros à sociedade, assegurando condições de existência e continuidade da organização social.

Daí porque se o provimento jurisdicional cautelar geral se justifica para o profícuo resultado das atividades cognitiva e executiva civil, muitas vezes reduzidas à questões exclusivamente privadas, *a fortiori* deve ser admitido num processo em que se busca assegurar condições de existência e continuidade da própria organização social.

O Direito é um todo orgânico; um sistema de normas dotado de unidade lógica, coerência interna e ausência de contradições. Conforme enunciou Carlos Maximiliano “coincidem a ordem jurídica e a vida do homem em comunidade; por isso, toda legislação, graças à unidade do objetivo, que é disciplinar a utilidade social, e à unidade de idéia fundamental, que é assegurar a justiça, constitui um organismo com forças latentes de adaptação e expansão, encerra o germe de uma série de normas não expressas, porém vivazes e implícitas no sistema. O mesmo princípio contido numa regra legal é logicamente estendido a outras hipóteses não previstas”³.

Não impressionam, portanto, objeções ligadas à liberdade, como se houvesse uma pretensa *tipicidade processual* não diferente de uma *tipicidade de direito*

nem sempre cabível por falta de razoabilidade e proporcionalidade. Ou seja, diante dos exígues mecanismos disponibilizados pela lei, o Juiz criminal, em muitas hipóteses, se vê diante da dicotomia do “prender” ou “não prender”, o que, como consequência, ou o leva a decretar prisões cautelares desarrazoadas ou, ao contrário, a assistir, passivamente, o esvaziamento do processo, lavando as mãos qual Pilatos no credo, mesmo diante da premente necessidade de garantir a aplicação da lei penal, a instrução criminal ou mesmo a ordem pública. Segundo pensamos, seja no crime, seja no cível, sempre que houver uma concreta a possibilidade de esvaziamento do exercício da função soberana de julgar, deve o Magistrado servir-se de mecanismos que razoavelmente o habilitem a garantir a sua jurisdição. E tal possibilidade vai encontrar no poder geral de cautela um dos seus mais poderosos instrumentos também na seara processual penal” *in Revista do Ministério Público do RJ* nº 15, jan./junho de 2002, p. 229 e SS.

2. Art. 799 do CPC.

3. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 208.

substancial⁴ ou uma legalidade da inteira pretensão que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta⁵, porque a tipicidade das medidas penais somente deve estar presente quando em tensão especificamente a liberdade ambulatorial do indivíduo.

Não atingindo a liberdade de ir e vir, a tipicidade afigura-se prescindível, pois as medidas gerais de cautela, penal ou civil, atuam em um mesmo plano jurídico, restringindo a mesma esfera de liberdade individual.

Sendo assim, a falta de regra expressa no repositório legislativo próprio constitui frágil argumento para não se reconhecer o poder geral de cautela penal, pois o princípio vigente para o processo civil pode ser transportado para o processo penal, certo que, na matéria, a lei permite expressamente a *interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*⁶.

Afívele-se, nesse contexto, que a tutela cautelar não é estranha sequer ao vetusto Código de Processo Penal brasileiro, o qual contempla medidas de nítido cunho acautelatório, como seqüestro, arresto, busca e apreensão, antecipação de provas⁷, além das prisões de natureza processual e da própria fiança.

Na legislação penal especial, cada vez mais, encontramos exemplos de decisões tipicamente cautelares, como a ação controlada e a infiltração de policiais, a interceptação telefônica, o seqüestro de bens, direitos e valores do acusado na lavagem de dinheiro, a indisponibilidade de bens ou valores utilizados no tráfico de entorpecentes, a utilização provisória de veículos, embarcações, aeronaves, maquinismos, utensílios e objetos de qualquer natureza oriundos do tráfico de entorpecentes, a alienação, em caráter cautelar, destes bens apreendidos, o afastamento do lar de agressores, a proibição de aproximação e contato com vítimas⁸, dentre outros.

O exame destas figuras processuais, porém, nos conduz a inegável conclusão de que a tutela cautelar penal desborda dos limites normais de segurança ao resultado útil do processo de conhecimento, indo além de uma finalidade meramente instrumental, para alcançar o objetivo próprio do Direito Penal material.

No campo penal, confinar a tutela cautelar geral ao resultado útil do processo significa esvaziar seu conteúdo ou, ao menos, reduzir, drasticamente, seu alcance, porque o processo penal condenatório possui apenas dois resultados possíveis e sua utilidade se resume a um deles: em última análise, o de que o réu cumpra a

4. Romeu Pires de Campos Barros, *Processo Penal Cautelar*, 1982, p. 58.

5. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, Saraiva, 1991, p. 57.

6. Art. 3º do CPP.

7. Arts. 125, 137, 240 e 366 do CPP.

8. Lei 9034/95; Lei 9296/96; Lei 9.613/98; Lei 10409/02; Lei 11340/06.

sua pena. Não há outra forma de enxergar o problema; fora isso, não há risco processual a ser eliminado.

Escritores que ultimamente se dedicaram ao estudo das medidas urgentes, mesmo no processo civil, desfizeram um misticismo e revelaram que “a tutela cautelar não é um instrumento do instrumento, ou seja, um instrumento do processo que presta a tutela jurisdicional do direito, satisfazendo ou realizando o direito material. A tutela cautelar é um instrumento vocacionado a dar segurança à tutela do direito desejado, ou que pode vir a ser ambicionada. A segurança é prestada para eventualidade do reconhecimento do direito material e, desta forma, para garantir que, na hipótese de procedência do pedido, a tutela do direito possa ser útil e efetiva”⁹.

Galen Lacerda já antevira que:

“O mandado de segurança, porém, não basta para coibir todas as hipóteses de lesão ou de ameaça de lesão, e quanto à ação penal, mais vale preveni-la pela imposição de cautela inibitória ao infrator atual ou virtual, do que puni-lo depois da consumação do ilícito”

“Abre-se, aqui, um campo vastíssimo de atuação ao poder cautelar geral como fator preventivo do ilícito penal. Interpenetram-se neste setor, como notável reflexo da unidade básica do direito, o direito processual civil e o direito penal. A cautela inibitória do ilícito penal, proposta de acordo com o processo civil, como ação dependente de outra, também não penal, com o mesmo objetivo, funciona admiravelmente como prevenção ou sustação do delito e como tutela dos direitos fundamentais do homem”

“em vista da importância dos valores humanos em confronto no processo penal, pode-se afirmar mesmo que, nele, a atuação das cautelas inespecíficas cresce em relevo. Infelizmente, a doutrina processual penal permanece na infância, e o tema fascinante queda inexplorado”.

“No estado atual da doutrina e da legislação penais a cautela inominada só caberá de modo incidente, no curso da ação penal pública ou privada, pertencente à iniciativa do autor, ou decretável de ofício pelo juiz. O campo se oferece vastíssimo, principalmente, para atuação de inibitórias da conduta ilícita, em suas implicações penais ou civis”.¹⁰

Nesta senda, a tutela cautelar penal possui, assim, uma eficácia extraprocessual que alcança os fins materiais da sanção. É dizer: além de prestar

9. Processo Cautelar, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, p. 36.

10. Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, p. 181.

segurança aos resultados intraprocessuais, protege os bens necessários à sobrevivência da sociedade contra lesões presentes e futuras, contra situações criminosas correntes e a ocorrer. Apenas desse modo, no processo penal, pode-se dizer eficiente e útil a função jurisdicional.

Esta eficácia extraprocessual é que fundamenta, sem maltrato ao Texto Constitucional, por exemplo, a prisão preventiva para garantia da *ordem pública*, para garantia da *ordem econômica*¹¹ ou em face da *magnitude da lesão*¹². Cláusulas que não se limitam à proteção do processo propriamente, mas extravasam-no para coibir a delinqüência, tutelando os bens jurídicos essenciais.

Mesmo boa doutrina que somente aceita a prisão cautelar com base na “conveniência da instrução criminal e exequibilidade da efetivação da pena” ao argumento de que “toda e qualquer prisão provisória que supere esse limite é ilegítima, arbitrária, posto que contrária ao princípio da presunção de inocência” incorre em tentação, ao sustentar que “a decretação da prisão preventiva, como garantia da ordem pública ou da ordem econômica, às vezes, até será tolerável, na hipótese em que o indiciado ou acusado continua com sua atividade criminosa, se bem que, nesse caso, a medida coercitiva perde, às escâncaras, seu caráter cautelar e se transmuda numa espécie de medida de segurança sem respaldo constitucional”¹³.

Na medida em que se descortina, em geral, a eficácia extraprocessual da medida cautelar penal, fica contornada esta incômoda posição de se reprovar a prisão processual “na hipótese em que o indiciado ou acusado continua sua atividade criminosa”, pois ela atende ao já referido fim de obstruir o delito, o qual, sem dúvida, constitui também um valor constitucional atinente à eficiência da jurisdição e à segurança da coletividade.

E mais. O reconhecimento do poder geral de cautela penal, afetado à finalidade específica de logo interditar a ação criminosa, serve para tranquilizar a consciência do Juiz e da própria sociedade, que, muitas vezes, se vêem, como que no interior de um labirinto sem saída, ante o dilema de prender ou não prender provisoriamente, no esquema clássico do processo.

Algumas figuras cautelares, como visto, não restringem sua finalidade à utilidade processual de garantir que o réu cumpra a sua pena; instrumentos processuais penais diversos, por outro lado, não visam pura e simplesmente assegurar eventual reparação dos danos. Antes, tais medidas têm por escopo a interdição da própria ação criminosa.

11. Art. 312 do CPP.

12. Art. 30 da Lei 7492/86.

13. Fernando da Costa Tourinho Filho, Revista do Ministério Público.

Com efeito, alguém poderia explicar a natureza da busca e apreensão de pessoas vítimas de crimes¹⁴, senão a imediata cessação do crime de sequestro ou cárcere privado? A ação controlada e a infiltração por agentes de polícia, autorizadas pelo Juiz, a despeito do viés probatório, não tem função precípua de estancar a atividade organizada ilícita? O esquema de proteção urgente montado pela lei de violência doméstica tem outro emprego que não seja interromper e impedir a prática de crimes? Para que serve o afastamento do agressor do larconjugal? Qual o serviço oferecido ao processo pela proibição de determinadas condutas, como aproximação e contato com a ofendida?

Certas providências cautelares nada têm a ver com o processo em si mesmo; vão além dele, para embargar a ação criminosa, procurando realizar os fins materiais da sanção penal de tornar invioláveis os bens mais relevantes da vida social.

Como não é possível ao legislador prever em abstrato o antídoto para todas as situações de violência que se alongam no tempo, de forma habitual, continuada ou permanente, ou aquelas prestes a ocorrer, é forçoso reconhecer o poder que o ordenamento jurídico confere ao Juiz Penal de adotar providências para extinguir uma ação criminosa, já que, por vezes, mostram-se insuficientes o ajuizamento da denúncia e, até mesmo, a prisão processual do acusado, quando não exagerada.

A negação de tal providência no próprio âmbito penal é acintosa, pois o criminoso diria: *pratiquei o crime, continuo o praticando, mas Vossa Excelência, Juiz Criminal, embora possa me prender, desde que concorram os requisitos legais, não pode fazer cessar minha atividade delituosa, o que constitui rematado disparate.*

Imaginemos um crime previsto na lei de parcelamento do solo urbano¹⁵, onde o sujeito ativo efetua loteamento ou desmembramento do solo, sem autorização do órgão público competente ou em desacordo com as prescrições legais. Poderá o Juiz Criminal, ao abrigo desta tese e mediante requerimento do Ministério Público, adotar uma medida cautelar inespecífica e expedir uma ordem ao agente, determinando a imediata suspensão do projeto e, não só ao agente, como ao Município e ao Oficial do Registro Imobiliário, no sentido de não efetivarem os atos necessários a negociação dos lotes.

Nos crimes contra ordem econômica relacionados a combustíveis¹⁶, quando o agente adquire, distribui ou revende derivados de petróleo, gás natural, álcool etílico carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com a legislação específica, poderá o Juiz Criminal, da mesma forma, mediante requerimento do Ministério Público, conceder uma cautelar inominada,

14. Art. 240, §1º, g do CPP.

15. Lei 6766/79.

16. Lei 8176/91.

determinando ao distribuidor original do produto que se abstenha de comercializar com o infrator.

Em alguns crimes contra o consumidor, *v. g.*, omissão de dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos nas embalagens, publicidade enganosa ou abusiva ou que induza em erro¹⁷, venda de mercadorias com embalagem, tipo e composição em desacordo com as normas, fraude de preços mediante distorção do produto¹⁸, dentre outros, poderá o Juiz Penal determinar a própria retirada do produto de circulação.

Em licitações e contratos administrativos, às vezes, não é o agente político, mas o próprio licitante que incorre em crime de fraude ao procedimento e à concorrência, obtendo vantagem ilícita, quando o Juiz poderá preventivamente sustar o certame ou os benefícios vindouros da contratação irregular¹⁹.

O Código de Trânsito incrimina diversos comportamentos perigosos que recomendam a cautela de se suspender a habilitação para dirigir veículos, medida esta, aliás, prevista, como pena, no preceito secundário de alguns tipos penais, o que não impede o seu deferimento ainda no curso da ação²⁰.

De nada adianta também promover a responsabilização penal por contravenção de exercício ilegal da profissão ou atividade econômica se não se dispuser de meios para impedir sua continuação, pois, em muitos casos, a proibição de exercê-las advém de causas supervenientes, podendo o Juiz Criminal determinar provisoriamente, no curso da ação, a suspensão da inscrição no órgão de registro profissional competente, permitindo que eventuais contratantes tomem conhecimento da irregularidade e adotem suas precauções.

O furto de energia elétrica ou de água, dentre outros bens equiparados, constitui outro exemplo de ineficiência da jurisdição penal, caso não possa o Juiz determinar, se já não tenham feito, que funcionários das concessionárias procedam ao desligamento da rede clandestina.

Manter casa de prostituição é outro crime previsto no Código Penal cujas medidas cautelares típicas, como prisão preventiva e busca e apreensão, raramente se prestam a neutralizar a atividade habitual ilícita, de modo a fazer

17.Arts. 63,66,67 e 68 da Lei 8078/90.

18.Arts. 7º, I e IV da Lei 8137/90

19. *v.g.* Arts. 90, 91, 93 e 95 da Lei 8666/93

20. Neste caso, o artigo 294 do Código de Trânsito prevê expressamente que, em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

com que as Instituições percam a credibilidade perante a comunidade local, ensejando providência geral consistente em uma ordem judicial de não fazer, destinada ao réu, ao lado da execução do lacre e do fechamento físico do estabelecimento comercial sem o concurso da vontade daquele.

No campo da execução penal, há muito, a Jurisprudência reconhece a possibilidade de o Juiz conceder a regressão cautelar para regime de cumprimento de pena mais rigoroso em caso de falta grave do preso, independentemente do contraditório previsto na lei, o fazendo sempre com base no poder geral de cautela e no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional²¹.

Não poderíamos deixar de citar a hipótese de servidores públicos, civis ou militares, que praticam crimes contra a Administração Pública, os quais podem ser afastados, preventivamente, de suas funções por ordem do Juiz competente para conhecer e julgar a ação penal, rompendo o ciclo criminoso²².

Com alguma controvérsia, a Jurisprudência vem majoritariamente admitindo o afastamento cautelar de servidor público do cargo quando responde por crimes funcionais, já tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido que “os elementos colhidos no inquérito e narrados na denúncia demonstram a existência de fortes indícios das condutas delituosas, irrogando aos acusados os crimes descritos nos artigos 317, §1º e 332, p. único, do Código Penal. A gravidade dos fatos justifica o afastamento do exercício das funções do seu cargo, sem prejuízo da remuneração e vantagens, até o julgamento definitivo (Precedentes APN 244/DF, Inq. 323/PE, Inq. 300/SP, Inq. 231/SP, APN 306-DF)”²³ e que “o afastamento do servidor, em face de denúncia em ação penal pela prática de crime contra a Administração Pública, não se reveste de ilegalidade, visando apenas, no interesse da Administração, retirar o funcionário de seu local de trabalho, evitando óbices a apuração da falta ou do delito”²⁴.

Com certa freqüência, o poder cautelar penal é enfocado, às avessas, sob o prisma da contra-cautela em caso de concessão de liberdade provisória, fixando-se medidas não previstas em lei, na forma proposta acima, quando, no fundo, se cuida propriamente de uma decisão cautelar autônoma em relação àquela que a originou.

21. TJRJ – 1^a CCrim, HC julgado em 09/11/2009, Des. Antonio Jayme Boente; 4^a CCrim, AgE julgado em 22/09/2009, Des. Guaraci Vianna; 6^a CCrim, AgE julgado em 15/09/2009, Des. Antonio Carlos Amado, dentre outros precedentes.

22. O artigo 56, § 1º da Lei Antitóxicos estabelece que “tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo”.

23. Ação penal n. 2001/0006580-5, Min. Rel José Arnaldo da Fonseca, DJ 15/08/2005.

24. 2^a Turma, julgado em 03/11/1993, Min. Rel. Hélio Mosimann, DJ 29/11/1993, p. 25864.

Nesse sentido, já assentou o Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de prisão em flagrante, a possibilidade de concessão da liberdade provisória, mediante imposição de "medidas cautelares condicionantes à revogação da custódia antecipada, com base no poder cautelar geral do magistrado, no artigo 798 do CPC e 3º do CPP, desde que observados critérios de proporcionalidade e razoabilidade" e, muitas vezes, mesmo antes da Lei 11.719/08, que alterou o Código de Processo Penal, a Justiça Federal de modo geral vinha admitindo a retenção de passaporte como medida "de cautela mínima" alternativa à prisão, "desde que fundamentada e em conformidade com o artigo 312 do CPP"²⁵, se bem que, nesse caso, a medida ostentaria o traço da instrumentalidade própria das cautelares, servindo de garantia ao processo.

A nosso ver, o parágrafo único do artigo 387 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11719/08, de forma assistemática e não proposital, acabou por consagrar o poder geral de cautela penal, entregando não apenas o arco da contra-cautela, mas, antes, como uma alternativa, depositou outra ferramenta independente, a própria flecha, nas mãos do Juiz²⁶.

Assim, o anteprojeto de Código, se tem o mérito de regular a matéria de forma sistemática, ao proscrever peremptoriamente a concessão de medidas cautelares não expressas, dá um passo terrível para trás, impõe um retrocesso prejudicial e entra em rota de colisão com os anseios sociais de combate ao crime, tornando-se indispensável uma nova reflexão sobre o assunto, que é grave e precisa de outra conclusão.

Evidentemente, essa poderosa arma processual de luta contra o crime deve ser utilizada pelo Juiz com prudência, discernimento e razoabilidade, submetendo-se à comprovação fundamentada dos pressupostos das cautelares em geral.

25. TRF 3ª Região, HC - 37225, 1ª turma, 01/09/2009, DJF3 CJ1,16/09/2009, p. 77; TRF 4ª Região, HC, 7ª turma, julgado em 11/11/2003, DJ 26/11/2003, p. 751; TRF 3ª Região, HC - 28333, 1ª Turma, 16/12/2008, DJF3, 12/01/2009, p. 119, *verbis*: "2. A jurisprudência vinha localizando no âmbito da cautelariedade processual penal a medida de retenção de passaporte. Precedentes do STJ, STF e desta 1ª Turma. 3. Após a reforma pontual do Código de Processo Penal, especialmente através da Lei nº 11.719/2008, tornou-se possível julgo discricionário do magistrado para o fim de, conforme a singularidade dos casos, deixar de decretar prisão cautelar (preventiva, na sentença condenatória e na decisão de pronúncia) e impor providência acautelatória substitutiva, que na compreensão do juiz seja suficiente para assegurar a ordem pública e econômica, a aplicação da lei penal e a regularidade da instrução; trata-se de inteligência do § único do artigo 387 do Código de Processo Penal cujo discurso (o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta) se estende às demais modalidades de prisão cautelar posto que, no fundo, todas elas (à exceção da prisão temporária) devem obedecer uma ordenação comum (artigo 312)"

26. "O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta"

O *fumus comissi delicti* assume papel de especial relevância, consubstanciado em provas mínimas atinentes a existência de um fato típico, ilícito e culpável e em indícios suficientes de autoria, entrevisto, enfim, na probabilidade de condenação do réu, enquanto o *periculum in mora* quase decorre do primeiro, pois, uma vez demonstrado o *fumus* de uma situação criminosa habitual, continuada ou permanente, o perigo aparece como as plantas de um jardim bem irrigado, podendo ser visto na cláusula legal de garantia da ordem pública.

Ademais, é preciso que se verifique *in concreto* a possibilidade de sua efetivação, a fim de evitar provimentos inúteis, na certeza de que a decisão judicial, como todo e qualquer ato jurídico, deve possuir um objeto, além de lícito e moral, possível e determinado, ou seja, realizável no plano fático. O conteúdo das cautelares inominadas penais, como no cível, há de ser materializado em ordens judiciais de fazer ou não fazer, em autorização, vedação ou abstenção da prática de determinados atos.

Por importar restrição a esfera de liberdade do indivíduo, embora não ambulatorial, a observância do devido processo legal e do contraditório, como a fivela em um cinto de segurança, se faz imperiosa. A hetero-integração normativa, entretanto, somente tem cabimento, por óbvio, na ausência de disciplina jurídica no repositório próprio, motivo pelo qual tais garantias devem seguir o rito previsto no Código de Processo Penal para as medidas assecuratórias.

Nesse sentido, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar a medida, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa e, autuada em apartado, admitirá embargos defensivos pelo acusado ou por terceiro. A providência judicial será levantada, devendo ser totalmente desfeita, se a ação não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias ou se for extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado²⁷.

O mundo não é eterno, tudo tem o seu prazo, e a restrição decorrente da prevenção inespecífica não pode fugir a esta regra. Havendo condenação, a lei não estabelece claramente um termo final, nem mesmo para algumas providências típicas, como a proibição de contato ou de aproximar-se da ofendida, de afastamento do lar, dentre outras, as quais também não podem ser intermináveis.

Porque a medida cautelar penal tem por fundamento e objetivo realizar os fins materiais da sanção, não podendo ser eterna, não há outra solução senão enxergar o limite de sua duração, para além do processo condenatório, no término da execução da pena, seja ela privativa de liberdade, seja ela restritiva de direitos.

27. CPP, Título VI, Capítulo VI

Em suma, é forçoso concluir que: 1) o ordenamento jurídico concede ao Juiz Criminal o poder geral de cautela como decorrência do exercício eficiente da Jurisdição; 2) o poder geral de cautela pode servir para interdição de atividades delituosas, habituais, permanentes ou continuadas; 3) o fundamento de tal atuação judicial apoia-se no objetivo maior do Direito Penal material; 4) as medidas, baseadas nos pressupostos das cautelares em geral, devem observar critérios de razoabilidade, tendo por conteúdo material ordens de fazer ou não fazer, autorização, vedação ou abstenção de atos determinados; e 5) o rito deve seguir a disciplina das medidas assecuratórias prevista no CPP.

III – Do requerimento

Por todas estas razões, assaz comprovados os pressupostos do *fumus bonis juris* referente a uma atividade criminosa continuada e o *periculum in mora*, requer o Ministério Público a concessão de medida cautelar para determinar ao réu que se abstenha de promover qualquer evento, festa ou baile no estabelecimento comercial denominado Beer House, sob pena de multa, além de desobediência e outras providências.

São Pedro da Aldeia, 21 de junho de 2010.

Tulio Caiban Bruno

Promotor de Justiça

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS 90.955 – SP

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Paciente: Édson Antônio da Silva

Impetrante: Ulysses Pedroso Ferreira

Coautora: Relatora do HC 79.359 do Superior Tribunal de Justiça

Pensão alimentícia – Descumprimento inescusável. Descabe vislumbrar ilicitude em ordem de prisão quando o descumprimento de obrigação a retratar pensão alimentícia surge inescusável.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator e por unanimidade, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 26 de agosto de 2008 – Marco Aurélio, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A Assessoria assim resumiu as balizas desta impetração:

Por meio da decisão de fls. 122 e 123, V. Exa. indeferiu o pedido de concessão de medida acauteladora, consignando:

***Habeas corpus* – Liminar – Verbete 691 da Súmula do Supremo – Excepcionalidade não verificada – Indeferimento.**

1. Depreendo da leitura da inicial que o Paciente veio a ter prisão decretada porquanto, obrigado a satisfazer à filha pensão mensal equivalente a 2,4 salários mínimos, deixou de recolher as quantias

"referentes aos meses de agosto de 2002 a março de 2003, bem como os valores concernentes de (sic) novembro de 2003 a janeiro de 2004, além do que pagou incorretamente os valores relativos de abril a outubro de 2003, com o depósito de valores muito inferiores" – duzentos reais mensais (fl. 3). O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, após conceder liminar, desproveu agravo de instrumento. A Ministra Nancy Andrighi indeferiu medida acauteladora em *habeas*. Daí pretender- se, neste processo, o afastamento do ato voltado ao cerceio à liberdade de ir e vir, revogando- se, alfin, a ordem de prisão.

Na inicial, acompanhada dos documentos de fls. 7 a 118, o Impetrante discorre ainda sobre dificuldades financeiras do Paciente visando a adimplir a obrigação e informa a propositura de ação revisional de alimentos.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se, às fls. 125 à 128, pela não-concessão da ordem, ressaltando a necessária observância do Verbete 691 da Súmula do Supremo.

Ante a passagem do tempo, foram solicitadas novas informações à autoridade apontada como coatora (fl. 130), que esclarece ter oficiado ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao juízo da execução acerca dos fatos noticiados no *Habeas Corpus* 79.359/STJ. O processo, devidamente instruído, foi encaminhado ao Ministério Público Federal, para emissão de parecer.

Consulta ao relatório de andamento processual no sítio do Superior Tribunal de Justiça na internet revelou que, no *Habeas Corpus* 79.359, distribuído à Ministra Nancy Andrighi, a ordem foi indeferida. O acórdão transitou em julgado em 4 de setembro de 2007.

Lancei visto no processo em 9 de julho de 2008, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 19 de agosto seguinte, isso objetivando a ciência do Impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ante a notícia do julgamento definitivo do *habeas* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça, entendo ultrapassado o óbice previsto no Verbete 691 da Súmula do Supremo.

No mais, improcede o inconformismo. No ato relativo à prisão, está consignada a inexistência, no processo de execução em curso, de elementos a demonstrarem a diminuição dos rendimentos do Paciente, apontando-se mesmo a postura autoritária deste no que pretendeu ver reduzida a pensão. É o que se verifica às fls. 60 e 61:

(...)

O requerido afirma em sua justificativa, que a credora reside no Estado da Bahia, onde o custo de vida é inferior. Além disso, teve uma outra filha, o que lhe trouxe maiores despesas. Sucede que todos esses fatos já foram conhecidos e decididos na ação revisional de alimentos por ele proposta, que foi julgada improcedente.

Portanto, não tem cabimento o juízo decidir de modo contrário, mesmo porque não há nos autos qualquer prova da diminuição dos rendimentos do requerido, que insiste em pagar a quantia de R\$ 200,00 há dois anos, sem qualquer atualização, estabelecendo ele próprio o valor da pensão que entende por justo.

Na verdade, o procedimento do devedor é autoritário, pois se arvora em juiz da própria causa, desconsiderando o valor que foi estabelecido ao cabo do devido processo legal. Mesmo com o provimento jurisdicional desfavorável, proferido na revisional por ele intentada, insiste em fazer valer a sua vontade.

Noutros termos, seu inadimplemento é inescusável e voluntário. .
(...)

Indefiro a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 90.955/SP — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Édson Antônio da Silva. Impetrante: Ulysses Pedroso Ferreira (Advogados: Rosangela Fagundes de Almeida Graeser e outros). Coatora: Relatora do HC 79.359 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármel Lúcia. Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, os Ministros Carlos Britto e Cármel Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 26 de agosto de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 93.157 – SP

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Menezes Direito.

Paciente: Manoel Missias de Oliveira

Impetrante: DPE/SP – Daniela Sollberger Cembranelli

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Processual penal. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Fundamentação. Constrangimento ilegal não-characterizado.

1. Cabe ao Juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do magistrado (art. 366 do CPP).

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 23 de setembro de 2008 – Menezes Direito, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de Manoel Missias de Oliveira, contra decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 85.242/SP.

A decisão atacada ostenta a seguinte ementa (fl. 47):

Criminal. HC. Produção antecipada de prova. Medida facultativa. Caráter urgente evidenciado. Réu revel. Delito ocorrido há mais de 06 anos. Possibilidade das testemunhas esquecerem dos fatos. Ordem denegada.

1 – A determinação de produção antecipada de prova testemunhal, nos termos do art. 366 do CPP, é faculdade legal conferida ao julgador, na hipótese de estar suspenso o processo em decorrência da revelia do acusado, bem como de estar demonstrada a urgência da medida, diante das peculiaridades do caso concreto.

2 – Se a demora na produção das provas pode prejudicar a apuração do delito, tendo em vista a grande probabilidade das testemunhas esquecerem os fatos presenciados ou detalhes importantes para o deslinde da questão, uma vez que o delito atribuído ao réu ocorreu há mais de 06 anos, resta caracterizada a urgência da medida, não havendo que se falar em constrangimento ilegal.

3 – Ordem denegada.

Narra a Impetrante, em suma, que o Paciente, acusado pela prática, em tese, de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, do Código Penal), sofre manifesto constrangimento ilegal consubstanciado na produção antecipada de provas sem que tenha sido demonstrada a urgência concreta, nem explicitada a necessidade e a fundamentação apta a justificá-la.

Sustenta, em síntese, ter o magistrado de primeiro grau, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, determinando a suspensão do curso da ação penal, decretado a prisão preventiva do Paciente e, de forma automática e sem fundamentação, designado audiência para a inquirição das testemunhas arroladas na denúncia.

Diz, mais, que, ausente a urgência e a necessidade exigidas pela lei para a produção antecipada da prova, há patente ofensa à garantia do contraditório e da ampla defesa.

Afirma, ainda, a necessidade de conjugação do conceito normativo do art. 366¹ com o do art. 225², ambos do Código de Processo Penal.

Requer, ao final, a concessão da ordem para declarar a nulidade da prova produzida na ausência do Réu e o consequente desentranhamento dos autos.

1. "Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. § 1º As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo. § 2º Comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo-se o processo em seus ulteriores atos."

2. "Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento."

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, opinou pela denegação da ordem (fls. 57-61).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que assiste razão à Impetrante.

Toda produção antecipada de provas realizada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal está adstrita à sua necessidade concreta, devidamente fundamentada.

A apreciação da conveniência quanto à realização da prova submete-se aos pressupostos previstos em lei e, não obstante haja um considerável grau de discricionariedade do magistrado para justificá-la, é imprescindível que a fundamentação se baseie em elementos dos autos que, no mínimo, indiquem a real possibilidade de perder-se a prova.

Não basta para justificar a inquirição de testemunhas a mera ação do tempo sobre a memória dos acontecimentos. Não obstante, se da conjugação das circunstâncias de fato restar demonstrado o risco concreto de ver-se obstada a futura obtenção de elementos de convicção pode o magistrado, expondo as razões de seu convencimento, determinar a antecipação da prova.

No caso sob exame, a antecipação da prova foi determinada de forma automática, simplesmente em razão de não ter sido o réu localizado para a citação.

Eis o teor da decisão, de 28-2-05 (fl. 24):

O réu não atendeu à citação por edital e não foi localizado para ser pessoalmente citado, de modo que se tornou revel.

Assim, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, suspendo o andamento do processo e o prazo prescricional.

Designo audiência de antecipação de provas para o dia 20 de junho de 2005, às 14:00 hs, intimando-se as testemunhas arroladas na denúncia.

Para a defesa do réu nomeio a Dr^a. Juliana Garcia Belloque e em seus impedimentos os demais Procuradores do Estado em exercício nesta vara.

Oficie-se ao I.I.R.G.D. solicitando o envio da fotografia do acusado, porventura existente em seu prontuário.

Outrossim, tendo em conta a revelia do réu e estando presentes os requisitos legais relativos à materialidade e autoria do delito, para

possibilitar a boa instrução do processo e assegurar a eventual aplicação da lei penal, com fundamento nos artigos 312 e seguintes do código de processo penal, decreto a prisão preventiva do réu Manoel Misias de Oliveira e determino seja expedido mandado de prisão contra ele.

Dê-se ciência às partes.

A decisão atacada, por sua vez, possui o seguinte teor (fl. 49):

Na hipótese dos autos, o Magistrado singular salientou que “o único interesse da justiça é garantir que a prova não pereça”.

A corte estadual, por seu turno, salientou que “não há que se falar que a produção antecipada de provas fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, eis que nomeado defensor dativo e determinada a sua intimação para acompanhar a produção da prova” (fl. 57).

Verifica-se, deste modo, a urgência necessária à providência reclamada, estando devidamente fundamentada a concessão do requerimento efetuado pelo órgão ministerial de produção antecipada de provas.

A oitiva antecipada das testemunhas foi fundamentada na possibilidade destas esquecerem os fatos ou seus detalhes, uma vez que os delitos atribuídos ao réu ocorreram em 12/01/2001, ou seja, há mais de 06 anos.

Com isso, a demora na produção das provas pode prejudicar a apuração do delito, tendo em vista a grande probabilidade das testemunhas esquecerem os fatos presenciados ou detalhes importantes para o deslinde da questão.

Consoante acima disposto, cabe ao julgador a discricionariedade de verificar a urgência da produção da prova, face às características do caso concreto – réu revel, citado por edital, fato ocorrido há mais de 06 anos, possibilidade das testemunhas esquecerem os fatos –, a qual, na hipótese dos autos, restou devidamente justificada.

Assim, estando caracterizada a urgência da medida, não há que se falar em constrangimento ilegal.

Da leitura das decisões acima, fica evidente a inovação no fundamento a justificar a realização da prova antecipada, o que é vedado pelo ordenamento legal. Ao que se infere dos autos, as razões para a decisão do magistrado de primeiro grau somente foram conhecidas a partir das informações prestadas posteriormente aos Tribunais que apreciaram os sucessivos *habeas corpus*.

Assim, restou configurada não só a violação ao dever de fundamentar as decisões judiciais como também a ofensa à garantia do contraditório e da ampla defesa do paciente, atentatórios ao postulado da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

Recurso ordinário em habeas corpus. Produção antecipada de oitiva de testemunhas. Ausência de demonstração da necessidade. Indeferimento. O

art. 366 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade da produção antecipada de provas e o art. 225, ao dispor especificamente sobre a prova testemunhal, fornece os parâmetros que autorizam a antecipação da oitiva de testemunhas. O juiz não está vinculado a fórmulas genéricas, válidas para todo e qualquer caso, como o esquecimento pelo decurso do tempo e a possibilidade de mudança de domicílio, ora invocados pelo Ministério Público estadual. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se dá provimento para restabelecer a decisão que indeferiu a produção antecipada da oitiva de testemunha.

(RHC 85.311/SP, Rel. Min. Eros Grau.)

Ação penal. Processo suspenso. Prova. Produção antecipada. Inquirição de testemunhas. Inadmissibilidade. Revelia. Réu revel citado por edital. Não comparecimento por si nem por advogado constituído. Prova não urgente por natureza.

Deferimento em grau de recurso. Ofensa ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF). Recurso provido. Inteligência dos arts. 92, 93 e 366 c/c 225, todos do CPP. Se o Acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal.

(RHC 83.709/SP, Rel. p/ o ac. Min. Cesar Peluso.)

Isso posto, concedo a ordem requerida.

ESCLARECIMENTO

A Sra. Ministra Cármén Lúcia: Senhor Presidente, se me permite uma indagação, por favor?

Ministro Lewandowski, resumindo, a nulidade estaria na ausência de fundamentação.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): A prova antecipada, a meu ver, tem de ser devidamente justificada; e, no caso, não foi.

A Sra. Ministra Cármén Lúcia: Porque é isso mesmo. A fundamentação, hoje, até por norma constitucional, é imprescindível. Neste caso, a aplicação tanto do art. 366 quanto do art. 225 dependeria de uma justificativa muito específica que, no caso, inexistiu, e a nulidade estaria basicamente nisso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Exatamente. Eu até quero dizer o seguinte: refleti muito para deferir essa ordem, mas eu sempre penso que as nossas decisões têm um cunho pedagógico, e tenho receio de que, se

sufragarmos essa tese no sentido da denegação da ordem, possamos indicar aos magistrados que é possível esse automatismo. O Réu não foi encontrado; cita-se por edital; suspende-se o processo, eventualmente, ou não, decreta-se a prisão preventiva; e, logo, se ouve as testemunhas.

Devemos evitar esse automatismo, sinalizando neste *habeas corpus* em sentido distinto.

Então, esse foi o meu raciocínio, Senhor Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, tenho que a necessidade da produção antecipada de prova está ao alvedrio do juiz. É ele quem pode determinar se há condições urgentes para que isso ocorra. Penso que essa faculdade decorre do próprio art. 366 do Código de Processo Penal.

Eu tenho a sensação também de que estamos exigindo, nesses casos, uma justificação que a própria situação dos autos, naquele momento, recomenda ao juiz que se utilize dessa faculdade e determine a antecipação da prova.

Conforme ressaltou o Ministro Marco Aurélio, é um trabalho que ele poderia ter deixado de praticar. No entanto, optou pela necessidade de tal provisão. Decidir de forma contrária seria reformar uma decisão que decorre de um ato de diligência, do poder geral de cautela do Magistrado, ainda mais em se tratando de processo penal.

Vou pedir vênia ao Ministro Relator para denegar a ordem.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, eu, quando verifiquei aqui, tinha entendido, Ministro Lewandowski me corrija, que se tratava de um pedido de antecipação de provas com base na disciplina do Código Penal, e o Juiz justificou a necessidade de fazer essa antecipação, considerando até o aspecto do tempo decorrido que poderia resultar em prejuízo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ele próprio não chegou a lançar as razões. Realmente, não lançou, mas não mencionou apenas uma audiência de instrução e julgamento para oitiva das testemunhas. Aludi à antecipação da prova. Quer dizer, o questionamento que se faz é este: teria que justificar a realização da audiência? Sabemos que, vivenciada a sobrecarga de processos, a tendência é até mesmo encostar-se aquele no qual o acusado é revel, não tendo sido credenciado advogado. Suspende-se o processo, suspende-se a prescrição, e não se toca a instrução.

Será que podemos partir neste caso – que envolveu crime doloso contra a vida, em que o Acusado deixou o distrito da culpa e não credenciou advogado

- para a exigência de uma fundamentação, ou esta estaria latente na referência à antecipação. Porque, na decisão, lançou-se: "designo a audiência". De quê? De oitiva? Não, de antecipação de provas. Daí a dúvida que o Relator teve.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu fiz referência, Ministro, a esse tempo decorrido que consta expressamente do acórdão do STJ.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Disse o Ministro que isso devia estar, dentro de uma ortodoxia recomendável - entendo que é recomendável -, no ato do próprio Juiz. Não está. Ele só aludiu a um instituto. Que instituto? O da antecipação da prova. Acionou o art. 366 do Código de Processo Penal. Para acionar a cláusula normativa, teria que lançar uma justificativa?

A Sra. Ministra Cármén Lúcia: Ou ele já deu o fundamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Ou ele implicitamente já disse: tenho que colher a prova testemunhal.

A Sra. Ministra Cármén Lúcia: Porque, quando perguntei, Ministro, era a minha preocupação, porque penso ser sempre o problema do juiz criminal, de um lado, garantir os direitos fundamentais e, de outro, garantir os direitos da sociedade.

O juiz fica aqui e tem de garantir as duas coisas. Sem a prova, pode se ter o fracasso do Estado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): A esta altura, já ouviu as testemunhas.

A Sra. Ministra Cármén Lúcia: Sim, exatamente isso, Ministro.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Mas, se ele teve conhecimento da prova, o caso é fronteiriço.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): É fronteiriço, ambíguo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Reconheço que existem argumentos de ambos os lados. Usei o mesmo raciocínio que utilizamos na prisão preventiva, às vezes o juiz não justifica adequadamente, mas as instâncias superiores, analisando os *habeas corpus*, vão acrescendo argumentos que nós aqui não aceitamos.

A Sra. Ministra Cármén Lúcia: Mas aí é a prisão, e a pessoa está presa, apresentada.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Penso que, qualquer que seja o resultado, estamos andando bem. Eu apenas me preocupei com a sinalização que vamos dar.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu queria, só para concluir o raciocínio...

Eu entendi, portanto, que o Juiz tratou da antecipação da prova, usando a disciplina do Código.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Referiu-se à antecipação da prova.

O Sr. Ministro Menezes Direito: E isso está ao alvedrio do juiz. O Juiz pode determinar se ele acha que há condições urgentes para que isso ocorra. Eu não vejo nenhuma dificuldade nessa decisão. Eu tenho a sensação também de que estamos exigindo, nesses casos, uma justificação que a própria situação dos autos, naquele momento, recomenda ao Juiz que utilize. É uma faculdade que é atribuída a ele. Ele tem essa faculdade. Ele pode determinar a antecipação da prova.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Procedeu a trabalho que, prazerosamente, poderia deixar de ter.

O Sr. Ministro Menezes Direito: De ter. Exatamente isso. Aí, pelo contrário, para o próprio Juiz vamos reformar uma decisão que decorre de um ato de diligência, de cautela do Juiz, ainda mais em se tratando de processo penal?

Vou pedir vênia ao Relator para denegar a ordem.

VOTO

A Sra. Ministra Cármem Lúcia: Senhor Presidente, também vou pedir vênia. Pedi o esclarecimento, Ministro, exatamente porque tenho muita preocupação com nulidades quando se referem à ausência de fundamentação, por exemplo, de prisão cautelar, porque nesse caso precisa-se justificar a restrição a uma liberdade, que é direito fundamental. Neste caso, talvez seja até para assegurar que se cumpra a jurisdição, que é dever do Estado.

Então, não vejo, realmente, aqui como estaria em demasia em relação ao direito jurisdicionado.

Por essa razão, vou pedir vênia para acompanhar a divergência.

VOTO (Confirmação)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Eu concordo plenamente e até de bom grado reformularia, não fosse essa minha preocupação pedagógica.

Quando não se lê o voto integralmente, ficam sempre lacunas e até me penitencio por isso, mas o Ministro Cezar Peluso, que é um grande especialis-

ta, dentre outras matérias, em Direito Penal, tem um caso exatamente idêntico, o RHC 83.709/SP, e diz o seguinte:

Se o Acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente, nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal.

Na mesma linha, usando a mesma expressão, a mesma idéia, expressando o mesmo conceito, só com palavras distintas, há a decisão do Ministro Eros Grau no RHC 85.311/SP, em uma situação absolutamente idêntica.

Quer dizer, qual foi a preocupação dos dois magistrados, e foi a minha também? Que há a necessidade de um mínimo de justificativa, de fundamentação para evitar o automatismo. Mas reconheço que os votos divergentes têm a sua razão de ser evidentemente. É uma preocupação da qual também fui acometido, ou seja, a de que, no processo penal é preciso um pouco de celeridade. Enfim, mantenho o voto, por enquanto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, o Ministério Público só está admitindo a produção antecipada da prova com base no art. 366 do Código de Processo Penal?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Não sei se houve requerimento específico, porque, quando se arrola testemunhas na denúncia, o pressuposto é de que não ocorrerá a suspensão do processo pela revelia do acusado e falta de credenciamento de advogado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vou fazer o seguinte, Ministro Ricardo Lewandowski, sem maior comprometimento ainda com a tese, vou seguir a divergência. Peço vénia a V. Exa.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Claro, sem dúvida. Eu também estaria inclinado até a alterar o meu voto, mas acho que uma sinalização num voto divergente é importante para os magistrados neste país, ainda que fique vencido.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Peço vénia ao Relator para acompanhar também a divergência. Penso que, tanto no art. 225, quanto no art. 366,

ambos do Código de Processo Penal, há normas que viabilizam, que dão respaldo à atuação do juízo em ouvir testemunhas, principalmente testemunhas presenciais da prática delituosa. Sabemos que a memória é algo precário.

No caso, se simplesmente tivesse sido designada audiência para a oitiva das testemunhas, diria: bem, atuou-se com automatismo, não se atentando para a norma do art. 366. Mas o juízo alaudiu, expressamente, à antecipação. Assentou, com a referência à antecipação de provas, a necessidade, como está previsto no citado artigo, de se colher os depoimentos.

Peço vênia para indeferir a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 93.157/SP – Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Menezes Direito. Paciente: Manoel Missias de Oliveira. Impetrante: DPE/SP – Daniela Sollberger Cembranelli. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, Relator. Relator para o acórdão: Menezes Direito.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia e Menezes Direito. Compareceram os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau, ocupando as cadeiras da Ministra Cármem Lúcia e do Ministro Ricardo Lewandowski, respectivamente, para julgarem processos a eles vinculados. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 23 de setembro de 2008 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 96.517 – RS

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito
Paciente: Marcos Renato Lanz ou Marcos Roberto Lanz
Impetrante: Lineu Ismael Souza de Quadros
Coatora: Relatora do Habeas Corpus 105.162 do Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Acórdão que adotou como razões de decidir o parecer do Ministério Público estadual. Alegação da falta de fundamentação. Não ocorrência. Garantia da ordem pública (art. 312 do CPP). A presença de condições subjetivas favoráveis ao Paciente não obsta a segregação cautelar. Incidência da Súmula 691/STF. Precedentes. 1. O decreto de prisão preventiva, no caso, está devidamente fundamentado, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não evidenciando constrangimento ilegal amparável pela via do *habeas corpus*.

2. A jurisprudência desta Suprema Corte foi assentada no sentido de que “a adoção do parecer do Ministério Público como razões de decidir pelo julgador, por si só, não caracteriza ausência de motivação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa”.

3. A presença de condições subjetivas favoráveis ao Paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente.

4. Não se vislumbra, na espécie, flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique o abrandamento da Súmula 691/STF.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de fevereiro de 2009 – Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Marcos Renato Lanz, em benefício próprio, através de petição inicial subscrita pelo advogado Lineu Ismael Souza de Quadros, buscando a revogação da sua prisão preventiva.

Aponta como autoridade coatora a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a liminar no HC 105.162/RS, impetrado naquela Corte com o mesmo objetivo ora pretendido.

Sustenta, em síntese, a falta de fundamentação idônea a justificar a necessidade da sua segregação cautelar, vez que a decisão do "Tribunal gaúcho transcreveu sem o menor pudor todas as alegações do MP para revogar a decisão de primeiro grau", e essa "cópia pura e simples das razões do Recorrente (MP) equivale à ausência de fundamentação de que trata o art. 93, inc. IX, da Constituição Federal" (fls. 7/8).

Informa, ainda, que é primário, tem bons antecedentes, reside no distrito da culpa e tem família constituída (fl. 10).

Requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em seu favor e, no mérito, pede a confirmação da medida liminar (fls. 13/14).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 33 a 40).

As informações foram prestadas à fl. 46 e encaminhados os documentos de fls. 47 a 53.

O Ministério Público Federal, pelo parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 56 a 60).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra decisão proferida pela Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a liminar no HC 105.162/RS, e tem como objetivo a revogação da prisão preventiva de Marcos R. Lanz.

Tem-se que, em 6-9-07, o Paciente foi preso em flagrante por suposta prática dos crimes de exercício ilegal da medicina e falsidade ideológica (fl. 4 do anexo 1), por ter, no período de 1º-9-05 a 6-9-07, exercido a profissão na Prefeitura Municipal de São Sebastião do Caí/RS sem possuir o diploma de graduação e o registro no órgão fiscalizador competente. Para efetivar a sua

admissão no referido cargo, ele inseriu declaração falsa em certificado de conclusão de curso superior de graduação em medicina. Durante tal período, o Paciente teria sido responsável pelo óbito de dois cidadãos postos a seu cuidado.

Em virtude desses fatos, o Ministério Públíco do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia, com rol de testemunha, contra o Paciente, como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, por duas vezes, e arts. 282 e 299, *caput*, em concurso material (art. 69, *caput*), todos do Código Penal (fls. 2 a 7 do apenso 2).

Ao homologar o auto de prisão em flagrante, a juíza da 2ª Vara da Comarca de São Sebastião do Caí/RS concedeu liberdade provisória ao Paciente (fls. 57/58 do apenso 1).

Diante dessa decisão, o ministério público estadual pediu a prisão preventiva do Paciente (fls. 66 a 73 do apenso 1), tendo aquela juíza indeferido o pedido, sob o fundamento de não estarem presentes os requisitos do art. 312 do CPP (fls. 131 a 134 do apenso 1).

O *Parquet* estadual interpôs, então, recurso em sentido estrito (fls. 16 a 20), ao qual, em 6-12-07, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento, para decretar a prisão preventiva do Paciente (fls. 695 a 700 do apenso 5), nos termos da ementa seguinte:

Recurso em sentido estrito. Liberdade provisória. Art. 310, CPP.
Ausência de manifestação do MP. Nulidade. Inocorrente. Prisão preventiva. Presença dos requisitos do art. 312 CPP. Possibilidade.

Ausência de manifestação do Ministério Públíco, na decisão que concede a liberdade provisória, embora contrarie o disposto no art. 310 do CPP, constitui mera irregularidade.

Presentes os requisitos do art. 312 do CPP, é de ser decretada a prisão preventiva. (Fl. 695 do apenso 5.)

Contra essa decisão, foi impetrado o HC 105.162/RS ao Superior Tribunal de Justiça, tendo a Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, Relatora, indeferido o pedido de liminar. O *habeas corpus* ainda não foi julgado.

Daí o presente *writ*.

Como se vê, trata-se de decisão indeferitória de liminar, devendo incidir, na espécie, a Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

É certo que a jurisprudência desta corte tem admitido o abrandamento da súmula para admitir a impetração de *habeas corpus*, quando os autos demonstrarem ser hipótese de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.

Na hipótese vertente, verifica-se, porém, não haver flagrante ilegalidade capaz de afastar a incidência do referido enunciado.

A decisão ora questionada tem a seguinte fundamentação:

(...)

Da análise dos autos, ao menos num juízo perfunctório, não vislumbro manifesta ilegalidade no acórdão proferido pela autoridade apontada como coatora a ensejar o deferimento da medida de urgência, não se podendo afirmar que o encarceramento cautelar do paciente seja totalmente carente de substrato, pois o Tribunal de origem baseou-se em fatos concretos extraídos dos autos para embasar a sua decisão, notadamente, na reiteração delitiva noticiada pelo Conselho Regional de Medicina.

E, conforme já decidido nesta Corte, “não se constitui em nulidade a adoção pelo Relator das razões de decidir do parecer ministerial que, suficientemente motivado, analisa toda a tese defensiva.” (HC 92.480/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 3.3.2008).

Ademais, a idoneidade dos fundamentos utilizados para a decretação da prisão preventiva do paciente é matéria que se confunde com o próprio mérito da impetração, cuja resolução demanda análise pormenorizada dos autos e julgamento pelo Órgão Colegiado, juiz natural da causa.

É cediço que o deferimento do pleito liminar em sede de *habeas corpus*, em razão da sua excepcionalidade, enseja a comprovação, de plano, do alegado constrangimento ilegal, o que não se verifica no caso em apreço. E ainda, a medida de urgência, na forma como requerida, consubstancia-se em pedido eminentemente satisfativo, incabível na espécie, conforme já se decidiu nesta Corte: “Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico. Excesso de prazo. Liberdade provisória. Liminar satisfativa. Indeferimento. Agravo regimental. Pretensão que implica a antecipação da prestação jurisdicional de mérito. Inadmissibilidade.

Indeferimento mantido. Agravo regimental denegado.

O pedido formulado em sede de cognição sumária não pode ser deferido pelo Relator quando a pretensão implica a antecipação da prestação jurisdicional de mérito.

A liminar, em sede de *habeas corpus*, de competência originária de Tribunal, como qualquer outra medida cautelar, deve restringir-se à garantia da eficácia da decisão final a ser proferida pelo órgão competente para o julgamento, quando se fizerem presentes, simultaneamente, a plausibilidade jurídica do pedido e o risco de lesão grave ou de difícil reparação.

Alegações que não convencem, de plano, a soltura da ré, por não vislumbrar, *primo oculi*, qualquer ilegalidade no arresto atacado. Indeferimento da liminar mantido.

Agravio regimental a que não se conhece.” (AgRg no AgRg no HC 51.180/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 12.03.2007.)

Ante o exposto, **indefiro** a liminar.

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.

(Fls. 28/29.)

Não há como ter-se por desprovida de fundamentação ou teratológica a decisão que entende não haver elementos suficientes, demonstrados de plano, para o deferimento da liminar. Pode e deve o magistrado, ao apreciar o pedido inicial, pautar-se no poder geral de cautela para buscar outros elementos formadores das razões de decidir além daqueles trazidos pela impetração, sem que tanto caracterize constrangimento ilegal, abuso de poder ou teratologia.

A pretensão do Impetrante/Paciente é trazer ao conhecimento desta Suprema Corte, de forma precária, questões não analisadas definitivamente no Superior Tribunal de Justiça, em flagrante intenção de suprimir a instância antecedente.

Ao meu sentir, o decreto de prisão preventiva expedido contra o Paciente não parece estar eivado de ilegalidade flagrante. Muito pelo contrário, apresenta-se suficientemente fundamentado em elementos concretos para reputar preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, não sendo fortes os argumentos da impetração para afastar a cautelariedade demonstrada naquele título.

Confira-se, a propósito, o texto da referida decisão:

(...)

Assiste razão ao Ministério Público no que toca a necessidade da prisão cautelar. Neste ponto, o parecer do ministério público fez uma feliz abordagem dos acontecimentos em tela, de modo que, evitando fastidiosa tautologia, passo a reproduzi-lo, adotando-o com razões de decidir, *in verbis*:

“Com efeito, como bem salientado pelo douto recorrente, a materialidade e a autoria dos crimes de exercício ilegal da medicina e de falsidade ideológica estão robustamente comprovadas pelos documentos das fls. 23/48 e 85/130, os quais revelam solarmente certo que Marcos Renato Lanz, falsificando documentos, exerceu a função de médico como funcionário contratado pelo Município de São Sebastião do Caí por mais de dois anos, procedendo exames, fazendo diagnósticos e prescrevendo medicamentos sem que tivesse habilitado para tanto, expondo, por

longo tempo, a grave risco a saúde e a vida das pessoas daquela comunidade.

À Douta Juíza não podia passar despercebido, também, que a representação do Ministério Pùblico postulando a prisão preventiva do flagrado se fez acompanhar de depoimentos, no bojo dos quais, familiares noticiam que a conduta do flagrado deu causa à morte de, no mínimo, duas pessoas (fls. 111 e 112).

Não bastasse, o documento das fls. 77/78, emitido pelo Conselho Regional de Medicina, aponta que Marcos Renato Lanz exerceu ilegalmente a medicina nesta Capital no ano de 2006, ou seja, antes de sua prisão em flagrante, restando comprovada assim sua reiteração criminosa e, do mesmo modo, a sua periculosidade.

A par disso, é significativo destacar a audácia demonstrada pelo flagrado que, falsificando documentos da Universidade de Caxias, logrou ingressar na função pública, exerceu falsamente a profissão de médico e chegou a galgar ao cargo de Diretor Médico de um Hospital Municipal.

Diante disso, somado ao abalo ocasionado pelos seus crimes na comunidade, o que pode ser facilmente percebido pelos documentos das fls. 82/83 e 113, exsurge imperiosa a decretação de sua prisão preventiva como garantia da ordem pública, pois reitera no exercício ilegal da medicina, pondo em risco a saúde e a vida da população; por conveniência da instrução processual, uma vez que, agora desempregado, nada mais o prende ao distrito da culpa, devendo, inclusive ser investigado pela prática de homicídios; e, por fim, para assegurar a aplicação da lei penal pela certeza de sua futura condenação.

As circunstâncias de ser primário e possuir endereço certo, submergem diante da gravidade dos fatos imputados, dentre eles possíveis dois homicídios, e nunca foram suficientes para, tão-só por isso, afastar a aplicação da medida pleiteada pelo Ministério Pùblico." (Fls. 154/160.)

Portanto, presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, é de ser decretada a prisão preventiva do recorrido.
(Fls. 698/699 do apenso 5.)

Aliás, outro não foi o entendimento do Ministério Pùblico Federal, no parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida, que assim se pronunciou sobre o decreto de prisão preventiva:

(...)

8. Da análise da decisão que decretou a prisão preventiva vê-se que ela se assenta na conveniência da instrução criminal, na necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal e, principalmente, na necessidade de se garantir a ordem pública.

9. Isto porque, segundo as informações trazidas aos autos pelo Ministério Público estadual, o paciente fazia do exercício ilegal da medicina o seu *modus vivendi*, exercendo-a não só na pequena cidade de São Sebastião do Caí/RS, como em Porto Alegre/RS.

10. Assim, diante das circunstâncias narradas e da ousadia demonstrada pelo paciente, que chegou até mesmo a ingressar nos quadros do serviço público, como médico, concluiu-se que, em liberdade, ele voltaria às suas práticas delitivas, pondo novamente em risco a saúde e a própria vida da população.

11. Assim, os bons antecedentes do paciente, alegados pela defesa, não têm o condão de afastar a necessidade de sua segregação, estando-se diante da real possibilidade de reiteração de sua conduta delitiva.

12. Quanto à fundamentação da prisão preventiva, não se vislumbra qualquer ilegalidade em o órgão julgador, entendendo suficientes as razões apontadas pelo Ministério Público, tomá-las para si.

13. Com efeito, o que o princípio inscrito no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal requer é que as decisões estejam fundamentadas, que o órgão julgador exponha as razões de seu convencimento, não importando a origem do texto, de onde ele foi extraído, se do parecer ministerial ou, como o poderia, das razões da defesa. (Fl. 59.)

Assim, entendo serem legítimos os fundamentos apresentados no decreto de prisão preventiva, os quais deverão ser tidos como idôneos e suficientes para justificar a manutenção da prisão do ora Paciente.

Ademais, a alegação do Impetrante/Paciente não encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, fixada no sentido de que "a adoção do parecer do Ministério Público como razões de decidir pelo julgador, por si só, não caracteriza ausência de motivação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa" (HC 94.164/RS, Primeira Turma, de minha relatoria, DJ de 22-8-08).

No mesmo sentido: HC 90.935/PE, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármel Lúcia**, DJ de 3-8-07; RE 360.037-AgR/SC, Segunda Turma, Rel. Min. **Cesar Peluso**, DJ de 14-9-07; RE 235.800/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, DJ de 5-10-01; AI 140.524-AgR/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJ de 19-3-93, entre outros.

Anote-se, por fim, que a presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar, desde que presentes nos autos ele-

mentos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso presente. Nesse sentido: HC 96.247/SP, julgado em 9-12-08; HC 96.182/DF, julgado em 2-12-08; e HC 92.204/PR, *DJ* de 19-12-07, todos da minha relatoria; além do HC 93.901/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 27-6-08; HC 90.330/ PR, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 27-6-08; HC 88.453/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 24-11-06; entre outros.

Com essas considerações, por não estar evidenciada flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique o abrandamento da Súmula 691/STF, o presente *habeas corpus* não merece acolhimento.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

RELATÓRIO (Aditamento)

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, neste aqui, a Ministra Maria Moura indeferiu a medida liminar. Ele subiu e eu estou aplicando a jurisprudência da Corte com relação à Súmula 691. E também, para o Ministro Marco Aurélio, porque se reporta a S. Exa., é que, no mérito, o que está se discutindo é se é possível adotar as razões do parecer do Ministério Público com razões de decidir pelo julgador. E nós temos precedentes no sentido de dizer que isso é possível, não causa nenhuma nulidade.

Por outro lado, também está se dizendo que as condições subjetivas favoráveis ao Paciente não obstram a segregação cautelar - há precedentes de todos nós aqui. E, finalmente, não há ilegalidade, porque a aplicação da Súmula 691 é a jurisprudência da Corte.

Então, eu não conheço do *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 96.517/RS — Relator: Ministro Menezes Direito. Paciente: Marcos Renato Lanz ou Marcos Roberto Lanz. Impetrante: Lineu Ismael Souza de Quadros. Coatora: Relatora do Habeas Corpus 105.162 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma não conheceu do pedido de *habeas corpus*. Unânime.

Presidência do Ministro Carlos Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia e Menezes Direito. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 3 de fevereiro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 535.478 — SC

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Recorrente: Danilo Pohl

Recorrido: Ministério Público Federal

Direito processual penal. Recurso extraordinário. Mandado de segurança. Pedido de afastamento de sigilo bancário e fiscal de investigado. Procedimento judicial. Poderes investigatórios do Ministério Público. Improvimento da parte conhecida.

1. As questões de suposta violação ao devido processo legal, ao princípio da legalidade, ao direito de intimidade e privacidade e ao princípio da presunção de inocência, têm natureza infraconstitucional e, em razão disso, revelam-se insuscetíveis de conhecimento em sede de recurso extraordinário.

2. As argüições de violação aos princípios e garantias do devido processo legal, legalidade, presunção de inocência e intimidade, evidentemente, tocam em temas de natureza infraconstitucional, não havendo que se cogitar de afronta direta às normas constitucionais apontadas.

3. Da mesma forma, não merece ser conhecido o apelo extremo na parte em que se alega violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

4. Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível malferimento da norma contida no art. 144, § 1º, I e IV, da Constituição Federal.

5. No caso concreto, tal debate se mostra irrelevante, eis que houve instauração de inquérito policial para apurar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, sendo que o ministério público requereu, a título de tutela cautelar inominada, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários e fiscais do Recorrente. Tal requerimento foi feito junto ao juízo competente e, portanto, não se tratou de medida adotada pelo Ministério Público sem qualquer provimento jurisdicional.

6. Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao Recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o código de processo penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que

envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias.

7. A hipótese não envolve a eficácia retroativa da Lei 10.174/01 – eis que esta se restringiu à autorização da utilização de dados para fins fiscais –, e sim a apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias.

8. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer, em parte, do recurso extraordinário e, na parte conhecida, negar provimento, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 28 de outubro de 2008 – Ellen Gracie, Presidente e Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra julgado do Superior Tribunal de Justiça que, ao apreciar o recurso ordinário constitucional em mandado de segurança, negou-lhe provimento. O acórdão ficou assim ementado (fl. 303):

Criminal. RMS. Penal e Processual. Crime contra a ordem tributária. Atos investigatórios praticados pelo Ministério Público. Possibilidade. Lei nº 10.174/01.

Retroatividade. Quebra de sigilo bancário e fiscal. Proteção não absoluta. Decisão adequadamente fundamentada na necessidade da medida para a investigação criminal.

Prevalência do interesse público. Recurso desprovido.

I. O entendimento consolidado desta Corte é no sentido de que são válidos, em princípio, os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público.

II. A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do Ministério Público conduzem à preservação dos poderes investigatórios deste órgão, independentemente da investigação policial.

III. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a vedação dirigida ao Ministério Público é quanto a presidir e realizar inquérito policial.

IV. Esta Corte tem se orientado pela possibilidade de retroação da Lei 10.174/01, para atingir fatos gerados verificados anteriormente à sua vigência.

V. A proteção aos sigilos bancário e fiscal não é direito absoluto, podendo ser quebrado quando houver a prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução dos processos criminais. Precedentes.

VI. Recurso desprovido.

Narra o Recorrente que pode ter seu sigilo bancário afastado em sede de inquérito policial instaurado contra pessoa diversa, que tramita perante o Juízo da 2ª Vara Federal de Joinville/SC. Informa que o Indiciado Márcio Marques de Miranda foi alvo de procedimento criminal diverso instaurado pelo Ministério Público Federal, no qual houve decisão de “quebra” de seu sigilo fiscal para confrontação de dados da CPMF com a declaração de imposto de renda, e determinação de “quebra” de sigilo bancário. Tal procedimento se originou de reportagem da *Revista Veja* relacionada às informações prestadas pela Receita Federal sobre pessoas físicas e jurídicas que teriam movimentado quantias consideráveis em contas bancárias e se declararam isentas para fins de imposto de renda.

Esclarece que o Ministério Públco requereu o afastamento do sigilo bancário e fiscal de toda pessoa que tivesse movimentado valor superior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) no ano calendário de 1998. A juíza federal acolheu em parte o pedido, determinando que a Receita Federal instaurasse procedimentos fiscais investigatórios somente quanto aos contribuintes isentos ou omissos. Desse modo, o Indiciado no inquérito foi notificado para apresentar comprovação da origem dos recursos depositados nas contas bancárias e extratos de aplicações financeiras e de poupança.

Assim, houve a impetração de mandado de segurança para o fim de “impedir a ilegal quebra do sigilo bancário e fiscal do notificado” (fl. 421), tendo sido denegada a ordem, o que gerou a interposição de recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça. Nos autos do inquérito policial, o Banco Bradesco juntou alguns documentos, inclusive duas procurações outorgadas pelo Recorrente, com poderes para movimentação de duas contas bancárias de titularidade do Indiciado no inquérito. Diante de tais elementos, o MPF, por considerar que o indiciado poderia ser “interposta pessoa”, requereu o afastamento do sigilo também em relação ao Recorrente.

Houve aforamento de mandado de segurança para suspender a apreciação do pedido de quebra de sigilo bancário e telefônico, denegado pelo TRF, o que foi mantido no STJ. Devido à existência de omissões e contradições no acórdão do STJ, bem como com intuito de prequestionar alguns dispositivos constitucionais, houve oposição de embargos de declaração, que foram improvidos.

Argumenta que não há previsão legal para a medida ajuizada pelo Ministério Público Federal, devendo ser observados os princípios da legalidade e do devido processo legal (CF, art. 5º, II e LIV). Não há previsão legal para a denominada “medida cautelar de afastamento do sigilo bancário e fiscal” em que se objetivou a quebra dos sigilos bancário e fiscal de todas as pessoas que se enquadrasssem na pesquisa divulgada pela *Revista Veja*. Não houve convalescimento do vício com a conversão determinada pelo magistrado para “procedimento criminal diverso”. A quebra de sigilo somente é admitida nos casos em que houver interesse para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ademais, registra que houve afronta ao princípio da presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII), eis que o Recorrente foi sumariamente presumido infrator devido à confrontação dos dados da CPMF com sua declaração de imposto de renda. A simples outorga de procuração para movimentação de conta bancária não pode ensejar a conclusão de responsabilidade do Recorrente.

Aduz, ainda, que houve afronta aos princípios da legalidade, intimidade e de sigilo de dados (CF, art. 5º, X e XII). Considera que o afastamento do sigilo bancário somente pode ocorrer se houver oportunidade do contribuinte exercer sua defesa, se a medida for determinada por juiz, caso existam indícios razoáveis de ilícito penal e se a revelação dos dados possa ser eficaz. Os indícios apontados pelo MPF são insuficientes, frágeis, baseados apenas em reportagem de mídia impressa. Além disso, não há urgência nas medidas, eis que os dados bancários ficam registrados, diversamente do sigilo telefônico.

Houve violação ao princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, tendo sido desrespeitado o disposto no art. 38 da Lei 4.595/64. Revela-se imperativo que haja a proibição da autoridade fiscal promover a quebra do sigilo bancário do Recorrente sem autorização judicial expressa.

Em seguida, o Recorrente disserta sobre as atribuições da Polícia Federal e do Ministério Público (CF, arts. 144, § 1º, I, e 129), concluindo que, ao instaurar procedimento criminal diverso, o órgão do *Parquet* invadiu a esfera da Polícia Federal. É vedado ao Ministério Público realizar atividade de competência das polícias judiciárias (civil e federal), sendo ilegal, infundado e inconstitucional o “procedimento criminal diverso”.

Registra, também, que houve afronta ao princípio da irretroatividade das leis, respeitando-se o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, eis que o pedido de afastamento do sigilo se deu com fundamento na Lei 10.174/01, abrangendo período anterior ao ano calendário de 2001. Não é possível a utilização de dados da CPMF para apuração de eventual crédito tributário referente aos fatos já consumados relativos aos anos-base 1998, 1999 e 2000.

Finalmente, foram malferidos nos arts. 93, IX, e 133 da constituição federal, não sendo possível limitação de acesso dos autos ao advogado habilitado.

Assim, requer o provimento do recurso para o fim de ser reformado o acórdão recorrido, com a concessão da ordem no mandado de segurança.

2. Houve apresentação de contra-razões pelo Ministério Pùblico Federal, no sentido de ser negado seguimento ao recurso (fls. 464/470).

3. Decisão que admitiu o recurso extraordinário (fls. 482/483).

4. Manifestação da Procuradoria-Geral da Repùblica no sentido do improvisoamento do recurso (fls. 490/495).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. O recurso extraordinário busca debater quatro questões centrais: a) a instauração de procedimento para o afastamento do sigilo bancário e fiscal; b) violação ao princípio da presunção da não-oculpabilidade; c) ausência de motivos autorizadores para o afastamento do sigilo em relação ao Recorrente; d) invasão das atribuições da polícia judiciária pelo Ministério Pùblico Federal.

Aproveito para transcrever trecho do parecer da Procuradoria-Geral da Repùblica, que bem pontuou a questão controvertida (fls. 492/495):

O recurso não merece provimento.

O recorrente inicialmente alega que o *parquet* carece de legitimidade para requerer a quebra de sigilo bancário e fiscal, uma vez que estaria presidindo a investigação criminal. Tal afirmação, contudo, não está demonstrada nos autos. Ao contrário, tem-se inquérito policial instaurado por portaria de autoridade policial, como se vê às fls. 32/33. O fato do ora recorrente não estar à época do pedido de quebra de sigilo devidamente indiciado não torna o requerimento ilegal, pois como restou demonstrado nos autos, há fortes indícios da participação do impetrante nos fatos objeto de investigação.

Ainda que se entenda tratar-se de investigação direta pelo Ministério Pùblico, melhor sorte não assiste ao recorrente. A questão da investigação criminal diretamente realizada pelo Ministério Pùblico tem provocado intensos debates, que por certo suscitam o exame constitucional da matéria.

Na França, Itália, Alemanha e México, somente para citar alguns exemplos, incumbe ao ministério pùblico dirigir a atividade investigatória.

Com efeito, ao receber notícia-crime, acompanhada de prova documental, não há qualquer impedimento que o órgão ministerial requisite outros documentos reputados imprescindíveis, bem como colha depoimentos de pessoas que compareceram ao Ministério Público de forma espontânea.

(...)

Assim, não é possível, a partir de interpretação equivocada dos incisos I e IV do § 1º do art. 144, da Constituição Federal, considerados isoladamente, pretender excluir a hipótese de o Ministério Público, dispensando o inquérito policial, oferecer denúncia a partir dos elementos colhidos em procedimento administrativo investigatório instaurado pelo próprio *parquet*. Os dispositivos citados não têm essa amplitude. Como bem ressaltado pelo ilustre colega Wagner Natal Batista, no parecer proferido no RE no 233.072-RJ, a Constituição Federal, ao atribuir à polícia federal a exclusividade para exercer a Polícia Judiciária da União, referiu-se à exclusão da atuação de outras corporações policiais, e não à atribuição privativa da polícia federal para, em detrimento da atuação do Ministério Público, realizar investigações. Tanto assim que a redação não é repetida em relação às polícias estaduais.

A atribuição para produzir investigações é desdobramento da titularidade do Ministério Público para a ação penal pública, donde legitimidade para requisitar informações e diligências investigatórias nos procedimentos administrativos que instaurar (CF art. 129, VI e VIII). A propósito resumiu o eminentíssimo Ministro Néri da Silveira ao reportar-se, no voto proferido naquele aresto, ao voto que proferira na ADIn 1.571-1: “decreto, tomando o MPF, pelos mais diversificados meios de sua ação, conhecimento de atos criminosos na ordem tributária, não fica impedido de agir, desde logo, utilizando-se, para isso, dos meios de prova a que tiver acesso” (CJU 25.09.98). Nessa mesma linha resumiu o eminentíssimo Ministro Marco Aurélio na ementa do MS 21.729-DF: “a ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993” (DJU 19.10.01).

(...)

Em resumo, o fato de o Ministério Público não poder presidir o inquérito policial não é impeditivo que, com fundamento na Constituição e na sua Lei Orgânica, instaure procedimento administrativo de investigação.

Quanto ao argumento de impossibilidade da quebra de seu sigilo fiscal para confrontação de dados da CPMF com a declaração de imposto de renda, sem que houvesse fortes e suficientes indícios que justifiquem tal medida, também não assiste razão ao recorrente.

Para se chegar a conclusão quanto à existência ou não de indícios suficientes para a quebra do sigilo bancário e fiscal, seria necessária

a avaliação de todo o contexto probatório existente nos autos, o que não se coaduna com a natureza extraordinária do presente recurso.

Ademais, o entendimento desse Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de não possuir caráter absoluto a garantia dos sigilos bancário e fiscal, sendo facultado ao juiz decidir acerca da conveniência da sua quebra em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal.

Por fim, quanto à questão relativa à negativa de obtenção de vista do procedimento pelos advogados, ressalte-se que este tema não foi objeto do presente recurso ordinário em mandado de segurança, tendo sido suscitada a questão somente em sede de embargos de declaração. Ademais, como demonstrado pelo relator do feito no Superior Tribunal de Justiça, esta questão já foi decidida nos autos do RMS 15.872-SC (fls. 364).

2. Registro que, em relação às questões de suposta violação ao devido processo legal, ao princípio da legalidade, ao direito de intimidade e privacidade e ao princípio da presunção de inocência, as matérias têm natureza infraconstitucional e, em razão disso, revelam-se insusceptíveis de conhecimento em sede de recurso extraordinário.

Descabe conhecer de tais pontos no recurso extraordinário interposto, tendo inclusive o tema da proteção aos sigilos bancário e fiscal sido expressamente abordado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o direito à intimidade e privacidade não é direito absoluto, devendo ceder ante “à prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução de processos criminais” (fl. 327).

3. Assim, as argüições de violação aos princípios e garantias do devido processo legal, legalidade, presunção de inocência e intimidade, evidentemente, tocam em temas de natureza infraconstitucional, não havendo que se cogitar de afronta direta às normas constitucionais apontadas. A esse respeito, o recurso extraordinário sequer merece ser conhecido.

Nas próprias razões do extraordinário, o Recorrente observou que não haveria indícios razoáveis para o afastamento do sigilo bancário, referindo-se à identificação de instrumento de procura relativamente a algumas contas bancárias. Tal afirmação corrobora a insusceptibilidade do conhecimento do recurso extraordinário para examinar material fático-probatório.

Da mesma forma, não merece ser conhecido o apelo extremo na parte em que se alega violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, eis que a matéria tem natureza infraconstitucional (Lei 4.595/64, art. 38). Diante de tal circunstância, a matéria foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso ordinário, não sobrevindo qualquer discussão acerca de questão constitucional a esse respeito.

4. Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Pùblico promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível malferimento da norma contida no art. 144, § 1º, I e IV, da Constituição Federal.

Contudo, no caso em tela, tal debate se mostra irrelevante, eis que houve instauração de inquérito policial para apurar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, sendo que o Ministério Pùblico requereu, a título de tutela cautelar inominada, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários e fiscais do Recorrente. Tal requerimento foi feito junto ao juízo competente e, portanto, não se tratou de medida adotada pelo Ministério Pùblico sem qualquer provimento jurisdicional.

Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Pùblico, melhor sorte não assistiria ao Recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Pùblico requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias.

É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Pùblico promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como seria a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.

Apesar de não haver, até a presente data, um pronunciamento do Pleno do STF quanto ao tema, o STJ já manifestou entendimento no sentido de ser permitido ao Ministério Pùblico investigar em seara criminal, razão pela qual permito me colacionar apenas o recente julgado a seguir:

Habeas corpus. Prefeito municipal. Investigações realizadas pelo Ministério Pùblico. Legitimidade do parquet para proceder investigações. Ausência de constrangimento ilegal. Inépcia da denúncia. Crime de autoria coletiva. Tipicidade da conduta. Ordem denegada.

1. Em que pese o Ministério Pùblico não poder presidir inquérito policial, a Constituição Federal atribui ao parquet poderes investigatórios, em seu artigo 129, incisos VI, VIII e IX, e artigo 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n.º 75/1993. Se a Lei maior

lhe atribui outras funções compatíveis com sua atribuição, conclui-se existir nítida ligação entre poderes investigatórios e persecutórios. Esse poder de modo algum exclui a Polícia Judiciária, antes a complementa na colheita de elementos para a propositura da ação, pois até mesmo um particular pode coligar elementos de provas e apresentá-los ao Ministério Público. Por outra volta, se o *parquet* é o titular da ação penal, podendo requisitar a instauração de inquérito policial, por qual razão não poderia fazer o menos que seria investigar fatos?

2. (...)

3. (...)

4. Ordem denegada, ficando prejudicada a liminar anteriormente deferida. (Origem: STJ - HC 38495 / SC - *Habeas Corpus* 2004/0135804-0 - Sexta Turma - Relator: *Hélio Quaglia Barbosa* - DJ de 27-03-06.)

5. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os-fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *Parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia.

Assim, reconheço a possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público, mormente quando se verifique algum motivo que se revele autorizador de tal investigação.

6. Finalmente, o último ponto a ser abordado neste julgamento se refere à alegação de violação ao princípio da irretroatividade das leis, devido à invocação do disposto na Lei 10.174/01 para utilização de dados da CPMF.

Revela-se equivocado o raciocínio desenvolvido pelo Recorrente, eis que a Lei 10.174/01 passou a autorizar a utilização de certas informações bancárias do contribuinte para efeitos fiscais, mas mesmo no período anterior à sua vigência já era possível a obtenção das informações bancárias quando houvesse indícios de prática de qualquer crime, como no exemplo dos crimes contra a ordem tributária, de lavagem de dinheiro ou crimes financeiros.

Não se trata, portanto, de eficácia retroativa da Lei 10.174/01 – eis que esta se restringiu à autorização da utilização de dados para fins fiscais –, e sim de apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias.

Reproduzo, por oportuno, trecho do voto do relator do Superior Tribunal de Justiça, a esse respeito:

No presente caso, entendo como devidamente fundamentado o requerimento ministerial de deflagração de ação fiscal e de quebra de sigilo bancário de Danilo Pohl, realizada nos seguintes termos:

"A vultosa quantia movimentada no ano calendário de 1998 por Márcio Marques de Miranda (R\$ 3.905.735,48 – três milhões, novecentos e cinco mil, setecentos e trinta e cinco reais e quarenta e oito centavos), à luz dos documentos trazidos aos autos pelo Banco Bradesco S/A, representa, mais do que indício, evidência gritante de que o ora investigado, *um modesto ajudante de pedreiro* que, segundo se sabe, reside com os pais, contribuinte omissa na apresentação de declaração de imposto de renda de pessoa física, está sendo utilizado como interposta pessoa, "testa de ferro" ou "laranja" de *Danilo Pohl* ou mesmo, de outra pessoa a seu mando, cujo propósito, no mínimo, é o de sonegar tributos.

Exsurge, pois, como imperioso, o aprofundamento das quebras de sigilo, a fim de que se apure a real extensão da sonegação fiscal praticada por *Danilo Pohl*, ou para que se identifique o verdadeiro autor dessas diversas movimentações que com tanto zelo se tem buscado ocultar da Receita Federal e, agora, da Justiça."

(fl. 95.)

7. No próprio julgamento dos embargos de declaração, o STJ confirmou a regularidade e legitimidade das medidas adotadas em relação ao recorrente e, desse modo, não reconheceu a ocorrência de qualquer omissão ou contradição no acórdão embargado.

Destaco, por oportuno, trecho do voto do Relator a esse respeito (fl. 364):

O recorrente encontra-se sob investigação, como suspeito da prática de crime de sonegação fiscal, não baseada na simples outorga de procuração para movimentação de contas bancárias, mas, conforme referido, em documentação demonstrativa dos fatos acima relatados.

E tampouco houve omissão quanto à ofensa ao princípio do devido processo legal, na medida em que o acórdão referiu a existência de fortes indícios justificadores da quebra de sigilo do recorrente.

Ausente omissão quanto à competência do Ministério P\xf3blico, se a simples leitura do acordão demonstra que restou definida, \xe0 exaustão, a legitimidade da atua\xe7ão do *parquet* no presente caso.

Quanto \xe0 negativa de obtenção de vista do procedimento pelos advogados, a questão n\xf3o foi suscitada nas razões do presente recurso, restando decidida nos autos do RMS 15.872/SC, de relatoria do Min. Paulo Medina, julgado em 25/11/2003, conforme referido pelo pr\xf3prio recorrente \xe0 fl. 268.

8. Ante o exposto, **conheço** parcialmente do recurso extraordinário e, nessa parte, **nego-lhe provimento**.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 535.478/SC – Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: Danilo Pohl (Advogados: Renata Scabello Martinelli Marson e outros). Recorrido: Ministério P\xf3blico Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu, em parte, do recurso extraordinário e, na parte conhecida, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidiu este julgamento a Ministra Ellen Gracie.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes \xe0 sessão os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello (Presidente) e Eros Grau. Subprocurador-Geral da Rep\xf3blica, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 28 de outubro de 2008 – Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

MANDADO DE SEGURANÇA 26.690 – DF

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Impetrante: Lyana Helena Joppert Kalluf Pereira

Impetrado: Procurador-Geral da República

Mandado de segurança. Constitucional. Emenda Constitucional 45/04. Ausência de regras de transição destinadas a solucionar situações limítrofes não abrangidas pelos novos preceitos constitucionais. Ministério Público Federal. Ingresso na carreira. Inscrição definitiva no concurso público. Candidata que, embora não possuísse os três anos de atividade jurídica exigidos pelo art. 129, § 3º, da Constituição, era Promotora de Justiça de Ministério Público estadual. Situação de exceção. Princípio da unidade do Ministério Público (art. 128, I e II, da CB/88). Princípio da igualdade (art. 5º da CB/88). A igualdade consiste em tratar-se desigualmente os desiguais. Ordem deferida.

1. A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas pelo novo regime jurídico instituído por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade.

2. O Ministério Público Nacional é uno (art. 128, I e II, da Constituição do Brasil), compondo-se do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados.

3. No exercício das atribuições previstas nos arts. 109, § 3º, da Constituição e 78 e 79 da LC 75/93, o Ministério Público estadual cumpre papel do Ministério Público Federal.

4. A circunstância de a Impetrante, Promotora de Justiça no Estado do Paraná, exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e concomitantemente ser tida como inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República é expressiva de contradição injustificável. Trata-se, no caso, de situação de exceção, típica de transição de um regime jurídico a outro, em razão de alteração no texto da constituição.

5. A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de setembro de 2008 — Eros Grau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Lyana Helena Joppert Kalluf Pereira contra ato do Procurador-Geral da República, na qualidade de Presidente da Comissão Examinadora do 23º Concurso Público para provimento de cargos de Procurador da República.

2. O pedido de inscrição definitiva da Impetrante foi indeferido por não ter ela comprovado o período de 3 (três) anos de atividade jurídica, qual impõe art. 129, § 3º da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional 45/04.

3. A Impetrante colou grau em 22 de janeiro de 2003, obtendo aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil no início daquele ano. Foi aprovada em junho de 2004 no concurso público para o cargo de Promotor de Justiça do Estado do Paraná, tomando posse em abril de 2005.

4. Alega que a autoridade coatora violou direito líquido e certo a sua participação no concurso público para Procurador da República, eis que possui todas as características necessárias para ingresso no cargo, “mesmo porque já exerce atividades delegadas desta função, ainda que na esfera estadual” (fl. 6).

5. Sustenta que o Ministério Público é uno, nos termos do disposto no art. 128, *caput*, I e II da Constituição do Brasil, de modo que seus membros são competentes para atuar em todas as funções inerentes à instituição, “inexistindo hierarquia entre eles, seja porque lhe foram delegados poderes ou investidos diretamente no cargo” (fl. 6).

6. Afirma que a exigência do art. 129, § 3º, da Constituição é inócuia quando se trata de candidato que já faz parte da instituição e foi empossado em cargo para o qual o mesmo requisito é necessário, tendo cumprido, inclusive, o período de vitaliciamento.

7. Alega violação aos princípios constitucionais da finalidade, da razoabilidade e da igualdade.

8. Requer, liminarmente, a participação nas provas orais do certame. No mérito, pede a concessão da ordem para garantir sua habilitação para eventual posse e exercício no cargo.

9. Presentes os requisitos do *periculum in mora e fumus boni iuris*, deferi a medida liminar para que a Impetrante participasse das provas orais.

10. A Impetrante requereu a extensão dos efeitos da liminar para garantir a posse no cargo, eis que aprovada em todas as fases do concurso.

11. O pedido de extensão da liminar foi deferido, em parte, apenas para assegurar a reserva de vaga à Impetrante (fls. 222/225).

12. A Procuradoria-Geral da República opina pela denegação da segurança. Isso porque a Impetrante não demonstrou três anos de atividade jurídica como advogada ou em cargo, emprego ou função privativa de bacharel em direito (fls. 242/252).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): A EC 45/04 alterou as regras atinentes ao ingresso nas carreiras da magistratura e do Ministério Público, exigindo dos candidatos três anos de atividade jurídica.

2. A aplicação dos novos preceitos a situações jurídicas consolidadas na legislação anterior a alteração de ordem constitucional pode gerar contradições a serem solucionadas mediante a edição das chamadas “regras de transição”¹.

3. Ausentes essas regras, a dúvida instalada em relação a uma daquelas situações demanda a prudente análise do caso concreto à luz do direito em quanto totalidade.

4. O presente *writ* gravita em torno de um desses casos especiais. A Impetrante é Promotora de Justiça do Estado do Paraná, empossada no cargo em abril de 2005.

5. Exerce atribuições inerentes a esse cargo, inclusive algumas do Ministério Público Federal, nos termos do disposto nos arts. 78 e 79 da Lei Complementar 75/93². Atua nas causas previdenciárias de competência das varas da justiça estadual em razão do disposto no art. 109, § 3º, da Constituição do Brasil.

1. RESCIGNO, Giuseppe Ugo. “Dispozizioni transitorie”, in *Enciclopédia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 309/235.

2. “Art. 78. As funções eleitorais do Ministério Público Federal perante os Juízes e Juntas Eleitorais serão exercidas pelo Promotor Eleitoral.

Art. 79. O Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que oficie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona.”

6. O Ministério Público Nacional é uno (art. 128, I e II, da Constituição do Brasil), compondo-se do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados. No exercício das atribuições mencionadas no item anterior, o Ministério Público estadual cumpre o papel do Ministério Público Federal.

7. A propósito, a observação de José Afonso da Silva: “a instituição do Ministério Público abrange todos os Ministérios Públicos ali indicados. Realmente, a pretensão da unidade nesse sentido já constava na Exposição de Motivos da Comissão Elaboradora dos Estudos e do Anteprojeto de que resultou a LC 40/1981, segundo a qual o Ministério Público é, em seus lineamentos básicos, *uma só instituição, quer atue no plano federal, junto à Justiça comum ou especial, quer no plano dos Estados, Distrito Federal e Territórios*” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 595).

8. A circunstância de a Impetrante, Promotora de Justiça no Estado do Paraná, exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e concomitantemente ser tida como inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República é expressiva de contradição injustificável.

9. Por outro lado – praticamente acrescendo o meu voto escrito, faço essa referência até para a taquigrafia –, eu diria agora que, na verdade, o Ministério Público sendo uma instituição única, posso perfeitamente interpretar a totalidade que a Constituição é para dizer que o ingresso na carreira do Ministério Público já houve, sim, no ano de 2005, em abril, quando a Impetrante foi empossada no cargo de promotora pública. O ingresso na carreira pode ser tomado nesse sentido também.

10. Além do mais, eu diria que – e aqui estou acrescendo o meu voto escrito também –, em relação à referência feita na manifestação do Subprocurador-Geral da República à eventual existência de bacharéis não membros do Ministério Público e a bacharéis membros do Ministério Público, para eventual acesso a concursos públicos, essa distinção não é incompatível com o princípio da igualdade. Porque nós sabemos, desde Platão a Aristóteles, que a igualdade consiste exatamente em tratar de modo desigual os desiguais. Então, eu diria que, nesse sentido, a igualdade está sendo perfeitamente prestigiada quando se abre um concurso para ingresso na carreira do Ministério Público e se dá um tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público, em relação àqueles que não são.

11. Por isso, Senhor Presidente, não vejo como impedir o acesso da Impetrante, que exerce o cargo de Promotora de Justiça no Estado do Paraná, já em caráter vitalício, ao Ministério Público Federal. Há, aqui, situação especial, típica de transição de um regime jurídico a outro, em razão de alteração no texto da Constituição, no caso a EC 45/04.

12. Estamos aqui, Senhor Presidente, diante daquilo que V. Exa. mencionou, em um certo momento e ocasião, como um caso fronteiriço, que reclama uma análise tópica. Eu diria, ainda acrescentando alguns subsídios ao meu voto escrito, que é numa situação como essa que fica muito clara a beleza e nobreza do ofício da interpretação do direito, interpretação do direito como construção da norma. Nós não somos meros leitores de textos normativos. Fôssemos meros leitores de textos normativos, bastaria a nós a alfabetização. Nós fazemos muito mais do que isso porque aqui integramos o ordenamento jurídico. Trabalhamos no segundo momento normativo, no espaço da dimensão normativa, distinto do espaço da dimensão legislativa.

Concedo a segurança para que a exigência de três anos de atividade jurídica não consubstancie óbice a sua habilitação ao exercício do cargo de procurador da república, operando-se de imediato a sua posse nesse cargo.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas um esclarecimento: ela teria entrado legitimamente no Ministério Público do Paraná.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não havia essa exigência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É interessante. E a norma da Constituição Federal se aplica ao Ministério Público como instituição una, ou seja, ao Ministério Público dito Federal e ao Estadual.

Meus cumprimentos pelo voto proferido, não vamos divergir!

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, queria só fazer uma pergunta ao eminente Relator ou ao advogado ou ao Procurador-Geral. Quando ela fez o concurso para a Procuradoria da República, já tinha dois anos de Ministério Público Estadual?

O Sr. Roberto Monteiro Gurgel Santos (Vice-Procurador-Geral da República): Quando efetivou a inscrição definitiva, que é o momento de aferição, ela tinha dois anos de Ministério Público Estadual.

O Sr. Ministro Menezes Direito: E quando ela realizou o concurso para a Procuradoria da Justiça estadual, já tinha algum tempo de atividade jurídica?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Muito provavelmente não, mas era dispensado.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Sim, eu sei. Tinha?

O Sr. Jefferson Comeli (Advogado): A atividade jurídica é aquela que o Procurador levantou, era assessoramento para promotor, que, no período da aprovação até a efetiva posse, ela buscou justamente se aperfeiçoar e pegar um pouco mais de experiência.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Naqueles cursos?

O Sr. Jefferson Comeli (Advogado): Naquele curso e dando aula.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Então, efetivamente, ela não tinha esse prazo de um ano.

O Sr. Jefferson Comeli (Advogado): De acordo com a nova ordem interposta pelo Ministério Público, não.

O Sr. Ministro Menezes Direito: E o concurso no Ministério Público estadual foi feito antes da Emenda Constitucional 45?

O Sr. Jefferson Comeli (Advogado): Antes.

O Sr. Roberto Monteiro Gurgel Santos (Vice-Procurador-Geral da República): O concurso foi homologado me parece em outubro de 2004 e a Emenda Constitucional 45 é de dezembro de 2004.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O concurso é de junho de 2004, e ela foi empossada em abril de 2005.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Quando ela fez essa inscrição definitiva no Ministério Público Federal, já tinha a Emenda Constitucional 45?

O Sr. Roberto Monteiro Gurgel Santos (Vice-Procurador-Geral da República): Já que foi em abril de 2007 e a emenda é de dezembro de 2004.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Porque a interpretação do Ministro Eros Grau, pelo que estou verificando, é no sentido de que a carreira do Ministério Público é una. E, portanto, ela ingressando no Ministério Público...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Talvez essa colocação seja um tanto quanto problemática, a vertente talvez mais fértil seja realmente a da excepcionalidade do caso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A situação da transição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É claro que agora é una.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Só para ponderar que problema relativo à unidade do ministério público não existe, porque o requisito hoje é extensivo ao Ministério Público estadual. O problema está na situação excepcional de uma fase de transição.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu vou chegar lá, vamos por etapas. A interpretação do Ministro **Eros Grau** é no sentido de que a carreira do Ministério Público é una; portanto, se a pessoa ingressa no Ministério Público e fica um ou dois anos pouco importa, porque ela poderá, porque passou no concurso, ingressar no outro Ministério Público Federal ou no Ministério Público de outro Estado.

Essa fundamentação, com o devido respeito...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não chego ao ponto de assentar que a carreira é única, não é isso. O Ministério Público revela unidade como instituição.

As carreiras são várias, porque senão a Impetrante não precisaria participar do concurso público para ingressar no federal.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro **Marco Aurélio**, estou dizendo exatamente isso.

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Se V. Exa. me permitir? Eu não estou usando como argumento fundamental esse da unidade do Ministério Público, que não é unidade de carreira; usei isso – vamos dizer assim – como artifício de argumentação.

O que estou dizendo é que aqui há uma situação muito especial, que colhe período em relação ao qual deveria haver uma regra de transição. Ela já está no

Ministério Público, mas não quero com isso dizer que não seja necessário concurso público. Nem de longe isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Só um subsídio para raciocinar em voz alta. Penso que a unidade do Ministério Público, aí, entra como ingrediente do exame do requisito constitucional para caso excepcionalíssimo, ou seja, não se trata de sustentar que as carreiras sejam as mesmas, mas de reconhecer que, como há analogia entre as atividades do Ministério Público estadual e do Federal, isso pode ser critério decisivo para efeito de, examinando uma situação excepcional, reconhecer a habilitação decorrente do tirocínio, isto é, da experiência prática. Se ela foi reconhecida, segundo o regime então vigente num caso excepcional, como habilitada a exercer atividades no Ministério Público análogas às do Federal, é porque adquirira tirocínio suficiente para, num caso excepcional de transição, ser tida como habilitada e, portanto, de dispensa do requisito de três anos. Porque este requisito de três anos é para efeito de tirocínio que já estava pressuposto na sua aprovação sob o regime anterior, sem receio de estabelecer aqui regra geral, como teme, aliás, fundamentalmente, a Procuradoria, porque o caso dela é um caso isolado. Hoje, esse problema já não existe, senão apenas para ela como um caso excepcional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Tenho a impressão de que nós já tivemos uma situação bastante assemelhada, o Ministro Marco Aurélio há

de se lembrar, quando discutimos uma ação direta de inconstitucionalidade relativa a uma norma.

O Sr. Ministro Menezes Direito: ADI 3.460, Rel. Min. Carlos Britto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É uma mais antiga em que se discutiu o tempo de serviço dos membros do Ministério Público do Trabalho para os fins de composição dos Tribunais Regionais do Trabalho. Havia uma norma do Ministério Público em que se afirmava que não havendo candidatos em número adequado...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Participariam da lista sétupla candidatos sem os dez anos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sem os dez anos. Então, o Tribunal excepcionou, tendo em vista que extraiu dessa regra também a necessidade, aquilo que o Ministro Eros acabou de chamar, de uma regra transitória; o tribunal acabou por embargos infringentes em reconhecer que havia essa necessidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A esta altura, Presidente, somente espero, porque senão teríamos de convocar o serviço médico, que a concursada não esteja presente!

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): V. Exa. me perdoe. Mais uma vez o Ministro Peluso diz exatamente o que eu gostaria de ter dito.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Agradeço de todas as maneiras as intervenções que foram feitas.

Então queria dizer que rejeito essa argumentação de que há unidade do Ministério Público e, também, essa interpretação de que seria analogia, no sentido de que as carreiras são unas e que existe essa circunstância aqui, ou ali, ou acolá. Isso eu não aceito. Entendo que temos de ter bem claro que não existe isso, as carreiras são distintas, os concursos são distintos e, evidentemente, o acesso deve preencher os requisitos da Constituição em cada momento.

Agora, nessa circunstância, que eu ia dizer, e é preciso isso ficar bem claro, nós estamos diante de um aspecto particular, que é a pessoa, que é a Impetrante, fazer um concurso público no momento em que a exigência para o acesso não tinha o prazo de três anos. Ou seja, quando ela fez o concurso para o Ministério Público estadual, não havia essa exigência. Ela ficou exatamente num momento de transição entre um regime e outro regime. Ela fez as provas com a medida liminar que foi deferida e alcançou o resultado positivo. Mas nessa circunstância precisa, considerando o período em que ocorreu, sem nenhuma rationália no tocante à hermenêutica ou à questão da interpretação da unicidade da carreira, sem nenhuma necessidade de qualquer tipo de inter-

pretação, no caso concreto, excepcionalmente se pode reconhecer o direito da Impetrante em fazer o concurso do Ministério Público Federal, porque aquela exigência que hoje veio com a Emenda 45 não se aplicaria no momento em que ela fez o ingresso para o Ministério Público estadual. Numa palavra, o que estou dizendo é que nenhum raciocínio substitui o critério de excepcionalidade quanto ao julgamento do caso concreto.

Então, confinado nesse aspecto particular, defiro a ordem da segurança.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Senhor Presidente, eu não quis insistir nesse ponto, mas nós estamos mais uma vez diante de uma situação de exceção, quer dizer, aquela situação que precisa ser capturada para ser trazida para dentro do direito.

Eu me comprometo até, se porventura o meu voto for vencedor e eu vier a redigir o acórdão, em deixar bem claro que estamos diante de uma situação nitidamente de exceção.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, atento à brilhante sustentação do eminente Subprocurador-Geral da República, peço vênia para acompanhar o douto voto do Relator.

Entendo que, se aplicarmos rigorosamente as exigências da Emenda Constitucional 45, incidiria, no caso, o velho brocado latino *summus ius, summa iniuria*. Estamos claramente, como mostrou o Ministro Eros Grau, diante de uma situação absolutamente excepcional, em que temos de aplicar o princípio da razoabilidade.

Portanto, nesse sentido, defiro a ordem também acompanhando o eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, para mim, é muito simples, a candidata não preenchia as exigências na data da inscrição.

Por essa razão, indefiro a ordem, pedindo vênia aos que votam em sentido contrário.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, de fato, as teses aqui agitadas são muito interessantes.

Quando o Ministro Eros Grau falou de Aristóteles, na conhecida máxima de que “a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, e que Rui Barbosa aperfeiçoou acrescentando, “na medida em que se igualam ou na medida em que se desigualam”, também me lembrei de Ortega y Gasset para quem “todos nós somos o produto das nossas circunstâncias”, o mais das vezes é isso mesmo, o direito é orteguiano.

É preciso atentar para o caso concreto; e este caso me parece dotado de peculiaridades que exigem também uma decisão peculiar.

Impressiona-me a intervenção dos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, depois secundados pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que houve uma transição. Isso me impressionou muito.

A candidata quando fez o concurso o que se exigia como requisito de inscrição era apenas o lapso de dois anos; agora o Procurador-Geral intervém para dizer que “não, àquela época o prazo já era de três anos”.

Mas reporto-me, sim, ao regime jurídico do Ministério Público que, do ponto de vista constitucional, é um Regime Jurídico Único. O regime jurídico constitucional do Ministério Público Federal é um só. Isso no plano da autonomia técnica, administrativa, da capacidade de propor seu orçamento; do ponto de vista das vedações, das garantias, do ângulo das funções institucionais inscritas no art. 129.

O fato é este: tudo que a Constituição diz para o Ministério Público é considerando-o como funcionalmente uno, digamos assim, claro que organicamente, não. No próprio âmbito da união, há Ministério Público do Trabalho etc. Ninguém pode desconsiderar o Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e Territórios nos termos da Constituição. Porém, a regra dos três anos de que fala a Constituição também é para todo o Ministério Público, na perspectiva da unidade de regime jurídico para todo o Ministério Público. E a razão de ser do § 3º do art. 129 da Constituição, após a Emenda 45, é exigir como requisito de ingresso na carreira do Ministério Público maior experiência, tirocínio, conhecimento. E, se interpretarmos, portanto, o § 3º finalisticamente, ocorre-nos a peculiaridade do caso.

Hoje, a Impetrante tem os três anos, mais de três anos; então, a experiência que o § 3º do art. 129 exige para o ingresso já foi alcançada. O tirocínio e o conhecimento também estão presentes, porque ela já passou em dois concursos específicos do Ministério Público e exerce a função ministerial pública há mais de três anos. Quer dizer, uma interpretação teleológica, finalística, do §

3º abona a tese central do mandado de segurança no sentido do reconhecimento de que ali há, de fato, direito líquido e certo a preservar por esta Corte.

Depois, Senhor Presidente, quando discutimos a ADI 3.460, de minha relatoria, agitei duas idéias, uma foi vencida e a outra não se tornou objeto de uma centrada decisão do Tribunal.

A tese que defendi, à luz do § 3º do art. 129, que se tornou vencida foi a seguinte:

O substantivo “ingresso na carreira” significaria a posse, porque só se ingressa com a posse. Não se ingressa na carreira nem no momento da inscrição, nem no momento da aprovação do concurso, nem no momento da nomeação, ainda não se deu o ingresso.

Art. 129 (...)

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público (...).

O ingresso na carreira somente se perfaz com a posse. Mas essa minha tese foi vencida. O Tribunal entendeu que o ingresso se daria no momento da inscrição. A prova do exercício de atividade jurídica por pelo menos três anos se faria no momento da inscrição, eu fui voto vencido.

Eu agitei outra idéia que não foi objeto de decisão e que, talvez, nos sirva agora pelo menos de adminículo, de subsídio, de alguma achega para a formatação da decisão que, afinal, devemos proferir.

Disse naquela oportunidade – e repito agora – que não há confundir “calendário civil” com “calendário forense”. O “calendário civil” é de 365 dias, não necessariamente o “calendário forense”. O profissional do direito não precisa provar que tem três anos de experiência em atividade jurídica multiplicando 365 por três para se alcançar 1.095 dias; basta que ele atue como profissional do direito em três “calendários forenses”, em três anos forenses; três anos forenses não são três anos civis. E me parece que a nossa profissão abona esse tipo de distinção entre “calendário forense” e “calendário civil”.

Neste caso, o mandado de segurança teria também de ser provido, porque o fato é que ela já atuou em pelo menos três calendários forenses, demonstrando, portanto, não apenas conhecimento técnico, tirocínio, como experiência para o exercício da função ministerial pública.

Tenho, para mim, que, na linha do voto do Ministro Eros Grau, estamos aqui exercitando a interpretação como uma técnica de descoberta construção – vou um pouco além, não fico só na construção – da norma constitucional de que precisamos para resolver este caso, a comprovar que o juiz não é mesmo uma espécie de traça de processo, de ácaro de processo, ele é um ser do mundo

e tem de atentar para a vida tal como a vida se nos dá, sempre cambiante, surpreendente, novidadeira, a exigir muitas vezes uma solução exclusiva para o caso. O caso é tão importante que pede uma decisão exclusiva para ele, afeita à singularidade dele, às peculiaridades dele.

Com essa intervenção, acompanho o voto do eminentíssimo Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, também quero acentuar, em primeiro lugar, o caráter excepcional do caso, que é residual da fase de transição de regimes constitucionais.

Quanto às condições de ingresso na carreira, a regra constitucional da Emenda 45 introduziu regime unitário exatamente para evitar contradições como estas que ressaltam da hipótese. Contradições por quê? Porque, primeiro, há indiscutivelmente unidade substancial entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público estadual, não identidade. Não se trata de uma única organização, mas de organizações que têm princípios comuns e que, portanto, merecem, sobretudo em relação ao ingresso, mas também em outros aspectos, como prerrogativas etc., um tratamento unitário.

Por via de consequência, essa unitariedade decorre também do fato de que têm evidentemente funções analógicas. A natureza das atividades específicas, por exemplo, no crime, tanto na esfera federal, como na estadual, é basicamente a mesma.

Em terceiro lugar, eles têm competências comuns, isto é – ficou bem acentuado na petição inicial e na argumentação da Impetrante –, na verdade, tanto o Ministério Público estadual como o Ministério Público Federal exercem as mesmíssimas atividades, por exemplo, na Justiça Eleitoral, seja em relação a ações civis públicas etc. Ou seja, é a mesma a competência exercitável por membros de ambas as organizações.

Por essas razões, parece-me, em primeiro lugar, que não há nenhum fundamento para o receio manifestado pela Procuradoria quanto ao tratamento diferenciado e, de certo modo, injusto de candidatos, porque se trata de um caso residual da fase de transição e que, hoje, já não tem sentido, porque todos são tratados igualmente.

O que me permite dizer que a interpretação no art. 129, § 3º, é estrita, no sentido de que, hoje, quando se exigem os três anos, se exigem do bacharel, isto é, daquele que não é membro do Ministério Público, pois, para quem é membro do Ministério Público, a exigência não existe, enquanto sujeito ao mesmo regime e, portanto, já provado esse tirocínio de três anos no Ministério Público de origem.

Então, neste caso, ela está na condição de membro do Ministério Público, e não na condição de bacharel.

Como já justifiquei antes, por se tratar de caso excepcional e do qual, portanto, não vamos extrair nenhuma regra de caráter geral aplicável a outras hipóteses, porque é um caso de transição, o requisito constitucional do tirocínio, da habilitação prática para o exercício da função, já estava preenchido.

Eu até diria, pedindo vênia, não sem respeito, que o Ministério Público parece que está muito pródigo dispensando candidatos tão bons.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, também faço minhas as palavras que foram inicialmente do eminente Subprocurador-Geral e agora são, de certa forma, reforçadas pela afirmação do Ministro Cesar Peluso de que, ao que tudo indica, a candidata é altamente qualificada para exercer tanto essa quanto outras funções públicas. No entanto, entendo, com a vênia do eminente Relator e dos colegas que o acompanham, que quem se submete a um concurso público submete-se às normas vigentes à época da sua realização, inclusive ao respectivo edital. Como bem esclarecido pelo Subprocurador-Geral, há declaração formal feita pela candidata no sentido de que conhecia e acatava a exigência de três anos de efetiva experiência profissional.

Se houvesse essa fungibilidade entre as carreiras, que são diversas e que chegou num determinado momento a ser aventada, não seria sequer necessária a realização de um novo concurso público, porque, sendo um só Ministério Público, passar-se-ia do estadual para o Federal, sem necessidade do concurso público.

O objetivo buscado por meio da alteração introduzida pela Emenda 45 é exatamente este de que o certame não seja acessível, ou seja limitado a candidatos que tenham efetiva experiência jurídica propriamente dita, não experiência em cursos de aperfeiçoamento, nem em assessorias informais, mas experiência jurídica plena.

E, neste caso, no caso concreto, verificamos que, quando se submeteu ao concurso do Ministério Público Federal, a candidata contava com dois, não três anos de prática, ou de exercício no Ministério Público estadual. Essa é a realidade.

Com todas as vêrias, entendo que a solução diversa nega vigência à alteração trazida pela Emenda 45. Por isso, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa para denegar a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, começo não por potencializar a interpretação gramatical, verbal do § 3º do art. 129, que, inegavelmente, é a que mais seduz, porque alcançada ao primeiro olhar, mas por compreender o preceito como voltado a uma finalidade.

O parágrafo inicia com a expressão “o ingresso”. A jurisprudência, antes de se cogitar dessa expressão, sempre foi no sentido, presidente, de exigir-se o atendimento dos requisitos constantes do edital na data da posse. É que, em última análise – e nada surge sem uma causa –, visam ao exercício do cargo para o qual é feito o concurso.

O outro aspecto diz respeito ao gênero, não espécie, “atividade jurídica”. Não cabe cogitar de assunção de cargo, de função privativa de bacharel, mas apenas perquirir se o candidato esteve na seara jurídica a exercer qualquer atividade. O leque é enorme, inclusive compreendendo a assistência envolvida no caso concreto, a assistência junto a uma promotoria pública – creio – de São Paulo. O leque – repito – é enorme a revelar o que se pode ter como enquadrável em “atividade jurídica”.

Sob o ângulo constitucional, não havia, até a Emenda 45/04, a exigência de um certo tempo de atividade jurídica. Tinha-se:

O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.

Tout court. A exigência, creio, era da lei complementar e não da Constituição.

Presidente, anotei algumas datas e, como, no passado, fui um candidato à engenharia – fazendo o científico, e não o clássico –, chegando a cursar vestibular para ingresso em faculdade de engenharia, parti dessas datas.

E, não ficou vencido apenas o Ministro Carlos Ayres Britto – creio que, por coerência, devo ter acompanhado S. Exa. quanto à inexigência do atendimento aos critérios na data do ingresso –, concluí que, na data do ingresso – por isso questionei o ilustre Vice-Procurador-Geral da República sobre o dia da posse dos concursados –, a Impetrante já tinha três anos e dois meses de atividade jurídica. Não considerei o curso que ela fez como aluna. Considerei, sim, haver ministrado – e quem ministra exerce uma atividade, gênero, “jurídica” – noções de direito para aqueles que desejavam se apresentar como candidatos a concursos públicos na grande seara em que atuamos.

O que temos, Presidente? Quem sou eu para discutir com o douto Ministro lógica, princípios lógicos. Mas cabe até mesmo trazer à balha o princípio do terceiro excluído.

Não posso conceber que alguém que ingressou legitimamente no Ministério Público, embora no estadual, em passo seguinte, levando em conta uma norma que passou a constar da lei maior, não tenha condições para ingressar no Federal. Não poderia, seria inclusive um absurdo, tomar de empréstimo a Emenda 45/04, essa exigência de três anos de atividade jurídica, para, se fosse o mandado de segurança uma ação de mão dupla, dizer que a Impetrante teria de ser, até mesmo, destituída do cargo do Ministério Público estadual.

Ora, se, na espécie, e cada processo é um processo, ela, à época em que se inscreveu, à época em que apresentou a inscrição definitiva, já guardava a condição de integrante do Ministério Público, não se pode, a meu ver, cogitar - e aqui não estou mesclando carreiras, estou apenas observando o Ministério Público como uno - que estaria, ante o questionamento sobre os três anos, impossibilitada de ingressar no Ministério Público Federal.

Creio que deixamos, com essa decisão, até mais tranqüilo o Ministério Público, porque o ilustre Vice-Procurador-Geral da República, que nos assiste, lançou o vocábulo "lamento", porque seria uma perda. Seria uma perda para a União, para o Ministério Público Federal simplesmente dizer-se que estaria ela habilitada, ante o quesito temporal, a continuar no Ministério Público estadual, mas não a ingressar no Federal.

Reafirmo, Presidente, que a interpretação é acima de tudo um ato de vontade e que aprendi, desde cedo, nessa missão sublime de julgar, antes de considerar a norma, considerar o caso concreto, considerar a controvérsia e levar em conta, acima de tudo, não a ciência angariada com o passar dos anos como estivador do direito, mas a formação humanística.

Ao ouvir o relato do Ministro Eros Graus - e fiquei muito tranqüilo posteriormente quando S. Exa. puxou o voto pela concessão da ordem -, formei o convencimento de que encontraria base legal, base constitucional para implementar, na espécie, considerados os parâmetros especialíssimos do caso concreto, a almejada justiça e é o que faço deferindo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, quando a questão foi esboçada, eu me lembrei do julgamento já aqui recordado, realizado quando da aplicação da Emenda 45 a propósito do tema. Eu filiei-me à corrente mais ortodoxa que recomendava a contagem do prazo a partir de um dado momento certo, o momento da inscrição, que a Ministra Cármem Lúcia recomendou isso, tendo em vista o quadro de insegurança jurídica que se verificava e que se verifica, e também nós percebemos, alguns dos votos pelo menos roçaram esse aspecto, que o próprio constituinte perseguia aqui um critério também de alguma experiência ligada à maturidade, tanto é que não

associou às experiências prévias. De modo que um estudante que terminasse o curso aos vinte e um anos e logo ingressasse em alguma atividade jurídica só lograria preencher as condições a partir dos vinte e quatro anos. Nós temos visto as reclamações todas existentes por conta de alguma imaturidade de agentes que revelam certa habilidade ou inequívoca habilidade intelectual, mas que não têm a maturidade para o exercício de funções que são extremamente complexas.

Foi todo esse ambiente, foi todo esse cenário que levou o Tribunal a fixar, com as vêniás devidas ao eminente Ministro Relator nesse aspecto específico.

Mas é claro, conforme já foi destacado aqui nas diversas manifestações, as normas, na sua aplicação, preparam as suas armadilhas. Não é por acaso que a própria jurisprudência desenvolveu, ao longo dos anos, a tese da proporcionalidade *in concreto*, a idéia de fazer a justeza, a aplicação no caso concreto, fazendo, portanto, um juízo que permite exatamente o que o Tribunal está a fazer que a despeito de se entender que a norma é proporcional, atende a um requisito de proporcionalidade *in abstrato*, também há que se fazer um juízo *in concreto*.

Eu lembro-me, por exemplo, que o Ministro Pertence invocou essa idéia quando, no caso do Plano Collor, deixou de conceder a cautelar, mas disse, o juiz, no caso concreto, deverá examinar se a não-concessão – na verdade, nós estávamos no Plano Collor diante de uma norma que vedava a concessão de cautelar em relação a todas as providências pensadas no chamado “projeto ou Plano Collor”. Ele deixou, e o Tribunal acabou por referendar essa posição, de conceder a liminar, como advogavam alguns Ministros, mas disse, o juiz poderá examinar, no caso concreto, se essa vedação nega a prestação jurisdicional efetiva. Portanto, fez um juízo de proporcionalidade *in concreto*.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Que é a proporcionalidade substancial, em substância.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Substancial. E eu me lembrei – os Senhoresão de se recordar – deste outro caso que foi o julgamento da ADI 1.289-EI, na época em que ainda se aceitavam os embargos infringentes, um caso bastante curioso, porque a Constituição exigiu dos procuradores do trabalho que tivessem dez anos no cargo para que pudessem concorrer à composição dos Tribunais Regionais do Trabalho. Mas, diante da realidade, diante da proliferação de Tribunais Regionais do Trabalho, da multiplicação de vagas, o próprio Ministério Público, o conselho do Ministério Público viu-se diante de uma situação singular, não havia tantos candidatos que preenchessem esse requisito dos dez anos. Então, ele flexibilizou, desde que esses candidatos já estivessem vitaliciados, era possível.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Mas, aí, o princípio aplicado é o *ad impossibilia nemo tenetur*; é outro princípio.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, isso foi discutido, mas eu vou chamar a atenção para esse aspecto, porque o Tribunal, inicialmente – por isso foi que houve embargos infringentes –, declarou a constitucionalidade dessa norma, o que envolvia até mesmo a retirada dessas pessoas, que algumas delas já haviam sido até Presidentes de Tribunais e que voltariam para o Ministério Público para se tornar os mais antigos naquele casa, que geraria, realmente, uma situação de grande injustiça. Mas esse era um caso específico, em que o Tribunal fez uma exceção ou fez uma ressalva ao texto constitucional, dizendo a regra é esta, agora, essa regra pode reclamar uma complementação ou uma lacuna.

Então, neste caso, que vou pedir para juntar, fiz uma série de considerações sobre aquilo que marca a jurisdição constitucional e a interpretação constitucional. Há um texto notável do Professor Zagrebelsky (Direito Dúctil), que diz exatamente o seguinte:

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusiva ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.

(Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3^a ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 13.)

Em seguida, observa aquele eminent professor:

No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudentia* de intentar realizar positivamente a “concordância prática” das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. “Positivamente”: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto.

(Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 16.)

Aí, ele diz o seguinte:

Conclui que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o “pensamento do possível”.

E diz isto numa passagem que é notável:

Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do *aut-aut*, do “ou dentro ou fora”. A coerência “simples” que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do *et-et* e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um “modo de pensar do possível” (*Möglichkeitsdenken*), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental “possibilista” representa para o pensamento o que a “concordância prática” representa para a ação.

(Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 17.)

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o “pensamento jurídico do possível” expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980. p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” pode converter-se em uma “teoria constitucional da tolerância” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6). Daí perceber-se também que “alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

Nessa linha, observa Häberle, “para o estado de liberdade da *res publica* afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas”. Daí ensinar que “não existem

apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas" (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

E prossegue para dizer:

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft Wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível. (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 10.)

Então, eu fazia essas considerações naquele voto para referendar o voto do Ministro Carlos Velloso, que chancelava como constitucional aquela norma do conselho do Ministério Público que permitia, entendia válida naquelas condições e tendo em vista aquele quadro excepcional. Portanto, é como se reconhecessemos a existência de uma cláusula transitória não escrita, tendo em vista esses critérios de proporcionalidade, tendo em vista tudo o que já foi dito.

Nessa linha, também, eu ainda citava Perelman, nesta notável passagem em *Lógica jurídica*, enveredando para um outro caminho das chamadas lacunas constitucionais, que é o problema de que estamos a tratar. Nesta passagem que é belíssima, diz ele:

Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.

A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o artigo 26 da Constituição (o Poder Legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O artigo 25 enuncia o princípio de que os poderes "são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição", e o artigo 130 diz expressamente que "a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte" - (A. Vanwelkenhuyzen, *De quelques lacunes du droit constitutionnel belge*, em *Le problème des lacunes en droit*, p. 347).

Foi com fundamento nestes dois artigos da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra,

porque era contrária ao artigo 26 que precisa como se exerce o poder legislativo.

(PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 105.)

Perelman responde à indagação sobre a legitimidade da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que lê na seguinte passagem do seu trabalho:

Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional?

Portanto, a Corte validou os decretos-leis sem respaldo na Constituição, que expressamente vedava uma decisão única, monocrática do Rei.

Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo Procurador-Geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental:

Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível, pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.

Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos. (*Vanwelkenhuysen, Le problème des lacunes en droit*, cit., pp. 348-349).

(…)

(Perelman, *Lógica jurídica*, cit., p. 106.)

Nessa linha, conclui Perelman:

Se devéssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição, o acórdão da corte de cassação teria sido, sem dúvida alguma, *contra legem*. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de cassação introduz uma lacuna na constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas “pela força dos acontecimentos”, “por força maior”, “pela necessidade” (Perelman, *Lógica jurídica*, cit., p. 107.)

Aí, digo o seguinte:

Não é difícil encontrar exemplos do pensamento do possível na rica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não raras vezes assentada na eventual configuração de uma omissão ou lacuna constitucional. São exemplos notórios desse pensamento as decisões do Tribunal que reconheceram a existência de uma “situação jurídica ainda constitucional” relativamente a algumas normas aplicáveis às defensorias públicas.

De certa forma, o precedente firmado no RE Criminal 147.776, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, parece aquele que, entre nós, melhor expressa essa idéia de omissão ou lacuna constitucional apta a justificar interpretação compreensiva do texto constitucional e das situações jurídicas pré-constitucionais.

A ementa do acórdão revela, por si só, o significado da decisão para a versão brasileira do “pensamento constitucional do possível”:

Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do resarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência.

Este é um ponto importante para que possamos realçar o que estamos a julgar aqui, como já foi destacado.

Dizia S. Exa., então:

De que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de

realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade factica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 Código de Processo Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do Código de Processo Penal será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o Plenário no RE 135.328.

E, neste voto notável, histórico, dizia o Ministro Sepúlveda Pertence:

O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos [já superamos isso; o voto é anterior a essa nova orientação do tribunal] ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que geram – fazem abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade factica que a viabilizem.

Com essas considerações, Senhores Ministros, eu também...

O Sr. Ministro Carlos Britto: Esse texto que V. Exa. leu é do Ministro Sepúlveda Pertence?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Do Ministro Sepúlveda Pertence, neste recurso extraordinário, em que o Tribunal, a despeito de reconhecer que o art. 68 do Código de Processo Penal, que previa que o Ministério Público poderia atuar na defesa do interesse.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não seria mais harmônico com a Constituição admitirmos, portanto, a constitucionalidade sucessiva.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Admitiu a manter-se, porque não cabia ao Ministério Público fazer a defesa dos desvalidos da assistência judiciária. E o art. 68 prevê expressamente que o Ministério Público represente os desvalidos, as vítimas no caso de danos decorrentes de crimes.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu tenho visto essa Lógica do Pensamento Possível com o nome de Lógica Paraconsistente, que é uma tentativa de conciliação do aspecto formal aristotélico, lógico, formal, com a funcionalidade, com a exigência do caso concreto. Newton da Costa, filósofo brasileiro, trabalha bem com isso, e Miro Quesada, também, do Peru.

A Lógica Paraconsistente não é uma negação da lógica formal, mas tenta conciliar a lógica formal com as peculiaridades do caso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, fiz referência a isso em meu voto, embora talvez sem deixá-lo claro, mas que corresponde ao contexto de todo o raciocínio que V. Exa. está expondo e é, agora, apoiado pelo Ministro Carlos Britto.

No fundo, trata-se de adotar interpretação que não leve a um absurdo, como seria o de retirar a competência do Ministério Público e não dá-la a ninguém. E, neste caso, aqui, temos absurdo de igual nível. Qual é? É uma contradição inconcebível. Qual foi a finalidade da Emenda Constitucional 45? Foi estabelecer regime unitário que excluisse toda possibilidade dessa contradição.

Como é que alguém que é Ministério Público do Estado não pode exercer cargo no Ministério Público da União, e vice-versa? E é exatamente esse caso. Nós temos uma contradição. Como é que alguém que está habilitado a exercer funções do Ministério Público nos Estados não pode, sob pretexto de falta de tirocínio, exercê-las no âmbito federal?

O Sr. Ministro Carlos Britto: É o de experiência, ou coisa que o valha.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há um princípio secular – o do terceiro excluído: ou uma coisa é, ou não é. Não há campo para o meio-termo. O Ministério Público é uno.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, com essas brevíssimas considerações, apenas resgatei da memória essas reflexões que já haviam sido desenvolvidas aqui, acompanho e saúdo o voto do eminente Ministro Relator, ressaltando as belíssimas sustentações também aqui desenvolvidas por parte do representante da Impetrante, também do membro do Ministério Público.

EXTRATO DA ATA

MS 26.690/DF — Relator: Ministro Eros Grau. Impetrante: Lyana Helena Joppert Kalluf Pereira (Advogados: João Casillo e outros). Impetrado: Procurador-Geral da República.

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a segurança, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pela Impetrante, o Dr. Jefferson Comeli e, pelo Ministério Público Federal, o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Cármem Lúcia.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Menezes Direito. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 3 de setembro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 889 – RJ

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Autor: Ministério Públco do Estado do Rio de Janeiro

Réu: Ministério Públco do Estado de São Paulo

Direito processual penal. Conflito negativo de atribuições. caracterização. Ausência de decisões do Poder Judiciário. Competência do STF. Local da consumação do crime. Possível prática de extorsão (e não de estelionato). Art. 102, I, f, CF. Art. 70, CPP.

1. Trata-se de conflito negativo de atribuições entre órgãos de atuação do Ministério Públco de Estados-membros a respeito dos fatos constantes de inquérito policial.

2. O conflito negativo de atribuição se instaurou entre Ministérios Públcos de Estados-membros diversos.

3. Com fundamento no art. 102, I, f, da Constituição da República, deve ser conhecido o presente conflito de atribuição entre os membros do Ministério Públco dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro diante da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar conflito entre órgãos de Estados membros diversos.

4. Os fatos indicados no inquérito apontam para possível configuração do crime de extorsão, cabendo a formação da *opinio delicti* e eventual oferecimento da denúncia por parte do órgão de atuação do Ministério Públco do Estado de São Paulo.

5. Conflito de atribuições conhecido, com declaração de atribuição ao órgão de atuação do Ministério Públco onde houve a consumação do crime de extorsão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, reconhecer a competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir o conflito. No mérito, por unanimidade, reconhecer as atribuições do Ministério Públco do Estado de São Paulo, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 11 de setembro de 2008 – Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de conflito negativo de atribuições entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a respeito dos fatos constantes de inquérito policial.

A vítima, residente no município de Santos, recebeu um telefonema de linha telefônica celular do município do Rio de Janeiro, dando conta de que sua filha teria sido "seqüestrada", ocasião em que se exigiu determinada importância pecuniária. Após haver providenciado o depósito do dinheiro exigido em conta da agência localizada no Rio de Janeiro, a vítima recebeu novo telefonema, ocasião em que foi imposto novo depósito em outra conta, mas também do município do Rio de Janeiro. Verificou-se, posteriormente, que sua filha não estava em poder da pessoa com quem a vítima manteve contato telefônico.

Relatório do delegado de polícia, sugerindo o encaminhamento dos autos ao município do Rio de Janeiro, localidade onde se encontram as duas contas que receberam os depósitos.

2. O promotor de justiça de Santos, ao considerar que a vantagem ilícita foi obtida no Rio de Janeiro, requereu a remessa dos autos ao Juízo de Direito da comarca do Rio de Janeiro (fl. 28).

3. A promotora de justiça do Rio de Janeiro suscitou conflito negativo de atribuição, ao entender que os fatos investigados se amoldam ao tipo penal da extorsão cometida por telefone contra vítima residente na cidade de Santos.

Observa que não se trata de conflito de competência, eis que do juízo da 1ª Vara Criminal de Santos não examinou sua competência, tampouco o juízo de Vara Criminal do Rio de Janeiro. Considera que falece atribuição ao MP do Rio de Janeiro, eis que o crime praticado foi o de extorsão, e não estelionato (fls. 34/36).

4. O Senhor Procurador-Geral da República se manifestou no sentido da atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo, em parecer assim ementado (fl. 46):

Conflito de atribuições entre membros do Ministério Público dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo. Atribuição para apreciação de fato cuja tipificação se amolda ao delito de extorsão, previsto no art. 158 do Código Penal. Crime formal.

Consumação caracterizada pelo constrangimento eficaz, suficiente para ensejar a ação ou omissão da vítima, independente da efetiva obtenção da vantagem econômica indevida pelo agente ofensor. Parecer pelas atribuições do Ministério Público do Estado de São Paulo.

É o relato do necessário.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A questão em debate, neste caso, consiste no suposto conflito de atribuições entre membros do Ministério Público dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, relacionados aos fatos investigados no inquérito policial instaurado na delegacia de Santos, Estado de São Paulo.

2. O conflito negativo de atribuição se instaurou entre Ministérios Públicos de Estados-membros diversos, o que retira do procurador-geral de justiça sua resolução.

Esta Corte já apreciou a questão sob o enfoque do não-conhecimento do conflito de atribuição, por considerar que não haveria comprometimento do pacto federativo, conforme se constata da seguinte ementa (Pet 1.503/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ de 14-11-02):

Conflito negativo de atribuições. Ministério Público Federal e Estadual. Denúncia. Falsificação de guias de contribuição previdenciária. Ausência de conflito federativo. Incompetência desta Corte.

1. Conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual. Empresa privada. Falsificação de guias de recolhimento de contribuições previdenciárias devidas à autarquia federal. Apuração do fato delituoso. Dissenso quanto ao órgão do Parquet competente para apresentar denúncia.

2. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, a que alude a letra *f* do inciso I do art. 102 da Constituição, restringe-se aos conflitos de atribuições entre entes federados que possam, potencialmente, comprometer a harmonia do pacto federativo. Exegese restritiva do preceito ditada pela jurisprudência da Corte.

Ausência, no caso concreto, de divergência capaz de promover o desequilíbrio do sistema federal.

3. Presença de virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do Parquet em dissensão. Interpretação analógica do art. 105, I, *d*, da Carta da República, para fixar a competência do Superior Tribunal de Justiça a fim de que julgue a controvérsia. Conflito de atribuições não conhecido.

3. No mesmo sentido, o Pleno confirmou o mesmo entendimento no conflito de atribuições entre promotores de justiça de Estados diversos (CC 7.117/MG, Rel. Min. Sidney Sanches, Pleno, DJ de 21-2-03).

Em decisão monocrática, já considerei inadmissível que a regra de competência originária contida no art. 102, I, *f*, da Carta Magna, endereçada às cau-

sas em que há risco de ruptura da harmonia federativa, não abrange os conflitos de atribuições surgidos entre os Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público Federal (Pet 3.065, rel. Min. Nelson Jobim; Pet 3.005, rel. Min. Ellen Gracie; Pet 1.503, rel. Min. Maurício Corrêa; e CC 7.117, rel. Min. Sydney Sanches), casos nos quais se faz necessária a provocação, pelo *Parquet*, dos órgãos judiciários possivelmente competentes, para só então ter-se, eventualmente, um conflito positivo ou negativo de competência a ser resolvido, de acordo com o art. 105, I, *d*, da Constituição Federal, pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça (Pet 623-QO, Rel. Min. Maurício Corrêa).

4. Contudo, em julgados mais recentes, o Supremo Tribunal Federal alterou tal orientação, conforme se percebe da leitura do julgado sob a relatoria do Min. Cezar Peluso (Pet 3.631/SP, Pleno, DJ de 6-3-08):

1. *Competência*. Atribuições do Ministério Público. Conflito negativo entre MP de dois Estados. Caracterização. Magistrados que se limitaram a remeter os autos a outro juízo a requerimento dos representantes do Ministério Público. Inexistência de decisões jurisdicionais. Oposição que se resolve em conflito entre órgãos de Estados diversos. Feito da competência do Supremo Tribunal Federal. Conflito conhecido. Precedentes. Inteligência e aplicação do art. 102, I, *f*, da CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir conflito negativo de atribuição entre representantes do Ministério Público de Estados diversos. 2. *Competência criminal*. Atribuições do Ministério Público. Ação penal. Formação de *opinio delicti* e apresentação de eventual denúncia. Delito teórico de receptação que, instantâneo, se consumou em órgão de trânsito do Estado de São Paulo. Matéria de atribuição do respectivo Ministério Público estadual. Conflito negativo de atribuição decidido nesse sentido. É da atribuição do Ministério Público do Estado em que, como crime instantâneo, se consumou teórica receptação, emitir a respeito *opinio delicti*, promovendo, ou não, ação penal.

No mesmo sentido: Pet 3.258/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ de 28-9-05.

5. Desse modo, com fundamento no art. 102, I, *f*, da Constituição da República, deve ser conhecido o presente conflito de atribuição entre os membros do Ministério Público dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro diante da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar conflito entre órgãos de Estados-membros diversos.

6. O Sr. Procurador-Geral da República assim se manifestou no seu parecer (fls. 48/49):

12. Com efeito, assiste razão à ilustre Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pois, na espécie, o fato narrado adequa-se à figura típica prevista no art. 158 do Código Penal (extorsão), e não àquela constante do art. 171 do mesmo diploma (estelionato).

13. O crime de extorsão caracteriza-se pela coação incutida à vítima, mediante o emprego de violência física ou grave ameaça, para fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, agindo o ofensor com o intuito de obter vantagem econômica indevida. Reside no constrangimento físico ou moral prenunciado à vítima o traço diferencial entre os delitos de extorsão e estelionato.

14. Se o meio empregado pelo agente para obtenção da vantagem ilícita atemorizou e coagiu a vítima, é de se reconhecer o crime de extorsão e não de simples estelionato. No uso da fraude, podem ocorrer duas hipóteses: ou esse meio coagiu a vítima, e há extorsão; ou a iludiu, havendo estelionato.

15. No caso ora examinado, verificou-se que a vítima, a partir de um mal extremamente grave prenunciado pelo criminoso, foi coagida a proceder aos depósitos bancários nas contas por ele indicadas. Num primeiro momento, a ameaça, ainda que falsa, dirigiu-se à sua filha. Já num segundo instante, a própria vítima foi ameaçada de morte, não lhe restando alternativa, senão se comportar de acordo com o ditado pelo criminoso.

16. Como bem ressaltou a Promotora de Justiça da 1^a Central de Inquéritos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, às fls. 36, "o crime foi o de extorsão e não o de estelionato, eis que a vítima Maria, sucumbindo à grave ameaça - morte de sua filha e sua própria morte - perpetrada pelo criminoso, efetuou os depósitos em dinheiro nas contas bancárias determinadas pelo criminoso".

17. Assim, não obstante conjugados fraude e constrangimento no mesmo meio utilizado pelo agente para obter a vantagem indevida, é de se reconhecer o crime de extorsão, pois, no caso, a vítima cedeu pela coação, não importando que a eficácia desse meio tenha sido gerada pela fraude.

18. É entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que o delito de extorsão é crime formal; consuma-se independentemente do proveito econômico auferido pelo agente. Sendo eficaz o constrangimento, suficiente para ensejar a ação ou omissão da vítima, em detrimento do seu próprio patrimônio, perfaz-se o tipo previsto no art. 158 do Código Penal.

19. Portanto, no caso ora apreciado, a consumação do suposto delito de extorsão teria ocorrido na Comarca de Santos/SP, quando a Sr^a. *Maria Aparecida Jacob Dib* foi constrangida, mediante grave ameaça, a realizar os depósitos bancários nas contas indicadas pelo criminoso.

20. Estabelecidas tais premissas, conclui-se ser atribuição da 20ª Promotoria de Justiça da Comarca de Santos/SP o juízo sobre eventual propositura de ação penal relativamente aos fatos narrados, em face do que dispõe o art. 70 do Código de Processo Penal.

7. O crime de extorsão (CP, art. 158) tem a natureza de crime formal (não exige resultado naturalístico necessário), caracterizando-se pelo constrangimento causado à vítima, mediante violência ou grave ameaça, para fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, com o intuito de o agente obter, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica.

O momento consumativo do crime de extorsão deve ser considerado a partir de três estágios relacionados à prática delitiva: a) o sujeito ativo constrange a vítima, mediante violência ou grave ameaça; b) o sujeito passivo exerce alguma atividade, fazendo, tolerando que se faça ou deixando de fazer alguma coisa; c) o sujeito ativo obtém a vantagem econômica por ele desejada. Para fins de consumação da extorsão, não se mostra necessário terceiro estágio, sendo necessário que haja o constrangimento causado pelo agente e a atuação da vítima.

8. A seu turno, o crime de estelionato (CP, art. 171) tem a natureza de crime material (exige, pois, o resultado naturalístico representado pela diminuição patrimonial do lesado) e, por isso, sua consumação somente ocorre com o efetivo prejuízo da vítima.

9. Assim, na eventualidade de se considerar a classificação dos fatos narrados como extorsão ou estelionato, há clara repercussão prática quanto à atribuição do órgão de atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo ou do Estado do Rio de Janeiro.

10. Nas duas ocasiões em que teve contato telefônico com o interlocutor, a vítima sofreu grave ameaça – morte de sua filha e sua própria morte – por parte da pessoa com quem ela se comunicava. Submetendo-se ao constrangimento, no contexto das circunstâncias em que se encontrava, a vítima atuou no mundo exterior, providenciando a retirada de numerário de sua conta para efetuar depósitos bancários nas contas indicadas pelo agente.

Registro que o meio utilizado pelo agente, em tese, foi idôneo a atemorizar e constranger a vítima que, assim, foi forçada a fazer alguma coisa (providenciar o numerário exigido para depositá-lo nas contas bancárias indicadas).

11. Assim, em tese, os fatos indicados nos autos apontam para possível configuração do crime de extorsão, cabendo a formação da *opinio delicti* e eventual oferecimento da denúncia por parte do órgão de atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo, diante do município de Santos haver sido o local onde supostamente consumou-se a infração (CPP, art. 70).

12. Desse modo, **conheço** do conflito de atribuição, **declarando a atribuição** do órgão de atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo.

É como voto.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Quanto à admissibilidade, a Ministra Ellen Gracie já destacou que a posição anterior da Corte foi superada com decisões do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Cesar Peluso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há um aspecto que consideraria. Construímos a competência do Supremo, para esses conflitos de atribuição, a partir do envolvimento do Ministério Público Federal e do Estadual. Vislumbramos, portanto, um conflito federativo.

Creio que, neste caso, até para evitar a sobrecarga do Supremo, devemos conferir interpretação integrativa ao art. 105 da Constituição Federal, no que prevê que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar conflitos entre juízes vinculados a tribunais diversos para, até mesmo, por simetria, entender que ele deve afastar o impasse.

Quanto ao mérito, subscrevo inteiramente o voto da relatora, porque, a se concluir que a atribuição seria do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, teríamos a própria vítima como partícipe do crime de extorsão, no que depositou o cheque em estabelecimento bancário no Rio de Janeiro.

Agora, pediria licença apenas para ponderar este aspecto: em se tratando de conflito de atribuição, ou atribuições, entre Ministério Público de um Estado e Ministério Público de outro Estado, a solução quanto a quem deve atuar deve ser a mesma que se leva em conta – porque estamos aqui a construir – no conflito de competência em se tratando de juízes vinculados a tribunais diversos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas o argumento aqui desenvolvido, no caso do qual foi Relator o Ministro Cesar Peluso, é o conflito federativo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministra Ellen Gracie, V. Exa. exclui, ou leu o parecer na parte em que excluído o conflito federativo?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Eu adotei a posição, nova da Corte manifestada pelo Ministro Cesar Peluso em março deste ano, no sentido de conhecer do conflito.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não veria conflito federativo por imaginar que, nesse, há sempre interesse de Estados diversos. Aqui a atuação é do Ministério Público.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, peço vênia para entender que cumpre ao Superior Tribunal de Justiça dirimir esse conflito de atribuições.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, entendo na mesma linha da Ministra **Ellen Gracie**. Há uma decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça, pelo saudoso e querido Ministro **Quaglia Barbosa**, em que Sua Excelência fez uma análise detalhada da ausência de competência do Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 105, para dirimir esses conflitos, considerando a própria natureza do conflito entre os ministérios públicos estaduais, que eventualmente têm repercussão até mesmo no conflito de jurisdição entre os Juízes das duas entidades federativas. Então, admito o conflito nessa configuração, dando competência ao Supremo Tribunal Federal.

Eu queria só consultar a Ministra **Ellen Gracie**, se me permitisse. Tenho uma decisão monocrática similar ao caso que foi julgado. Era um conflito entre o Rio de Janeiro, também, e Minas Gerais, em torno de crime de estelionato iniciado na cidade do Rio de Janeiro e consumado em Belo Horizonte. Mas, nesse caso que decidi, havia intervenção inicial do Juiz, que teria declinado da sua competência, e foi a Promotora que promoveu o conflito. Decidi, então, que deveria se devolver o processo para o Juiz para que ele afirmasse ou não a sua incompetência. Não é o caso que nós estamos julgando, é?

A Sra. Ministra **Ellen Gracie** (Relatora): Não.

O Sr. Ministro Menezes Direito: É um caso diferente porque nessa circunstância entendi que, como já estava judicializado, já estava com a intervenção do Juiz, não adiantava dizer que a competência era do Ministério Público do Rio de Janeiro ou do Ministério Público mineiro, porque tinha de se afirmar primeiro a competência jurisdicional. Se o Juiz entendesse que ele era competente, de nada adiantaria a decisão da Corte nessa direção, definindo o conflito entre o Rio de Janeiro e Belo Horizonte.

Naquele caso, também entendi de deferir para o Estado do Rio de Janeiro, constando que o crime havia sido iniciado naquela localidade e que o Juiz havia recebido nessa direção. E verifico que V. Exa., nessa situação, também dá pela jurisdição daquele que praticou o crime iniciado lá, embora consumado em outro lugar. Iniciou-se em São Paulo e consumou-se no Rio de Janeiro.

A Sra. Ministra **Ellen Gracie** (Relatora): Exatamente.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Então, não sendo a mesma hipótese, acompanho o voto da Ministra **Ellen Gracie**.

O Sr. Ministro **Marco Aurélio**: Presidente, fico vencido quanto à competência para julgar o conflito de atribuições. Entendo que ela é do Superior Tribunal de Justiça. Ultrapassada essa preliminar, no mérito acompanho a relatora.

EXTRATO DA ATA

ACO 889/RJ – Relatora: Ministra Ellen Gracie. Autor: Ministério Pùblico do Estado do Rio de Janeiro. Réu: Ministério Pùblico do Estado de São Paulo.

Decisão: O Tribunal, por maioria, reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir o conflito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que declinava da competência ao Superior Tribunal de Justiça. No mérito, por unanimidade, reconheceu as atribuições do Ministério Pùblico do Estado de São Paulo, nos termos do voto da Relatora. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármem Lúcia e Menezes Direito. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 11 de setembro de 2008 – Luiz Tomimatsu, Secretário.

ACORDÃO

Vista, relatadas e discutidas todas estas, acordam os Ministros da Corte Suprema do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, visto o

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 23.654-AP (2008/0108271-0)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Ministério Público do Estado do Amapá

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Amapá

Paciente: A R P T

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). Possibilidade de fixação, em unidades métricas, da distância a ser mantida pelo agressor da vítima. Expressa previsão legal (art. 22, III da Lei n. 11.340/2006). Violação legalmente autorizada ao direito de locomoção do suposto agressor. Fixação de alimento provisionais. Alegação de inexistência de vínculo de parentesco entre acusado e a menor envolvida nos fatos. Inadequação da via do *writ*. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso ordinário. Recurso ordinário desprovido.

1. Conforme anotado no parecer ministerial, nos termos da doart. 22, III da Lei n. 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, poderá o Magistrado fixar, em metros, a distância a ser mantida pelo agressor da vítima - tal como efetivamente fez o Juiz processante da causa -, sendo, pois, desnecessário nominar quais os lugares a serem evitados, uma vez que, se assim fosse, lhe resultaria burlar essa proibição e assediar a vítima em locais que não constam da lista de lugares previamente identificados.

2. A questão relativa à existência, ou não, de parentesco entre o suposto agressor e a menor envolvida nos fatos demandaria atividade cognitiva incompatível com a via do *writ*, visto que não existem elementos suficientes nos autos a comprovar as alegações feitas pelo recorrente, sendo pois, passível de verificação mediante procedimento judicial próprio.

3. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso.

4. Recurso Ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das

notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 02.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se de Recurso Ordinário em *habeas corpus*, interposto pelo Ministério Pùblico do Estado do Amapá, como decorrência de acórdão denegatório proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça daquele Estado, que manteve as medidas protetivas de urgência, deferidas pelo Magistrado de primeiro grau, sem a oitiva prévia do então paciente, assim como os alimentos provisionais.

2. Sustenta o recorrente que a decisão atacada, ao não identificar claramente que locais não poderia o então paciente freqüentar, o magistrado, na prática, o proibiu de frequentar qualquer local público ou privado, já que a indeterminação do comando o coloca em risco de ser preso por se encontrar em qualquer local onde, porventura, a ofendida esteja presente.

3. Aponta, ainda, constrangimento ilegal relativamente à fixação dos alimentos provisionais, em razão da possibilidade de vir a ser decretada a prisão do [então] paciente pelo inadimplemento de obrigação imposta ao arrepião da legislação de regência, pois impõe obrigação a ser adimplida em favor de quem sequer comprovou, como exige a lei, ter o direito de requerer o benefício, baseandose exclusivamente na alegação da ofendida.

4. Opina a ilustre Subprocuradora-Geral da República Ana Maria Guerrero Guimarães pelo desprovimento do recurso (fls. 59 a 65).

5. Era o que havia para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Conforme anotado no parecer ministerial, nos termos da do art. 22, III da Lei n. 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, poderá o Magistrado fixar, em metros, a distância a ser mantida pelo agressor da vítima - tal como efetivamente fez o Juiz processante da causa (fl. 07) -, sendo, pois, desnecessário nominar quais os lugares a serem evitados por aquele, uma vez que se assim fosse, lhe resultaria burlar essa proibição e assediar a vítima em locais que não constam da lista de lugares previamente identificados.

2. Tal proibição de aproximação, prossegue a ilustre representante ministerial:

(...) não infringe o direito de ir e vir, consagrado no art. 5º, XV da Constituição Federal. A liberdade de locomoção do ora paciente encontra limite no direito da vítima de preservação de sua vida e integridade física. Na análise do direito à vida e à liberdade, há que se limitar esta para assegurar aquela (fl. 63).

3. De outra parte, a questão relativa à existência, ou não, de parentesco entre o suposto agressor e a menor envolvida nos fatos demandaria atividade cognitiva incompatível com a via do *writ*, visto que não existem elementos suficientes nos autos a comprovar as alegações feitas pelo recorrente, sendo pois, passível de verificação mediante procedimento judicial próprio.

4. Isso posto, em consonância com o parecer ministerial, nega-se provimento ao Recurso Ordinário.

100 - *Revista do Ministério P\xfablico, Rio de Janeiro*

100 - *Revista do Ministério P\xfablico* - Rio de Janeiro

Revista do Ministério Pùblico, Rio de Janeiro: MP RJ, n. 40, abr./jun. 2011

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 23.945-RJ (2008/0142326-4)

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG)
Recorrente: Nabil Kardous
Advogado: Raouf Kardous
Recorrido: Tribunal Regional Federal da 2^a Região

EMENTA

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Quadrilha. Realização de interrogatório por juiz durante a fase inquisitória, antes do oferecimento da denúncia. Artigo 2º, § 3º, da Lei de Prisão Temporária. Ausência de procedimento que permita ao magistrado proceder à investigação preliminar. Retorno ao sistema inquisitório. Estado Democrático de Direito e garantias do cidadão. Recurso provido.

1. Hipótese em que o Juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da Lei n. 7.960/1989.

2. A Lei de Prisão Temporária permite ao magistrado, de ofício, em relação ao preso, determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito. Em relação à autoridade policial o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.

3. A Lei n. 7.960/1989 não disciplinou procedimento em que o Juiz pode, como inquisidor, interrogar o réu.

4. O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional.

5. O sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes.

6. No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem.

7. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Vencidos os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Og Fernandes.

Os Srs. Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Sustentou oralmente Dr. Nabil Kardous.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Relatora

DJe 16.03.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, interposto pelo recorrente Nabil Kardous – denunciado nas iras do artigo 288 do Código Penal – contra ato do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus* lá impetrada para declarar a parcialidade objetiva do Juízo de primeiro grau e seu impedimento em relação ao paciente, ora recorrente, determinando a redistribuição do feito.

O recorrente sustenta que o artigo 2º, § 3º da Lei n. 7.960/1989 não permite ao juiz realizar, na fase inquisitória, o interrogatório do réu, vez que, agir assim, seria o mesmo que admitir na prática a existência de um juízo de instrução, figura não contemplada por nosso ordenamento jurídico.

Aduziu o recorrente que o magistrado participou ativamente da fase das investigações preliminares, inquirindo o réu, sem permitir a participação da defesa, fato que eiva todo o procedimento de vício insanável, seja o procedimento administrativo ou o judicial, determinando a declaração de nulidade de todos os atos, inclusive da fase inquisitória, e não apenas dos atos decisórios.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não-provimento do recurso, fls. 1.328/1.336.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) (Relatora): Analisei atentamente as razões da impetração, as informações prestadas, a documentação acostada, o parecer do Ministério Público Federal e entendo que o recurso deve ser provido pelos motivos que passo a expor:

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado, juntamente com inúmeros outros réus, por crime de formação de quadrilha.

Isso ocorreu, ao que parece, de forma inusitada, eis que o recorrente atuava na defesa de um réu e devido ao rumo que as investigações tomaram ele foi incluído como autor do crime de quadrilha e denunciado por isso em conjunto com os demais co-réus.

Ainda na fase das investigações preliminares, antes que a denúncia fosse oferecida, portanto, o Juiz Federal Lafredo Lisboa, entendendo que a causa era complexa e que para ser esclarecida necessitava do esforço conjunto dos sujeitos processuais, deu início ao procedimento de realização do interrogatório de alguns réus, dentre eles o recorrente, frise-se que isso ocorreu ainda na fase inquisitorial.

Para embasar a possibilidade de interrogar os réus durante a fase das investigações preliminares o Juiz Federal utilizou o artigo 2º, § 3º da Lei n. 7.960/1989.

A denúncia foi oferecida, recebida e a instrução processual teve início, tudo sob a competência 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, cujo Juiz Titular é o Exmo. Sr. Lafredo Lisboa.

A Defesa, entendendo que esse Juízo era incompetente para processar e julgar o feito impetrhou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal pretendendo a declaração de nulidade de todo o processo, inclusive da fase inquisitorial.

Depois de uma discussão acirrada, vários pedidos de vista e retificação do próprio voto por um dos Desembargadores Federais concluiu-se por conceder parcialmente a ordem para declarar a nulidade dos atos decisórios do procedimento, remetendo-o a nova distribuição para qualquer outra Vara Federal, exceto a 3ª.

Eis a ementa impugnada, fls. 1.203/1.204:

Penal. *Habeas corpus*. Cabimento. Magistrado. Parcialidade caracterizada. Redistribuição do feito. Atos processuais já realizados. Validade.

1. O *habeas corpus* é ação constitucional destinada a proteger o direito ambulatório do cidadão, quando experimenta ameaça ou efetiva coação ilegal ou por abuso de poder.

2. O objeto do presente *writ* é, na verdade, a redistribuição do feito para outro magistrado, com a consequente anulação de todos os atos proferidos pela autoridade apontada como coatora, ante a parcialidade demonstrada pela realização de interrogatório na fase inquisitorial e de reuniões com a acusação, com a autoridade policial e até mesmo com a vítima.

3. No que se refere à seara das nulidades, verifica-se que as questões que exigem, para o seu deslinde, o cotejo de provas não têm como serem dirimidas em sede de *habeas corpus*.

4. Nos termos do art. 563 do CPP, as nulidades processuais sujeitam-se à demonstração do prejuízo, não podendo ser desconsiderado que também se submetem ao princípio da causalidade, onde a invalidade do ato causará a dos demais que lhes sejam subsequentes, desde que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

5. Em obediência ao princípio da economia processual, os atos instrutórios praticados anteriormente à propositura da ação penal

podem ser aproveitados, restando, eventualmente, viciados tão-somente a prática de atos processuais de cunho decisório.

6. A circunstância peculiar verificada no presente caso – de ter o paciente exercido a defesa técnica de um dos acusados até o momento em que foram apreendidas evidências documentais e materiais indispensáveis ao deslinde dos fatos sob apuração –, hipótese em que o citado advogado passou a titularizar a situação jurídica processual de investigado e, ato sucessivo, de denunciado, tendo-lhe sido imputada a conduta descrita no art. 288 do CP, tornando-se, pois, investigado no mesmo processo e perante o mesmo magistrado, traduz parcialidade de natureza objetiva, ensejando o impedimento do magistrado em relação ao ora paciente, revelando-se prudente a redistribuição do feito.

7. Concessão parcial da ordem.

Daí o presente recurso ordinário em *habeas corpus*, em que a defesa questiona a decisão do Tribunal Regional Federal, argumentando que os interrogatórios realizados pelo Juízo monocrático ainda na fase inquisitória utilizaram como fundamento legal o artigo 2º, § 3º da Lei n. 7.960/1989, quando na verdade esse dispositivo legal não permite a atuação do Juiz como se fosse um inquisidor e que, sendo assim, a investigação preliminar teria sido realizada pelo magistrado ao alvedrio da lei, o que ensejaria a declaração de nulidade não só dos atos decisórios do Juiz, mas também dos atos de investigação feitos por ele durante a fase inquisitória.

A questão, a nosso ver, vai além do simples deslinde desse caso concreto, em verdade significa mais. Por conta de questões dessa natureza, algumas vezes mal resolvidas pela utilização de princípios como segurança jurídica e economia processual, dotados de conteúdo axiológico, é que se pode cometer o grave equívoco de sufragar garantias processuais importantes do indivíduo, em franco desrespeito ao sistema processual acusatório que norteia, no Estado Democrático de Direito, a aplicação do direito ao caso concreto.

O que difere o sistema acusatório do inquisitório, segundo Jacinto Coutinho é, justamente, a gestão da prova. No sistema acusatório, regido pelo princípio dispositivo, as partes detêm a gestão das provas; no sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, é o Juiz quem detém a gestão da prova. (Coutinho. O novo papel do juiz no processo penal, p. 25).

Permitir que o Juiz se imiscua nas funções do Órgão Acusatório ou da Polícia Judiciária é entregar-lhe de vez a gestão da prova, é retornar ao sistema inquisitivo, responsável por tantas atrocidades contra o homem acusado da prática de crimes. A principal característica desse sistema processual é a concentração de poder nas mãos do julgador, o qual detém a gestão da prova e faz do acusado mero objeto de investigação e não o considera sujeito de direitos.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988 o sistema inquisitório, típico de países totalitários, cedeu lugar ao Estado Democrático de Direito que preconiza por um processo de partes, com os atos processuais

sendo praticados sob a égide das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, estas sim, aptas a efetivar direitos fundamentais de liberdade, vida e dignidade do homem.

No presente caso, o Juízo monocrático tomou providências típicas da Polícia Judiciária ao proceder ao interrogatório dos acusados antes mesmo de haver ação penal. O Juízo não nega que tenha feito os interrogatórios, ao contrário, ele afirma que de fato realizou o ato, todavia, na seqüência, se justifica apontando a lei de prisão temporária como fundamento legal para o procedimento anômalo realizado.

Todavia, o artigo 2º, § 3º da Lei n. 7.960/1989 não estabelece em momento algum que o Juiz de Direito possa interrogar o acusado da forma como ocorreu no procedimento administrativo preliminar ora analisado. Dispõe referido dispositivo:

Art. 2º A prisão temporária será decretada, pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

O que o Juiz pode fazer de ofício em relação ao preso é determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito.

Em relação à autoridade policial é que o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.

Não diz a lei que o Juiz poderá solicitar informações ao réu preso, que poderá interrogá-lo antes do oferecimento da denúncia, como se fosse a autoridade judicial a responsável pela colheita da prova na fase inquisitória.

Guilherme de Souza Nucci ao comentar o referido artigo, deixa claro que a finalidade da lei era a de proteção do indivíduo preso temporariamente, oportunidade em que o Juiz poderia solicitar a presença do preso para verificar se ele estava sendo respeitado em sua dignidade pessoal.

Diz o autor:

A providência prevista no § 3º tem por finalidade resguardar a integridade física do preso, autorizando que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do advogado do suspeito, possa determinar a apresentação da pessoa detida para que se verifique eventual situação de abuso (ex.: tortura), bem como pode o magistrado preferir encaminhar diretamente o preso para exame de corpo de delito e ainda *solicitar informes da autoridade policial*. Essa situação é anômala e somente se dará se houver suspeita de agressão

ao preso. (Nucci. Leis penais e processuais penais comentadas. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.013). (Grifamos).

O procedimento em que o Juiz de Direito, no curso das investigações preliminares, realizou o interrogatório do recorrente é, por tais considerações, ilegal, eis que não contemplado em qualquer norma do ordenamento jurídico, portanto, é eivado de vício que macula, não apenas os atos decisórios, mas também todo o processo, inclusive, por óbvio, os atos de colheita de provas por ele praticados ainda no curso da investigação preliminar.

Como é possível entender como válida a instrução processual realizada por Juiz que atuou, em momento pretérito, como verdadeiro agente da Polícia Judiciária no curso das investigações preliminares?

Não se pode, por economia processual, deixar de anular todos os atos praticados no curso da ação penal, eis que a autoridade judicial que a presidia já não ostentava a imparcialidade que a atividade jurisdicional requer.

Ainda que os crimes investigados sejam graves, que os membros da suposta quadrilha estejam organizados de tal forma a dificultar a elucidação correta dos fatos pelo Estado a garantia do indivíduo, de se ver julgado por órgão imparcial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não pode ser esquecida, sob pena de todos nós pagarmos o preço mais caro de retorno ao sistema inquisitório.

Por tais considerações, além dos atos decisórios, também a instrução processual dirigida pelo Juiz que realizou os interrogatórios na fase inquisitória, antes de haver ação penal, deverá ser declarada nula, assim como, os atos de investigação praticados pelo Juiz na fase administrativa deverão ser anulados e desconsiderados na propositura da nova ação penal.

Posto isso, dou provimento ao recurso para declarar a nulidade de todo o processo, não apenas dos atos decisórios, assim como, dos atos praticados pelo Juiz Federal durante a fase das investigações preliminares, determinando que os interrogatórios por ele realizados nesse período sejam desentranhados dos autos de forma que não influenciem a opinião delicti do órgão acusatório na propositura da nova denúncia.

É como voto.

VOTO-VISTA (EM MESA) VENCIDO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sr. Presidente, pedi vista dos autos em mesa para exame e maturação do tema.

Peço vênia à eminente Ministra Relatora para manifestar um posicionamento distinto.

Minha conclusão decorre de alguns aspectos que gostaria de explicitar.

O primeiro deles é o fato de que, em função da Lei n. 7.960/1989, que estabelece o regime de prisão temporária e dá jurisdição antecipada ao magistrado, traz uma consequência que o próprio Superior Tribunal de Justiça reconhece: a prevenção do juiz.

Cito o *Habeas Corpus* n. 18.120-SC, do qual foi Relator o eminentíssimo Ministro Hamilton Carvalhido, cujo acórdão ressalta que a decisão, a qual decreta a prisão temporária, implica suporte fático da norma de competência por prevenção. Logo, ao meu sentir, há um relacionamento lógico entre alguma atribuição ou jurisdição que se possa conferir, na fase antecipatória da ação penal, ao juiz que, fatalmente e de forma lógica, será o juiz do feito.

O segundo o raciocínio que empresto é o fato de que estamos ainda em uma fase pré-processual, logo, inquisitorial e não acusatória. Diz-se-á: "Não caberia ao juiz a atuação neste momento"; digo: cabe no instante em que a lei estabelece alguns contornos para que haja a atuação de forma cautelar do magistrado, como tal é o instituto da prisão temporária.

Andei a fazer uma pesquisa específica sobre o elenco de possíveis competências nessa fase processual para o magistrado, aqui e em outros tribunais, e não encontrei; localizei, porém, algo similar que é a Lei n. 9.034/1995, que é uma das leis que trata de organização criminosa.

Sobre o tema, já há manifestação do próprio Superior Tribunal de Justiça, na Ação Penal n. 460-RO, da qual foi Relatora a Sra. Ministra Eliana Calmon, obviamente, estamos tratando de uma instrução em sede de Superior Tribunal de Justiça, em que se declara na ementa, que, nos termos da Lei n. 8.038/1990 e do Regimento Interno desta Casa, cabe ao Relator - obviamente - como juiz da instrução, ordenar diligências complementares. E acrescenta - e esse é o ponto que me parece fundamental - que "...da mesma forma como atua o Juiz de Primeiro Grau na fase pré-processual das investigações (precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça)."

Diz mais:

"A oitiva dos investigados na fase pré-processual, pelo Relator," - no caso do Tribunal - "não viola os princípios do devido processo legal e da imparcialidade. Ao contrário, permite que o relator forme seu convencimento para fins de recebimento de denúncia.

Ora, aplicando-se no universo do Primeiro Grau, quer me parecer que há uma harmonia de situações.

No Supremo Tribunal Federal, também, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.517, de Relatoria do Sr. Ministro Maurício Corrêa, diz mais que:

Aceitável, em princípio, o entendimento de que, se determinadas diligências, resguardadas pelo sigilo, podem ser efetuadas mediante prévia autorização judicial, inexiste impedimento constitucional legal para que o próprio juiz as empreenda pessoalmente com a dispensa do auxílio da Polícia Judiciária, encarregando o próprio magistrado do ato.

Sr. Presidente, Srs. Ministros, com essas singelas fundamentações, pedindo vênia à Sra. Ministra Jane Silva, votô no sentido de que não há quebra da imparcialidade do Julgador, ao instante em que determinou a realização de diligência em uma fase inquisitorial à qual a lei estabelece essa competência.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Senhor Presidente, acho que o Tribunal de Justiça agiu corretamente.

Peço vênia para negar provimento ao recurso em *habeas corpus*.

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Gilberto Rocha de Oliveira

Advogado: Thiago Piloni - Defensor Público

Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Dois homicídios duplamente qualificados e destruição, subtração ou ocultação de cadáveres (art. 121, § 2º, III e IV, e 211 c.c. art. 29, na forma do art. 69, todos do CPB). Recorrente condenado a 19 anos de reclusão. Juntada de matéria de jornal, em que admitida a autoria dos delitos. Inadmissibilidade da alegação de ilicitude da prova. Notícia elaborada a partir das declarações feitas pelo próprio recorrente e publicada com seu expresso consentimento. Observância ao art. 475 do CPP. Opina o MPF pelo desprovimento do recurso. Recurso ordinário desprovido.

1. A par da matéria jornalística ter sido elaborada a partir das declarações feitas pelo próprio réu e sua publicação ter ocorrido com seu expresso consentimento, o art. 475 do CPP expressamente permite a leitura de jornais na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, desde que a documentação tenha sido juntada aos autos com, pelo menos 3 dias de antecedência, tal como observado na espécie.

2. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso.

3. Recurso Ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 16.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se de Recurso Ordinário em *habeas corpus*, interposto por Gilberto Rocha de Oliveira, contra acórdão denegatório proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

2. Ficou o *decisum* assim ementado:

Penal e Processual. *Habeas corpus*. Homicídio. Desentranhamento de prova. Entrevista dada pelo réu a jornal. Denegação da ordem.

1) Paciente que, de livre e espontânea vontade, concede entrevista a jornal narrando com riqueza de detalhes o *modus operandi* com o qual realizou o delito.

2) Não é ilícita a juntada de matéria jornalística como prova no caso dos autos, pois fora esta tomada com o consentimento do autor, sem a utilização de qualquer subterfúgio ilegal, e não se refere a dados considerados sigilosos no processo.

3) A prova foi requerida respeitando o prazo do art. 475 do CPP, que de marcada a Sessão de Julgamento no Tribunal do Júri, não merecendo qualquer reprimenda à juntada da prova aos autos do processo.

4) Ordem denegada (fls. 102).

3. Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado a 19 anos de reclusão, por infração aos arts. 121, § 2º, III e IV, e 211 c.c. art. 29, na forma do art. 69, todos do CPB.

4. Sustenta, em síntese, que a juntada aos autos de supostas declarações do recorrente a jornalistas constitui clara afronta ao seu direito ao silêncio, tratando-se, pois, de prova ilícita. Afirma que o recorrente não recebeu o alerta que poderia ficar calado; que as respostas às perguntas era uma faculdade, um ato necessariamente voluntário. E mais: não foi avisado que aquela entrevista serviria de prova, em juízo, contra ele.

5. Requer, ao final, seja reconhecida a inadmissibilidade da juntada aos autos de qualquer entrevista do recorrente sobre os fatos narrados na denúncia, seja na forma de gravação ou de recorte de jornal.

6. Opina a ilustre Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado pelo improviso do recurso (fls. 132/136).

7. Era o que havia para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Constou do arresto impugnado:

A autoria do delito é confessada pelo paciente em entrevista concedida pelo mesmo à imprensa, em que este afirma ter assassinado barbaramente duas pessoas, e, não satisfeito, ainda decepou suas cabeças.

Não considero ilícita a juntada da matéria jornalística como prova, pois fora esta tomada com o consentimento do paciente. Este, de sua livre e espontânea vontade, prestou as declarações solicitadas pelo repórter, narrando com riqueza de detalhes o *modus operandi* com o qual realizou o delito.

A este respeito o ilustre Procurador de Justiça Ulysses Gusman asseverou em seu bem lançado parecer acerca da matéria jornalística:

... o seu conteúdo não engloba nenhum dado sigiloso e até prova em contrário foi obtida licitamente, sem a utilização de qualquer subterfúgio ilegal.

Acrescento que o jornal apenas utilizou-se do seu direito e dever de informação e divulgação dos fatos ocorridos e o direito de informar decorre e é corolário de um outro que lhe dá origem e dá razão de existir: o direito da sociedade de ser informada, inexistindo ilicitude. Daí porque o conteúdo da matéria veiculada não pode ser tido como prova ilícita. (fls. 95v/96).

Com efeito, o Código de Processo Penal, em seu art. 475 dispõe:
(...).

Verifica-se que a norma impõe uma conduta negativa (proibição) de exibição, no Tribunal do Júri, de documentos, entre os quais se inclui matérias jornalísticas. Percebe-se que o legislador ainda teve a sensibilidade de especificar jornais, pois este é o caso mais comum de exibição de documentos.

Pois bem, a mesma norma que dispõe sobre a regra negativa (da proibição) traz no bojo de sua redação a exceção: que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de 3 (três) dias.

Destarte, verifica-se que a conduta do MP, pugnando pela produção da prova, bem como do Magistrado condutor dos autos originários, se subsumem adequadamente ao comando legal, pois a prova foi requerida antes mesmo de marcada a Sessão de Julgamento no Tribunal do Júri, não merecendo qualquer reprimenda (fls. 105).

2. Assim, no caso em exame, a par da matéria jornalística ter sido elaborada a partir das declarações feitas pelo próprio réu e sua publicação ter ocorrido com seu expresso consentimento, o art. 475 do CPP, conforme salientou o ilustre representante ministerial, *expressamente permite a leitura de jornais na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, desde que tal documento tenha sido juntado aos autos com, pelo menos 3 dias de antecedência. Com mais razão, portanto, é possível a sua juntada aos autos quando ainda nem marcada a sessão de julgamento do Tribunal do Júri.*

3. Isso posto, em consonância com o parecer ministerial, nega-se provimento ao Recurso Ordinário.

4. É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 66.981-RJ (2006/0161102-7)

Relator: Ministro Og Fernandes

Autor: Justiça Pública

Réu: Ricardo Aragon Tamayo

Suscitante: Juízo Federal da 4a Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro

Suscitado: Juízo Federal da 1ª Vara Criminal do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária do Estado de São Paulo

EMENTA

Conflito negativo de competência. Processo Penal. Veiculação na *internet* de imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes. Competência que se firma pelo local da publicação ilícita.

1. Conforme entendimento desta Corte, o delito previsto no art. 241 da Lei n. 8.069/1990 consuma-se no momento da publicação das imagens, ou seja, aquele em que ocorre o lançamento na *Internet* das fotografias de conteúdo pornográfico. É irrelevante, para fins de fixação da competência, o local em que se encontra sediado o responsável pelo provedor de acesso ao ambiente virtual.

2. Conflito conhecido para determinar competente o suscitado, Juízo Federal da 1ª Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo Federal da 1ª Vara Criminal do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Nilson Naves, Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 05.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Cuida-se de conflito negativo de competência em que são partes o Juízo Federal da 4ª Vara Criminal da Seção Judiciária

do Estado do Rio de Janeiro, suscitante, e o Juízo Federal da 1^a Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, suscitado, que se declaram incompetentes para presidir inquérito policial instaurado com vistas à apuração do delito previsto no art. 241 da Lei n. 8.069/1990.

Depreende-se dos autos que foi instaurado procedimento administrativo para se apurar a responsabilidade criminal de Ricardo Aragon Tamayo que teria veiculado imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes, por meio da rede mundial de computadores, *Internet*.

O Juízo Federal do Estado de São Paulo declinou da competência, acolhendo manifestação do Ministério Públco, fundada em representação do Delegado de Polícia de cujo excerto se extrai:

Represento a Vossa Excelência para que, após ouvido o D. Procurador oficiante, estes autos de Inquérito Policial sejam remetidos à Congênere da circunscrição do endereço do titular do portal, no caso a Telemar (através de suas conglomeradas Telemar Norte Leste S/A e Telemar - compradora da BR Serviços e Telecomunicações Ltda), local da consumação do delito, para a continuidade das investigações. No caso presente, a Superintendência da Polícia Federal do Estado do Rio de Janeiro, sede da Empresa Telemar). (Fl.167)

Por sua vez, o Juízo Federal da 4^a Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro suscitou o presente conflito, acatando promoção ministerial assentada nos seguintes termos:

(...) Merece, ainda, asseverar que a atribuição do endereço IP 200.195.113.78 à Telemar, que possui domicílio no Rio de Janeiro, é inábil a afastar a competência do Juízo de São Paulo, já que os autos demonstram que existem protocolos de *internet* referentes à empresa sediada na capital paulista, qual seja, a Equant Brasil Ltda (...), bem como do Mato Grosso do Sul (...) (Fl. 182)

O Ministério Públco Federal manifestou-se às fls. 192/196 pela competência da Justiça Federal do Estado de São Paulo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Versam os autos acerca de inquérito policial instaurado com vistas à apuração do delito tipificado no art. 241, da Lei n. 8.069/1990 supostamente praticado por Ricardo Aragon Tamayo que teria veiculado, por meio da rede mundial de computadores, imagens pornográficas de crianças e adolescentes.

Conforme entendimento desta Corte, o delito em testilha consuma-se no momento da publicação das imagens, ou seja, aquele em que ocorre o lançamento na *Internet* das fotografias de pornografia infantil, não se mostrando

relevante, para fins de fixação da competência, o local em que se encontra sediado o provedor de acesso ao ambiente virtual.

Neste sentido, o seguinte precedente:

Conflito negativo de competência. Processual Penal. Publicação de pornografia envolvendo criança ou adolescente através da rede mundial de computadores. Art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Competência territorial. Consumação do ilícito. Local de onde emanaram as imagens pedófilo-pornográficas.

1 - A consumação do ilícito previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente ocorre no ato de publicação das imagens pedófilo-pornográficas, sendo indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores onde tais imagens encontram-se armazenadas, ou a sua efetiva visualização pelos usuários.

2 - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de Santa Catarina. (CC n. 29.886-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 1º.02.2008).

No caso vertente, verifica-se pela vasta documentação acostada aos autos que o ilícito teria sido cometido em São Paulo.

Diante de tal contexto, *conheço do conflito de competência e declaro competente o suscitado, Juízo Federal da 1ª Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.*

É como voto.

ACORDAM

Visos e relatados estando em sua maioria por meio de acima indicados, decide a Especial Tribunal Federal da Seção Judiciária, por maioria, dar provimento ao Recurso suscitado nos termos do voto do Exmo. Ministro De São Ministério Demissão (Presidente), Bernardo Góes, Francisco Fausto e votos favoráveis votos do Exmo. Ministro Relator.

Brasília, 12º, 16 de março de 2009. (Data de julgamento).
Márcio Teori Athino Zavascki, Relator

RECURSO ESPECIAL N. 760.034-DF (2005/0099568-4)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Ministério Públíco do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Novadata Sistemas e Computadores S/A e outros

EMENTA

Processual Civil. Ação civil pública visando a anular atos administrativos concessivos de benefício fiscal a determinada empresa. Tutela do patrimônio público. Legitimidade do Ministério Públíco. Súmula n. 329-STJ. Controle incidental de constitucionalidade. Cabimento.

1. A restrição estabelecida no art. 1º, parágrafo único da Lei n. 7.347/1985 ("Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos (...) cujos beneficiários podem ser individualmente determinados") diz respeito a demandas propostas em favor desses beneficiários. A restrição não alcança ação visando a anulação de atos administrativos concessivos de benefícios fiscais, alegadamente ilegítimos e prejudiciais ao patrimônio público, cujo ajuizamento pelo Ministério Públíco decorre da sua função institucional estabelecida pelo art. 129, III da Constituição e no art. 5º, III, b da LC n. 75/1993, de que trata a Súmula n. 329-STJ.

2. A ação civil pública não pode ter por objeto a declaração de constitucionalidade de atos normativos. Todavia, se o objeto da demanda é a declaração de nulidade de ato administrativo concreto, nada impede que, como fundamento para a decisão, o juiz exerça o controle incidental de constitucionalidade.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda (Presidenta), Benedito Gonçalves, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 18.03.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que, em ação civil pública objetivando a nulidade de acordo que resultou na concessão de incentivos fiscais de 70% do ICMS, firmado entre os recorridos, decidiu, no que importa ao presente apelo, pela extinção do processo sem julgamento do mérito, reconhecendo a ilegitimidade do Ministério Público. O arresto restou assim ementado:

Ação civil pública. Ministério Público do Distrito Federal. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Matéria tributária. Controle de constitucionalidade incidental. Inadequação da via eleita. Sentença. Efeito *erga omnes*. Recurso desprovido. Unâнимem.

A Ação Civil Pública não se adequa para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como fim precípua, vez que os efeitos nela produzidos são *erga omnes*, sendo vedado ao juiz de primeiro grau declará-la. O Ministério Público carece de legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública envolvendo matéria tributária, ao argumento de, por via reflexa, estar defendendo consumidores. (fl. 276)

No recurso especial (fls. 307/336), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 267, IV e VI, do CPC, 16 da Lei n. 7.347/1985, 5º, III, b e 6º, VII, b, da LC n. 75/1993, ao argumento de que (I) é possível a propositura de "ação pública voltada para defesa dos direitos civis indisponíveis e do patrimônio público e social" (fl. 313), (II) "indiscutível é a necessidade e utilidade do processo para evitar o prejuízo ao patrimônio público do Distrito Federal que concedeu privilégios tributários ilegais à referida empresa" (fl. 318).

Em parecer (fls. 380/385), o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Para adequada apreciação da controvérsia é indispensável ter presente o real objeto da demanda. Diz a inicial, a propósito "*do objeto da ação*":

Por intermédio de ato publicado no DODF de 28.01.2002 (Portaria n. 37, de 24.01.2002), o Secretário de Fazenda e Planejamento do Distrito Federal autorizou o BRB - Banco de Brasília S/A - contratar *financiamento* na forma do § 1º, do art. 2º do Decreto n. 20.957/2000, com a empresa Novadata Sistemas e Computadores S.A., no montante

de R\$ 18.403.768,00 (dezoito milhões, quatrocentos e três mil, setecentos e sessenta e oito reais), iniciando-se em 1º.12.2001 e findando em 30.05.2010, mediante a concessão de incentivos fiscais de 70% (setenta por cento) do imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Municipal e de Comunicação - ICMS, provenientes dos produtos que especifica (fl. 111).

Tais benefícios são o encerramento de uma série deles iniciados em novembro/1990, todos da mesma natureza (financiamento de parte do ICMS devido por prazo certo, com exclusão de juros e correção monetária), através da Resolução n. 108/1990 - CDI, de 23.11.1990 (fl. 24), o que se denominou PRO-IN, migrante para o Prodecon, através da Resolução n. 205/1994 - CDI (fl. 39) e Portaria SEFP n. 803/1995 (fl. 46), com nova migração para o PADES/DF, através da Resolução n. 329/1997 - CDE-DF (fl. 69) e Portaria SEFP n. 262/1998 (fl. 76).

Há, portanto, migração de um programa unconstitutional e ilegal para outro, sem recolhimento do tributo devido (fl. 3/4)

Sustenta-se a demanda na ilegitimidade desses atos, por diversas razões, conforme se colhe dos seguintes excertos da petição inicial:

Os benefícios econômicos concedidos camuflam uma renúncia fiscal por parte do Distrito Federal. É que a s/c Novadata terá realizado o pagamento de apenas 30% (trinta por cento) do valor do ICMS devido, como bem aclarou a Sra. Cordélia Cerqueira, na época, Assessora Jurídica Chefe da Assessoria Jurídica do Gabinete do Secretário de Planejamento do Distrito Federal, responsável pelo acompanhamento dos incentivos fiscais no âmbito do Distrito Federal:

(...) que o declarante esclarece que apesar de haver um incentivo creditício de até 70% do ICMS a empresa recolherá no DF, a partir da existência de um fato gerador, 30% do valor do ICMS, sendo certo que após os 15 anos o recolhimento será integral; que a assessoria não intervém no controle de cumprimento das obrigações assumidas pelo beneficiário, por não ser de sua competência (fl. 05).

“Não resta qualquer dúvida que as manobras levadas a efeito pelo Executivo local encobrem renúncia fiscal, declarando guerra à Federação Brasileira” (fl. 06).

O ‘incentivo’ assim concedido pelo Secretário de Fazenda do Distrito Federal feriu vários princípios constitucionais (legalidade, eficiência, supremacia do interesse público, igualdade, economicidade, finalidade, proporcionalidade, razoabilidade e motivação) já que deve existir uma contraprestação por parte dos beneficiários, expressa em lei, com garantia concreta de sua execução.

Inexiste proporção na análise da relação custo/benefício entre os incentivos oferecidos e as contraprestações de interesse público que deve proporcionar (fl. 11).

O benefício foi concedido em prejuízo da Nação já que não considerou a existência de produtos industrializados em outros Estados da Federação, conforme decidiu o Supremo Tribunal federal na já mencionada ADin n. 2.352-7-ES:

(...) 4. Concorrência do *periculum in mora* para a suspensão do ato normativo estadual que - posto inspirado na razoável preocupação de reagir contra o Convênio ICMS n. 58/1999, que privilegia a importação de equipamentos de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural contra os produtos nacionais similares - acaba por agravar os prejuízos igualmente acarretados à economia e às finanças dos demais estados-membros que sediam empresas do ramo.

Consideremos, também, a concorrência desleal que o fato ocasiona já que o preço dos serviços prestados pela Novadata, beneficiada pelo "financiamento" de ICMS, será muito menor do que o preço dos produtos daqueles que, no mesmo ramo, pretendam instalar-se no Distrito Federal, consequentemente, impedindo futuras instalações de empresas no Distrito Federal e estagnando o desenvolvimento local (fl. 20).

O pedido, por sua vez, é o seguinte:

Seja julgada procedente a ação declarando nulo os atos administrativos praticados (Resolução n. 108/1990 - CDI, de 23.11.1990, o que se denominou PRO-IN, Resolução n. 205/1994 - CDI e Portaria SEFP n. 803/1995, Resolução n. 329/1997 - CDE-DF e Portaria SEFP n. 262/1998, e Portaria SEFP n. 37/2002), condenando a sociedade Novadata Sistemas e Computadores S/A, no pagamento ao Distrito Federal da quantia financiada a título de ICMS, acrescido de juros legais e correção monetária e, solidariamente o BRB, por ser o agente financeiro responsável pelas garantias do cumprimento da avença (fl. 23).

Tem-se claro, pois, que a demanda visa a anular atos administrativos concretos, alegadamente ilegítimos e prejudiciais ao patrimônio público.

2. Assim estabelecidos os limites da demanda, merece reforma o acórdão recorrido. É certo que a jurisprudência estabelece restrições ao ajuizamento de ações civis públicas envolvendo matéria tributária, fundadas, essas restrições, no art. 1º, parágrafo único da Lei n. 7.347/1985, segundo o qual "Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tribu-

tos (...) cujos beneficiários podem ser individualmente determinados". Tal norma, todavia, não pode ter interpretação ampliada, a ponto de inibir o regular exercício de uma das mais significativas funções institucionais do Ministério Público, prevista na própria Constituição Federal, que é a de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social (...)" (CF, art. 129, III). Idêntica norma está reproduzida no art. 5º, III, b da LC n. 75/1993 e, no que se refere ao Ministério Público da União, no art. 6º, VII, b da mesma Lei. A restrição do citado parágrafo único diz respeito unicamente a demandas envolvendo matéria tributária movidas contra a Fazenda Pública e em prol de beneficiários "que podem ser individualmente determinados". Não é o caso dos autos, conforme se demonstrou. Aqui, o que se tem é típica ação destinada à proteção do patrimônio público, que enseja a aplicação da Súmula n. 329-STJ: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público".

3. É inquestionável, por outro lado, que a ação civil pública não pode ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Admitir ação com esse objeto seria equipará-la à ação direta de inconstitucionalidade, de especialíssima natureza e restrita legitimação ativa, cuja competência está concentrada no STF e nos Tribunais de Justiça dos Estados. Mas isso não significa que esteja abolido, na ação civil pública, o controle incidental de constitucionalidade. Tal prerrogativa é assegurada a qualquer juiz (daí denominar-se controle difuso) e está fundada no pressuposto elementar de que, considerado o princípio da supremacia da Constituição, cumpre ao juiz, havendo incompatibilidade entre a norma constitucional e a infraconstitucional, dar aplicação àquela e não a essa. Portanto, se o objeto da ação civil pública é, como no caso, a declaração de nulidade de ato administrativo concreto, nada impede que, como fundamento para a decisão, o juiz exerça o controle incidental de constitucionalidade. Em reforço desse posicionamento, pelo licença para reproduzir o que defendi em sede doutrinária:

Tanto nas demandas destinadas à proteção de direitos transindividuais, quanto nas destinadas à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a atividade jurisdicional é exercida em face de situações concretas, em que se verifique a existência de ameaça ou de lesão aos direitos tutelados. Embora, em muitos casos, as sentenças proferidas nessas demandas tenham caráter genérico (como ocorre em relação aos direitos individuais homogêneos) e eficácia subjetiva ampliada (= *erga omnes*), isso não autoriza seu ajuizamento contra lei em tese, muito menos para ver declarada a ilegitimidade do preceito normativo. Cumpre ao demandante (substituto processual) indicar na petição inicial os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, situando com precisão o fenômeno de incidência (= norma abstrata + suporte fático + norma jurídica concreta) em relação ao qual está deduzindo a sua pretensão. Não se inibe, todavia, o controle incidental

de constitucionalidade. Como em qualquer outra demanda, nada impede que também no processo coletivo a norma abstrata, na sua condição de premissa maior do silogismo inserido no fenômeno de incidência, tenha sua legitimidade constitucional questionada e decidida. O juízo assim formulado constitui apenas um *fundamento* para a sentença do caso concreto, a exemplo do que ocorre com o juízo a respeito do suporte fático (= premissa menor daquele silogismo). Nenhum dos dois, na sua condição de fundamento – e não de objeto – para o juízo de certeza formulado na sentença, faz coisa julgada.

Nesses limites, o controle incidental de constitucionalidade no processo coletivo tem eficácia material restrita ao fenômeno de incidência objetivamente exposto na demanda, e, como tal, não invade os domínios das ações de controle concentrado de constitucionalidade (Processo Coletivo, 3^a ed., 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 305).

4. Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para determinar o regular processamento da demanda. É o voto.

NOTICIÁRIO

Eleição para CNMP e para o CNJ

O Procurador de Justiça *Marcos André Chut* e o Promotor de Justiça *Leonardo Araújo Marques* foram eleitos como os representantes do Ministério Públco do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) para concorrerem às vagas reservadas aos MPs estaduais na composição do Conselho Nacional do Ministério Públco (CNMP) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), respectivamente. A eleição foi realizada no dia 04 de abril, na Sala de Sessões dos Órgãos Colegiados. Para concorrer à vaga no CNMP, *Marcos André Chut* recebeu 636 votos. Já *Leonardo Araújo Marques* foi eleito para concorrer à vaga no CNJ por 561 votos.

A eleição registrou 797 votantes, entre Promotores e Procuradores de Justiça. Foram recebidos 641 votos presenciais e 156 votos postais. Destes, três foram anulados, sendo dois por conter identificação e um por não ter a cédula dentro do envelope. Este ano não será formada uma lista tríplice, uma vez que foram apresentadas candidaturas únicas para as vagas em cada Conselho. O resultado será referendado pelo Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*.

A Mesa Receptora e Apuradora da eleição foi presidida pelo Procurador de Justiça *Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel*, que iniciou a votação às 10h. Também integraram a mesa os Procuradores de Justiça *Guilherme Eugênio de Vasconcellos* e *Cristina Medeiros da Fonseca* e os Promotores de Justiça *Dimitrius Viveiros Gonçalves* e *Fabio Miguel de Oliveira*.

Com a definição dos representantes do MPRJ, o efetivo preenchimento das vagas seguirá novo trâmite. Para a vaga no CNMP, os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, em reunião conjunta, definirão, em lista tríplice, os nomes que serão submetidos à aprovação do Senado. Em relação à vaga no CNJ, o Procurador-Geral da República escolherá um membro entre os nomes indicados por todos os MPs estaduais. Os escolhidos cumprirão mandato de dois anos em cada Conselho.

Em sua 4ª Sessão Ordinária de 2011, o Conselho Superior do Ministério Públco do Estado do Rio de Janeiro homologou, no dia 08 de abril, o resultado da eleição para formação das listas destinadas à escolha dos membros que concorrerão às vagas reservadas aos MPs estaduais na composição do Conselho Nacional do Ministério Públco (CNMP) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Sem objeções, foram proclamados eleitos o Procurador de Justiça *Marcos André Chut*, para indicação ao CNMP, e o Promotor de Justiça *Leonardo Araújo Marques*, para indicação ao CNJ.

A sessão foi presidida pela Subprocuradora-Geral de Justiça de Administração, *Mônica da Silveira Fernandes*, em substituição ao Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*. Além dela, participaram a Corregedora-Geral do MPRJ, *Maria Cristina Menezes de Azevedo*, e os Conselheiros *Dirce Ribeiro de Abreu*, *Guilherme Eugênio de Vasconcellos*, *Orlando Carlos Neves Belém*, *Denise*

Muniz de Tarin, Luiz Fabião Guasque, Cristina Medeiros da Fonseca, Fernando Galvão de Andrea Ferreira e Julio Cesar Lima dos Santos.

PROHOMEN: Programa do MPRJ em parceria com a Polícia Civil RJ*

O Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro Rogério Carlos Scantamburlo e os Promotores de Justiça Renata de Vasconcelos Araujo Bressan e Pedro Borges Mourão Sá Tavares de Oliveira apresentaram à Coordenação Nacional da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (Enasp), no dia 29/03, o Programa de Resolução Operacional de Homicídios para a Meta da Enasp (PROHOMEN). Desenvolvido pelo MPRJ e pela Polícia Civil do Estado, o sistema foi criado para orientar o trabalho de inquéritos de matéria criminal ainda não concluídos.

O PROHOMEN detalha regras e fluxos de trabalho para cada fase dos inquéritos, incluindo instruções sobre como proceder em caso de arquivamento, realização de diligências simples ou complexas, oferecimento de denúncia etc. O programa vai ao encontro das metas da Enasp no âmbito do Rio de Janeiro.

Integrado por membros do MPRJ e da Polícia Civil, o PROHOMEN é uma iniciativa do Centro Integrado de Apuração Criminal (CIAC), coordenado pelo Procurador de Justiça, Rogério Carlos Scantamburlo.

A reunião de apresentação do programa aconteceu em Brasília com a presença das Conselheiras Taís Ferraz (Coordenadora do Grupo de Persecução Penal da Enasp) e Maria Ester, do Subsecretário Executivo da Enasp e Assessor da Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp-MJ), Guilherme Leonardi, da Promotora de Justiça do Ministério Público da Bahia e Membro Auxiliar do CNMP Ana Rita Nascimento e do Juiz Auxiliar do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Fabrício Dornas Carata.

O PROHOMEN já é considerado modelo de aplicação para alcance da Meta 2.

4º Congresso Virtual Nacional do MP

Os autores das teses e moções aprovadas no 4º Congresso Virtual Nacional do MP, realizado de 15 de outubro a 15 de dezembro de 2010, foram premiados, no dia 08 de abril, em solenidade no Edifício-Sede do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Sob a presidência da Procuradora de Justiça *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*, Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos do MPRJ (CEJUR) - representando o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares*

* Notícia postada no dia 05-04-2011.

Lopes - foram entregues prêmios, diplomas e certificados para os membros do MP cujos trabalhos se destacaram na plataforma virtual e servirão de base para futuros debates na classe.

Com o título “A persecução penal frente à(s) dignidade(s) humana(s)”, do Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul *José Aparecido Rigato* conquistou o primeiro lugar. Em segundo, ficou a tese do Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro *Sidney Rosa da Silva Junior*, intitulada “A não obrigatoriedade do quesito o jurado absolve o acusado? na construção do veredito pelo Tribunal do Júri”. Em 3º lugar o Procurador Regional da República do Estado de Pernambuco *Wellington Cabral Saraiva*, “Legitimidade privativa do Ministério Público para o processo penal cautelar”.

O Presidente Executivo do 4º Congresso Virtual Nacional do MP, Procurador de Justiça *Francisco Antonio Souto e Faria*, explicou que o 4º Fórum Virtual Nacional do Ministério Público, em atividade desde 16 de dezembro de 2010, funcionará até o início do 5º Congresso Virtual Nacional do MP, em 2012.

Além do Presidente, o Procurador de Justiça *Francisco Antonio Souto e Faria* e da Procuradora de Justiça *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*, Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos do MPRJ (CEJUR), compuseram a mesa da cerimônia o Promotor de Justiça *Vinicius Gahyva Martins* (representando o Presidente Geral do 4º Congresso Virtual e Presidente da CONAMP), o Promotor de Justiça de São Paulo *José Carlos Cosenzo* (Presidente de Honra do 4º Congresso Virtual Nacional do MP), o Promotor de Justiça *Alexandre Murilo Graça* (representando a Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – AMPERJ), o Procurador de Justiça *Hugo Jerke* (Presidente do CEPROJUS), o Procurador de Justiça *Arthur Pontes Teixeira* (Diretor Presidente da Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – CAMPERJ) e a Promotora de Justiça *Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos* (Secretária-Geral do Colégio de Diretores de Escolas dos Ministérios Públicos do Brasil – CDEMP).

Planejamento Estratégico Nacional do MP

O MP do Rio de Janeiro foi o 3º colocado em número de participantes que responderam a enquete realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), cujo objetivo é fornecer subsídios para a elaboração do Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público (PEN/MP). Cento e cinquenta e cinco Procuradores e Promotores de Justiça do MPRJ participaram da pesquisa, que esteve disponível no período de 14 de março a 2 de abril, no portal do CNMP. Dentre os temas abordados, destacam-se o combate ao crime organizado, à corrupção e ao trabalho escravo ou degradante, além da defesa da saúde.

O MPRJ ficou logo abaixo do MPSP e do MPF. No total, 1.460 Promotores e Procuradores de 30 MPs participaram da pesquisa virtual, incluindo os quatro ramos do MP da União.

"Administração Presente" visita Resende, Barra Mansa e Volta Redonda

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) planeja para o próximo ano a construção de duas novas sedes no interior do Estado, em Resende e Barra Mansa. A demanda foi um dos temas tratados nos encontros entre o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, e membros do *Parquet*, no dia 12 de abril, no cumprimento da agenda do projeto Administração Presente. Além de ter visitado as instalações do MPRJ nestes dois municípios, *Cláudio Soares Lopes* esteve também no Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Volta Redonda.

A comitiva do Procurador-Geral de Justiça foi composta pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, *Antonio José Campos Moreira*; pelo Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, *João Bernardo Rodrigues*; e pelo Coordenador de Movimentação de Promotores, *Guilherme Mattos de Schueler*. As visitas tiveram como objetivo verificar as melhorias realizadas nos últimos dois anos do projeto e ouvir novas demandas dos Promotores de Justiça em termos de infraestrutura e serviços.

Em Resende, participaram do encontro os Promotores de Justiça *Fabio Vieira dos Santos*, *Patrícia Alexandre Brandão*, *Marcelo Marcusso Barros*, *Laura Cristina Maia Costa Ferreira* e *Fabiola de Oliveira Lima Canabarro*. Em Barra Mansa, estiveram presentes os Promotores de Justiça *Ana Paula Lopes Perdigão de Amorim Moura*, *Debora Cagy Erlich*, *Luiz Gonzaga de Lima Costa Júnior* e *Francisco de Assis Machado Cardoso*.

Já em Volta Redonda, a reunião contou com a presença da Coordenadora do CRAAI, Promotora de Justiça *Aline Palhano Rocha*, e dos Promotores *Flavia Meschick de Carvalho*, *Diego Boyd Peçanha Costa*, *Christiane Louzão Costa de Souza*, *Maria da Glória Barboza Silva*, *Luciane Tesch de Abreu*, *André Luiz Noira Passos da Costa*, *Fátima Lourdes Cunha Martins*, *Paula Marques de Oliveira*, *Andréa da Silva Araújo*, *André Constant Dickstein* e *Ivany Bastos França David*.

Conselho de Decanos destaca PIV*

O Conselho de Decanos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro aprovou indicação apresentada pelo Conselheiro *Luiz Sérgio Wigderowitz* para que fosse registrado em ata elogio ao Programa de Identificação de Vítimas (PIV), uma parceria entre o *Parquet* fluminense e a Secretaria de Segurança Pública.

* Notícia postada no dia 18-04-2011.

O Conselheiro ressaltou que o programa já está despertando interesse em outros países, esclarecendo que é baseado numa criteriosa coleta técnica de dados sobre vítimas de crimes não identificadas, que posteriormente são cruzados com todos os registros e ocorrências envolvendo pessoas desaparecidas. A Conselheira *Marija Irneh Rodrigues Moura* lembrou que o PIV recebeu menção honrosa na VII Edição do Prêmio Innovare (2010). "Esta é uma iniciativa do nosso Ministério Público que está tendo um importante alcance social", afirmou *Sérgio Wigderowitz*.

O Programa de Identificação de Vítimas foi tema de extensa reportagem transmitida pela rede de televisão "CNN en Espanol", em 21/08/2010, em que foi ressaltada a aliança entre tecnologia, integração institucional e compartilhamento de informações.

Participaram da sessão, além de seu Presidente, o Procurador de Justiça aposentado *Everardo Moreira Lima*, os conselheiros *Marija Irneh Rodrigues Moura*, *Celso Fernando de Barros*, *Luiz Sérgio Wigderowitz* e *Renato Pereira França*, que teve que se ausentar antes do encerramento. Tiveram ausência justificada os Conselheiros *Leny Costa de Assis* e *Sergio Demoro Hamilton*.

Escolhidos os três membros dos MPs Estaduais para ocupar vagas no CNMP

Os Procuradores-Gerais dos Estados, em reunião do CNPG, definiram, no dia 18 de abril, os nomes dos três membros que serão sabatinados perante o Senado para integrar o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ocupando as vagas reservadas aos Ministérios Públicos dos Estados. Foram escolhidos o Promotor de Justiça *Tito Souza do Amaral* (Goiás), com 22 votos, e os Procuradores de Justiça *Jarbas Soares Júnior* (Minas Gerais) e *Alessandro Tramujas* (Roraima), com 19 e 18 votos, respectivamente.

A eleição foi realizada no edifício-sede do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em Brasília. O pleito foi conduzido pelo Presidente do CNPG, o Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, *Fernando Grella*.

A lista tríplice será encaminhada pelo Procurador-Geral da República, *Roberto Gurgel*, ao Senado, onde será apreciada inicialmente pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Após as sabatinas dos três, se aprovada, a lista irá para a votação do Plenário. Posteriormente, seguirá para a sanção da Presidente da República, *Dilma Rousseff*.

Os mandatos dos membros dos MPEs escolhidos serão exercidos no biênio 2011-2013, ao lado dos cinco representantes do Ministério Público da União e dois Juízes, dois advogados e dois indicados pelo Senado e pela Câmara.

Reunião entre o MP da Argentina e Coordenadores do PLID

Uma proposta de integração dos bancos de dados do Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos (PLID) e do Ministério Público Fiscal da República da Argentina, visando ao cumprimento do Protocolo de Palermo, foi discutida no dia 19 de abril. Participaram da reunião o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional do MPRJ, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, o Procurador da República argentino *Mario Daniel Montoya*, o Procurador de Justiça *Rogério Carlos Scantamburlo* e o Promotor de Justiça *Pedro Borges Mourão*, respectivamente Coordenador e Subcoordenador do Centro Integrado de Apuração Criminal (CIAC).

“Estamos discutindo um pacto de cooperação internacional entre o MPRJ e o MP da Argentina como forma de dar efetividade ao Protocolo Adicional de Palermo para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, do qual os dois países são signatários”, explicou o Procurador da República argentino *Mario Daniel Montoya*.

Promotores de Justiça Substitutos comemoram um ano de posse

Para 28 Promotores de Justiça Substitutos, a data de 26 de abril é um dia especial. Ela marca um ano de posse no Ministério Pùblico do Estado do Rio de Janeiro dos aprovados do XXXI Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira. Três dos 28 novos membros do MP relataram o que aprenderam em um ano de exercício funcional e de dedicação à sociedade.

Ao longo do último ano, os ingressos do concurso em tela participaram do Curso de Capacitação promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), durante quatro meses. Em julho, frequentavam oficinas de trabalho na parte da manhã, elaborando peças processuais ao final de palestras, divididos em grupos e em salas setoriais. À tarde ocorria a parte prática, com a prestação efetiva de auxílio aos órgãos de execução.

MPRJ cria Comissão de Gestão Ambiental

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, publicou no dia 26 de abril, a Resolução GPGJ nº 1.652, que cria a Comissão de Gestão Ambiental (CGA) do MPRJ.

A Comissão será responsável pela implantação e acompanhamento do Programa Institucional de Gestão Ambiental, cujo objetivo é a elaboração de projetos que permitam ao Ministério Pùblico reduzir impactos socioambientais negativos; economizar recursos públicos; reduzir emissões de gases de efeito

estufa; e gerar o menor volume possível de resíduos na realização de suas atividades administrativas e operacionais.

Três membros do M.P. e cinco servidores serão designados pelo PGJ para compor a CGA, que auxiliará o MPRJ na promoção do desenvolvimento sustentável. Todos os setores da Instituição participarão desse esforço colaborativo e prestarão as informações necessárias ao bom desempenho da Comissão.

“Administração Presente” visita CRAAI Duque de Caxias

A sétima visita do Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, pelo projeto Administração Presente foi realizada, no dia 28 de abril, no Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Duque de Caxias. O PGJ verificou as melhorias realizadas nos primeiros dois anos de mandato, entre elas, as dependências da nova sede do MP em Caxias, inaugurada no primeiro ano de sua gestão, em dezembro de 2009. Novos pleitos foram registrados sobre infraestrutura e serviços. Participaram do encontro 20 Promotores de Justiça em atuação no CRAAI e na 3^a Central de Inquéritos.

A comitiva do Procurador-Geral de Justiça foi composta pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*; pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, *Antonio José Campos Moreira*; pelo Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, *João Bernardo Rodrigues*; e pelo Coordenador de Movimentação de Promotores, *Guilherme Mattos de Schueler*. Eles foram recebidos pelo Coordenador do CRAAI, Promotor de Justiça *José Marinho Paulo Júnior* e pela Coordenadora da 3^a Central de Inquéritos, *Cláudia das Graças Mattos de Oliveira Portocarrero*.

Também participaram do encontro os Promotores de Justiça *Simone Paiva da Motta*, *Tiago Joffily*, *Luana Cruz Cavalcanti de Albuquerque*, *Simone Sibilio do Nascimento*, *Cesar Rampazzo da Cruz*, *Allyne Tavares Giannini*, *Eduardo Medeiros Altoé*, *Patrícia Silveira Tavares*, *Jacqueline Esther Abecassis*, *Ana Carolina Mendes Nogueira Gomes*, *Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes*, *Guilherme Macabu Semeghini*, *Rosana Rossés Petró*, *Guilherme Vogel Prado*, *Elisa Fraga de Rego Monteiro*, *Marcus Siqueira*, *Rogério Sá Ferreira* e *Adriana Lucas Medeiros*.

Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça visita o MPRJ

O Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, *Vinícius de Carvalho*, se reuniu no dia 29 de abril com o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*. No encontro, o Secretário elogiou o trabalho do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no combate ao crime organizado e à lavagem

de dinheiro e ofereceu auxílio para a capacitação de membros do MP e servidores na utilização de softwares voltados para o combate a esse tipo de prática criminosa.

Meta 2 da Enasp é tema de nova reunião no MPRJ

O cumprimento da Meta 2 da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (Enasp) foi tema de nova reunião realizada entre o Procurador-Geral de Justiça, Cláudio Soares Lopes, e os Promotores de Justiça de Investigação Penal das Comarcas do Interior do Estado, no dia 29 de abril. A Meta 2 da Enasp fixou que os MPs de todo o país devem concluir os inquéritos e procedimentos investigatórios de homicídios dolosos instaurados até 13 de dezembro de 2007. No encontro, realizado no auditório do edifício-sede, foi apresentado o Programa de Resolução Operacional de Homicídios para a Meta da Enasp (PROHOMEN) – um instrumento de auxílio aos Promotores de Justiça para agilizar os procedimentos.

A Meta 2 é uma determinação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

O Grupo Especial coordenado pela Promotora de Justiça Renata Bressan, tendo como Subcoordenador o Promotor de Justiça Vinícius Winter, foi criado pela Resolução GPGJ nº 1.644, em 14 de março. Uma resolução conjunta assinada pela Procuradoria-Geral e pela Corregedoria-Geral deverá ser publicada na próxima semana, regulamentando a metodologia de trabalho e os procedimentos administrativos que serão adotados para o cumprimento da Meta 2.

Estima-se que pelo menos 60 mil inquéritos, em todo o Estado, estejam enquadrados nos preceitos da Meta 2. As Promotorias de Justiça vêm requisitando os procedimentos junto à Polícia Civil para fazer um inventário e quantificar precisamente o total. O levantamento deve ser concluído no fim de maio.

MPRJ participa de atendimento jurídico na Cidade de Deus

A Ouvidoria Itinerante e a Coordenadoria de Integração e Articulação Institucional (CIAI) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro participaram, no dia 30 de abril, da 1ª Ação Itinerante da Casa de Direitos da Cidade de Deus. Durante todo o dia, os moradores tiveram a oportunidade de registrar denúncias, fazer reclamações e conhecer de perto o trabalho realizado pelo MPRJ em defesa da cidadania.

Das 10h às 18h, a equipe da Ouvidoria Itinerante registrou 97 reclamações. Nos dois ônibus da Justiça Itinerante, foram realizadas audiências, na presença de Promotores de Justiça, Juízes e Defensores Públicos.

Durante o evento, o Ouvidor-Geral do MPRJ, Promotor de Justiça *Gianfilippo de Miranda Pianezolla*, e a Subcoordenadora do CIAI, Promotora de Justiça *Carina Fernanda Gonçalves Flaks*, conversaram com a população e esclareceram algumas funções do MP.

Entres as autoridades presentes, estavam o Ministro da Justiça, *José Eduardo Cardozo*, e o Subsecretário de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, *Antônio Carlos Biscaya*.

Atuou nos ônibus da Justiça Itinerante, a Promotora de Justiça *Lúcia Iloizio Barros Bastos*, titular da 2ª Promotoria de Justiça junto ao I Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital.

MPRJ sediará encontro mundial da Rio+20 *

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça *Herman Benjamin* e uma comitiva do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) foram recebidos pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, no dia 28 de abril. Definiu-se, no encontro, que o MPRJ sediará, em 2012, o Congresso Mundial de Direito Ambiental. A reunião integra a Conferência das Nações Unidas Sobre Desenvolvimento Sustentável (RIO+20). Com a participação de Presidentes de Cortes Supremas e Procuradores-Gerais de todo o mundo, as discussões serão realizadas entre os dias 4 e 6 de junho de 2012.

Herman Benjamin e os integrantes do PNUMA aproveitaram a visita para conhecer as instalações da sede da Procuradoria-Geral de Justiça e do edifício das Procuradorias de Justiça. Além de *Cláudio Soares Lopes*, o Coordenador de Integração e Articulação Institucional, Promotor de Justiça *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva*, e a Procuradora de Justiça *Nadia de Araújo* também participaram da reunião.

Na comitiva do PNUMA constavam *Bakary Kante* (Diretor da Divisão de Direito Ambiental e Convenções), *Sheila Abed* (Diretora-Executiva do Instituto de Direito e Economia Ambiental), *Claudia Ten Have* (Assistente Pessoal do Diretor, Divisão de Direito Ambiental e Convenções) e *Jacob Douer* (Consultor Sênior em Acordos Ambientais Multilaterais).

Vinte anos após a Rio 92, a reunião mundial contará com a presença de governantes dos países-membros da ONU, autoridades políticas e de instituições globais de defesa do meio ambiente. O objetivo da Conferência Rio+20 é articular lideranças globais em torno de uma proposta de desenvolvimento sustentável.

* Notícia postada no dia 03-05-2011.

Homenagem ao Ministro Hamilton Carvalhido

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, participou no dia 04 de maio de homenagem ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça *Hamilton Carvalhido*, durante a Sessão Ordinária da Corte Especial do STJ, em Brasília. *Hamilton Carvalhido* está se despedindo do STJ, com aposentadoria prevista para o dia 9 de maio. O Ministro exerceu a Presidência do STJ em três ocasiões entre 2009 e 2010.

“*Hamilton Carvalhido* engrandeceu a Justiça brasileira e o Ministério Público em carreira brilhante e competente”, destacou *Cláudio Soares Lopes*. Vice-Presidente da Região Sudeste do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público Brasileiro dos Estados e da União (CNPG). O PGJ acompanhou o Presidente do Conselho, *Fernando Grella*, e demais Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público, ao Superior Tribunal de Justiça, onde foram recepcionados pelo Presidente do STJ, *Ari Pargendler*. O Procurador de Justiça *Hugo Jerke*, membro do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, também compareceu à homenagem.

O Ministro *Hamilton Carvalhido* foi Membro do MPRJ durante mais de 30 anos – de 1966 até 1999, quando foi nomeado Ministro do STJ. No *Parquet* fluminense, foi Procurador-Geral por dois mandatos consecutivos – 1995/97 e 1997/99.

“Administração Presente” retorna ao CRAAI Nova Iguaçu

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, e 20 Promotores de Justiça do Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Nova Iguaçu e da 3^a Central de Inquéritos participaram, no dia 05 de maio, do oitavo encontro do Projeto *Administração Presente* no ano de 2011. Realizado na sede das Promotorias de Justiça, a reunião de trabalho representou mais uma etapa no processo de modernização da estrutura do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Sem burocracia ou formalidades, os membros do MP com atuação em órgãos de execução das Comarcas de Nova Iguaçu, Mesquita e Queimados expuseram diretamente à Administração Superior seus pleitos sobre infraestrutura e serviços.

A Procuradoria-Geral de Justiça foi representada também pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatayh*; pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, *Antonio José Campos Moreira*; pelo Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, *João Bernardo Rodrigues*; e pelo Coordenador de Movimentação de Promotores, *Guilherme Mattos de Schueler*. Recebida pela Coordenadora do CRAAI Nova Iguaçu, Promotora de Justiça *Carla Tereza de Freitas Baptista Cruz*, a comitiva verificou as melhorias realizadas nos primeiros dois anos de mandato do PGJ.

O Procurador-Geral de Justiça anunciou o compromisso da Prefeitura de Nilópolis em ceder um terreno de aproximadamente dois mil metros quadrados, próximo ao Fórum, para a construção da sede das promotorias daquela Comarca.

Também participaram do encontro os Promotores de Justiça *Julia Costa Silva Jardim, Fábio Mendes Muniz, Sandro Fernandes Machado, Patrícia Wajnbergier Chalom, Karina Rachel Tavares dos Santos, Renata Scharfstein, Cristiane do Nascimento Ferreira, Fernanda Caruso de Matos, Mariana Segadas Acylino de Lima, Mária Luiza Bezerra Cortes Barroso Miranda, Cláudio Silva de Carvalho, Deise Barboza Passos Ribeiro, Patrícia Gabai Venâncio, André Constant Dickstein, Renata Vieira Carbonel Cyrne, Frederico Antônio Bonfatti Teixeira, Fernanda Abreu Ottoni do Amaral, Jorge Magno Reis Vidal e Dário Marcelo Menezes Brandão.*

Rio 2016: PGJ se reúne com o Presidente do Comitê Organizador

O Presidente do Comitê Organizador Rio 2016, *Carlos Arthur Nuzman*, comprometeu-se a apresentar aos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), detalhes do projeto e cronograma das atividades de preparação dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos. O anúncio foi feito no dia 6 de maio, em reunião com o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, que recebeu *Carlos Arthur Nuzman* no edifício-sede do MPRJ. A data da apresentação será agendada nos próximos dias. A reunião contou com a presença do Coordenador de Integração e Articulação Institucional *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva*, que explicou o trabalho da Comissão Especial criada para acompanhar projetos e contratos referentes à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos de 2016.

Curso formará mediadores de conflitos

Atuação extrajudicial e facilitação do diálogo entre partes conflitantes são o foco do *Curso de Capacitação em Mediação de Conflitos: Ministério Público Resolutivo*, iniciado no dia 6 de maio, no edifício-sede das Procuradorias de Justiça. Até 19 de agosto, os 25 participantes - entre membros e servidores - assistirão a palestras e a oficinas sobre um dos temas de maior destaque no Judiciário brasileiro: o papel do mediador de conflitos.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, destacou, na aula inaugural, a importância do tema para a atuação do Ministério Público como agente de transformação social.

Já o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, situou o curso no contexto do planejamento estratégico traçado para a Instituição pela Administração Superior, a partir de demandas dos membros do MPRJ.

O curso é realizado pelo Centro de Estudos Jurídicos do MPRJ, sob coordenação da Procuradora de Justiça *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*. No mesmo dia, *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea* apresentou as professoras palestrantes *Celia Passos, Tânia Almeida* e *Vânia Izzo*, desejando boas-vindas aos participantes.

MPRJ realiza a III Jornada de Serviço Social

Assistentes Sociais do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) realizaram a *III Jornada de Serviço Social*, no dia 6 de maio, na sala multimídia do prédio dos Procuradores de Justiça. O objetivo do encontro foi discutir as diretrizes do documento *Matriz Teórico-Metodológica do Serviço Social do MPRJ*, que servirá de base para o enfrentamento de questões semelhantes, vivenciadas pelos profissionais da área em atuação nas Promotorias de Justiça. O documento será apresentado à Coordenadoria de Integração e Articulação Institucional (CIAI) do MPRJ, em junho de 2011.

Prestigiaram o encontro o Coordenador e a Subcoordenadora do CIAI, respectivamente os Promotores de Justiça *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva* e *Carina Fernanda Gonçalves Flaks*, o Presidente da Associação dos Servidores (AS-SEMPER) do MPRJ, *Felipe Teixeira de Souza Júnior*, a Diretora do Conselho Regional de Serviço Social (CRESS) da 7ª Região do Rio de Janeiro, *Mônica Vicente da Silva*, e o Professor da Faculdade de Serviço Social da UERJ e do curso de Serviço Social da Universidade Castelo Branco *Ney Luiz Teixeira de Almeida*.

Os debates foram mediados pelos Assistentes Sociais do MPRJ *Marcelo Lobo de Castro, Elisa Nolasco das Neves Franco, Anália dos Santos Silva, Graziela Ferreira Quintão* e *Márcia Nogueira da Silva*.

Aposentadoria do Ministro Hamilton Carvalhido *

Registrarmos a aposentadoria do Ministro *Hamilton Carvalhido*, do Superior Tribunal de Justiça, ocorrido aos 10 de maio do corrente ano, em razão de implemento de idade.

Hamilton Carvalhido é oriundo do nosso Ministério Público, tendo ocupado o cargo de Procurador-Geral de Justiça no período compreendido entre 18 de janeiro de 1995 a 17 de janeiro de 1999.

* O leitor interessado poderá encontrar nas RMPs de nºs 1 a 8 ampla resenha a respeito dos principais eventos ocorridos na administração do Procurador-Geral Hamilton Carvalhido, bastando, para tanto, consultar a seção do noticiário.

Carvalhido, como era conhecido em nosso *Parquet*, ingressou no Ministério Público – RJ em 1966, ocupando o cargo de Defensor Público, então inicial da carreira. Galgou todas as etapas da carreira, sempre promovido por merecimento, ou seja: Promotor Substituto, Promotor de Justiça e Procurador de Justiça. Ocupava a Procuradoria de Justiça junto à 3^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, quando foi nomeado, pelo Procurador-Geral, *Antonio Carlos Silva Biscaia*, para exercer a 1^a Subprocuradoria-Geral de Justiça.

Atingiu, posteriormente, a Chefia do Ministério Público, pelo voto da maioria dos membros da Instituição, sendo nomeado Procurador-Geral de Justiça pelo Governador *Marcello Alencar*.

No campo cultural destacou-se como examinador titular de Processo Penal do último concurso realizado pelo M.P. no extinto Estado da Guanabara (1974), bem como no primeiro levado a efeito no novo Estado do Rio de Janeiro (1975/1976), aqui atuando como titular de Direito Penal.

É detentor do Colar do Mérito do Ministério Público, desde 1992, a mais elevada condecoração do nosso *Parquet*.

Quando ainda integrante do *Parquet* fluminense, exerceu o magistério superior na Universidade Gama Filho e na Universidade Católica de Petrópolis.

Após mais de 30 anos dedicados ao nosso Ministério Público, foi nomeado Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em 1999, lá ocupando, entre outras funções, a de membro da Corte Especial, do Conselho da Administração e da Comissão de Jurisprudência e de Diretor da Revista do STJ, além de integrante efetivo do Superior Tribunal Eleitoral, sem falar na ocupação rotineira de titular de 5^a Turma do STJ.

Salvo equívoco, três foram os nomes oriundos do nosso Ministério Público que ocuparam cargos de Ministro em tribunais superiores: *João Baptista Cordeiro Guerra* (no Supremo Tribunal Federal, chegando a presidi-lo), *Alcides Carneiro* (no Superior Tribunal Militar) e *Hamilton Carvalhido* (no Superior Tribunal de Justiça). Vale o registro que *Cordeiro Guerra* e *Carvalhido* exerceram, igualmente, o cargo de Procurador-Geral de Justiça.

No dia 18 de março, em gesto de profunda delicadeza, visitou a Revista do Ministério Público – RJ, sendo recepcionado pelo diretor do nosso órgão cultural, Procurador de Justiça (aposentado) *Sergio Demoro Hamilton*, ocasião em que assinalou:

“Quero sair pela mesma porta por onde entrei”...

O Ministro foi recebido pelos Subprocuradores-Gerais de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, *Antonio José Campos Moreira*; de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy* e de Administração, *Mônica da Silveira Fernandes*. O Ministro *Hamilton Carvalhido*, na oportunidade, conheceu as instalações do prédio das Procuradorias de Justiça.

Pode-se dizer que foi durante a sua gestão que a Revista do Ministério Público, que não era editada desde 1990, renasceu, ostentando, na atualida-

de, o título de repositório autorizado do STF e do STJ, contando, ainda, com circulação nacional.

Deve-se também a *Carvalhido* a inauguração em 12.12.1997, da nova, confortável, e elegante, sede do nosso Ministério Público. Na ocasião, houve memorável solenidade narrada em seus detalhes na RMP de nº 6/97 (pp.544/553).

Durante a sua administração à frente do nosso *Parquet*, *Carvalhido* exerceu, igualmente, a presidência do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Brasil (1997/1998).

Ministro *Hamilton Carvalhido*:

Que Deus o proteja nesta nova caminhada de sua vida, que ora se inicia.

CRAAI Petrópolis recebe o projeto "Administração Presente"

A nona visita do Projeto Administração Presente no ano de 2011, capitaneada pelo Procurador-Geral de Justiça *Cláudio Soares Lopes*, ocorreu no dia 10 de maio no Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Petrópolis. Participaram do encontro com a comitiva da Administração Superior 12 Promotores de Justiça das Comarcas de Petrópolis, Areal, Comendador Levy Gasparian, Paraíba do Sul, Itaipava, São José do Vale do Rio Preto e Três Rios.

Além do PGJ, a Procuradoria-Geral de Justiça foi também representada pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, *Antonio José Campos Moreira*; pelo Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, *João Bernardo Rodrigues* e pelo Coordenador de Movimentação de Promotores, *Guilherme Mattos de Schueler*.

A comitiva, recebida pelo Coordenador do CRAAI Petrópolis, Promotor de Justiça *Pedro de Oliveira Coutinho*, verificou as melhorias realizadas nos primeiros dois anos de mandato de *Cláudio Soares Lopes* e realizou uma vistoria nas salas reformadas da extensão do CRAAI.

Estiveram presentes no encontro os Promotores de Justiça *Luciana Silveira Guimarães*, *Carlos Eduardo Amaral Marques*, *Elisa Maria Azevedo Macedo Barbosa*, *Kefrine Keil Ramos*, *Paulo Henrique Pereira da Silva*, *Vicente de Paula Mauro Junior*, *Cristiana de Souza Minayo*, *Glória Rocha Kayat*, *Paulo Roberto Valim Gomes*, *Ana Beatriz Villar da Cunha Botelho* e *Vinicius Ribeiro*.

Layout da sede do MPRJ em Niterói

Nova etapa do projeto Administração Presente foi cumprida, no dia 12 de maio, no Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI)

de Niterói. O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, apresentou uma novidade aos Promotores de Justiça locais: o *layout* da nova sede do MPRJ prevista para ser construída no Município. O PGJ também registrou novas demandas administrativas e institucionais, em sua décima visita realizada este ano pelo projeto.

O terreno onde será construído o novo prédio do MP está situado em frente ao edifício em que funcionam os órgãos de execução atualmente. Será um prédio de 13 andares, com toda a funcionalidade necessária para o pleno exercício institucional.

De acordo com o Secretário-Geral, *José Augusto Guimarães*, são aguardados alguns licenciamentos pela Prefeitura. Finalizada a documentação, a licitação deverá ser iniciada até julho. O novo prédio ficará situado na Rua Coronel Gomes Machado, no Centro, e deverá estar pronto no próximo ano.

Além de *José Augusto Guimarães*, a comitiva que representou a Administração Superior em visita ao CRAAI foi integrada pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, *Antonio José Campos Moreira*; pelo Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, *João Bernardo Rodrigues* e pelo Coordenador de Movimentação de Promotores, *Guilherme Mattos de Schueler*.

A comitiva foi recepcionada pela Coordenadora do CRAAI, Promotora de Justiça *Jacqueline El-Jaick Rapozo*, no 14º andar do edifício Tower, no Centro. O encontro reuniu também Promotores de Justiça com atuação na Comarca de Maricá, subordinada ao CRAAI-Niterói.

Após a reunião, a comitiva da Procuradoria-Geral dirigiu-se para um almoço, que contou com a presença dos seguintes Promotores de Justiça: *Augusto Vianna Lopes*, *Adriana Miranda Palma Schenkel*, *Alexandre Couto Joppert*, *Luciano Oliveira Mattos Souza*, *Adriana Campos Bastos*, *Ana Cristina Lesqueves Barra*, *Ana Paula Rodrigues da Rocha*, *Arthur Machado Pauperio Neto*, *Christiane Figueiredo Menescal Braga*, *Cláudio Cardoso da Conceição*, *Ediléia Gonçalves dos Santos Cesário*, *Conceição Maria Tavares de Oliveira*, *Fátima Lúcia Alves Ferreira Nunes*, *João Reginaldo Cardoso da Silva*, *Maria Elisabete Cardoso Antunes da Costa*, *Paula Campello Costa Borges Fulchi*, *Paulo Cerqueira Chagas*, *Renata Scarpa Fernandes Borges*, *Fabiana de Araújo*, *Clarisse Lagoeiro de Magalhães Lourenço* e *Erika da Rocha Figueiredo*.

Ministério Público recebe o prêmio Instituição Cidadania 2011

O trabalho do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) no fomento ao desenvolvimento social e à cidadania foi reconhecido, no dia 12 de maio, com o título Instituição Cidadania 2011, em votação promovida pela Associação Brasileira de Imprensa (ABI) junto com o Centro de Informação

das Nações Unidas e o jornal Folha Dirigida. O MPRJ foi eleito, pela primeira vez, ao lado de mais duas instituições. A eleição contou com 5.718 votos de um júri integrado por representantes de diversos segmentos da sociedade. Dez profissionais de diferentes áreas foram agraciados com o prêmio Personalidade Cidadania 2011.

Na cerimônia de entrega do prêmio, o MPRJ foi saudado por sua efetiva atuação como fiscal do cumprimento das leis e na defesa da dignidade do ser humano. Ao receber o título, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, ressaltou o trabalho multifacetado do MPRJ em prol da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Cerca de 500 convidados acompanharam a cerimônia no Jockey Club Brasileiro, no Centro do Rio.

A iniciativa do prêmio, concedido desde 2005, representa o reconhecimento de toda a sociedade ao trabalho feito pelas personalidades e instituições em defesa da inclusão social e dos direitos humanos e pelo acesso da população à educação, à Justiça e ao trabalho.

Em entrevista à Folha Dirigida, *Cláudio Soares Lopes* destacou alguns dos principais projetos do MPRJ que contribuíram para o reconhecimento social: Em Nome do Pai; Módulo Criança e Adolescente (MCA); Programa de Identificação de Vítimas (PIV); Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO); fomentação da instalação dos conselhos do idoso; Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos (PLID); capacitação de mais de 1,5 mil agentes de saúde, além da luta pela melhoria de acessibilidade para portadores de deficiências.

Além do MPRJ, foram laureados o Clube de Engenharia e o Rotary Club do Rio de Janeiro, representados pelos seus presidentes *Francis Bogossian* e *Alice Cavalieri Lorentz*, respectivamente. Receberam o prêmio Personalidade Cidadania 2011 o jornalista *Ancelmo Gois*; o professor *Arnaldo Niskier*; o Ministro do Trabalho *Carlos Lupi*; o Arcebispo do Rio de Janeiro, Dom *Orani João Tempesta*; o Prefeito *Eduardo Paes* (representado pelo Vice-Prefeito *Carlos Alberto Muniz*); o advogado *Humberto Mota*; o empresário *Israel Klabin* (representado por seu filho, *Alberto Klabin*); o Secretário de Estado de Segurança Pública, *José Mariano Beltrame*; o economista *Sérgio Besserman Vianna* e o artista plástico *Vik Muniz*.

Novos estagiários forenses tomam posse no MPRJ

Sessenta e cinco estagiários forenses da terceira e última convocação do V Exame de Admissão ao Estágio Forense participaram de solenidade de posse no dia 16 de maio. A cerimônia foi presidida pela Corregedora-Geral do Ministério

Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), *Maria Cristina Menezes de Azevedo* (Supervisora do Estágio Forense). A Subcorregedora-Geral do MPRJ, *Simone Benício Ferolla*, e a Promotora de Justiça *Renata Pereira de Souza da Graça Mello* (Coordenadora do Estágio Forense) também integraram a mesa-diretora.

A cerimônia iniciou-se às 16h30, no auditório do edifício-sede do MPRJ. *Maria Cristina Menezes de Azevedo* desejou sucesso aos estagiários em suas futuras carreiras.

Clarisse Cardoso, primeira candidata a escolher o local de trabalho, leu o termo de compromisso, repetido em coro pelos demais aprovados.

CRAAI Nova Friburgo recebe o “Administração Presente”

A comitiva do Projeto Administração Presente retornou no dia 17 de maio ao Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Nova Friburgo e às Promotorias de Justiça de Cachoeiras de Macacu. Durante as visitas, o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, vistoriou as instalações dos órgãos de execução e ouviu dos membros do MP demandas sobre infraestrutura e serviços.

Além de *Cláudio Soares Lopes*, a Procuradoria-Geral de Justiça esteve representada pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, *Antonio José Campos Moreira*; pelo Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, *João Bernardo Rodrigues* e pelo Coordenador de Movimentação de Promotores, *Guilherme Mattos de Schueler*.

Em Nova Friburgo, o Procurador-Geral ressaltou a rápida recuperação das instalações, severamente afetadas pelas chuvas de janeiro, e anunciou a intenção de iniciar a expansão da sede do CRAAI no segundo semestre de 2011. Na visita anterior, a Cachoeiras de Macacu, a comitiva conheceu melhor a rotina de trabalho e a distribuição de recursos físicos e humanos.

A comitiva foi recebida pelo Coordenador do CRAAI, Promotor de Justiça *Hédel Luis Nara Ramos Júnior*.

Participaram do encontro com a comitiva da Administração Superior 15 Promotores de Justiça das Comarcas de Nova Friburgo, Bom Jardim, Cachoeiras de Macacu, Cantagalo, Duas Barras, Santa Maria Madalena, São Sebastião do Alto e Trajano de Moraes.

Estiveram presentes no encontro os Promotores de Justiça *Giuliano Seta de Souza Rocha*, *Anderson Torres Bastos*, *Vanessa de Jesus Tanan Hortega*, *Ângelo Joaquim Gouveia Neto*, *Nestor Goulart Rocha e Silva Junior*, *Andréa de Penteado Fava*, *Patrícia Alexandre Brandão*, *Álan Ribeiro de Oliveira*, *Daniella Faria da Silva Bard*, *Simone Gomes de Souza*, *Letícia Martins Galliez*, *Carlos Gustavo Coelho de Andrade*,

Luciana Soares Rodrigues, Ricardo Campanelle Pletsch e Marcelo Moutinho Ramalho Bittencourt.

Homenagem a José Carlos Cosenzo, ex-presidente da CONAMP

"O Promotor de Justiça *José Carlos Cosenzo* é um ícone do MP brasileiro. Sua dedicação ao Ministério Público é e foi sempre inegável. Com certeza, ele já escreveu sua história entre os grandes líderes de nossa Instituição", afirmou o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, ao participar, no dia 18 de maio, em Brasília, da cerimônia de aposição da foto de Cosenzo na galeria de ex-presidentes da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

Compareceram à solenidade, presidentes de associações estaduais do Ministério Público, ex-presidentes da CONAMP, Procuradores-Gerais de Justiça de diversas unidades da Federação, Conselheiros do CNMP, Parlamentares, representantes do Executivo, membros do Judiciário, presidentes de entidades representativas de classe do MP e advogados.

Ao iniciar a cerimônia, o presidente da CONAMP, *César Mattar Júnior*, afirmou que "homenagear um ex-presidente é homenagear a CONAMP".

Em seus agradecimentos, *José Carlos Cosenzo* lembrou do trabalho durante os dois mandatos em que esteve à frente da Associação, de 2006 a 2010.

José Carlos Cosenzo esteve à frente da CONAMP por dois mandatos. Foi Presidente da entidade nos biênios 2006/2008 e 2008/2010. Promotor de Justiça, nascido em Nova Itapirema, pequena cidade próxima a São José do Rio Preto (SP), *José Carlos Cosenzo* é formado em Direito pela Faculdade Riopretense e, desde 1987, é Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.

MPRJ lança campanha Quem Cala Consente

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), por intermédio do 4º Centro de Apoio Operacional às Promotorias da Infância e da Juventude, lançou, no dia 20 de maio, a campanha *Quem Cala Consente*, como parte da mobilização para o enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes. O encontro, realizado no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça, foi o primeiro passo para intensificar a articulação entre o MPRJ, as Secretarias de Estado de Assistência Social e de Saúde e a Polícia Civil, com a finalidade de sensibilizar a sociedade em relação ao tema. A campanha busca dar visibilidade a importantes canais de denúncia como o Disque 127, telefone da Ouvidoria-Geral do MPRJ, e o Disque 100, Disque-Denúncia Nacional da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Atendendo à solicitação do

4º CAO, a Procuradoria-Geral de Justiça anunciou a criação de um grupo especializado de Promotores de Justiça e servidores do MPRJ, com o objetivo de agilizar as investigações e garantir a efetiva responsabilização dos autores de crimes envolvendo violência sexual contra crianças e adolescentes.

O evento reuniu cerca de 400 pessoas, das 9h às 18h. A plateia era composta por Procuradores e Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Delegados de Polícia, Conselheiros de Direitos da Criança e do Adolescente, Conselheiros Tutelares de diversos Municípios, educadores, psicólogos, assistentes sociais e servidores em geral.

Para a Presidente da Comissão da Infância e Juventude do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), *Sandra Lia Simón*, a iniciativa do MPRJ é importante por reunir os agentes públicos responsáveis para traçar políticas e estratégias visando ao adequado enfrentamento da violência sexual praticada contra crianças e adolescentes.

A Chefe da Polícia Civil, Delegada *Marta Rocha*, lembrou sua experiência com esses casos na corporação. “É um crime silencioso, a vítima não tem voz, a sociedade a desqualifica”, afirmou. “Se por um lado o medo (de denunciar) gera a violência, o silêncio gera a impunidade. Cumprimento o MP pela iniciativa de uma campanha desta magnitude para vencermos esta barreira”, completou.

PGJ recebe novo Superintendente Regional da Polícia Federal

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, recebeu em seu gabinete, no dia 23 de maio, o novo Superintendente Regional da Polícia Federal (PF), *Valmir Lemos de Oliveira*. A visita teve como principal objetivo a intensificação do diálogo entre as duas instituições. Durante o encontro, *Cláudio Soares Lopes* ressaltou a importância para a sociedade de se aperfeiçoar o relacionamento institucional entre o Ministério Público e a Polícia Federal.

Valmir Lemos também destacou a importância de se estabelecer relações de trabalho com o MP e colocou-se à disposição para a realização de projetos conjuntos nos quais a Polícia Federal possa contribuir.

Estiveram presentes ao encontro o Coordenador de Segurança e Inteligência do MPRJ, Promotor de Justiça *Paulo Wunder de Alencar* e o Delegado Regional Executivo da PF, *Walace Tarcísio Pontes*.

Terceira etapa do Planejamento Estratégico

Em cumprimento à terceira etapa do Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público, 55 Procuradores e Promotores de Justiça reuniram-se em mesas temáticas para debater os objetivos estratégicos do MP, no dia 24 de

maio, no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça do MPRJ. Compareceram representantes dos Ministérios Públicos dos Estados do Rio de Janeiro (MPRJ), Espírito Santo e Minas Gerais, da Procuradoria Regional do Trabalho da 1^a Região, da Procuradoria Regional da República - 2^a Região e da Procuradoria da Justiça Militar no Rio de Janeiro. Este é o 7º Encontro Regional do Planejamento Estratégico promovido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), iniciado no dia anterior.

O Subprocurador-Geral de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, destacou a importância do encontro e da articulação dos MPs para o desenvolvimento institucional não apenas em âmbito regional como nacional.

O trabalho foi coordenado pelos membros Auxiliares do CNMP, o Coordenador de Modernização Institucional e Acompanhamento de Projetos do MPRJ, *Cristiano dos Santos Lajoia Garcia* e o Promotor de Justiça do MP do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), *Dermeval Farias*.

O MPRJ esteve representado nos debates pelos Promotores de Justiça *Vinícius Winter de Souza Lima* (Subcoordenador do 2º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais), *Leonidas Filippone Farrulla Júnior* (Coordenador do 3º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis), *Rodrigo Cézar Medina da Cunha* (Coordenador do 4º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude), *Sidney Rosa da Silva Junior* (Subcoordenador do 6º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva) e *Andrezza Duarte Cançado* (Coordenadora do 8º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Execução Penal).

A Procuradora do Trabalho *Sandra Lia Simón*, Conselheira do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), encerrou o evento agradecendo ao Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, pela acolhida e aos presentes pelo trabalho realizado. *Achiles Siquara*, Conselheiro do CNMP, *Martha Beltrame*, Membro Auxiliar do CNMP e a Coordenadora de Planejamento Institucional, Procuradora de Justiça do MPRJ *Denise Soares Lopes*, também participaram do encontro.

"Administração Presente" retorna ao CRAAI Teresópolis

Em sua 12^a visita este ano, o Projeto Administração Presente esteve, no dia 24 de maio, no Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRA-AI) Teresópolis. Na sede local do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, participou de encontro com Promotores de Justiça das Comarcas de Teresópolis, Carmo e Sumidouro. Ele vistoriou as instalações físicas dos órgãos de execução e recebeu demandas sobre infraestrutura e serviços.

O PGJ, que foi recebido pelo Coordenador do CRAAI, Promotor de Justiça *Rodrigo Molinaro Zacharias*, explicou primeiramente o objetivo do projeto, que está completando três anos.

O Procurador-Geral estava acompanhado pelo Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, Promotor de Justiça *João Bernardo Rodrigues*.

Os Promotores de Justiça *Sheila Cristina Vargas Ferreira*, *Gisela Pequeno Guimarães Corrêa*, *Soraya Vidal Tostes Sales*, *Carla de Azevedo Vieira*, *Silvio Ferreira de Carvalho Neto*, *Carla Tereza de Freitas Baptista Cruz* (Coordenadora do CRAAI Nova Iguaçu) e *Ellis Hermydio Figueira Junior* (2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital), que moram em Teresópolis, foram ao CRAAI prestigiar o encontro.

Após passar pelos 13 CRAAIs do interior, o Projeto retorna às Promotorias da Capital no segundo semestre.

Governador sancionou Lei nº 5.976, de 24.05.2011, que cria 178 cargos no MP

O Governador *Sérgio Cabral* sancionou, no dia 24 de maio, no Palácio Guanabara, na presença do Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, o Projeto de Lei nº 378/11, que cria 178 cargos na estrutura do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ). O projeto, que foi aprovado na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Alerj) no dia 19 de maio, deu origem à *Lei nº 5.976* de 24 de maio de 2011, que foi publicada no dia 25 de maio no Diário Oficial.

Foram criados 11 cargos de Procurador de Justiça, 25 cargos de Promotor de Justiça, 11 de analista, 95 de técnico, 25 de assessoramento à Promotoria e 11 de assessoramento à Procuradoria.

Na justificativa apresentada à Alerj, o Procurador-Geral de Justiça ressaltou a importância dos cargos para que o Ministério Público possa fazer frente à crescente demanda da sociedade e à criação de novos órgãos do Tribunal de Justiça, que atualmente não possuem órgãos de execução correspondentes do Ministério Público.

"Agradeço ao Governador *Sérgio Cabral* pela sanção e, também, ao Parlamento fluminense pela sensibilidade em aprovar um projeto de lei que vai permitir ao Ministério Público exercer sua missão constitucional em condições dignas em proveito da sociedade", afirmou o PGJ.

"Administração Presente" visita CRAAI São Gonçalo

A entrega da nova sede do Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) São Gonçalo e a construção de outras duas previstas

para os próximos dois anos foram temas tratados pelo *Projeto Administração Presente*, que reuniu o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, e membros da Administração Superior com Promotores de Justiça que atuam nas Comarcas de São Gonçalo, Itaboraí, Rio Bonito e no Fórum Regional de Alcântara. O encontro dá prosseguimento ao processo de melhorias das condições de trabalho dos órgãos de execução.

Com previsão de conclusão das obras em janeiro de 2012, o novo prédio do MPRJ em São Gonçalo é antiga demanda do MP e que será cumprida nesta gestão. A construção foi iniciada em outubro, na Rua Getúlio Vargas, bairro Santa Catarina, vizinho ao Fórum. Outra novidade tratada na reunião foi a assinatura do Termo de Cessão de terreno pela Prefeitura de Itaboraí, no último dia 12, para construção da nova sede no Município. Em Rio Bonito, já foi identificado local para abrigar novo prédio do MPRJ. Em Alcântara, a Promotoria de Justiça em atuação no Município terá sala no Fórum Regional, que será construído pelo Tribunal de Justiça.

Recebida pela Coordenadora do CRAAI, *Danielle Waghabi Silva de Carvalho*, a comitiva que acompanhou o PGJ foi integrada pelo Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, *João Bernardo Rodrigues*; e pelo Coordenador de Movimentação de Promotores, *Guilherme Mattos de Schueler*.

Também participaram do encontro os Promotores de Justiça *João Carlos Mendes de Abreu*, *Ana Beatriz Miguel de Aquino*, *Débora da Silva Vicente*, *Helena Silveira Souza*, *Gabriela da Rocha Guimarães Campos*, *Lívia Cristin da Cás Vita*, *Lisiane Alcântara Erthal Rocha de Moura*, *Lisângeli Alcântara Erthal Rocha*, *Juliana Gomes Viana*, *Ana Paula Baptista Villa*, *Camila Moreira Esteves*, *Antonio Carlos Fontes Pessanha*, *Renata Neme Cavalcanti*, *Mariana de Carvalho Elias Rabha Ruiz*, *Ana Carolina Moraes Coelho*, *Flávia Freire Nunes*, *Cláudio Cardoso da Conceição* e *Inês da Matta Andreiuolo*.

PGJ visita novas instalações em Búzios e retorna ao CRAAI Cabo Frio

A 14ª visita do Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, em cumprimento à agenda do projeto Administração Presente, foi realizada, no dia 25 de maio, no Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Cabo Frio. Pouco antes, a comitiva do PGJ esteve nas novas instalações do Ministério Público no município de Búzios, em funcionamento desde fevereiro deste ano. No CRAAI Cabo Frio, que abrange, além do próprio Município, as comarcas de Araruama, Arraial do Cabo, Iguaba Grande, São Pedro da Aldeia, Saquarema e Búzios, estiveram presentes 11 Promotores de Justiça da região.

O PGJ fez-se acompanhar do Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, *João Bernardo Rodrigues*, e pelo Coordenador de Movimentação de Promotores, *Guilherme Mattos de Schueler*.

Em Cabo Frio, estiveram presentes os Promotores de Justiça *Eduardo Monteiro Vieira* (Coordenador do CRAAI), *Denise da Silva Vidal*, *Ana Gabriela Espozel*,

Érika Puppim, Fabrício Rocha Bastos, Patrícia Brito e Sousa, Luiz Eduardo de Souza, Ana Paula Amato Manhães Siqueira, Sebastião Fador Sampaio, Viviane Motta Domingues e Vagner Delgado de Almeida. Em Búzios, o PGJ reuniu-se com os Promotores de Justiça Stephan Stamm e Bruno Menezes Santarem.

MPRJ sedia encontro de Corregedores-Gerais do Ministério Público

O Mutirão carcerário e a Lei da Ficha Limpa foram tópicos abordados no primeiro dia do LXXVI Encontro Nacional dos Corregedorias-Gerais do MP dos Estados e da União, realizado no dia 26 de maio, no edifício-sede do MPRJ. O encontro de trabalho, no dia seguinte, reuniu 27 Corregedores-Gerais e três representantes de Corregedorias-Gerais para troca de experiências e debates sobre os principais temas que norteiam a atividade correcional no Ministério Público brasileiro.

Na abertura do encontro, o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, lembrou que, em inúmeros desafios internos e externos, o Ministério Público não pode prescindir da atuação das Corregedorias. *Carlos Roberto de Castro Jatahy* ressaltou que uma das atribuições da Corregedoria-Geral do MP é auxiliar no controle das atividades funcionais. "O Corregedor-Geral, em atuação conjunta com a Administração Superior, norteia as relações institucionais, zelando pela integração e, principalmente, pelo diálogo. No MPRJ, esta parceria se concretiza por meio da conjugação de esforços para alcance dos objetivos comuns, visando à máxima qualidade", afirmou o Subprocurador-Geral.

A Corregedora-Geral do MPRJ, *Maria Cristina Menezes de Azevedo*, também reforçou que a relação de parceria com a Administração Superior facilita o fluxo dos procedimentos internos.

Para o Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais e Corregedor-Geral do MP do Rio Grande do Sul, *Armando Antônio Lotti*, que abriu o encontro ao lado de *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, a atividade correcional é um dos pilares da atuação ministerial.

Antes de iniciar a discussão dos temas, os Corregedores-Gerais foram saudados pelo Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*.

MPRJ e Disque-Denúncia assinam convênio

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro assinou convênio com o Instituto Brasileiro de Combate ao Crime, responsável pelo Disque-Denúncia, no dia 26 de maio. O compromisso, válido por 60 meses, permitirá operacionalizar o Programa de Desaparecidos do Disque-Denúncia em parceria com o

Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos (PLID), do MPRJ, implementado no Núcleo de Apuração Criminal (NAC). As instituições foram representadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral de Justiça *Cláudio Soares Lopes* e pelo Coordenador *Zeca Borges*, que assinaram o documento na sede da Procuradoria-Geral de Justiça, no Centro do Rio.

Durante a assinatura do convênio, *Cláudio Soares Lopes* enalteceu a parceria com a entidade, responsável por uma das ferramentas de denúncia mais conhecidas pela população.

Também participaram da cerimônia o Coordenador do NAC, Procurador de Justiça *Rogério Carlos Scantamburlo*; o Ouvidor-Geral do MPRJ, Promotor de Justiça *Gianfilippo de Miranda Pianezza*; o Subsecretário de Estado de Direitos Humanos, *Antônio Carlos Silva Biscaia* e o Subcoordenador do NAC, Promotor de Justiça *Pedro Borges Mourão*.

MPRJ discute com TJRJ demandas administrativas e da área da Infância e Juventude

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, e o Coordenador do 4º Centro de Apoio Operacional das Promotorias (CAOp) de Justiça da Infância e Juventude, Promotor de Justiça *Rodrigo Cézar Medina da Cunha*, reuniram-se, no dia 27 de maio, com o Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Desembargador *Manoel Alberto Rebêlo dos Santos*. No encontro, foram abordadas demandas da área de Infância e Juventude e pleitos de natureza administrativa referentes à atuação do Ministério Público em outros setores.

O diálogo facilita a interlocução entre as Instituições no intuito de resolver os gargalos e as demandas de interesse de nossa sociedade, afirmou o Procurador-Geral de Justiça.

Também participaram da reunião os Juízes Auxiliares da Presidência do TJ *Carlos Augusto Borges, José Roberto Portugal Compasso, Luciana Losada e Sandro Pitthan*.

Membro do MPRJ é eleito presidente da ABRAMPA

O Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva* foi eleito, no dia 30 de maio, Presidente da Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA) - gestão 2011/2013 - durante encontro do Instituto *O Direito por Um Planeta Verde*, em São Paulo, englobando os 15º Congresso Internacional, 16º Congresso Brasileiro e 6º Congresso de Estudantes.

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva sucederá o Procurador de Justiça (Minas Gerais) *Jarbas Soares Junior*, que permanecia como Presidente após segunda reeleição, em junho de 2009.

O Promotor disse ainda que o carro-chefe de sua administração será a criação da Escola Superior do Ministério Público de Meio Ambiente.

A ABRAMPA foi fundada em junho de 1997.

"Administração Presente" retorna ao CRAAI Macaé

O encontro do Procurador-Geral de Justiça do Estado Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, com os Promotores de Justiça do Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Macaé marcou, no dia 31 de maio, a 15^a etapa do projeto Administração Presente este ano. Com exceção do CRAAI Itaperuna, que receberá o projeto em 7 de junho, todas as sedes administrativas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no interior já foram visitadas pela Administração Superior.

Compareceram ao encontro dez Promotores de Justiça das Comarcas de Macaé, Conceição de Macabu, Carapebus/Quissamã e Rio das Ostras presentes no auditório do CRAAI.

Integraram a comitiva do Procurador-Geral os Promotores de Justiça *João Bernardo Rodrigues* (Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração) e *Guilherme de Mattos Schueler* (Coordenador de Movimentação de Promotores). Estiveram presentes ao encontro os Promotores de Justiça *Dina Maria Furtado de Mendonça Velloso* (Coordenadora do CRAAI Macaé), *Luiz Fernando Lemos Duarte de Amoedo*, *Ricardo Zouein*, *Monique Valpaços Fonseca Lima*, *Talita Nunes Harduin*, *Patricia Silva Rego*, *Mariana Luzia de Vasconcelos Zampier*, *Regiane Cristina Dias Pinto*, *Rafaela de Souza Serdeira Dominguez* e *Aline Agrelli Fernandes*.

No terceiro ano de atividades, o Administração Presente busca sanar de forma ágil demandas e necessidades relacionadas à estrutura de trabalho dos órgãos de execução.

MPRJ e PRT1 discutem integração de Ouvidorias

Em reunião realizada no dia 02 de junho, representantes da Administração Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e o Procurador-Chefe do Ministério Público do Trabalho no Rio de Janeiro (PRT1), *José Antonio Vieira de Freitas Filho*, deram o primeiro passo para integrar os sistemas de Ouvidorias das duas Instituições. O encontro foi realizado em função da necessidade

de dinamizar o encaminhamento do crescente número de denúncias feitas ao MPRJ sobre fatos de atribuição do MPT.

Acompanhado pela Procuradora do Trabalho *Isabella Gameiro da Silva Terzi, José Antonio Vieira de Freitas Filho* foi recebido pelos Subprocuradores-Gerais de Justiça *Carlos Roberto de Castro Jatahy* (Planejamento Institucional) e *Antonio José Campos Moreira* (Atribuição Originária Institucional e Judicial) e pelo Ouvidor-Geral do MPRJ, *Gianfilippo de Miranda Pianezzola*.

O Ouvidor-Geral entregou ao Procurador-Chefe do PRT1 os 193 registros de possíveis irregularidades trabalhistas recebidos este ano.

Segundo *Gianfilippo de Miranda Pianezzola*, desde a criação do órgão, em 2005, 900 registros feitos dizem respeito, em tese, à atribuição dos Procuradores do Trabalho.

Nomeados integrantes da Comissão de Gestão Ambiental

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, designou, no dia 1º de junho de 2011, os membros que vão compor a Comissão de Gestão Ambiental (CGA), criada pela Resolução GPGJ nº 1.652/2011. Foram nomeados o Procurador de Justiça *Pedro Elias Erthal Sanglard*, os Promotores de Justiça *Murilo Nunes de Bustamante* e *João Bernardo de Oliveira Rodrigues*, e os servidores *Rafaela Carnevalli Villas-Bôas de Andrade*, *Bernardo Guimaraes Loyola*, *José Carlos Alves da Silva*, *Camila de Oliveira Vivas* e *Gabriella Nery Barros*.

Os oito integrantes da CGA designados pelo PGJ vão atuar na promoção do desenvolvimento sustentável no âmbito do MPRJ.

O MPRJ, para marcar o Dia Mundial do Meio Ambiente (05 de junho), pintou de verde o seu portal, homenageando aqueles que durante todo o ano promovem a defesa de um meio ambiente equilibrado e saudável.

Novo prédio do MP em São João da Barra

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, e a Prefeita de São João da Barra, *Carla Machado*, assinaram, dia 1º de junho, Termo de Cessão de terreno para a construção de novo prédio do Ministério Público naquele Município. O terreno cedido tem cerca de 2.400 m² e está localizado na BR-356, entrada da cidade, ao lado da área onde será construído, este ano, o Fórum de Justiça. A nova instalação na Comarca de São João da Barra faz parte do plano de expansão da Instituição, que objetiva oferecer melhor estrutura aos membros do MP com atuação no interior do Estado, a exemplo das Comarcas de Rio Bonito e Itaboraí, que também ganharão novas sedes.

A nova instalação, cujo projeto está em desenvolvimento, prevê entre três e quatro novas Promotorias. O prédio do MP deverá ser entregue até o fim de 2012.

A assinatura do acordo foi acompanhada pelo Secretário-Geral do MP, *José Augusto Guimarães*, pelo Assessor de Projetos do MP, *Guilherme Patrão Manhães* e pelo Procurador do Município, *Carlos Guilherme Machado*.

MPRJ e Secretaria de Fazenda firmam acordo

O Procurador-Geral de Justiça do Estado Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, recebeu o Secretário de Estado de Fazenda, *Renato Augusto Zagallo Villegas dos Santos*, no dia 03 de junho, para tratar de parcerias contra crimes de natureza tributária. No encontro, foi assinada Resolução que fixa critérios de atuação conjunta para repressão de tais crimes, por meio de medidas de combate à evasão fiscal.

A cooperação será coordenada pela Subsecretaria Adjunta de Fiscalização da Secretaria de Estado de Fazenda e pela Coordenadoria de Combate à Sonegação Fiscal do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (COESF).

O MPRJ busca atuar, por meio de parcerias, visando a ações firmes contra a sonegação fiscal.

Também participaram do encontro o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*; os Promotores de Justiça integrantes da COESF *Homero das Neves Freitas Filho* (Coordenador), *Mônica Martino Pinheiro Marques* (Subcoordenadora), *Eduardo Luiz Rolins de Faria*, *Fábio Corrêa de Matos Souza* e *João Luiz Ferreira de Azevedo Filho*; o Corregedor-Chefe da Corregedoria Tributária de Controle Externo da Secretaria de Estado de Fazenda, *Silvio Melo*; o Assessor Jurídico da Secretaria de Estado de Fazenda, *Paulo Henrique* e o Procurador do Estado *Fábricio Dantas*.

MPRJ participa de debate sobre Reforma Política e Eleitoral na Alerj

O Procurador de Justiça *Marcos Ramayana Blum de Moraes* participou de conferência sobre a Reforma Política e Eleitoral, em tramitação na Câmara dos Deputados, realizada na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (Alerj), no dia 06 de junho. A Subcoordenadora do 5º Centro de Apoio Operacional (CAOp) das Promotorias Eleitorais, Promotora de Justiça *Alessandra Silva dos Santos Celente*, também representou o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) no debate que vem sendo promovido em todos os Estados, pela Comissão Especial de Reforma Política da Câmara dos Deputados, presidida pelo De-

putado Federal Almeida Lima. A conferência reuniu um público de 200 pessoas, entre as quais Deputados Estaduais e Federais. O Presidente da Alerj, Deputado Estadual *Paulo Melo*, abriu a sessão.

Marcos Ramayana Blum de Moraes discorreu sobre o abuso do poder político e econômico e defendeu mudanças na legislação eleitoral no âmbito da Reforma Política. Segundo o Procurador de Justiça, a reforma deve também garantir lisura na eleição, imprimindo maior rigor na ocorrência de infrações eleitorais.

Também figuraram como palestrantes o Diretor da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Desembargador do Tribunal de Justiça *Claudio Dell'Orto*; o professor e cientista político *Geraldo Tadeu*; o Presidente da Comissão de Reforma Política da Associação dos Juízes Federais (AJUFE), *Roberto Velloso* e o professor e advogado *Marcio Vieira*.

Debate no MP sobre a Lei nº 12.403/2011

Mudanças promovidas no Código de Processo Penal – a partir da publicação da Lei 12.403/11 – foram objeto de análise por Procuradores e Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), no dia 03 de junho. Pelo menos 300 membros e servidores acompanharam a palestra *Uma Abordagem Preliminar da Lei nº 12.403/2011* aberta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, e pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*.

A nova lei entra em vigor no dia 4 de julho, com mudanças importantes relativas às prisões em flagrante, preventiva e domiciliar; medidas cautelares alternativas à prisão; liberdade provisória entre outras questões.

A Coordenadora do CEJUR, *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea* presidiu a Mesa de debates. Foram palestrantes os Procuradores de Justiça *Antônio José Campos Moreira* e *Walberto Fernandes de Lima* e o Promotor de Justiça *Humberto Dalla Bernardina de Pinho*.

Itaperuna: "Administração Presente" conclui vistorias no interior do Estado

O encontro do Procurador-Geral de Justiça do Estado Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, com os Promotores de Justiça do Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Itaperuna, no Noroeste Fluminense, marcou, no dia 07 de junho, o encerramento do projeto *Administração Presente* pelas Promotorias do interior este ano.

Em 2011, o *Administração Presente* já visitou os CRAAIs Campos, Volta Redonda, Angra dos Reis, Barra do Piraí, Duque de Caxias, Nova Iguaçu, Niterói, Friburgo, Cabo Frio, São Gonçalo, Teresópolis, Petrópolis e Macaé e as Promotorias de Justiça de Resende, Barra Mansa, Cachoeiras de Macacu e Búzios. Antes de chegar a Itaperuna, a comitiva, integrada também pelos Promotores de Justiça *João Bernardo Rodrigues* (Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração) e *Guilherme Mattos de Schueler* (Coordenador de Movimentação de Promotores) visitou a Promotoria de Justiça de Ita-va/Cardoso Moreira.

Melhorar a infraestrutura das Promotorias é uma das prioridades da atual gestão para alcançar um nível cada vez mais satisfatório no atendimento à sociedade.

Além dos membros da Administração Superior, participaram do evento os Promotores de Justiça *Leonardo Monteiro Vieira* (Coordenador do CRAAI Itaperuna), *Márcio Ferreira Fernandes*, *Carolina Naciff de Andrade*, *Carlos Felipe Felix Ventura Lopes*, *Marcel Pereira Hid da Costa Guedes*, *Raquel Rosmaninho Bastos*, *Anderson Torres Bastos*, *Fábio de Castro Júnior*, *Renato Luiz da Silva Moreira*, *Rochester Machado Piredda*, *Waldemiro José Trócilo Júnior*, *Luiz Fernando de Almeida Rabelo*, *Audrey Marjorie Alves de Paula Leocádio Castro* e *Luciana Menezes Wanderley Pires*.

MPRJ apresenta sistema de controle externo à comitiva do CNPG

Integrantes do Grupo de Controle Externo do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPG) realizaram, no dia 07 de junho, visita técnica para conhecer a forma de atuação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) no controle externo da atividade policial. Integrada, também, pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, *Paulo Alberto de Oliveira*, a comitiva assistiu a uma apresentação sobre as experiências da Central de Inquéritos do MPRJ, as parcerias com a Polícia Civil do Estado e conheceram o Projeto Delegacia Legal.

A exposição aos visitantes foi apresentada pela Promotora de Justiça *Mônica Martino Pinheiro Marques*, revelando um panorama histórico das Centrais de Inquéritos do MPRJ.

Em seguida, o Coordenador da 1ª Central de Inquéritos, Promotor de Justiça *Márcio José Nobre de Almeida*, fez uma apresentação sobre o convênio entre o MPRJ e a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro (PCERJ).

A comitiva, liderada pelo Membro do Ministério Público Militar *Adriano Alves*, conheceu as instalações da 1ª Central de Inquérito e seguiu para uma visita à Delegacia Legal da Gávea.

MPRJ apresenta à Firjan plano de ações na área de proteção ambiental

Os Coordenadores de Meio Ambiente do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Promotores de Justiça *Murilo Nunes de Bustamante* e *Daniel Lima Ribeiro*, participaram no dia 07 de junho de reunião do Conselho Empresarial de Meio Ambiente da Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (Firjan). Na ocasião, foram apresentadas medidas de linhas estratégicas de atuação do MPRJ no acompanhamento do licenciamento ambiental e na fiscalização do cumprimento das licenças dos principais empreendimentos do Estado do Rio de Janeiro.

O Presidente do Conselho Empresarial de Meio Ambiente da Firjan, *Isaac Plachta*, agradeceu a presença dos membros do MPRJ.

Ao fim da reunião, *Isaac Plachta* assegurou que a Firjan está de portas abertas para o MP. “Fico feliz em saber que uma das principais preocupações da gestão estratégica do MPRJ é com o meio ambiente”, concluiu.

GEMPERJ (3^a Fase)

Dando início à terceira fase do Gestão Estratégica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (GEMPERJ), uma série de iniciativas e campanhas de amplo impacto social foi lançada oficialmente nos dias 9 e 10 de junho, em Barra do Piraí. Este foi o primeiro de uma série de dez encontros nos quais se fará um balanço das etapas anteriores e se discutirá de forma ampla e democrática planos de ação para os projetos derivados do GEMPERJ. No Hotel Fazenda Ribeirão, em Barra do Piraí, estiveram presentes 65 membros da Administração Superior e dos Centros Regionais de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAIs) Barra do Piraí e Volta Redonda.

Em continuidade às etapas de planejamento realizadas em 2009 e 2010, o amplo espectro de programas, alguns já em curso, abrange as variadas áreas de atuação do MP. Os projetos vão do combate ao crime organizado à redução do subregistro paterno, passando pelo enfrentamento à violência sexual contra crianças e pela localização de desaparecidos. Em comum, a proposta de aumentar a eficiência da Instituição, sobretudo extrajudicialmente, e promover a dignidade e a cidadania de seus destinatários - a sociedade.

O encontro culminou com o lançamento da campanha *Combate às Drogas - Restabelecendo Laços*.

Na abertura, o Procurador-Geral de Justiça *Cláudio Soares Lopes* ressaltou o atual prestígio do MPRJ junto à sociedade. Ele ressaltou que para a Instituição crescer e conquistar a confiança da população, a visão estratégica tem se mostrado fundamental.

O PGJ acrescentou que o planejamento estratégico do MPRJ é considerado uma referência pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e que,

por este motivo, Conselheiros do órgão de controle externo devem participar dos próximos encontros.

Na sequência, o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, detalhou o quadro atual.

O encontro teve a presença, também, da Corregedora-Geral do MPRJ, Procuradora de Justiça *Maria Cristina Menezes de Azevedo*, e dos Coordenadores do Núcleo de Apuração Criminal, Procurador de Justiça *Rogério Carlos Scantamburlo*; do Grupo Especial de Atuação Integrada Regional, Procurador de Justiça *Marcos André Chut*; de Integração e Articulação Institucional, Promotor de Justiça *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva*; do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado, Promotor de Justiça *Claudio Varela* e de Movimentação de Promotores, *Guilherme Mattos de Schueler*.

Além deles, participaram das atividades os Coordenadores do 2º Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais, *Renata de Vasconcellos Araujo Bressan*; do 3º CAOp Cível, *Leonidas Filippone Farrulla Júnior*; do Subcoordenador do 4º CAOp Infância, *Afonso Henrique Reis Lemos Pereira*; do 5º CAOp, *Rodrigo Molinaro Zacharias*; do 6º CAOp Tutela Coletiva, *Vinícius Leal Cavalleiro (Geral/Cidadania)*, *Sidney Rosa da Silva Junior (Consumidor)*, *Carla Carrubba (Saúde)* e *Murilo Nunes de Bustamante*, Subcoordenador do 6º CAO Meio Ambiente; do 7º CAOp Investigação Penal, *Homero das Neves Freitas Filho*; do 8º CAOp Execução Penal, *Andrezza Duarte Cançado* e dos Coordenadores dos CRAAIs Barra do Piraí, *Roberto Saad Alves da Costa* e Volta Redonda, *Aline Palhano Rocha*.

MPRJ e torcidas organizadas celebram acordo para reduzir violência nos estádios

Proposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) foi assinado no dia 13 de junho por representantes de 36 torcidas organizadas do Botafogo, Flamengo, Fluminense e Vasco, do Ministério do Esporte, da Polícia Militar, da Secretaria de Estado de Esporte e Lazer, da Superintendência de Desportos do Estado do Rio de Janeiro (Suderj) e da Federação das Torcidas Organizadas do Rio de Janeiro (FTORJ).

O acordo operacionaliza o Estatuto do Torcedor e põe em prática regras rígidas para adequar a conduta de integrantes das torcidas organizadas e, consequentemente, melhorar a segurança nos estádios e em seus arredores. A torcida que não aderir ao TAC estará desrespeitando o Estatuto do Torcedor, será considerada ilegal e impedida de entrar nos estádios de maneira associada.

O documento também foi assinado pelo Promotor de Justiça *Marcelo Mauricio Barbosa Arsenio*, Subcoordenador do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO); pelo Ministro do Esporte, *Orlando Silva Junior*; pela Secretaria de Estado de Esporte e Lazer, *Márcia Beatriz Lins Izidoro*;

pelo Comandante-Geral da Polícia Militar, Coronel *Mário Sérgio de Brito Duarte*; pelo Presidente da Suderj, *Everardo Cândido da Silva*; pelo Presidente da FTORJ, *Flávio Martins* e pelo Comandante do Grupamento Especial de Policiamento em Estadios (Gepe), Tenente-Coronel *Marcelo Moreira Malheiros*.

Também assinaram representantes das torcidas organizadas Torcida Jovem Flamengo, Raça Rubronegra, Fla Mangueira, Urubuzada, Torcida Young Flu, Torcida Organizada Força Flu, Fúria Jovem do Botafogo, Botachopp, Força Jovem Vasco, Ira Jovem Vasco, Torcida Jovem do Botafogo, Loucos Pelo Botafogo, Resistência Popular Alvinegra, Família Alvinegra, Mancha Alvinegra, Fla Show, Nação 12, Fla Centelha, Paixão Rubronegra, Império Rubro Negro, Fla Moeda, Fla Roots, Garra Tricolor, Guerreiras Alvinegras, Jovem Flu, Fiel Tricolor, Legião Tricolor, Flunitor, Vasboêmios, Dragões Rubro Negros, Guerreiros Do Almirante, Torcida Organizada Do Vasco, Renovascão, Pequenos Vascaínos, Rasta e União Vascaína.

Na mesa oficial da cerimônia, também estiveram presentes o Diretor Jurídico da Confederação Brasileira de Futebol, *Carlos Eugenio Lopes* e o Diretor de Competições da Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro, *Marcelo Viana*.

Bob's e Forza aderem à campanha Quem Cala Consente

Um convênio para ampliar a divulgação da campanha Quem Cala Consente – de mobilização nacional para o enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes – foi firmado no dia 13 de junho entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a rede de lanchonetes Bob's e os postos de combustíveis Forza. As empresas, convidadas para participar da campanha pelo Assessor de Relações Institucionais e Assuntos Parlamentares, Promotor de Justiça *Leonardo Araújo Marques*, vão disponibilizar cartazes, banners e folders da campanha em todos os seus estabelecimentos no Estado do Rio de Janeiro.

O documento foi assinado pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*; pelo Presidente e pelo Diretor Financeiro do Bob's, *Ricardo Bomeny* e *Claudio Fonseca*, respectivamente; e pelos Diretores dos postos Forza *Rômulo Borges Fonseca* e *Alecionildo Pereira Sodré*. Também estiveram presentes à cerimônia, a Subprocuradora-Geral de Justiça de Administração, *Mônica da Silveira Fernandes*; o Coordenador do 4º Centro de Apoio Operacional (CAOp), Promotor de Justiça *Rodrigo Cézar Medina da Cunha* e o Promotor de Justiça *Leonardo Araújo Marques*.

"Quem Cala Consente". MP e Polícia Civil definem estratégias

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro alinhavaram, no dia 14 de junho, estratégias conjuntas

para ampliar a parceria em torno da campanha *Quem cala consente*. Lançada em maio como parte da mobilização para o enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes, a iniciativa ganhará fôlego com a realização de palestras para delegados e inspetores e o apoio da Polícia na divulgação do material informativo. Estas e outras medidas foram acertadas pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio, *Cláudio Soares Lopes*, e pela Chefe de Polícia Civil, Delegada *Martha Rocha*, na reunião realizada no salão nobre da Chefia de Polícia, no Centro.

A pedido de *Martha Rocha*, o PGJ se dispôs a assinar certificados para policiais que assistirem às conferências, que poderão usá-los ao pleitear promoção por merecimento. As palestras deverão ser realizadas na Academia de Polícia (ACADEPOL) com transmissão para 13 pontos de vídeoconferência em todo o Estado. Já como forma de dar visibilidade ao problema e informar a população sobre os canais de denúncia, delegados receberão cartazes e prospectos da campanha, para veicular nas delegacias. As informações também serão divulgadas no site da Corporação.

As medidas foram sugeridas pelo Promotor de Justiça *Rodrigo Cézar Medina da Cunha*, Coordenador do 4º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do MPRJ. Também estiveram presentes na reunião, pelo MPRJ, o Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, *Antonio José Campos Moreira*, e a Promotora de Justiça *Ana Lúcia Melo*, Titular da 25ª Promotoria de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos (com atribuição nos procedimentos da Delegacia da Criança e Adolescente Vítima-DCAV).

Pela Polícia Civil, além de *Martha Rocha*, participaram o Subchefe Administrativo, *Sérgio Simões Caldas*, o Subchefe Operacional, *Fernando da Silva Veloso*, e o Chefe de Gabinete, *Luís Zettermann*, além dos delegados responsáveis pelos Departamentos técnicos e administrativos.

Boletim Coomperj (10 anos)

Acaba de ser publicado o “Boletim Coomperj” (Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Integrantes do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro), órgão de comunicação interna, de nº 14 (mar-abr-mai). O referido boletim atinge o 5º ano de circulação e comemora os 10 anos de existência da Coomperj registrando o sucesso da nossa Cooperativa.

Contando com amplo noticiário a respeito da atividade vitoriosa da instituição, o boletim é ilustrado com diversas fotografias relativas a fatos relevantes que marcaram a existência da “Coomperj” na sua primeira década.

PGJ e campanha nacional do CNPG de combate ao crack

O Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) reuniu-se, no dia 16 de junho, em Sessão Ordinária no Maranhão. Durante a apresentação das realizações do Programa Nacional de Comunicação, o Coordenador de Comunicação Social do Conselho, Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, informou que o CNPG vai intensificar as ações, no âmbito nacional, de combate às drogas. A reunião se encerra nesta sexta-feira, dia 17.

Cláudio Soares Lopes fez um balanço das realizações e os projetos em andamento na área de comunicação: a próxima ação da Rede de Comunicação do CNPG será sobre o combate às drogas com ênfase no crack e na infância.

Lista Sêxtupla para o STJ

A lista sêxtupla destinada ao preenchimento de uma vaga de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministério Público, nos termos do art. 104, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal, contou com a inscrição do Procurador de Justiça *Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira* do nosso *Parquet*.

CONBRASCOM divulga *Carta do Rio*

Os participantes do *VII Congresso Brasileiro dos Assessores de Comunicação de Justiça* (CONBRASCOM) aprovaram, no dia 22 de junho, a *Carta do Rio de Janeiro*, documento síntese das decisões tomadas no durante os três dias do evento. De acordo com o presidente do Fórum Nacional de Comunicação e Justiça (FNCJ), Moacir Maia, a *Carta* aponta as diretrizes para o melhor exercício dos Assessores de Comunicação no âmbito do Poder Judiciário.

O texto da *Carta* foi formulado com base nas deliberações tiradas em nove reuniões setoriais, realizadas nesta manhã. Os grupos foram divididos em Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Defensorias, Tribunais de Contas, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais de Justiça e Justiça Federal. A *Carta* será encaminhada a todas as autoridades que presidem os órgãos da Justiça do país.

No auditório da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no Centro, 24 Assessores de Comunicação de MPs de 14 Estados deliberaram a respeito de diversos temas relacionados na *Carta*.

A íntegra da *Carta* e dos trabalhos apresentados ao longo do evento serão disponibilizados no site <http://www.conbrascom.org/>.

Realizado pelo Fórum Nacional de Comunicação e Justiça, o evento contou em sua abertura solene com os discursos do Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, seguido pelo Presidente do Fórum, *Moacir Maia*, e pela Corregedora Nacional de Justiça, a Ministra *Eliana Calmon*, que representou o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro *Cezar Peluso*.

"É uma honra para o MP sediar um importante fórum de debates como este, que enriquece nossa democracia. O papel da mídia é fundamental para o nosso país, e sua interlocução com a Justiça engrandece as instituições", afirmou *Cláudio Soares Lopes*.

Também participaram da mesa de abertura o Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, *Thiers Vianna Montebello*; o Presidente do Tribunal de Contas do Estado, *Jonas Lopes de Carvalho Jr*; o Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça *Nelson Tomaz Braga*; o Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 1^a Região, *José Antonio Vieira de Freitas Filho* e a Juíza do Trabalho *Cléa Maria Carvalho de Couto*.

"Administração Presente" visita Promotorias de Santa Cruz

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, reuniu-se com os Promotores de Justiça em atuação em Santa Cruz, no dia 28 de junho, em cumprimento à agenda do projeto Administração Presente. A visita deu início aos encontros que serão promovidos na Capital com as Promotorias do Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Rio de Janeiro. Nesta terceira fase do projeto, o PGJ e membros da Administração Superior já visitaram os 14 CRAAI's do interior do Estado.

Em Santa Cruz, o PGJ se reuniu com os Promotores de Justiça *Sérgio Lívio Pereira Pinto*, *Mario Luiz Paes*, *Marcio Benisti*, *Luiz Antônio Corrêa Ayres*, *Elisa Martins Constant*, *Luciana Caiado Ferreira* e *Luciana Carvalho Youssef*. Acompanharam *Cláudio Soares Lopes*, o Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, *João Bernardo de Oliveira Rodrigues* e a Coordenadora do CRAAI Rio de Janeiro, a Procuradora de Justiça *Fátima Pacca de Araújo Winkler*.

"Administração Presente" retorna às Promotorias de Pavuna e Leopoldina

Promotores de Justiça em atuação nos Foros Regionais da Pavuna, da Leopoldina, de Madureira e do X Juizado Especial Criminal (Jecrim) – Penha tiveram no dia 30 de junho a oportunidade de encaminhar suas demandas de melhorias na infraestrutura dos órgãos de execução diretamente ao Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*. Os encontros decorrem do projeto Admi-

nistração Presente, que, após visitas a todos os 14 Centros Regionais de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) do interior, está de volta à Capital fluminense.

Durante o encontro, os Promotores de Justiça foram informados que a Administração Superior tem agendada, reunião com representantes da Prefeitura do Rio para possível cessão de terreno para a construção de sede própria na Pavuna. Na Leopoldina, foi apresentado um *layout* das futuras instalações das Promotorias Cíveis e de Família. As Promotorias de Justiça com atuação junto ao Jecrim da Penha também deverão ganhar novas instalações no Fórum que será inaugurado, em breve, na região.

Também foram verificadas nas visitas outras necessidades para a melhoria das condições de trabalho da Classe. Acompanharam o PGJ, o Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, Promotor de Justiça *João Bernardo de Oliveira Rodrigues* e a Coordenadora do CRAAI Rio de Janeiro, Procuradora de Justiça *Fátima Pacca de Araújo Winkler*.

Participaram dos encontros os Promotores de Justiça *Rodrigo de Almeida Maia, Leonardo Arreguy Romão, Érika Prado Alves, Daniel Favaretto Barbosa, Miriam Tayah Chor, Erica di Donato Vianna e José Carlos Gouvêa Barbosa*.

Aposentadorias

No período compreendido entre 1º de abril e 30 de junho de 2011, aposentaram-se na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Marcelo de Lyra Filho

Maria Teresa Moreira Lima

Falecimentos

A Direção da Revista do Ministério Público/RJ cumpre o doloroso dever de registrar, durante o período de 1º de abril e 30 de junho de 2011, o falecimento dos seguintes colegas:

Ivan Anatocles da Silva Ferreira

Mauricio Helayel

Mauro Campello

**Desembargadores do Tribunal de Justiça
oriundos do Ministério Público do Estado
do Rio de Janeiro**

(Em 30.06.2011)

Antonio José Azevedo Pinto

Ferdinaldo do Nascimento

Fernando Fernandy Fernandes

Gizelda Leitão Teixeira

Helda Lima Meirelles

José Augusto de Araujo Neto

José Carlos Paes

José Muñoz Piñeiro Filho

Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque

Marcelo Lima Buhatem

Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo

Marília de Castro Neves Vieira

Mário Robert Mannheimer

Maurício Caldas Lopes

Mônica Maria Costa Di Piero

Nildson Araújo da Cruz

Paulo Sérgio Rangel do Nascimento

Renata Machado Cotta

Impresso nas oficinas da
SERMOGRAF - ARTES GRÁFICAS E EDITORA LTDA.
Rua São Sebastião, 199 - Petrópolis - RJ
Tel.: (24)2237-3769



