



ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Primeira edição de 27/10/1988

DOI: 10.11606/1413-3873

Registado em 1988

Protocolo nº 9 de 14/04/1989

07/11/1989

Quarta Edição

Os acordos entre países reproduzem
integralmente a matéria coligida na Revista
Trimestral de Jurisprudência do Superior Tribunal
Federal e na Revista de Superior Tribunal de Justiça

Tratado: 100 páginas

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

Catálogo 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

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

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

Revista do Ministério Público Rio de Janeiro n. 39 jan. /mar. 2011

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Fundador

Hamilton Carvalho

Procurador-Geral de Justiça

Cláudio Soares Lopes

Diretor da Revista do Ministério Público

Sergio Demoro Hamilton

Quadro Funcional

Antonio Cordeiro Filho - Analista do MP

Cláudia Maria Martins Campochão - Técnico do MP

Agnaldo Alves da Silva - Assistente

Luiz Henrique de Figueiredo Souza - Secretário II

Editoração Eletrônica

Antonio Cordeiro Filho

Revisão ortográfica

Nanci da Costa Batista - Analista do MP

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Pede-se permuta

On demande l'échange

We ask for exchange

Redação e Administração

Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080, telefones/Fax (0xx21) 22193370 e (0xx21) 22193371 (Direção), para onde deve ser dirigida toda correspondência.

Endereço na Internet:

www.mp.rj.gov.br

e-mail: revista@mp.rj.gov.br

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(Em 31.03.2011)

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 Público
Maria Cristina Menezes de Azevedo

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

Secretário-Geral do Ministério Público
José Augusto Guimarães

**Órgão Especial do Colégio de
Procuradores de Justiça
(Em 31.03.2011)**

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 Público
(Em 31.03.2011)**

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 Público do Estado do Rio de Janeiro

Marfan Martins Vieira
Presidente

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

Arthur Pontes Teixeira
Diretor-Presidente

Fundação Escola Superior do Ministério Público 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 Público no Estado do Rio de Janeiro

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Presidente

Nota: Composição das entidades em 31.03.2011.

SUMÁRIO

DOCTRINA

Arion Sayão Romita — Os aquestos no regime da separação obrigatória de bens	3
Duval Vianna — Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos. Necessidade de acompanhamento dos respectivos julgamentos pela comunidade jurídica. Uma proposta de alteração do Anteprojeto do CPC	17
Eduardo Sens dos Santos — O Ministério Público tem direito ao contraditório em <i>habeas corpus</i>	25
Fernando Capez — Maus-tratos contra animais: a importância da repressão jurídica	37
Guilherme Peña de Moraes — Controle judicial das omissões da Administração Pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo	41
Ives Gandra da Silva Martins — Efetividade da Constituição em matéria tributária	65
José dos Santos Carvalho Filho — A autoexecutoriedade e a garantia do contraditório no processo administrativo	75
Leonardo Araujo Marques — Contratos bancários: polêmicas e ilegalidades	99
Reis Friede — A hora de repensar o ECA	125
Viviane Alves Santos Silva — Artigo 306, do CTB — “embriaguez ao volante” — a punição do colaborador	129

PARECERES E RAZÕES

Responsabilidade civil. Queda de pedestre em via pública. Ausência de prova quanto ao nexo de causalidade. Inexistência de ilegalidade por parte da administração pública quanto à altura do meio-fio na rua em que ocorreu o acidente. Parecer no sentido de que se negue provimento à apelação interposta. (Adolfo Borges Filho)	139
Ação Civil Pública. Envio de cartão de crédito sem solicitação prévia do consumidor. Pedido de condenação à obrigação de fazer consistente em restabelecer os cartões de conta-bancária dos consumidores, sem a função de cartão crédito, quando esta não for expressamente solicitada. Pedido de condenação à obrigação de não fazer consistente em se abster, definitivamente, de efetuar qualquer cobrança e/ou de efetuar a inscrição do nome de qualquer correntista que tenha recebido sem expressa solicitação o cartão de crédito acima mencionado em qualquer serviço de proteção ao crédito ou lista de mau pagador, bem como consistente em se abster, definitivamente, de fornecer cartão de débito em conjunto com cartão de crédito, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por descumprimento. Pedido de condenação a ressarcimento de dano material e moral e devolução em dobro de toda e qualquer quantia cobrada indevidamente por força dos cartões de crédito assim emitidos, por força do art. 42, p.u da lei nº 8.078/90, notadamente porque devem ser considerados amostras grátis, ex vi do art. 39, p.u. da lei nº 8.078/90. Violação aos princípios da boa-fé e da veracidade. (Carlos Andresano Moreira)	143
Art. 397 do CPP. Absolvição sumária. Flagrante inconstitucionalidade. (Cláudio Calo Sousa e Cláudio Cardoso da Conceição)	153
Captação de água de poço artesiano. Possibilidade prevista em lei federal, desde que atendidos os requisitos para outorga. Impossibilidade de decreto estadual proibir a captação, sob pena de exorbitar poder regulamentador, incorrendo em ilegalidade e inconstitucionalidade. (Cláudio Henrique da Cruz Viana)	177
Razões do recorrido. Agravo de instrumento. Ato de improbidade. Ausência de defesa prévia. Cautelar sem prévia audiência da parte contrária. Indisponibilidade de bens nas hipóteses do artigo 11 da lei 8429/92. (Felipe Freitas Ribeiro)	185

Revisão criminal fulcrada no artigo 621, I do Código Penal, pretendendo a anulação da decisão condenatória trântita em julgado e, subsidiariamente, a modificação da reprimenda aplicada, com fixação da pena-base no mínimo legal, o decotamento da agravante genérica do artigo 61, "g" (2ª figura) do CP, bem como da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 1º, §4º, I da lei nº 9455/97 - Nulidade rechaçada - bis in idem configurado na aplicação conjunta da causa especial de aumento de pena da lei de tortura e da agravante genérica, eis que baseadas na condição pessoal de funcionário público - Procedência parcial do pleito revisional para adequar a pena, extirpando-se a agravante. (José Roberto Paredes) 191

Recurso Especial Criminal. Violação do art. 1º da Lei 2252/54, atual art. 244-B do ECA com a redação da Lei 12015 de 2009. Prática o crime de corrupção de menores o agente que realiza a conduta criminosa com o menor ou o induz a praticá-lo. Crime formal. Provimento do recurso especial. (Nilo Augusto Francisco Suassuna) 197

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jurisprudência Criminal

—1. Competência recursal: crime de menor potencial ofensivo: se o réu foi condenado pela Justiça comum em processo que seguiu o rito ordinário, compete ao Tribunal de Justiça e não à Turma Recursal o julgamento da apelação. Precedentes.

2. *Habeas corpus*: deferimento, para cassar o acórdão impugnado e determinar a remessa do processo principal ao Tribunal de Justiça de São Paulo, ao qual compete o julgamento da apelação.

(*Habeas Corpus* 89.147 — SP, Primeira Turma, RTJ 207, pp. 668/667) 217

Habeas corpus. Execução penal. Remição de dias trabalhados. Falta grave. Discussão sobre a gravidade. Impossibilidade. Precedentes.

1. A perda dos dias remidos pelo trabalho de que trata o artigo 127 da Lei de Execuções Penais não afronta os princípios da proporcionalidade, da isonomia, da individualização da pena ou do direito adquirido.

2. Não é possível a esta Corte Suprema examinar a questão da gravidade da falta, porque isso depende de circunstâncias de fato que envolveram o episódio que motivou a penalidade.

3. *Habeas corpus* denegado.

(*Habeas Corpus* 92.791 – RS, Primeira Turma, RTJ 207, pp. 333/340) ... 221

– *Habeas corpus*. Processual penal. Transferência temporária dos pacientes do Rio de Janeiro para Prisão Federal em Catanduvas/PR. Mandado de segurança do Estado do Rio de Janeiro contra decisão que indeferiu o pedido de prorrogação da transferência. Liminar deferida para suspender os efeitos dessa decisão. Constrangimento ilegal não-configurado. Via inadequada para discussão sobre a necessidade ou não da transferência.

Habeas corpus denegado.

1. A transferência dos pacientes para o Presídio Federal de Catanduvas/PR revelou cenário a indicar fatos de extrema gravidade, o que impõe análise apropriada que não guarda pertinência com o *habeas corpus*, como assentado em precedente da Corte em tudo semelhante (HC 93.003/RJ, da minha relatoria, julgado em 11-3-08).

2. Não há litispendência entre o mandado de segurança impetrado na origem pelo Ministério Público e o impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro.

3. *Habeas corpus* denegado.

(*Habeas Corpus* 93.190 – RJ, Primeira Turma, RTJ 207, pp. 351/359) 231

– *Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida socioeducativa. Art. 121, § 5º, do Estatuto: Não-derrogação pelo novo Código Civil: Princípio da especialidade. Regime de semiliberdade. Superveniência da maioridade. Manutenção da medida: possibilidade. Precedentes. *Habeas* indeferido.

1. Não se vislumbra qualquer contrariedade entre o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente relativamente ao limite de idade para aplicação de seus institutos.

2. O Estatuto da Criança e do Adolescente não menciona a maioridade civil como causa de extinção da medida socioeducativa imposta ao infrator: ali se contém apenas a afirmação de que suas normas podem ser aplicadas excepcionalmente às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (art. 121, § 5º).

3. Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, segundo o qual se impõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é norma especial, e não o Código Civil ou o Código Penal, diplomas nos quais se contém normas de caráter geral.

4. A proteção integral da criança ou adolescente é devida em função de sua faixa etária, porque o critério adotado pelo legislador foi o

cronológico absoluto, pouco importando se, por qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil, quando as medidas adotadas visam não apenas à responsabilização do interessado, mas o seu aperfeiçoamento como membro da sociedade, a qual também pode legitimamente exigir a recomposição dos seus componentes, incluídos aí os menores. Precedentes.

5. *Habeas corpus* indeferido.

(*Habeas Corpus* 94.938 — RJ, Primeira Turma, RTJ 207, pp. 387/394) 243

— **HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO.**

ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PARA RECORRER DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA DO PARECER MINISTERIAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

1. A assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso.

2. Aplicação da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: “O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal”.

3. A manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso não altera nem anula o direito da assistente de acusação recorrer da sentença absolutória.

4. Ordem denegada.

(*Habeas Corpus* 102.085 — RS, Sessão Plenária, acórdão retirado do site do STF, <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob> o número 610113) 253

— **Ação penal. Processo. Tráfico de entorpecentes. Procedimento especial. Inobservância. Adoção, porém, do rito comum ordinário, mais amplo e benéfico aos réus. Prejuízo inexistente. Nulidade processual não caracterizada. Inteligência dos arts. 38, *caput*, e 41, *caput*, da Lei 10.409/02, e dos arts. 395 e seguintes do CPP. Recurso improvido. A inobservância do rito previsto no art. 38, *caput*, da Lei 10.409/02, não implica nulidade do processo, quando lhe tenha sido adotado o procedimento comum ordinário, mais amplo e benéfico ao réu.**

(Recurso em *Habeas Corpus* 94.451 — GO, Segunda Turma, RTJ 207, pp. 773/777) 281

— **Agravo regimental no agravo de instrumento. Juizados Especiais. Turma Recursal. Remissão aos fundamentos da sentença. Lei 9.099/95. Possibilidade.**

1. Não viola a exigência constitucional de motivação a fundamentação de turma recursal que, em conformidade com a Lei 9.099/95, adota os fundamentos contidos na sentença recorrida.

2. **Agravo regimental desprovido.**

(Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 651.364 — RJ, Primeira Turma, RTJ 207, pp. 426/428)

287

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência Criminal

— **Ementa:** Conflito de competência. Penal. Juizado Especial Criminal e Juiz de Direito. Crime com violência doméstica e familiar contra mulher. Crime contra honra praticado por irmã da vítima. Inaplicabilidade da Lei n. 11.340/2006. Competência do Juizado Especial Criminal.

1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei n. 11.340/2006, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica.

2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

3. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei n. 11.340/2006.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG, o suscitado. (Conflito de Competência n. 88.027-MG, Registro n. 2007/0171806-1, Terceira Seção, RSTJ 213, pp. 365/369, DJe 18.12.2008)

291

— **Ementa:** Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Reportagem de jornal a respeito de bares freqüentados por homossexuais, ilustrada por foto de duas pessoas em via pública. A homossexualidade, encarada como curiosidade, tem conotação discriminatória, e é ofensiva aos próprios homossexuais; nesse contexto, a matéria jornalística, que identifica como homossexual quem não é, agride a imagem deste, causando-lhe dano moral. Recurso especial conhecido e provido em parte.

(Recurso Especial n. 1.063.304-SP, Registro n. 2007/0236532-9, Terceira Turma, RSTJ 213, pp. 278/282, DJe 13.10.2008)

297

— **Ementa:** Mandado de segurança. Plano de saúde. Transferência da impetrante para outro seguro médico. Ausência de credenciamento da equipe médica na qual deposita sua confiança há mais de 15 anos.

Impetrante idosa portadora de câncer. Reintegração ao plano anterior. A novel legislação não tem eficácia desconstitutiva da situação jurídica que se consolidou em tempo anterior à sua vigência. Ordem concedida.

1. Nos termos do art. 5º, XXXVI da CF e do art. 6º da LICC, não deve a lei nova retroagir para atingir fatos e efeitos já consumados sob o império da normatividade anterior, sob pena de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito ou à coisa julgada.

2. A revogação do inciso IV do art. 2º do Decreto n. 99.525/1990, pelo art. 1º do Decreto n. 2.801/1998, que excluiu os Auxiliares Locais do Programa Complementar de Assistência Médica do Ministério das Relações Exteriores, não tem o condão de excluir a impetrante do plano de saúde a que está filiada há mais de 15 anos, tendo em vista a incorporação desse direito ao seu patrimônio jurídico.

3. Tratando-se de uma pessoa idosa (78 anos) e portadora de câncer, a impetrante já estava afeiçãoada ao tratamento dispensado pelos médicos credenciados no Plano Aetna, e a mudança da empresa prestadora do seguro pode vir a acarretar sérios problemas à sua saúde, em flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana que, considerada a centralidade desse princípio fundamental, deve sempre preponderar no caso concreto.

4. Ordem concedida para determinar a reintegração da impetrante ao seguro médico prestado pela empresa Aetna Global Benefits.

(Mandado de Segurança n. 12.870-DF, Registro n. 2007/0124760-8, Terceira Seção, RSTJ 213, pp. 413/416, DJe 19.09.2008)

301

— **Ementa:** Civil. Responsabilidade civil. Hospital. A alta do paciente, imprudente e negligente, autorizada, sem avaliação médica, por enfermeira do hospital, acarreta a responsabilidade civil deste. Agravo regimental desprovido.

(Agravos Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.009.647-RS, Registro n. 2008/0019944-8, Terceira Turma, RSTJ 213, pp. 267/270, DJe 28.10.2008)	305
--	-----

NOTICIÁRIO

– Procurador-Geral de Justiça participa da posse do Governador Sérgio Cabral	311
– Cláudio Soares Lopes é nomeado para o cargo de Procurador-Geral de Justiça	311
– Cerimônia religiosa na capela do MPRJ	311
– Tragédia das chuvas na região serrana (I)	312
– Tragédia das chuvas na região serrana (II)	312
– Posse do PGJ	313
– O Procurador-Geral de Justiça visita a região serrana	324
– Tragédia das chuvas na região serrana (III)	325
– MPRJ e CREA-RJ assinam Termo de Cooperação	325
– Encontro do CNPG no Ceará	326
– Sede do MPRJ em Nova Friburgo regulariza seu funcionamento	326
– Apoio aos Promotores das cidades atingidas pelas chuvas (I)	327
– Apoio aos Promotores das cidades atingidas pelas chuvas (II)	328
– PGJ participa da posse do novo Presidente do TJ-RJ	329
– Posse no CSMP	329
– MP Comunitário visita comunidades	330
– Posse da Procuradora de Justiça Marta Folino Proença	330
– Reunião entre Membros do MPRJ e Conselheiros do CNMP	331
– Conselho de Decanos dá posse a novo integrante	331
– MP na Escola	332
– Administração Presente em Angra do Reis	332
– Boletim Coomperj	333

– CSMP realiza cerimônia de vitaliciamento	333
– Ouvidora-Geral do MP de Mato Grosso visita o MPRJ	334
– PGJ participa de troca de comando	334
– Presidente da Amperj se reúne com senadores e com Ministro da Justiça	335
– Programa de Gestão Estratégica do MPRJ (Fase III)	336
– Câmara de Nova Friburgo congratula desempenho do MPRJ	336
– PGJ fala sobre ações de Comunicação no encontro do CNPG	337
– Novas UPPs em Santa Teresa e no Catumbi	337
– Administração Presente no CRAAI Barra do Pirai	338
– CSMP aprova nomes para eleição dos representantes do MPRJ a serem indicados para o CNMP e o CNJ	339
– Reunião de Cláudio Soares Lopes e Martha Rocha	339
– Presidente da AMPERJ recebido na Liderança do Governo	340
– MP em Foco	340
– Ministro Luiz Fux no STF	341
– Planejamento estratégico nacional em Brasília	342
– TV canadense mostra trabalho do PIV na Região Serrana	343
– IV Conferência Regional da IAP para a América latina	343
– Pacto pelo Planejamento Estratégico Nacional	343
– Administração Presente visita CRAAI Campos	344
– MPRJ inaugura restaurante	345
– PGJ RJ coordena encontro de Comunicação organizado pelo CNPG ..	345
– CNMP regulamenta inspeções em unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de adolescentes	345
– Ministro Hamilton Carvalhido visita a Revista do Ministério Público	346
– CNPG indica Polastri para compor Comitê	347
– MPRJ recebe comitiva que luta contra o avanço da tuberculose no Estado	347
– MPRJ assina convênio com a PM	348

– Procurador-Geral de Justiça recebe visita do Defensor Público Geral do Estado	349
– O processo eletrônico e o MP	349
– PGJ do Rio apresenta ao CNPG conclusões do encontro de Assessores de Comunicação	350
– Subcomissão do CNPG prepara proposta de integração tecnológica entre MP e Justiça	351
– Vitaliciamento	351
– Aposentadoria	352
– Falecimento	352
– Ministro do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro	353
– Desembargadores do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro	353

DOCTRINA

DOCTRINA

ARION SAYÃO ROMITA *

The difficult lies, not in the new ideas, but in escaping from the old ones, which ramify, for those brought up as most of us have been, into every corner of our minds. A dificuldade reside não em aceitar as novas idéias, mas em livrar-nos das antigas, que se ramificam, para os educados como muitos de nós fomos, por todos os cantos das nossas mentes¹.

A magistratura constitui um elemento conservador por excelência: o pretório é a última cidadela que as ideias novas expugnam².

Revogada a lei, a jurisprudência nesta baseada não se sustenta³.

1. Introdução

Quanto ao regime de bens entre os cônjuges, prevalece, em princípio, a autonomia da vontade: é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (Código Civil de 2002, art. 1.639).

No silêncio da manifestação da vontade dos cônjuges, o Código tipifica quatro modelos: 1º — o regime da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671); 2º — o regime da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666); 3º — o regime de participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686); 4º — o regime de separação de bens (arts. 1.687 e 1.688).

Interessa-nos apenas o regime da separação obrigatória, que, de acordo com o art. 1.641 do Código Civil, é imposto: 1º — às pessoas que contraíram o casamento com inobservância das causas suspensivas previstas pelo art. 1.523;

* Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

1. KEYNES, John Maynard. *The general theory of employment, interest and money*. Nova York: Harcourt, Brace and Company. 1936. Prefácio, p VIII.

2. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p 180.

3. GLANZ, Semy. *A família mutante*. Rio de Janeiro. Renovar. 2005. p 606.

2º — à pessoa maior de sessenta anos; 3º — aos menores que se casam com autorização judicial. É certo que, nestes casos, os bens anteriores ao casamento são separados. E os aquestos (vale dizer: os adquiridos na constância do casamento): comunicam-se, ou não? Há controvérsia doutrinária, com reflexo na jurisprudência.

Para uma corrente, os aquestos se comunicam; para a outra, mantêm-se separados.

Sustenta-se, neste trabalho, que, vigente o Código Civil de 2002, no regime da separação obrigatória de bens, os adquiridos na vigência da sociedade conjugal não se comunicam. Teríamos, então, o seguinte esquema:

Regime de bens do casamento	Situação legal dos bens	
	Anteriores ao casamento	Aquestos
Comunhão universal	comunhão	comunhão
Participação final nos aquestos	separação	metade para cada cônjuge
Comunhão parcial	separação	comunhão
Separação obrigatória	separação	separação

2. O Código Civil de 1916 e a cultura da comunhão

Sob a vigência do Código Civil de 1916 formou-se a cultura da comunhão de bens. Este código escolheu o regime da comunhão universal como regime comum de bens entre cônjuges: dispôs, no art. 258, que, na falta de convenção (ou de sua nulidade), vigoraria, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

A opção do Código Civil de 1916 pelo regime da comunhão universal deve-se, no entender de CLÓVIS BEVILACQUA, a duas ordens de razão: razões de ordem histórica e razões de ordem moral⁴.

4. BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10ª ed. V. II. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves. 1954. p 131.

Quanto às razões de ordem histórica, sem perder de vista as observações de ERNEST ROGUIN, que vê, nas origens de regime da comunhão, a influência do direito costumeiro medieval e a do cristianismo⁵, aceitemos a lição de CLÓVIS BEVILACQUA, para quem a comunhão de bens tem origem no direito germânico e se espalhou pela Europa, firmando-se em Portugal. Daí passou para o Brasil, tanto sob o aspecto do costume quanto pelo fator legal⁶.

As razões de ordem moral, ainda no escólio de CLÓVIS, “resumem-se na consideração de que, se o casamento e uma comunhão de vidas, nenhum regime corresponde melhor a essa atitude moral dos cônjuges do que o da comunhão universal, que traduz, no plano material, a projeção da mais estreita união de vida e de interesses, que do casamento resulta”⁷. O regime, porém, sofria críticas, pelo fato de que o marido assumia, só ele, a responsabilidade pela economia doméstica⁸. Realmente, como chefe da sociedade conjugal, competia-lhe a administração dos bens comuns (Código Civil de 1916, art. 233, II), o que poderia gerar prejuízos para a mulher, pois ela participava assim dos ganhos como das perdas. Acresce o fato de que, à época da promulgação do Código de 1916, a mulher casada era relativamente incapaz (art. 62, II). Soa, até certo ponto, pelo menos curiosa, aos olhos de hoje, a defesa que do regime da comunhão faz CLÓVIS, pois, em seu entender, este era o único regime em que a mulher casada deixaria de ser relativamente incapaz⁹.

Havia uma verdadeira cultura da comunhão, a ponto de, segundo o disposto no art. 259 do Código Civil de 1916, embora o regime não fosse o da comunhão de bens, prevaleceriam seus princípios, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento. Como explica CLÓVIS, “aplica-se aos adquiridos o mesmo princípio, a que estão subordinados os bens trazidos para o casal: na falta de declaração em contrário, entendem-se comuns”¹⁰. Esta cultura da comunhão forjou-se ao tempo em que o marido era o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe (entre outras prerrogativas) a representação legal da família (Código de 1916, art. 233, I). Esta influência se faz sentir, até, na própria conceituação do regime da comunhão parcial. Segundo o pensar de CLÓVIS, “o que realmente caracteriza este regime não é a separação dos bens dos cônjuges, que se unem sob a administração do marido, é, sim, a comunhão dos aquestos”¹¹. Realmente, neste regime (comunhão parcial), a predominância do marido se manifestava, de forma irrefragável: nos termos do art. 274 do Código, a administração dos bens do casal compete ao marido.

5. ROGUIN. Ernest. *Traité de Droit Civil compare - le regime matrimonial*. Paris: LGDJ. 1905. p 300 e segs.

6. BEVILACQUA. Clóvis. *Código Civil*. cit. p 131.

7. BEVILACQUA. Clóvis. *Op. e loc. cit.*

8. ROGUIN. Ernest. *Traité*, cit. p 232.

9. BEVILACQUA. Clóvis. *Código Civil*. cit. p 131.

10. BEVILACQUA. Clóvis. *Ob. cit.* p 134.

11. BEVILACQUA. Clóvis. *Ob. cit.* p 148.

Como diz CLÓVIS, “o marido administra as três massas de bens, que coexistem neste regime: os particulares da mulher, os comuns e os seus próprios”¹².

Estas duas noções, no antigo regime (vigência do Código de 1916), aparecem, como visto, indissolavelmente associadas: a comunhão de bens e a preponderância do marido. Mesmo no regime da comunhão parcial, consideram-se bens do casal, e, assim sujeitos à administração do marido: a) os bens comuns; b) os bens próprios do marido; c) os bens próprios da mulher. Como esclarece EDUARDO ESPÍNOLA, com apoio no art. 274, primeira parte, do Código de 1916, “todos esses bens são confiados à administração do marido”¹³. Escreve, com propriedade, ORLANDO GOMES:

O regime da comunhão universal assegurava a preponderância do marido nas relações patrimoniais entre os cônjuges, sendo tal predominância, por assim dizer, da sua própria lógica¹⁴.

A afirmação supra, feita após a reforma do direito de família introduzida pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (que admitiu o divórcio e consagrou o regime da comunhão parcial de bens), segue-se à assertiva de que “o regime legal em vigor harmoniza-se com a igualdade dos cônjuges”, vale dizer: antes de 1977, longe de reconhecer a igualdade dos cônjuges, o direito de família brasileiro proclamava a supremacia do marido nas relações patrimoniais entre eles, regime que era “da lógica” da comunhão universal de bens.

À sombra dessa cultura (comunhão universal + protagonismo marital), forjou-se a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal: “No regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (3 de abril de 1964). Note-se: a Súmula foi adotada na vigência do Código Civil de 1916, antes da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (conhecida como lei do divórcio), que, em substituição ao regime da comunhão universal de bens, consagrou o da comunhão parcial, como regime legal. A Súmula 377 insere-se, portanto, na cultura da comunhão universal.

A cultura, entretanto, muda, evoluciona, transforma-se.

3. A mutabilidade da cultura e, a *fortiori*, da jurisprudência

O vocábulo *cultura* é empregado em diferentes acepções pelos mais variados ramos do saber humano. Aqui, interessa-nos o conceito antropológico ou

12. BEVILACQUA. Clóvis. Ob. cit. p. 153.

13. ESPÍNOLA. Eduardo. *A família no Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária. 1954. p. 333.

14. GOMES. Orlando. *O novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1984. p. 17.

sociológico de cultura, para denotar todo o modo de vida de uma sociedade, fundamentado em significados e valores que tendem à conservação, mas que não escapam à necessidade de mudança, sempre que se alteram as condições existenciais subjacentes à coesão característica de todo grupo social.

Como observa WILLIAM OUTHWAITE, "o conceito de cultura está no âmago de concepção de consciência como existência consciente: a consciência diretamente ligada a um estado de coisas existentes e, também, condição para a possível transformação desse estado de coisas"¹⁵.

O predicado da mutabilidade é ínsito ao conceito de cultura, ao lado do de sistema. Ao salientar o aspecto do sistema, EMILIO WILLEMS assim se expressa: "Apesar da sua heterogeneidade, os elementos constitutivos de uma cultura articulam-se entre si, formando um sistema relativamente integrado". A mudança verificada em algum dos elementos constitutivos do sistema repercute sobre o todo, alterando-se o caráter da cultura: "Mudanças ocorridas em uma esfera cultural envolvem, geralmente, mudanças em outras esferas, provocando desequilíbrios e mesmo desintegração"¹⁶.

Ao analisarem a cultura como multiplicidade de práticas e instituições existentes, além das crenças, ideais, normas e tradições que dão um peculiar colorido e significação à vida em sociedade, os estudiosos forjaram o conceito de *mudança cultural*. Referindo-se a este conceito, FELIX M. KEESING salienta a *resistência à mudança*, em sugestivo trecho, cuja transcrição se impõe: "Entre outros problemas de interesse contemporâneo na mudança cultural estão as taxas de mudança, desorganização e reorganização, o papel dos cultos e outros movimentos dinâmicos, o papel do indivíduo na mudança, a relação entre a mudança e a estabilidade e a resistência à mudança"¹⁷. Dois aspectos chamam a atenção, no texto ora citado: 1º — a relação entre a mudança e a estabilidade; 2º — a resistência à mudança.

Todo sistema cultural tende à estabilidade, sendo evidentes os elementos conservadores que mantêm a coesão social. Entretanto, como já se demonstrou acima, ao lado do fator estático, atuam fatores dinâmicos, que determinam a mudança cultural. Esta mudança, contudo, não se faz de chofre, instantaneamente, porém resulta de transformações que se processam lentamente ao longo do tempo. A cultura, portanto, pela ótica teórica e analítica, apresenta este paradoxo: ao tempo em que tende à fixidez, com inclinação conservadora e mantenedora dos valores atuais, não pode deixar de evolver

15. OUTHWAITE, William. *Verbete cultura*, in Tom Bottomore (ed.). *Dicionário do pensamento marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1988. p 94.

16. WILLEMS, Emilio. *Verbete cultura*, in *Dicionário de sociologia*. Porto Alegre: Globo. 1961. p 88.

17. KEESING, Felix M. *Verbete mudança cultural*, in *Dicionário de Ciências Sociais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1987. p 791.

sob a pressão dos chamados movimentos dinâmicos. Do embate desses dois elementos, surge a resistência à mudança. É de razoável aceitação a ideia de que mudanças culturais provocam o desencadear de forças de sentido contrário, que se opõem às transformações. Para tanto, concorre, com imenso poder de atuação, a inércia mental.

A mudança cultural ocorre em razão das novas necessidades oriundas de novas situações¹⁸, contudo, em virtude da viscosidade típica de temas como o aqui tratado, o que ficou para trás permanece vivo na mente de muitos, que relutam em aceitar a realidade das transformações. Como disse KEYNES, na primeira epígrafe que encabeça este trabalho, mais difícil do que aceitar as novas idéias é livrar-nos das antigas¹⁹.

O Direito não escapa a esta sina. O Direito, como parte integrante da cultura da sociedade em que atua, acompanha as transformações ocorridas na sociedade e que geram mudanças culturais. As mudanças culturais refletem-se no campo da normatividade, que constitui elemento fundamental na estrutura do grupo social.

Os *mores* e os costumes predominantes no meio social influenciam a superestrutura jurídica. Esta reflete o ambiente social em cada momento histórico. Embora nem todos os fenômenos sociais sejam fenômenos jurídicos, é certo que todos os fenômenos jurídicos podem ser vistos como fenômenos sociais — ensina JEAN CARBONNIER²⁰.

O direito, longe de ser um sistema rígido, é essencialmente fluido e se transforma a todo instante, movido pela ação transformadora dos *mores* e costumes, da cultura, enfim. Observa HENRI LÉVY-BRUHL que “o costume elabora surdamente o direito novo da mesma forma que a vida latente nas espécies vegetais e animais. Ele é a força vital das instituições jurídicas e tem, portanto, uma esfera de aplicação indefinida”²¹.

Embora tendendo à conservação das soluções normativas imperantes na sociedade, o direito é empurrado, é impelido a transformações, a fim de acompanhar as mudanças operadas no ambiente cultural. Referindo-se à moral (sem dúvida, um dos elementos de maior peso específico entre os componentes da cultura), GEORGES GURVITCH afirma que, “devido à sua estrutura, ela é incomparavelmente mais dinâmica, mais revolucionária, mais flexível e mais orientada para o futuro, do qual antecipa a direção mais que o direito. Este se

18. MELLO. Luiz Gonzaga de. *Antropologia cultural*: iniciação, teoria e temas. 17ª ed. Petrópolis: Vozes. 2009. p. 52.

19. Vd. nota 1, supra.

20. CARBONNIER. Jean. *Sociologie juridique*. Paris: PUF. 1978. p. 174.

21. LÉVY-BRUHL. Henri. *Sociologie du droit*. 5ª ed. Coll. Que sais-je? Paris: PUF. 1976. p. 41.

acha mais ligado às práticas tradicionais do que às inovações, dependendo mais das representações intelectuais, das realizações econômicas e do equilíbrio das forças do que a moral”²².

Realmente, o direito tende a se atrasar em relação à marcha da moral. Esta, adiantando-se ao direito, constitui um fator muito mais importante nas suas mutações. Sabendo-se que há estreitas relações entre a moral e o direito em geral e o direito de família em particular, compreende-se que a reforma do direito de família ocorrida no Brasil a partir do decênio 1970 obrigou a uma adequação da dogmática à mudança do espírito da normatividade.

Ocorreu na prática aquilo que EVARISTO DE MORAES FILHO, no plano teórico, prognosticara: “... limita-se o legislador a captar no fluxo social os *principia media* da conduta social, a orientação normal do comportamento coletivo, as bases desse procedimento, e as sanciona em lei”²³.

Num esforço de abstração, pode-se traçar o seguinte itinerário esquemático: cultura → direito → lei → jurisprudência. Em sociedade, a cultura plasma o direito; este inspira a edição da lei; com base nesta, forma-se a jurisprudência. Qualquer alteração num dos termos reflete-se em mudança do subsequente, e assim por diante: se muda a cultura, o direito se transforma; a transformação do direito obriga à edição de lei nova; com base nesta, forma-se nova jurisprudência.

A jurisprudência é obra da magistratura. Disse CARLOS MAXIMILIANO: “A magistratura constitui um elemento conservador por excelência: o pretório é a última cidadela que as idéias novas expugnam”, como se lê na segunda epígrafe que encabeça este trabalho²⁴.

Cumprir reagir contra esta tendência, aliás profligada por CARLOS MAXIMILIANO, para quem “os neologismos do Direito, como os da linguagem, não prevalecem logo que surgem, e o acordo *uniforme e constante* só se acentua depois de hesitações, alternativas e contradições” — grifos do original. E, como o próprio mestre ensina: “É obrigatório observar a lei, não o seguir determinada jurisprudência: *non exemplis sed legibus iudicandum est* — julgue-se em obediência às leis, não às decisões em casos semelhantes”²⁵.

A recomendação aumenta de vulto quando, em vez de se invocar exemplo jurisprudencial coevo da decisão a ser proferida, cita-se jurisprudência

22. GURVITCH. Georges. *Sociologia jurídica*. Trad. de Djacir Menezes. Rio de Janeiro. Liv. Kosmos. 1946. p 342.

23. MORAES FILHO. Evaristo de. *O problema de uma sociologia do direito*. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1950. p 230.

24. MAXIMILIANO. Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Cit. p 180.

25. MAXIMILIANO. Carlos. *Ob. cit.* p 185.

vencida, superada, formada ao tempo de lei já revogada. É o que ensina SEMY GLANZ: “Revogada a lei, a jurisprudência nesta baseada não se sustenta”, em lição adotada como terceira epígrafe deste estudo²⁶.

A cultura da comunhão (acoplada à da supremacia do marido nas relações entre cônjuges), reverenciada pelo Código Civil de 1916, está ultrapassada, superada. Ela cede diante do princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges, consagrado pela Constituição da República (art. 226, § 5º). A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, também forjada a sombra daquela ideologia já obsoleta, não tem mais razão de existir, e melhor seria que fosse cancelada. Não se trata, como erroneamente supõem alguns, de *revogação* da súmula. Súmula não é lei: lei pode ser revogada, mas súmula não se revoga. Ela se torna superada, ultrapassada, suplantada pela promulgação de lei que a contradiga; portanto, quando ela vem a ser desmentida por direito novo, este prevalece, sem embargo da súmula antiga, já agora sem serventia.

4. O Código Civil de 2002 e a superação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

Em três etapas pode ser dividida a evolução da disciplina legal do regime de separação obrigatória de bens no direito brasileiro contemporâneo: 1ª — a do Código Civil de 1916; 2ª — a da lei nº 6.515; 3ª — a do Código Civil de 2002.

Segundo o disposto no art. 258 do Código Civil de 1916, o regime legal de bens entre os cônjuges era o da comunhão universal. Como regime alternativo, imposto a certas categorias de pessoas (entre as quais o maior de sessenta e a maior de cinquenta anos), o regime era o da separação de bens. Por tal motivo, o regime era denominado regime da separação obrigatória. Este dispositivo não distinguia entre os bens que os cônjuges detinham antes do casamento e aqueles adquiridos na constância do matrimônio (aquestos). Para eliminar possíveis dúvidas a respeito da separação ou comunhão dos aquestos, o art. 259 esclareceu: “Embora o regime não seja o de comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento”. O preceituado por este dispositivo guardava perfeita consonância com o que estabelecia o regime da comunhão universal: nas hipóteses em que a separação de bens era obrigatória, prevaleceria a comunhão de aquestos, porquanto a separação alcançaria apenas os bens que os cônjuges traziam para o casal (portanto, bens que cada qual adquirira antes do casamento).

Dirimindo a controvérsia jurisprudencial instaurada a pro-pósito do tema, a Súmula 377 da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou: “No

26. Vd. nota 3, supra.

regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento" (3 de abril de 1964). Também aqui ficou mantida, por coerência, a fidelidade ao regime da comunhão universal. Se o regime legal era o da comunhão, entendia-se que a separação se aplicaria unicamente aos bens anteriores ao casamento: os adquiridos posteriormente, a título oneroso ou gratuito, cairiam sob o regime legal (ou seja, o da comunhão).

A segunda fase, iniciada com a promulgação da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, apenas desviou o foco do regime legal de bens, que de comunhão universal passou a ser de comunhão parcial, vale dizer, separação dos bens anteriores e comunhão dos aquestos. Não se dedicou especificamente a regular o regime da separação obrigatória, mas não deixa de apresentar alta relevância para o estudo da matéria, porquanto sinaliza no sentido da mudança cultural, a esta altura sensível na sociedade brasileira: o regime da comunhão universal já se mostrava anacrônico, sendo mais consentâneo com a realidade social o regime da separação.

A promulgação do Código Civil de 2002 inaugura a terceira fase: ao lado do regime legal, que é o da comunhão parcial (art. 1.640), é regulado o regime da separação de bens, tornado obrigatório para as pessoas relacionadas nos três incisos do art. 1.641 (entre as quais a pessoa maior de sessenta anos). Este regime é denominado "regime da separação absoluta" pelo próprio código que no art. 1.647, proíbe aos cônjuges a prática de determinados atos, permitindo-a, porém, por exceção, quando o regime for o da separação obrigatória. O que se deva entender por "separação absoluta", o Código Civil não dilucida, mas parece meridianamente claro que ela abrange tanto os bens anteriores ao casamento quanto os adquiridos na constância deste.

O que, todavia, a uns parece claro, a outros não parece, de sorte que persiste a dúvida: no regime da separação obrigatória de bens, os aquestos se comunicam ou não?

Há decisão judicial que prestigia a tese da comunhão:

"Não obstante a previsão do artigo 1.641, II, do Código Civil, que prevê a obrigatoriedade do regime da separação de bens para as pessoas maiores de 60 anos, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula persuasiva 377, que determina a comunicação dos aquestos (bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio) nos casamentos realizados sob o regime da separação lega"²⁷.

Note-se o anacronismo perpetrado pelo acórdão acima citado: a Súmula 377 do STF foi editada em 1964, na vigência do Código Civil de 1916, e nada

27. Proc. nº 2009.014.00614, Conselho da Magistratura do TJ do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Des. Ismenio Pereira de Castro. Jul. em 2.12.2009. publ. DJ de 18.12.2009.

tem que ver com o art. 1.641 do Código Civil de 2002 (expressamente mencionado pelo aresto).

Lavra divergência, na doutrina, a respeito do tema: SEMY GLANZ informa que ANTÔNIO ELIAS DE QUEIROGA, CÉSAR FIÚZA e CARLOS ROBERTO GONÇALVES entendem que deva ser aplicada a Súmula 377, mas não pensa assim ROLF MADALENO²⁸; JOSÉ FERNANDO SIMÃO diz que, para FRANCISCO JOSÉ CAHALI, MARIO LUIZ DELGADO, JONES FIGUEIREDO, INÁCIO DE CARVALHO NETO e EUCLIDES DE OLIVEIRA, a súmula está superada e não é mais aplicável à separação obrigatória, enquanto, em sentido contrário, opinam SILVIO DE SALVO VENOSA, ROLF MADALENO e FLÁVIO TARTUCE²⁹.

Os mesmos autores, que fornecem as indicações supra, emitem seu parecer, ambos pela separação dos aquestos. Assim é que SEMY GLANZ disserta:

Cabe lembrar que a Súmula foi editada em 1964, quando vigorava ainda o regime legal da comunhão universal de bens. A lei tendia para que se adotasse esse regime e, como, por exceção, impunha a alguns o regime da separação legal, abrandava tal restrição com o art. 259, que admitia a comunhão dos adquiridos. No entanto, esta regra do art. 259 não foi mantida e a Súmula era nela fundada. Revogada a lei, a jurisprudência nesta baseada não se sustenta³⁰.

Segundo JOSÉ FERNANDO SIMÃO:

A contestação que se faz é a seguinte: tanto o regime da separação convencional sem exclusão expressa dos aquestos quanto o regime da separação obrigatória não eram regimes de separação absoluta de bens, pois em ambos havia quer por lei (CC/16, art. 259) quer por força da jurisprudência (Súmula 377 do STF) comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento.

Com a vigência do novo Código Civil, o artigo 259 foi revogado e não encontra correspondente legal.

Assim, a primeira conclusão a que se chega é que, após a vigência do Código Civil de 2002, a separação de bens é realmente absoluta, não havendo a comunhão dos aquestos³¹.

28. GLANZ. Semy. *A família mutante*. Cit. p 605.

29. SIMÃO. José Fernando. *O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória?* Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html. Acesso em: 15/07/2010.

30. GLANZ. Semy. *A família mutante*. Cit. p 605-606.

31. SIMÃO. José Fernando. Ob. cit. in nota 29, supra.

5. A incomunicabilidade dos aquestos no regime da separação obrigatória de bens

Quando se trata de separação obrigatória (separação absoluta), não se dá a comunhão de aquestos. Os patrimônios do cônjuge varão e da mulher são separados: trata-se de dois patrimônios, que não são acrescidos pela aquisição, após o casamento, de qualquer bem a título oneroso.

Esta é a razão pela qual o regime da separação obrigatória é instituído pelo Código Civil nas hipóteses reguladas em seu art. 1.641. A não ser assim (ou seja, se se admitir a comunhão dos aquestos), resultaria inútil a regulação em textos próprios do regime da separação obrigatória. Se o regime da separação obrigatória não for o da separação total (o que abrange os aquestos), a lei conteria palavras inúteis, o que hostiliza as mais mezinhas noções de hermenêutica jurídica.

Repita-se: o regime da separação obrigatória previsto pelo Código Civil em seu art. 1.641 repele a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento. Por isso, a separação é **total**, estendendo-se a proibição de comunicação também aos aquestos.

No quadro esquemático apresentado no item 1, *supra*, estão expostas as soluções legislativas adotadas para a regulação do regime de bens do casamento. No regime da comunhão parcial, é prevista a separação para os bens anteriores ao casamento e a comunhão para os aquestos. Já no regime da separação obrigatória, mantida a separação para os bens anteriores ao casamento, impõe-se também a separação para os aquestos. Se, como pretendem os autores que defendem a subsistência da Súmula 377, fosse adotada a comunhão para os aquestos, não haveria diferença entre os dois regimes: tanto no da comunhão parcial como no da separação obrigatória, haveria separação apenas para os anteriores, enquanto seria imposta a comunhão para os aquestos. De que valeria, então, a regulação distinta entre um regime e outro? Se a lei não contém palavras inúteis, se a lei regula em dispositivos específicos o regime da comunhão parcial e o da separação obrigatória, como se pode admitir igual tratamento jurisprudencial para os dois regimes?

Em escólio ao art. 1.641 do Código Civil, assim se pronuncia FABRÍCIO ZAMPROGNA MATIELLO:

No regime de separação obrigatória não se comunicam os aquestos, que são os adquiridos a qualquer título pelos cônjuges ao longo da vigência da sociedade conjugal. Destarte, tanto os bens de titularidade de cada indivíduo ao tempo do casamento como os que por eles forem adquiridos enquanto consorciados, a título oneroso (*v. g.*, compra e venda) ou gratuito (*v. g.*, doação e direito sucessório), não se

comunicarão, permanecendo exclusivamente no patrimônio de respectivo titular³²

E adiante, ao comentar o art. 1.687, o mesmo festejado autor preleciona:

O regime da separação de bens pressupõe a existência de dois patrimônios totalmente distintos, pertencendo um deles ao marido e outro a mulher. Tanto os bens que cada cônjuge possuía ao casar, como aqueles que lhe sobrevierem ao longo da constância da sociedade conjugal entrarão na composição dos acervos particulares; o mesmo ocorre com os frutos e rendimentos produzidos. A incomunicabilidade de todos os bens e direitos, portanto, é a tônica do regime em análise. Apesar de respeitáveis opiniões em contrário, a separação de bens serve para unir o casal em torno de propósitos exclusivamente afetivos, prestando-se para o afastamento de aventureiros que ocasionalmente pretendam tirar vantagens através do casamento sob o regime da comunhão. Ilidida a finalidade econômica, é bastante provável que a união seja marcada apenas pelo interesse pessoal que um cônjuge desperta no outro. É bem verdade que a realidade do quadro econômico pode ditar a conveniência de regime diverso: todavia, em se tratando de pessoas financeiramente resolvidas, ou que busquem uma vinculação destituída de laços prioritariamente materiais, o regime da separação de bens é solução moderna, eficiente, prática e de inegável conotação moral³³.

Aí está: acolhida, em sua inteireza, a lição doutrinária acima transcrita, a conclusão só pode ser uma: o regime da separação obrigatória exclui a comunicação dos aquestos.

O Código Civil de 2002 não contém dispositivo algum que autorize a ilação de que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento. Se o regime legal mudou (já não é mais o da comunhão, previsto Código de 1916), mas, sim a da separação (consagrado pela vigente codificação), injurídica, *data venia*, é a afirmação de que, no regime da separação obrigatória, os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam.

Pelo contrário: enquanto o Código de 1916 dispunha que, embora o regime não fosse o da comunhão de bens, prevalecerão os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento (art. 259), o vigente Código Civil não contém disposição equivalente a esta, o que significa que devem prevalecer os princípios da separação total (que abrange tanto os bens adquiridos antes quanto os havidos na vigência da sociedade conjugal).

32. MATIELLO. Fabrício Zamproga. *Código Civil comentado*, 2ª ed. São Paulo: 2005. p 1.071.

33. MATIELLO. Fabrício Zamproga. *Código Civil comentado*. Cit p 1.102.

No tocante ao casamento das pessoas ali relacionadas, o Código de 1916 apenas considerava "obrigatório" o regime da separação (art. 258, parágrafo único). Atualmente, porém, o Código Civil emprega a expressão "separação absoluta" (art. 1.647), o que induz a certeza de que, sendo a separação obrigatória por lei, os bens adquiridos na constância do casamento não se comunicam.

Vale repisar que a Súmula 377 foi aprovada em 1964, sob a vigência do Código Civil de 1916, que impunha, como regime legal, o da comunhão de bens. Mudou o regime legal: agora, ele não é o da comunhão, e sim o da separação. Portanto, a Súmula está ultrapassada e, na vigência do Código de 2002, não faz sentido invocá-la. Mudou a lei, muda também a jurisprudência. Não é possível pensar a realidade jurídica de 2002 com a cabeça de 1916! Se o mundo se transforma, o direito também deve transformar-se, a fim de se evitar a famosa "revolta dos fatos contra os códigos".

RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO DOS RESPECTIVOS JULGAMENTOS PELA COMUNIDADE JURÍDICA. UMA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ANTEPROJETO DO CPC

DUVAL VIANNA*

1. Julgamento de casos repetitivos. Como funciona atualmente e como está previsto no Anteprojeto do Código de Processo Civil

A Lei 11.672/2008, inserida na última “onda” de alterações pontuais do Código de Processo Civil, estabeleceu o procedimento para o julgamento dos chamados recursos repetitivos (ou casos repetitivos) no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo dispõe o artigo 543-C do CPC, incluído pela mencionada Lei, o procedimento é aplicável quando se verificar multiplicidade de recursos *com fundamento em idêntica questão de direito*.

Esta técnica de *julgamentos em massa* ganha relevo na redação do anteprojeto do novo CPC, sistematizando-se o instituto do julgamento dos recursos repetitivos que, entretanto, não sofre alteração relevante no *procedimento*, se comparado ao que existe no CPC atual desde a vigência da Lei 11.672/2008. A novidade é que incidirá igualmente sobre os recursos extraordinários (art. 953/958 do anteprojeto) e terá o condão de paralisar também os processos em andamento no primeiro grau (art. 954, § 2º do anteprojeto), além de algumas particularidades que são adiante comentadas.

Segundo dispõe o artigo 543-C, atualmente em vigor, cabe aos presidentes dos tribunais por onde ocorra a tramitação de recursos com fundamento em idêntica questão de direito – e bem assim ao relator de recurso especial – providenciar para que o julgamento de todos estes recursos seja suspenso, escolhendo

* Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Diretor do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB – biênio 2010/2012. Diretor-Presidente do Centro de Mediação e Arbitragem do Rio de Janeiro – CEMARJ.

um ou mais processos cujos recursos sejam representativos da controvérsia, para encaminhamento ao STJ.

É previsto que, antes do julgamento, o relator tem a faculdade (“poderá”) de solicitar informações a respeito da matéria, aos tribunais estaduais e federais, além da manifestação do Ministério Público, nos processos de sua alçada.

Também (§ 4º do art. 543-C) é facultado ao relator “admitir manifestação de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”, permitido, pela redação do anteprojeto (art. 955, § 2º) também “solicitar” tal manifestação.

Como consequência do julgamento, todos os casos sobrestados na origem – e bem assim aqueles sobrestados no próprio STJ – terão que se adequar ao novo entendimento, seja pela negativa de seguimento na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ ou, em caso contrário, por novo exame nos tribunais *a quo*.

Se o novo exame concluir pela manutenção do julgado, isto é, contrariando o entendimento firmado pelo STJ, será o caso de proceder ao juízo da admissibilidade do recurso especial que, certamente, levará à remessa dos autos ao STJ, onde será fatalmente conhecido e provido para a devida adequação.

Os redatores do anteprojeto do novo CPC preocuparam-se em estabelecer regras para que “*uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração*”.

A interpretação da lei pelos tribunais superiores passará a ter valor absoluto, não permitindo sequer o recebimento de ação proposta fundada em tese divorciada de outra que tenha sido consagrada em recurso repetitivo.

Confronte-se o que dispõe o artigo 317, II, do anteprojeto, para verificar que será *imperativo* que o juiz rejeite liminarmente a demanda se o pedido contrariar entendimento do STF ou do STJ, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos.

Leia-se o que dispõe o art. 476 do anteprojeto, permitindo a alteração da sentença para que seja aplicada tese fixada em julgamento de casos repetitivos.

Verifique-se o contido no inciso IV, § 2º, artigo 491 do anteprojeto, permitindo a execução provisória com dispensa da caução, se a sentença tiver sido proferida com base em julgamento de casos repetitivos.

Atente-se para a incumbência conferida aos relatores dos recursos (art. 853 do anteprojeto) no sentido de negarem seguimento àqueles que afrontem decisões proferidas em julgamento de casos repetitivos.

Portanto, os autores do anteprojeto tomaram o cuidado de *criar barreiras* para que qualquer iniciativa que venha a prestigiar tese em desconformidade com outra consagrada em julgamento de casos repetitivos seja liminarmente repelida.

Por outro lado, foi prevista a criação de um “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” a ser suscitado sempre que for identificada controvérsia com simples *potencial* de gerar demandas com fundamento em idêntica questão de direito e, assim, causar grave *insegurança jurídica*, consequência que os autores do anteprojeto presumem existir sempre que ocorrer o risco de coexistência de decisões conflitantes (art. 895 do anteprojeto).

Além do mais, estabelecida *verdadeira hierarquia* entre os diversos níveis do Judiciário, com a determinação de que os tribunais velem pela uniformização e estabilização da jurisprudência, seguindo, os juízos e tribunais as “*orientações*” dos órgãos aos quais estiverem “*vinculados*” (art. 847 do anteprojeto), não haverá juiz que ouse receber alguma petição inicial pretendendo o julgamento de pedido que possa desmerecer tese assentada em julgamento de caso repetitivo. Ao contrário, é seu dever repelir liminarmente a demanda (art. 317 do anteprojeto), ainda que o postulante informe que alterações sociais ou econômicas com consequências jurídicas relevantes impõem a revisão daquilo que foi cristalizado.

Todas estas iniciativas – e aqui se abre um parêntese, em relação ao tema central do trabalho – podem afetar o princípio do livre convencimento motivado dos juízes que terão *retirados de suas tutelas* temas de alta indagação e grande relevância social, econômica ou política, no momento em que for suscitado algum Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, passando as questões diretamente à esfera dos tribunais superiores. Toda a força criativa da primeira instância, fruto da sadia provocação dos advogados que, hoje, ouvindo seus constituintes, inauguram as teses que, só ao final, bateriam às portas dos tribunais, constituirá mera evocação dos românticos.

2. Cristalização da jurisprudência dos tribunais superiores. Meta a ser alcançada pelo anteprojeto

Mas, voltando ao tema, o que se vê do exame do anteprojeto, a respeito, é a busca da preponderância absoluta da jurisprudência dos tribunais superiores que deverá ser mantida “*razoavelmente estável*”, na dicção da sua exposição de motivos.

Na prática, o que já se vê hoje e certamente se verá amanhã é que o julgamento dos casos repetitivos tende a tornar a jurisprudência praticamente imutável, já que uma vez decidida a matéria, o sistema impede a abertura de qualquer nova discussão.

É certo que o anteprojeto permite a “*modulação*” dos efeitos da alteração da jurisprudência, oriunda do julgamento de casos repetitivos (art. 847, V). Entretanto, permite somente em tese, pois não informa os meios para se conseguir este objetivo; o caminho para *furar* as barreiras criadas.

Dai surge a importância do debate, no seio da comunidade jurídica, dos temas levados a julgamento de casos repetitivos. A imutabilidade que decorre dos resultados destes julgamentos impõe este cuidado.

Não é sem razão que existe previsão legal que admite a possibilidade de divulgação da controvérsia no respectivo procedimento, referindo-se a norma em vigor (art. 543-C) à possibilidade de o relator solicitar informações aos tribunais a respeito da questão, bem como a admissão de manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse nela.

Entretanto, ao que parece, o acompanhamento destes processos, desde que ocorre a chamada *afetação*¹, não tem sido acompanhado (fiscalizado) pela comunidade jurídica de maneira organizada, sistemática para, se for o caso, influir no debate e denunciar desvios do procedimento.

Pior, ainda, pelo menos um caso foi cristalizado por meio do procedimento sem prévio anúncio, pegando a todos de surpresa.

3. Estudo de caso concreto que incluiu questão no rol dos recursos repetitivos sem prévio anúncio

Tendo sido sorteado relator do recurso especial 1.120.295-SP, despachou o Min. Luiz Fux no sentido de submetê-lo ao procedimento dos recursos repetitivos, declarando, no despacho de afetação publicado em 23/03/2010, que

“a presente insurgência especial versa sobre o termo inicial do prazo prescricional para o exercício da pretensão de cobrança judicial dos créditos tributários declarados pelo contribuinte (mediante DCTF ou GIA, entre outros), mas não pagos.” (sublinhado no original)

Esta questão, atinente ao início da contagem do prazo prescricional, já tinha resultado esperado e não constituiu novidade para ninguém. No particular, constou da ementa:

“1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária, declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional.”

1. despacho onde o relator reconhece a existência dos pressupostos do julgamento dos casos repetitivos e submete o julgamento à Seção ou Corte Especial, nesta última hipótese se houver questão de competência de mais de uma Seção (Resolução nº 8, de 7/8/2008 do STJ).

Entretanto, *avanzando sobre assunto não realçado no despacho da afetação*, a Primeira Seção do STJ *cristalizou outra questão processual*: Quando a prescrição tem seu fluxo interrompido em razão da propositura da ação de execução fiscal, pela simples distribuição ou pelo despacho que determina a citação.

Este assunto não foi objeto de destaque, ao ser anunciada a submissão do caso ao regime dos recursos repetitivos, surpreendendo a todos.

Com efeito, informa o relator que, na hipótese dos autos, o início do prazo prescricional, segundo o entendimento acima – que foi cristalizado por força do regime do julgamento dos casos repetitivos e corretamente anunciado no despacho de afetação –, iniciou em 30/04/1997, escoando em 30/04/2002, com a ação ajuizada dias antes, em 05/03/2002.

Ocorre que o despacho inicial e a citação ocorreram em *junho de 2002*.

O fato ocorreu quando era esta a redação do art. 174 do CTN:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pela citação pessoal feita ao devedor;

II – pelo protesto judicial;

III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.”

Posteriormente, através da Lei Complementar 118/2005, o inciso I ficou assim redigido:

“I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;”

De modo que, tanto fazendo aplicar a legislação em vigor antes ou depois da Lcp 118, estaria consumada a prescrição.

Embora reconhecendo este fato, o relator constrói uma fundamentação para concluir que a interrupção do lapso prescricional se caracteriza no momento da propositura da ação e, então, não haveria prescrição.

Para tanto, lembrou que a prescrição está associada à *inércia do titular do direito* e que a Súmula 106/STJ, assim reconhecendo, deu como desinfluyente a demora na citação por motivos inerentes ao mecanismo da justiça².

2. Súmula 106/STJ: *“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”*

Firme neste passo, afirma que se mostra “incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN)”.

Reforçando a sua argumentação, lembra que o CPC tem regra, no § 1º do art. 219, estabelecendo que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, “o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional”

Ainda que se possa admitir que a argumentação é correta, ou seja, que a lei processual civil, ordinária que é, poderia alterar o CTN, que tem as galas de lei complementar; mesmo que se conceba que poderia o CPC sobrepor-se a uma lei complementar que lhe é posterior; até mesmo aceitando que o teor da Súmula 106, dirigida ao processo civil, possa ser aplicado à legislação tributária; permitindo que não se observe o disposto no artigo 111 do CTN³, na medida em que se socorreu das regras suplementares do CPC para tratar de matéria que estava exaustivamente regulada em norma geral própria, parece fora de propósito cristalizar qualquer entendimento sobre qualquer matéria sem prévio anúncio, por meio da técnica dos casos repetitivos.

O objetivo deste trabalho, na verdade, não é fazer a crítica da decisão – embora o faça, *en passant* –, interessando demonstrar a forma como se utilizou o procedimento dos casos repetitivos para consolidar um determinado entendimento sem prévio anúncio, tornando-o imutável e, na prática, gerando uma insegurança jurídica inaceitável.

A grande questão é saber se esta matéria está coberta pelo manto da imutabilidade decorrente do julgamento repetitivo, já que não foi assim anunciada, quando da afetação.

E se o órgão julgador entender que esta matéria ficou consolidada, haverá recurso? Poderá algum juiz ou tribunal, mais adiante, julgando outro caso da mesma natureza, afirmar que não reconhece a imutabilidade, posto que não foi anunciada pelo relator, quando da afetação? Aliás, será necessário, mesmo, que se faça o anúncio prévio da matéria objeto do julgamento de casos repetitivos?

3. “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;”

A importância destas dúvidas e temores é diretamente proporcional, ainda mais, ao número de processos submetidos ao rito dos casos repetitivos. Segundo se colhe do sítio do STJ na Internet⁴, são quase 500 os processos afetados, julgados e por julgar, sabendo-se que a lei 11.672, que introduziu a novidade, entrou em vigor em 2008, há pouco mais de 2 anos!

4. O anteprojeto do CPC

Comparando a lei atual com a projetada, o que se vê é que são *aperfeiçoados os controles* para que os juízes e os tribunais inferiores sigam o que for entendido pelos tribunais superiores como sendo a correta interpretação da lei, o que, uma vez firmada – em especial pelo procedimento do julgamento dos recursos repetitivos – se torna praticamente imutável.

Com a identificação de uma mesma questão de direito sendo discutida em vários recursos, o sistema previsto no anteprojeto é para que todos os processos, Brasil afora, incluindo aqueles que se encontram ainda no primeiro grau, tenham seu curso suspenso, até que se aguarde a palavra final do STF ou do STJ.

Iniciada a discussão, num destes dois tribunais superiores, para dirimir a questão a adotar pensamento único sobre o tema controvertido, é prevista uma fase de instrução, durante a qual o relator tem a faculdade de requisitar informações aos tribunais inferiores, bem como solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. O Ministério Público, *se for o caso* – diz o anteprojeto –, deverá se manifestar.

Ocorrendo o julgamento, o anteprojeto prevê que não só os tribunais observarão (no imperativo) a tese firmada, inclusive rejulgando o processo paralisado, bem como os juízos proferirão (também no imperativo) sentença no mesmo sentido.

Não há como escapar.

5. A necessidade de publicidade, de discussão prévia e de controle do procedimento de julgamento dos recursos repetitivos

Independentemente do acerto do método adotado para os julgamentos em massa, diminuindo ou mesmo subtraindo dos juízes e advogados o debate sobre a matéria, no momento em que os dois tribunais avocam a resolução da questão controvertida⁵, é preciso que no julgamento dos recursos repetitivos –

4. http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/relatorio_assunto.asp

5. Em especial com a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que atalha a discussão sempre que for identificado material jurídico com *potencial* de se multiplicar.

pela dimensão de seus resultados, com *força obrigatória em todos os graus de jurisdição* – sejam impostos mecanismos para [1] prévia e ampla publicidade, para que todos os interessados possam tomar conhecimento de que está em marcha a instauração de um procedimento de julgamento de recurso repetitivo; [2] prévia e ampla discussão da matéria, deixando de se tornar mera *faculdade* do relator ouvir tribunais, pessoas e entidades e [3] exata definição do tema controvertido, que será o limite da decisão a ser proferida, além de [4] salvaguardas no processo, de modo a tornar estas garantias efetivas.

Assim sendo, o que se sugere, para cumprir os objetivos relacionados nos itens 1 e 2, acima, é que a afetação seja obrigatoriamente comunicada: aos tribunais estaduais que deverão, de imediato, dar publicidade à afetação para que juízes, desembargadores e suas entidades de classe dela tomem conhecimento; às mesas da Câmara e Senado, para divulgação interna e, finalmente, às entidades representativas dos advogados em nível nacional, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Instituto dos Advogados Brasileiros, que poderão instituir procedimentos internos para que a discussão do tema seja estendida às suas filiadas regionais, ampliando o debate, tal como se deseja.

O prazo para manifestação não pode ser inferior a trinta dias.

Por outro lado, a afetação constituirá etapa devidamente regulamentada, para que o relator se preocupe em delimitar com precisão a questão a ser decidida, ficando vedado estender a discussão a outros pontos não anunciados no despacho de afetação.

Finalmente, é preciso que, em caso de ultrapassagem dos limites previamente demarcados, exista algum remédio jurídico para a correção. Além de embargos de declaração, tendo qualquer daquelas entidades legitimidade para a interposição e bem assim entidades de caráter nacional representativas dos interesses em jogo, seria possível qualquer dos legitimados interpor agravo à Corte Especial, no caso do STJ, e ao Plenário, no caso do STF.

O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM DIREITO AO CONTRADITÓRIO EM HABEAS CORPUS

EDUARDO SENS DOS SANTOS *

1. Introdução

Na classificação mais moderna, o *habeas corpus* é considerado “ação constitucional”. Se é ação, todas as implicações deste conceito devem ser reconhecidas e aplicadas na prática. Uma delas, a que importa para esta tese, é a garantia de contraditório.

Não se compreende porque os tribunais do país ainda não atentaram para este pequeno grande detalhe. Na verdade, até se compreende, dada a inexistência de controles mais eficazes sobre a atividade do Ministério Público ou sobre a eficiência na atuação dos promotores. Diferentemente de outros países, em que órgãos como este prestam contas não apenas quantitativas, mas também qualitativas à sociedade, o Ministério Público brasileiro aparentemente não vê como séria a necessidade de instituição de uma política de eficiência em suas funções. Daí porque não atentam os órgãos responsáveis para aspectos como a relação entre pedidos de condenação em alegações finais, sentenças de absolvição e recursos. O mesmo se diga em relação ao *habeas corpus*.

Não se pretende, é óbvio, provocar a criação de uma política institucional de mérito pelo número de condenações. Mas, é mais óbvio ainda, se o Ministério Público requer a condenação e não a obtém, de três opções devemos escolher apenas uma: ou pediu errado a condenação, ou se omitiu na formulação de recurso, ou, o que é menos provável, diante da argumentação do juiz acabou convencido, o que pressupõe novamente que não analisou com cuidado o caso quando pediu a condenação. Essa providência estimularia até mesmo uma maior *responsabilidade* nas conclusões das alegações finais e formulação da denúncia.

* Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Pois bem. Se o contraditório é garantia dada a todos “os litigantes”, conforme prevê expressamente o texto constitucional, quando o litigante for o Ministério Público, ou mesmo o acusador particular, deverá também ser resguardada esta garantia.

A tese implica analisar os seguintes fatores: a) como está disciplinado o processo de *habeas corpus*; b) quais as correções necessárias diante da Constituição da República de 1988; c) qual o papel do Ministério Público em segundo grau (procuradorias de justiça); d) ponderação entre os interesses antagônicos: celeridade e contraditório; e) quais as implicações do desrespeito à garantia do contraditório em relação ao Ministério Público; f) sugestões práticas e conclusões.

2. O processo de *habeas corpus*

Apesar da extensão do capítulo destinado ao “*habeas corpus* e seu processo” no Código de Processo Penal, poucos dispositivos referem-se especificamente ao procedimento. Relega-se aos tribunais de justiça a expedição de “normas complementares para o processo e julgamento do pedido de *habeas corpus* de sua competência originária” (art. 666).

Em relação aos *habeas corpus* de competência originária dos tribunais de justiça, o que é evidentemente a situação mais comum, determina o Código de Processo Penal que “a petição de *habeas corpus* será apresentada ao secretário, que a enviará imediatamente ao presidente do tribunal, ou da câmara criminal, ou da turma, que estiver reunida, ou primeiro tiver de reunir-se”.

É nítida a intenção de dar ao procedimento o caráter mais célere possível. Tanto é que, se alguma das câmaras criminais estiver reunida no momento da distribuição da ação, deverá o secretário apresentá-la diretamente ao presidente da câmara. Sabe-se perfeitamente bem, contudo, que diante da avalanche de processos nos tribunais brasileiros tal prática hoje é impossível. Fica o registro, todavia, apenas para deixar clara a postura pela celeridade, que será adiante discutida.

Na sequência, determina o Código de Processo Penal que o presidente da câmara (na prática atual, o relator) poderá requisitar da autoridade coatora informações por escrito (art. 662) e que, tão logo apresentadas as informações (ou quando dispensadas), “o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte”.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, o regimento interno não contém maiores regras. Prevê apenas a possibilidade de requisição de informações à autoridade e o poder de avocar os autos quando “indispensável à instrução do feito”. Nada menciona sobre a manifestação do Ministério Público. Na prática do TJSC, porém, o Ministério Público é ouvido na qualidade de *custos legis*, por uma das procuradorias criminais.

No Supremo Tribunal Federal o regimento interno prevê que, depois de “instruído o processo”, será ouvido o procurador geral da República em dois dias (art. 192, § 1º). No Superior Tribunal de Justiça também há previsão para que, depois de “instruído o processo”, seja “ouvido o Ministério Público”, que, neste caso, é representado pelos subprocuradores da República (art. 202).

É interessante notar que no Projeto de Novo Código de Processo Penal, apresentado ao Senado por comissão de juristas especialmente formada para a matéria em abril de 2009¹, consta que o Ministério Público (que no caso é a procuradoria de justiça, ou seja, segundo grau), terá vista dos autos por cinco dias (art. 646).

Apenas a título de comparação, na legislação argentina sobre *habeas corpus* é prevista a notificação escrita ou oral do Ministério Público, que “terá no procedimento todos os direitos outorgados aos demais intervenientes” e a quem se garante o direito de “apresentar os pedidos que crer convenientes e recorrer da decisão qualquer que seja seu sentido”².

Como se vê, no direito processual penal brasileiro não há previsão de intimação do Ministério Público, de primeiro ou de segundo grau, para resposta ao pedido formulado na ação constitucional de *habeas corpus*. Limitam-se os regimentos e o próprio Projeto de Novo Código de Processo Penal a colher a manifestação do Ministério Público em segundo grau, ou seja, do órgão que não é considerado “litigante” no processo judicial em que ocorre a suposta coação que fundamenta o *habeas corpus*. Colhe-se a posição do *custos legis*, que via de regra e salvo excepcionalíssima situação, não tem conhecimento direto das provas produzidas e está afastado muitas vezes mais de mil quilômetros do local dos fatos, dadas as dimensões territoriais do Brasil.

3. Correções necessárias

Como todo processo, o processo de *habeas corpus* deve se pautar não apenas pelas regras legais vigentes, mas também pelas normas constitucionais aplicáveis.

1. Brasil. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009. 160 p. Disponível em <http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/anteprojeto.pdf>, acesso em 29 de setembro de 2009.

2. Art. 21 da Lei nº 23.098, de 28 de setembro de 1984: Art. 21.- Intervención del Ministerio Público. Presentada la denuncia se notificará al Ministerio Público por escrito u oralmente, dejando en este caso constancia en acta, quien tendrá en el procedimiento todos los derechos otorgados a los demás intervinientes pero no será necesario citarlo o notificarlo para la realización de los actos posteriores. Podrá presentar las instancias que creyere convenientes y recurrir la decisión cualquiera sea el sentido de ella. Disponível em http://www.fabiandiplacido.com.ar/leyes/ley_23098.pdf, acesso em 29 de setembro de 2009.

A Constituição da República de 1988 previu expressamente como direito de todo litigante, seja pessoa física ou jurídica, seja instituição pública ou privada, seja o Ministério Público ou o réu, o direito ao contraditório: “Aos *litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV).

Trata-se do princípio da *audiência bilateral*, muito bem sintetizado por ANTÔNIO, ADA e CÂNDIDO da seguinte forma: “O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistantes delas: *ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra*; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético”³.

Prosseguem os autores informando que “decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório”⁴.

Esta norma constitucional, portanto, deve permear todo e qualquer processo, inclusive o processo de *habeas corpus*. O Código de Processo Penal, na omissão, é inconstitucional por negar a um dos litigantes esta garantia processual. Os regimentos internos igualmente. Deverão todos, portanto, ser atualizados, sob pena de tornarem-se nulas as decisões assim proferidas.

4. Papel do Ministério Público em segundo grau

A função das procuradorias de justiça criminais em segundo grau de jurisdição inverte-se em relação à das promotorias de justiça criminais. Ao passo que estas são em regra parte nos processos, e só excepcionalmente atuam como *custos legis*, as procuradorias são em regra *custos legis*, é só excepcionalmente atuam como parte.

Pode-se dizer, portanto, que a função das procuradorias não é de *parte processual* no sentido estrito, ou seja, de quem pede ou requer algo ao tribunal; a função das procuradorias é de fiscal da lei. Salvo os casos específicos em que atua como parte em sentido estrito (por exemplo, na ação penal de competência originária dos tribunais), portanto, as procuradorias de justiça não têm função agente.

3. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 55.

4. *Idem*, p. 56.

Apenas para exemplificar, pode-se citar o exemplo do processo nas ações de revisão criminal, em que o próprio Código de Processo Penal determina a abertura de “vista dos autos ao procurador-geral, que dará *parecer* no prazo de dez dias” (art. 625, § 5º). Ora, se remete para “*parecer*”, remete para que seja emitida uma posição imparcial sobre o caso em julgamento. E, se a função é dar “*parecer*”, está evidente que não se trata de parte, já que parte não “dá *parecer*”, mas “*requer*” o que entender de direito.

Ainda exemplificando, nos recursos cíveis em geral, como os agravos de instrumento e apelações, o Ministério Público, quando é *parte* recorrida, é instado a se manifestar pelo membro de *primeiro grau*. O membro de segundo grau, ainda assim, é novamente instado a se manifestar, mas desta vez como fiscal da lei. Nos recursos criminais em geral também ocorre assim: no recurso em sentido estrito, na apelação, no agravo em execução, em todos estes recursos o promotor de justiça (primeiro grau) é quem se manifesta como parte. O procurador exerce a função de *custos legis*. Nem poderia ser diferente, já que o conhecimento da causa é sempre mais profundo no primeiro grau.

Na atualidade, em que a sobrecarga de trabalho das promotorias de justiça afeta negativamente as funções institucionais do Ministério Público (art. 129), vem-se paulatinamente discutindo a necessidade da manutenção de estruturas equivalentes às dos tribunais no segundo grau do Ministério Público. Sem acesso às informações completas do caso, sem contato direto com os envolvidos, enfim, distante dos fatos, o Ministério Público em segundo grau acaba falando sobre o que lhe é apresentado pela parte. E, no caso dos *habeas corpus*, opina à vista do que lhe é apresentado justamente por aquele contra quem litiga o Ministério Público: o acusado. O Ministério Público em segundo grau, assim, acaba tendo de se posicionar apenas diante da versão e documentos apresentados pela parte interessada em ver deferido o *habeas corpus*, situação evidentemente prejudicial ao próprio Ministério Público.

Questão interessante que surge neste momento é a da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, princípios previstos expressamente no § 1º do art. 129 da Constituição da República. Por unidade entende-se que os membros do Ministério Público, sejam de primeiro ou de segundo grau, integram um só órgão sob a direção única do procurador-geral. Ressalva-se, é claro, que só existe unidade dentro de cada Ministério Público, já que entre os diversos ramos do Ministério Público (Estadual, Federal, do Trabalho, Militar) há unidades autônomas. Além disso, se é indivisível, não há vinculação aos membros em relação aos processos em que atuam. Podem ser substituídos e sucedidos por outros membros, inclusive pelo segundo grau, sem que haja, no plano exclusivamente jurídico, maiores problemas⁵.

5. Vide, por exemplo, MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2005, p. 1628.

De fato, se o Ministério Público é uno e indivisível, tanto faz, nesta bela teoria, falar no segundo grau o promotor ou o procurador de justiça. Qualquer dos membros é Ministério Público e, assim, pode-se objetar, estaria atendido o princípio da *audiência bilateral*, que para garantir o contraditório exige que a parte contrária seja ouvida pelo juiz.

Já se desenvolveu linhas acima o argumento de que esta posição afeta negativamente o trabalho do Ministério Público. Com a audiência de um membro que está distante, por vezes mais de mil quilômetros, do local dos fatos, e que não mantém contato com os membros que atuaram no caso, e, que salvo raras exceções se dá por satisfeito apenas com os documentos apresentados pela parte, não há dúvidas de que fatalmente corre sério risco a persecução penal promovida pelo próprio Ministério Público. Na verdade, o que ocorre é a falta de respeito material à garantia do contraditório. Formalmente pode até estar lá, mas na essência, não há verdadeiro contraditório.

Não é de se espantar, portanto, o número elevado de *habeas corpus* deferidos à vista das informações nos autos. Nem se diga que as "informações" são prestadas pelo juiz da causa, já que sua função, além da imparcialidade que deve manter, é meramente de relatar o caso do ponto de vista processual.

Apenas para exemplificar, imagine-se o pedido de *habeas corpus* instruído com a denúncia e depoimentos do auto de prisão em flagrante, que peça a liberdade provisória de preso por furto qualificado. Omite o impetrante os documentos que atestam a reincidência. O Ministério Público em segundo grau não tem estes documentos – embora tenha condições de obtê-los. O tribunal, como qualquer juiz, atuará de acordo com o princípio dispositivo e não diligenciará para buscar os documentos. Haverá grande probabilidade de concessão da ordem de soltura, já que, ao que "tudo" o que está no processo leva a crer, terá o preso direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, portanto, não se justificaria a prisão cautelar. A reincidência, como se sabe, impede este direito.

Em segundo lugar, diga-se que, ao passo que ocorre esta verdadeira e estanque divisão no trabalho do Ministério Público (que deveria ser indivisível), os advogados acompanham os casos desde a Delegacia de Polícia até o Supremo Tribunal Federal, quando preciso. O *mesmo* advogado acompanha, melhor dizendo. Trabalha, assim, com todas as informações, em todos os momentos processuais, inclusive aquelas muitas, inúmeras informações, que não são registradas no processo. Desde uma pergunta não consignada no interrogatório por aparentar inicialmente impertinência até mesmo uma expressão de rosto, um comportamento, tudo isso é perdido pela divisão do trabalho no Ministério Público e é, por outro lado, aproveitado pelos advogados.

Enfim, o que se pretende deixar claro é que além da supressão material do contraditório que ocorre pela falta de audiência do Ministério Público em primeiro grau, como ocorre com os agravos de instrumento, com as apelações,

com os recursos em sentido estrito e agravos em execução, a inabilidade do próprio Ministério Público em exercer sua indivisibilidade traz prejuízos maiores ainda à persecução criminal pela falta de contraditório em *habeas corpus*.

5. Ponderação entre os interesses antagônicos: celeridade e contraditório

Argumento de interessante análise é aquele que faz preponderar o valor *celeridade* sobre o valor *contraditório* nos processos de *habeas corpus*. Alega-se que, em se tratando de direito máximo a liberdade, deverá o processo tramitar o mais rapidamente possível, para evitar que, em caso de efetiva lesão ao direito da parte, possa haver maior prejuízo.

É preciso, todavia, levar os direitos a sério. Se a argumentação é livre, o convencimento não precisa ser. Aliás, nem mesmo a argumentação deveria ser tão livre assim quando se trata de processos judiciais, de direitos postos em julgamento, já que um dos princípios a nortear a atuação dos atores destes processos deve ser o da *responsabilidade*.

Em primeiro lugar, não há disposição legal, constitucional ou mesmo internacional que classifique o direito à liberdade como “direito máximo”, como direito a ser buscado de qualquer forma e sob qualquer pretexto. Nem mesmo nos mais recentes estudos jurídicos se observa tal espécie de classificação. Se há algum direito, algum interesse, que atualmente se possa classificar de máximo, de basilar, de estar no topo do sistema jurídico, este direito é o da *dignidade humana*, mas não o direito à liberdade.

E isto é de suma importância para esta tese, porque a dignidade humana é alcançada de diversas formas e, não raras vezes, até mesmo pelo cerceamento da liberdade de quem pratica crimes. Para se viver em sociedade de modo digno é preciso coibir certas condutas, que, por exemplo, retiram a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio, a honra dos seres humanos. Por vezes, é claro, para resguardar o valor dignidade será necessário conferir liberdade a quem se encontre preso. Tudo, evidentemente, a depender da situação concreta. O valor *dignidade*, portanto, tem esta característica proteiforme⁶, tem esta característica de se amoldar aos casos concretos para permitir a máxima eficácia deste direito fundamental (dignidade) em cada caso.

A celeridade do *habeas corpus*, assim, não pode ter como fundamento um direito máximo de liberdade justamente porque este direito à liberdade não é máxi-

6. Na mitologia grega Proteu era um filho de titãs que mudava frequentemente de forma. Proteiforme, hoje dicionarizado, é adjetivo que indica o que “muda de forma com frequência”. Aurélio Eletrônico, versão 2.0.

mo no sistema jurídico brasileiro nem, muito provavelmente, em qualquer outro. Este valor tem peso na ponderação a ser feita tão grande quanto os outros direitos, dentre eles o próprio direito ao contraditório⁷.

Aliás, quando o ato que se esteja combatendo pela via do *habeas corpus* for ato judicial, como ocorre na maior parte dos casos, entra em cena outro valor a retirar aquela carga que poderia potencializar o valor celeridade. É que, como já se trata de ato judicial, a natural presunção é de veracidade dos fatos e acerto nos fundamentos da decisão. No ordenamento brasileiro não há previsão neste sentido, ao contrário de outros países⁸, mas a jurisprudência vem reconhecendo o princípio da confiança no juiz⁹.

Vale sempre lembrar, por fim, que a celeridade, apesar de ter assento recente no rol de direitos e garantias fundamentais (Art. 5º, LXXVIII, incluído em 2004), posta-se ao lado daquela que é uma das garantias mais antigas garantias processuais, prevista já deste os tempos romanos, como lembra Ovídio BAPTISTA DA SILVA ao tratar do que chama de princípio de bilateralidade da audiência¹⁰. Se assim é, não pode a celeridade receber, *a priori*, valor maior que o contraditório.

Não é demais relembrar que na praxe forense dos tribunais brasileiros o argumento em prol da celeridade, além de tudo, é paradoxal. Ao passo que se nega o contraditório ao Ministério Público, ou seja, ao Ministério Público de pri-

7. Pelas regras da ponderação nas colisões de direitos fundamentais, recorde-se notadamente do subprincípio da necessidade, que determina só poder ocorrer restrição a direitos fundamentais (como o direito ao contraditório), quando não haja forma menos restritiva de tutelar os direitos em jogo. BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

8. "In a proceeding instituted by an application for a writ of habeas corpus by a person in custody pursuant to the judgment of a State court, a determination of a factual issue made by a State court shall be presumed to be correct. The applicant shall have the burden of rebutting the presumption of correctness by clear and convincing evidence". Tradução livre: "No procedimento de habeas corpus movido por pessoa presa mediante julgamento de uma corte estadual, os fundamentos de fatos invocados pela corte do Estado devem-se presumir corretos. O requerente tem o ônus de ilidir a presunção de correção mediante provas claras e convincentes". (28 U.S.C. § 2254, e, 1, : US Code — Section 2254: State custody; remedies in Federal courts. Disponível em <http://codes.lp.findlaw.com/uscode/28/VI/153/2254>, em 30 de setembro de 2009).

9. HABEAS CORPUS — PRISÃO PREVENTIVA — HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, §1º) — EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA — DOCUMENTOS NÃO ANEXADOS AO PRESENTE WRIT — PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA — PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE 90 DIAS — RAZOABILIDADE NA TRAMITAÇÃO DO FEITO — SEGREGAÇÃO MANTIDA. I — Na hipótese de inexistir nos autos a documentação necessária para avaliar a manutenção do decreto preventivo, deve-se sopesar o princípio da confiança do juiz da causa, haja vista que, em se encontrando mais próximo das provas e das pessoas envolvidas no delito, detém melhores condições de avaliar a respeito da existência, ou não, dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Habeas Corpus n. 2009.035923-0, de Itajaí. Relator: Salete Silva Sommariva, j. 15/09/2009

10. SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 55-56.

meiro grau, ao fundamento de que “não há previsão legal”, remetem-se os autos para manifestação da Procuradoria de Justiça Criminal, providência que igualmente, como se viu, não está prevista no Código de Processo Penal ou nos regimentos interno dos tribunais estaduais, mas apenas nos regimentos dos tribunais superiores.

6. Implicações do desrespeito à garantia do contraditório

Garantias processuais implicam sempre responsabilidades processuais. Com a garantia do contraditório não é diferente. Negada pelos tribunais, estará violado o inciso LV do art. 5º da Constituição da República. E, como se trata de nulidade absoluta, deve ser decretada em qualquer instância e a qualquer tempo.

O próprio Código de Processo Penal comina a nulidade pela falta de “intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública”. Como a ação constitucional de *habeas corpus* funciona na prática como ação de impugnação de decisão judicial em ação penal, não pode ser simplesmente desconsiderada a manifestação do Ministério Público neste “termo” da ação penal que foi por ele intentada.

Note-se que quando o mandado de segurança é utilizado como ação de impugnação de decisão judicial a parte que tiver *interesse processual* no objeto do mandado de segurança deve ser *citada* para responder o pedido. Não basta que a autoridade impetrada apresente informações. Na área penal, em específico, o Ministério Público deve requerer a citação do réu para contestar, conforme Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal, sob pena de nulidade: “No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”.

Ora, se o direito ao contraditório em favor do réu em mandado de segurança, quando não se prevê este direito na legislação, é reconhecido inclusive por súmula do Supremo Tribunal Federal, por que o mesmo direito não é garantido ao Ministério Público em outra ação de cunho idêntico (impugnação a uma decisão judicial) como o *habeas corpus*? Evidentemente que deve assim ser, sob pena de nulidade, a mesma sanção cominada pelo descumprimento da Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal.

7. Sugestões práticas e conclusão objetiva

A primeira providência a adotar se pretende o Ministério Público ver garantido o direito material (e não apenas formal) ao contraditório em *habeas corpus* é simplesmente requerer isso ao tribunal de justiça. Assim que o promotor to-

mar conhecimento da impetração, normalmente por vista dos autos depois da prestação de informações pelo magistrado, pode o membro do Ministério Público em primeiro grau peticionar diretamente ao tribunal postulando que lhe seja reconhecido o direito ao contraditório. Neste momento, aliás, já poderá apresentar suas razões, já que normalmente terá à sua vista, no processo principal, a petição inicial da ação de *habeas corpus* proposta.

A segunda providência é passarem a requerer às procuradorias de justiça a intimação do Ministério Público em primeiro grau para manifestação, sob pena de nulidade pela desobediência ao art. 5º, LV, da Constituição da República. Poderão, ainda assim, solicitar, inclusive por e-mail ou por telefone, informações diretas ao colega de primeiro grau sobre o caso. Nas sessões das câmaras que acompanharem, poderão os procuradores igualmente suscitar a nulidade.

A terceira providência é munir os órgãos dotados da legitimação para recursos aos tribunais superiores (no Ministério Público de Santa Catarina existe a Coordenadoria de Recursos), para que impugnem pela via do recurso extraordinário decisões em *habeas corpus* proferidas sem a audiência do Ministério Público em primeiro grau. É claro que só terá chances de sucesso o recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, se houver sido suscitada anteriormente a necessidade de contraditório (prequestionamento).

A quarta providência é propor o Procurador-Geral de Justiça a reforma do regimento interno do tribunal para incluir disposição expressa determinando a intimação do Ministério Público de primeiro grau, por fax, correio eletrônico ou qualquer outro meio, para se manifestar, querendo.

A quinta providência, mas igualmente ou até mais relevante, exige a adoção de postura semelhante à adotada pelos melhores escritórios de advocacia do país. O convencimento pessoal, ou seja, a apresentação da tese não apenas em processos judiciais isolados, mas em simpósios destinados a magistrados, em intervalos de sessões em fóruns e tribunais e até mesmo em gabinete, por comissão especialmente designada para este fim.

Quanto a esta última providência, já se presume haver leitores contrariados. Infelizmente ainda é difícil ao Ministério Público adotar a mesma postura eficaz que há séculos vêm adotando os escritórios de advocacia. Não é por outra razão que as teses em prol da ampla defesa, dos delitos de bagatela, do direito penal mínimo vêm ganhando corpo nos tribunais. Pudera, para o Ministério Público parece bastar-lhe o conforto de agir como agia há duzentos anos, somente na burocracia da folha de papel, nos processos, conformado com sua pouca efetividade.

Enfim, o que se pretende defender nesta tese é simplesmente a equiparação de armas, a equiparação de forças, a bilateralidade da audiência que deve nortear qualquer decisão judicial. Sem uma postura isonômica do Ministério Público

perante o Judiciário, esforços isolados continuarão a encontrar resistência nos tribunais de todo o país, ao contrário da recepção que têm as causas, por mais mirabolantes que sejam, levadas à mesa dos magistrados por escritórios de advocacia.

8. Referências bibliográficas

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

Brasil. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2005.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAIS: A IMPORTÂNCIA DA REPRESSÃO JURÍDICA

FERNANDO CAPEZ

Tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 4.548/98, que propõe a modificação da redação do art. 32 da Lei dos Crimes Ambientais, o qual considera criminosas as ações de ferir, mutilar, praticar abuso e maus-tratos contra animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

Pretende-se, com essa propositura, suprimir parte do texto do aludido dispositivo legal, de molde a excluir da proteção penal os animais domésticos ou domesticados.

Ao se levar adiante tal Proposta Legislativa, será reputada ilícita apenas a prática de crueldade contra animais silvestres, nativos ou exóticos. Com isso teremos a abominável situação: torturar uma espécie da fauna, como um macaco, será considerado um ato criminoso reprovável, ao passo que jogar ácido ou torturar um cão ou gato será um irrelevante penal.

Por que proporcionar tratamento díspar a situações assemelhadas? A reprovabilidade da conduta do autor não é a mesma em ambas as formas de crueldade praticadas, isto é, não estaríamos diante do mesmo desvalor da ação, o que conduziria a idêntica punição?

Segundo a justificativa do Projeto, a criminalização desses atos colocaria em riscos tradições existentes em nosso território, como festividades envolvendo animais domésticos e domesticados, entranhadas na cultura popular, e que se revestiriam de inegável relevância econômica. Além disso, o art. 64 da Lei das Contravenções Penais já puniria tais ações.

Ora, deixar de considerar crime toda forma de crueldade contra animais domésticos ou domesticados, a pretexto de que o art. 32 da Lei impede uma atividade cultural e econômica específica, como a vaquejada, rodeios, etc. é um gritante contra-senso.

Argumentos econômicos não podem servir de alegação para justificar atos de crueldade. Se a Constituição Federal, no inciso VII do §1º do art. 223, determi-

na a punição de atos de crueldade contra animais¹, não cabe ao legislador ordinário restringir a proteção legal.

Nem se propugne que o art. 64 da Lei das Contravenções Penais², que também tipificava a crueldade contra animais, serviria de “soldado de reserva”, na medida em que, com o advento do art. 32 da Lei n. 9.605/98, aludida contravenção acabou sendo revogada pelo mencionado Diploma, cuja tutela é específica e mais abrangente, com imposição de penas mais severas.

Portanto, o art. 64 da LCP não mais existe no mundo jurídico, de forma que, caso o art. 32 da Lei n. 9.605/98 tenha a sua redação suprimida, os animais domésticos e domesticados, que forem vítimas de crueldade, deixarão de ser objeto de qualquer proteção penal, estimulando os maus-tratos contra eles. Diante desse “vazio legal”, como ficarão os inúmeros relatos de comércio ilegal, agressões, mutilação, tortura em rinhas, extermínio, aprisionamento, abate ilegal, morte por estricnina ou meios cruéis, etc.?

Interessante alertar que estudos desenvolvidos pelo *Federal Bureau of Investigation* (FBI) têm convencido a comunidade no sentido de que os atos de crueldade contra animais podem ser os primeiros sinais de uma violenta patologia que pode incluir vítimas humanas. Assim, os chamados *serial killers*, muitas vezes, iniciam o processo matando ou torturando animais quando crianças³.

Por força disso, o Estado não pode compactuar com qualquer forma de crueldade, inclusive, contra animais, pois também é uma forma de violência manifestada pelo homem que pode se convolar em atos mais graves e reprováveis contra a própria sociedade.

Note-se que, por se tratar de grave questão, tem surgido um forte momento social no sentido de compelir os Poderes Públicos a adotarem medidas protetivas mais contundentes, a fim de evitar tais ações reprováveis contra os animais domésticos ou domesticados.

1. Reforçando a tutela aos animais domésticos ou domesticados, vale mencionar que o Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, em seu art. 1º já assegurava, outrora, que “Todos os animais existentes no País são tutelados pelo Estado”. O art. 17, por sua vez, já rezava que “A palavra animal, da presente lei, compreende todo ser irracional, quadrúpede ou bípede, doméstico ou selvagem, exceto os daninhos”. O art. 2º, § 3º, finalmente, já previa que: “Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras de animais”.

2. Art. 64 da LCP: “Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo: Pena- prisão simples, de 10 (dez) dias a 1 (um) mês, ou multa.

§1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza, em lugar público ou exposto a público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.

§ 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público”.

3. Disponível em: http://www.peta.org/mc/factsheet_display.asp?ID=132. Acesso em: 26/03/2010.

Que a comunidade, portanto, se mobilize pela proteção de todos os animais, silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, sem qualquer discriminação, pois a repressão de qualquer forma de crueldade, tortura, maus-tratos constitui acima de tudo um postulado ético-social do Estado Democrático de Direito.

Constituinte Extra do MEX-200*

INTRODUÇÃO

O trabalho que ora visa a fazer chegar uma proposta de alteração da possibilidade jurídica de adoção de animais domésticos e silvestres, tanto de espécies nativas quanto de espécies exóticas, tem por objetivo principal a melhoria da qualidade de vida dos animais, bem como a proteção do meio ambiente.

A primeira razão para a elaboração desta proposta é a necessidade de estabelecer uma legislação que garanta a proteção dos animais domésticos e silvestres, bem como a proteção do meio ambiente.

A segunda razão é a necessidade de estabelecer uma legislação que garanta a proteção dos animais domésticos e silvestres, bem como a proteção do meio ambiente.

A terceira razão é a necessidade de estabelecer uma legislação que garanta a proteção dos animais domésticos e silvestres, bem como a proteção do meio ambiente.

A quarta razão é a necessidade de estabelecer uma legislação que garanta a proteção dos animais domésticos e silvestres, bem como a proteção do meio ambiente.

A quinta razão é a necessidade de estabelecer uma legislação que garanta a proteção dos animais domésticos e silvestres, bem como a proteção do meio ambiente.

Desde a criação do MEX-200, em 1997, a comunidade tem se mobilizado para a proteção dos animais domésticos e silvestres, bem como a proteção do meio ambiente. A comunidade tem se mobilizado para a proteção dos animais domésticos e silvestres, bem como a proteção do meio ambiente.

CONTROLE JUDICIAL DAS OMISSÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

GUILHERME PEÑA DE MORAES *

1. INTRODUÇÃO

O trabalho que ora vem a lume encerra uma proposta de sistematização das possibilidades materiais e processuais de implementação jurisdicional dos direitos sociais de natureza prestacional, pelo fio do paradigma neoconstitucionalista, tendo sido dividido em cinco partes.

A primeira é referente à proposta teórica, ideológica ou metodológica de superação da antinomia entre jusnaturalismo e juspositivismo, traduzida como neoconstitucionalismo.

A segunda é relativa à justiciabilidade dos direitos sociais, firmada a possibilidade de se reconhecer uma pretensão a prestações do Estado dedutível do enunciado de normas constitucionais de direitos fundamentais, independentemente de interposição legislativa.

A terceira é reservada à qualidade e quantidade do bem da vida, em razão da sindicabilidade das prestações materiais do Estado previstas em normas constitucionais definidoras de direitos sociais.

A quarta é respeitante aos mecanismos de responsabilização da Administração Pública pelas omissões na implementação dos direitos sociais, fixadas a qualidade e quantidade do objeto das prestações do Estado.

A quinta sintetiza as conclusões do presente.

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em exercício na Assessoria de Assuntos Institucionais da Procuradoria-Geral de Justiça. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito (CEPAD).

2. NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo é delineado como teoria, ideologia ou método de investigação dos sistemas jurídicos contemporâneos, com vistas à superação da antinomia entre naturalismo e positivismo jurídicos^{1 2}.

A partir da constatação de que “as insuficiências do jusnaturalismo e do juspositivismo explicam uma nova concepção do Direito, um novo paradigma jurídico”³, o neoconstitucionalismo pode ser examinado sob os ângulos metodológico e normativo^{4 5}.

2.1. PLANO METODOLÓGICO

Sob o ângulo metodológico, o neoconstitucionalismo é direcionado a salientar a importância dos princípios gerais de direito, a reflexão sobre o papel

1. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2002, p. 13.

2. Com efeito, Paolo Comanducci estabelece a diferenciação entre o neoconstitucionalismo teórico, ideológico e metodológico. O primeiro descreve as transformações não somente da estrutura, mas também do funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos. O segundo destaca o sistema de proteção dos direitos fundamentais. O terceiro expõe a vinculação entre direito e moral, à luz dos princípios constitucionais. COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)constitucionalismo in Isonomia*, n° 16, 2002, pp. 89-112.

3. FIGUEROA, Alfonso. *Teorias de Direito Neoconstitucionalistas in Anuário de Filosofia do Direito*, n° 1, 2002, pp. 337-339.

4. Demais disso, Ricardo Guastini enumera as condições do neoconstitucionalismo, *exempli gratia*: “i) a existência de uma Constituição rígida, que incorpore o catálogo dos direitos fundamentais; ii) a garantia da Constituição, mediante um sistema de controle sobre a produção legislativa; iii) a força vinculante do texto da Constituição; iv) a ‘sobreinterpretação’ da Constituição; v) a aplicação direta das regras da Constituição para regular as relações de Direito Privado; vi) a interpretação conforme a Constituição, ou adequadora das leis e atos normativos, e vii) a influência dos princípios da Constituição sobre as relações políticas”. GUASTINI, Ricardo. *A Constitucionalização do Ordenamento Jurídico*. México D. F.: Fontamara, 2001, p. 69.

5. Sobre o conceito de neoconstitucionalismo, na doutrina estrangeira, v.: POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. Vol. XLVII. Torino: Giappichelli, 2001; ARIZA, Santiago Sastre. *Ciencia Jurídica Positivista y Neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw-Hill, 1999; BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo e Imperialismo della Morale in Ration Pratica*, n 14, 2000, pp. 147-162 e SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial in Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 5, 2001, pp. 201-222. Também, na doutrina nacional, v.: ADEODATO, João Maurício. *(Neo)constitucionalismo: ontem, os Códigos; hoje, as Constituições*. Vol. II. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005; DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: a Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006; BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil) in Revista de Direito Administrativo*, n° 240, 2005, pp. 1-42; BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas in Revista de Direito Administrativo*, n° 240, 2005, pp. 83-103; SCHIER, Paulo. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais* (Palestra proferida durante a “I Jornada de Direito Constitucional”, promovida pelas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2004) e CLÈVE, Clémerson. *Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação* (Palestra proferida durante o “XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário”, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE, São Paulo, 2005).

desempenhado pela hermenêutica jurídica e a relevância da perspectiva argumentativa na compreensão do funcionamento do direito nas sociedades democráticas contemporâneas⁶.

Os princípios gerais de direito adquiriram normatividade, ostentando a qualidade de fonte material primária, com predominância hierárquica sobre a lei, o costume e o negócio jurídico, em virtude da distinção entre regras e princípios, reunidos sob a epígrafe "normas".

A hermenêutica jurídica é individualizada por métodos modernos de interpretação constitucional, como, por exemplo, o científico-espiritual, o tópico-problemático, o normativo-estruturante e o hermenêutico-concretizador. O método científico-espiritual é deduzido a partir da crítica à interpretação jurídica, por intermédio da apreciação global do texto constitucional, em seus aspectos teleológicos e materiais, com a finalidade de tornar a Constituição mais política do que jurídica. O método tópico-problemático é desenvolvido a partir do caráter prático da interpretação constitucional, visto que procura resolver os problemas concretos, e o caráter aberto, fragmentário ou indeterminado das normas constitucionais, posto que necessitam de uma operação de concretização, na qual é conferida ao intérprete a liberdade de conformação, para a obtenção da solução particularmente mais adequada para o caso concreto. O método normativo-estruturante é elaborado a partir da diferenciação entre texto e norma constitucional, de maneira que a interpretação constitucional reduzir-se-ia à análise do programa normativo, simbolizado pelo enunciado prescritivo, e domínio normativo, traduzido pela parcela da realidade social consubstanciada pelo programa normativo, destinada à revelação da norma de decisão, isto é, norma imediata e concretamente aplicável ao caso concreto. O método hermenêutico-concretizador é extraído a partir da submissão da atividade hermenêutica a pressupostos de natureza subjetiva e objetiva, de sorte que a interpretação constitucional restringir-se-ia a dois elementos, consistentes na pré-compreensão, ou seja, formação de um juízo, abstrato e antecipado, sobre a norma constitucional que figura como objeto da interpretação, e problema concreto, vale dizer, situação de fato em relação a qual a norma constitucional, uma vez interpretada, é aplicada.

A teoria da argumentação é concebida como articulação de meios e técnicas para provocar e obter a adesão a teses sustentadas em face de auditórios, com a distinção entre demonstração e argumentação⁷.

6. MAIA, Antonio Carlos de Souza Cavalcanti. *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3.

7. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 17.

A demonstração é indigitada por raciocínios lógico-formais, fundada na idéia de evidência, de arte que no silogismo, a partir de premissas incontroversas, são obtidas conclusões necessárias, às quais deve aderir a universalidade de pessoas⁸.

A argumentação é individualizada por raciocínios persuasivos, fundamentada na idéia de argumento, de molde que no entinema, a partir de premissas verossímeis, são obtidas conclusões relativas, às quais pode aderir o auditório particular, sendo certo que a efetividade do direito deflui da coercitividade das decisões judiciais (atos de autoridade) e da adesão voluntária da comunidade jurídica pela força dos argumentos (ato discursivamente legitimado), com a legitimação da primeira pela última^{9 10}.

8. ANSCOMBRE, Jean-Claude. *L'argumentation*. 1ª ed. Bruxelles: Pierre Mardaga, 1983, p. 47.

9. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. 1ª ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1992, p. 131.

10. As principais teoria da argumentação jurídica são a nova retórica, elaborada por Chaïm Perelman, e o discurso racional, engendrado por Robert Alexy.

Chaïm Perelman, a partir da crítica ao positivismo normativo de Hans Kelsen, segundo o qual os princípios morais não seriam recobertos de valor jurídico, pois a validade das regras decorreria da produção em conformidade com a norma superior, assinala que os princípios gerais de Direito são considerados como tópicos (*topoi*), aos quais a autoridade judiciária pode recorrer no processo argumentativo de fundamentação das decisões judiciais, com a diferenciação entre lugares comuns, que correspondem ao senso comum, e lugares específicos, que compreendem os pontos de partida compartilhados por determinado ramo de conhecimento. Sobre a matéria, o autor desenvolveu a sua crítica filosófica em dois domínios: de um lado, o racionalismo cartesiano, consistente no modelo filosófico que preconiza o raciocínio analítico, pelo qual, com fundamento em premissas incontroversas, mediante regras de inferência previamente estatuídas, são obtidas conclusões necessárias, e, de outro lado, o positivismo lógico, consubstanciado no modelo jurídico que privilegia o raciocínio demonstrativo, pelo qual são afastadas as possibilidades de argumentação racional sobre valores no discurso filosófico, de modo a possibilitar a formulação de uma concepção de razão preocupada em estabelecer um plano discursivo não-matemático, com a valorização da dialética e retórica, em detrimento da lógica e experiência, respectivamente. PERELMAN, Chaïm. *Justice et Raison*. 1ª ed. Bruxelles: Ferdinand Larquier, 1972, p. 73. V., também, do mesmo autor: *Droit, Morale et Philosophie*. 1ª ed. Paris: Librairie Générale Droit et Jurisprudence, 1968, p. 75.

Robert Alexy, a partir da complementação da teoria moral material de Ronald Dworkin, segundo a qual a única resposta correta ou verdadeira seria obtida pelo recurso à noção monolítica do juiz Hércules, formula uma teoria moral procedimental, já que o sistema jurídico seria formado por um complexo de princípios, regras e procedimentos, com a aplicação daqueles regulada por estes. Sobre o tema, o autor enumera as regras procedimentais de razão prática, que assegurariam a racionalidade do processo argumentativo, de forma a regular o discurso jurídico e a interação discursiva: por um lado, aquelas são divididas em regras que regulam a estrutura do argumento (regra que exige a universalidade, regra que exige a não-contradição, regra que exige a correção lingüístico-conceitual e regra que exige a veracidade das premissas empíricas utilizadas) e o procedimento discursivo (forma de argumento que leva à completude dedutiva, forma de argumento que leva à consideração das conseqüências e forma de argumento da ponderação), orientadas por regras de prioridade para a resolução de conflitos entre princípios jurídicos, inclusive os relacionados a direitos individuais e bens coletivos, e, por outro lado, estas compreendem as regras que regulam a possibilidade de participação de todas as pessoas no discurso, introduzindo ou questionando alguma asserção, a possibilidade de todas as pessoas expressarem os seus desejos, opiniões e necessidades e a

2.2. PLANO NORMATIVO

Sob o ângulo normativo, o neoconstitucionalismo é dirigido a salientar a força normativa da Constituição nos sistemas jurídicos contemporâneos, as transformações do conceito de Estado e a tutela dos direitos fundamentais como limitação à soberania do Estado¹¹.

A força normativa advém da nova visão da supremacia da Constituição, que ocupa o centro do ordenamento jurídico, de onde irradia os seus efeitos, revestida de efetiva preeminência no sistema das fontes de Direito Positivo, da qual se infere o processo de “constitucionalização do Direito”.

As transformações do Estado são inerentes à nação e soberania. A nação não é suficiente para a instituição da ordem econômica em vista da sociedade de massa, na medida em que a globalização proporciona o alargamento das relações econômicas, que alcançam todas as comunidades nacionais, com a nova divisão transnacional do trabalho, a concentração empresarial e a abertura e integração de mercados. A soberania não satisfaz aos imperativos de segurança, uma vez que, na ordem interna, o Estado perde a capacidade de regular todas as condutas desenvolvidas nos limites do seu território, bem assim, na ordem externa, a superioridade bélica de algumas organizações políticas possibilita intervenções militares sobre as outras, que não dispõem de força para dissuadir pretensões externas. A relativização dos conceitos de nação e soberania é revelada pelo patriotismo constitucional, isto é, fator de integração social em torno de uma cultura política sobre princípios constitucionais, que não depende necessariamente de uma origem étnica, geográfica, institucional, lingüística ou religiosa comum, capaz de respeitar tanto os direitos humanos quanto a integridade de diferentes formas de vida na sociedade multicultural, politicamente organizada em Estados cujos poderes supremos e independentes podem ser restringidos sob o aspecto quantitativo, e não também sob o aspecto qualitativo.

Os direitos fundamentais são conceituados como direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplica-

impossibilidade de qualquer pessoa ser excluída do discurso pelo exercício dos direitos anteriores. ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. 1ª ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1978, p. 87. V., também, do mesmo autor: *Theorie der Grundrechte*. 2ª ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1986, p. 57.

11. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 31.

ção nas relações públicas e privadas, inclusive os de natureza social, cuja justiciabilidade é objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial^{12 13}.

3. JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são direitos fundamentais próprios do homem-social, porque dizem respeito a um complexo de relações sociais, econômicas ou culturais que a pessoa desenvolve para realização da vida em todas as suas potencialidades, sem as quais o seu titular não poderia alcançar e fruir dos bens de que necessita¹⁴.

Nesta ordem de ideias, como “o rigoroso cuidado na terminologia não é uma exigência ditada pela gramática para a beleza do estilo, mas é uma exigência fundamental para construir qualquer ciência”¹⁵, há a distinção entre os conceitos de direitos sociais e direitos prestacionais, na medida em que aqueles podem ser satisfeitos por uma omissão¹⁶, como, por exemplo, o direito

12. KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Jurisdicional no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 19.

13. A fundamentalidade dos direitos sociais também não é imune ao debate teórico.

Ernst-Wolfgang Böckenförde, com o aplauso de Ricardo Lobo Torres, assegura que “os direitos sociais estremam-se dos direitos fundamentais. Outro raciocínio levaria à banalização dos direitos fundamentais e à confusão com os princípios de justiça social”, sendo exaltado que “a tentativa de constitucionalizar o mais largo espectro possível de direitos sociais teria como resultado que as diretivas particulares se debilitariam ou se neutralizariam”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992, p. 158 e TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 13. V., também, do mesmo autor: *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos in Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 239.

Peter Häberle, com o apoio de Ingo Wolfgang Sarlet, assevera que “os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais. O desiderato dos direitos sociais consiste em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades”, sendo exato que “todas as diferenças são de grau, de modo que todos os direitos sociais são direitos fundamentais em sentido amplo”. HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*. Königstein: Athenäum, 1980, p. 181 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 262. V., também, do mesmo autor: *A Problemática dos Direitos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição Federal in Direitos Fundamentais Sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348.

O Tribunal Constitucional alemão, como também o Supremo Tribunal Federal brasileiro, assinalam que “o Estado deve assegurar pelo menos as condições mínimas para uma existência digna”, de forma que “não se mostra lícito ao Poder Público criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, frustrar e inviabilizar o estabelecimento e preservação, em favor da pessoa humana, de condições materiais mínimas de existência”. BverfGE 40, 121-133 e STF, ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, J 29.04.2004, DJU 04.05.2004. V., também, sobre o tema: STF, RE nº 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, J 22.11.2005, DJU 03.02.2006 e STF, RE nº 436.996/SP, Rel. Min. Celso de Mello, J 26.10.2005, DJU 07.11.2005 e Inf. 410.

14. TORRES, Marcelo da Câmara. *Direitos Sociais*. Brasília: Senado Federal, 1987, p. 13.

15. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5ª ed. Brasília: UnB, 1994, p. 20.

16. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 281.

de greve (arts. 9º, 37, inc. VII e 142, § 3º, inc. IV) ¹⁷. Outrossim, há a diferenciação entre as concepções de direitos sociais e políticas públicas, uma vez que estas são resumidas às condutas da Administração Pública dirigidas à consecução de programas enumerados em normas constitucionais ou legais, sujeitas ao controle judicial no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados¹⁸, como, por exemplo, as políticas de assistência social (arts. 203 e 204), construção de moradias (art. 23, inc. IX), deficiência física, mental e sensorial (art. 24, inc. XIV), desenvolvimento urbano (arts. 182 e 183), educação pública (arts. 205 a 214), família, criança, adolescente e idoso (arts. 226 a 230), fomento ao desporto (art. 217), meio ambiente (arts. 170, inc. VI e 225), patrimônio cultural (arts. 215 e 216), patrimônio genético (art. 225, inc. II), pleno emprego (arts. 7º, inc. I e 170, inc. VIII), populações indígenas (arts. 129, inc. V, 231 e 232), previdência social (art. 201), reforma agrária (arts. 170, inc. III e 187, § 2º), recursos hídricos (arts. 20, § 1º e 21, inc. XIX), redução das desigualdades regionais e sociais (arts. 3º, inc. III e 170, inc. VII), relações de consumo (arts. 5º, inc. XXXII e 170, inc. V), saúde pública (arts. 23, inc. II, 24, inc. XII, 196 a 200) e segurança pública (art. 144, todos da Constituição da República)¹⁹, a despeito de obstáculos de natureza política, normativa e financeira^{20 21}

17. BRANDÃO, Cláudio. *O Controle das Omissões e do Silêncio da Administração Pública in Direito Administrativo. Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 12.

18. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

19. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas in Ação Civil Pública. Lei nº 7.347/85 - 15 Anos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 776-777, 779, 781-782, 787-788 e 797-798.

20. LIMA, Marie Madeleine Hutyrá de Paula. *Obstáculos à Implementação dos Direitos Sociais in Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 33, 2000, p. 174.

21. Sobre o conceito de políticas públicas, v.: APPIO, Eduardo Fernando. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004; CRITSINELIS, Marco Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003; DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007; FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas Públicas e a Realização dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006 e SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. V., também: BACHUR, João Paulo. *O Controle Jurídico de Políticas Públicas in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 97, 2002, p. 647; BERCOVICI, Gilberto. *Políticas Públicas e o Dirigismo Constitucional in Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, nº 3, 2003, p. 171; COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas in Revista dos Tribunais*, nº 737, 1997, p. 11; GARCIA, Maria. *Políticas Públicas e Atividade Administrativa do Estado in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, 1996, p. 64 e RUIZ, Urbano. *A Utilização do Judiciário para Questionar e Obrigar a Administração a Desenvolver Políticas Públicas in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 36, 2001, p. 251.

3.1. OBSTÁCULO POLÍTICO

Sob o aspecto político, conquanto a doutrina tradicional deixe consignado que os órgãos judiciários não dispõem de competência para decidir sobre a alocação de recursos financeiros, de acordo com um juízo político (de conveniência e oportunidade) que não lhes é próprio²², a teoria da separação de poderes não se nos afigura como objeção à implementação dos direitos sociais.

De um lado, a “redefinição do sistema de freios e contrapesos” é indicada pelo redimensionamento das funções do Estado²³. Em si, as funções estatais são reformuladas pela adoção de um novo modelo de consensualidade e subsidiariedade do Estado, no qual a organização política é convertida em instrumento a ser conduzido e controlado pela sociedade, no sentido de reequilibrar a relação entre esta e aquele, com a consequente reestruturação da legislação, pela atribuição legal de poder normativo a agências reguladoras para o estabelecimento de diretrizes, em atenção ao marco regulatório previamente definido em lei ordinária, da administração, pela transferência da execução de atividades públicas a entidades privadas, por via da qual se dá a redução do tamanho do Estado a dimensões adequadas para desempenhar as funções que lhe comete a sociedade, e da jurisdição, pelo uso de precedentes judiciais de aplicação obrigatória, tal como os enunciados ou verbetes da súmula da jurisprudência predominante com eficácia vinculante²⁴. Entre si, as funções estatais são reformuladas pelo advento de um novo modelo de controle interorgânico, no qual há a sobreposição das atividades do Estado, com o consequente regime de colaboração de poderes, tal como o controle do processo legislativo pelo Poder Executivo, controle da organização judiciária pelo Poder Legislativo e controle das omissões administrativas pelo Poder Judiciário, de maneira que os Magistrados devem funcionar como agentes de mudanças sociais, na qualidade de corresponsáveis pela atividade providencial do Estado, sendo-lhes imposta a execução, e não a formulação, de políticas públicas²⁵.

22. Karl Loewenstein acentua que “a intervenção dos tribunais pode conduzir à quebra das fronteiras entre justiça e política. Os detentores do poder, politicamente responsáveis, estão expostos à tentação de levar aos tribunais um conflito político. Os juízes, por sua parte, estão obrigados a substituir as decisões dos responsáveis pelo poder por seus juízos políticos, camuflados de sentença judicial. Instalar um órgão jurisdicional como árbitro supremo do processo de poder – e este é o núcleo da judicialização da política – transformaria, ao final, o sistema governamental em um domínio dos juízes, ou seja, uma judiocracia”. LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. 3ª ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1975, p. 324.

23. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223.

24. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147.

25. GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27.

De outro lado, a “crise da discricionariedade administrativa” é indiciada pela vinculação à juridicidade, dado que o espaço decisório infenso ao controle judicial transforma-se em espaço carecedor de legitimação, no qual os atos e políticas públicas devem ser objeto de fundamentação, a teor dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição, leis ou atos normativos dos próprios órgãos ou entidades da Administração Pública²⁶. Em consequência, a teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais, legais ou regulamentares permite a identificação de graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, não havendo que se falar em diferença de natureza entre os atos vinculados e discricionários, de sorte que quanto maior o grau de vinculação da atividade administrativa, mais intenso deve ser o grau de controlabilidade judicial, como ocorre nas hipóteses de restrição de direitos fundamentais²⁷.

Em face do exposto, o Estado contemporâneo impõe a remodelação funcional dos Poderes, de forma a garantir a efetividade do sistema de freios e contrapesos, bem assim o espaço da discricionariedade, para que a “separação dos poderes não se interponha como um véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do Direito”²⁸.

3.2. OBSTÁCULO NORMATIVO

Sob o aspecto normativo, embora a doutrina refutada enfatize que as normas constitucionais fazem uso de conceitos indeterminados, desprovidas da qualidade da aplicabilidade direta, imediata e integral²⁹, a indeterminação do conteúdo dos direitos sociais não tem o condão de tolher a sindicabilidade de prestações estatais.

A questão submetida à discussão encontra resposta no princípio da máxima efetividade, segundo o qual à norma constitucional, sujeita à atividade

26. KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um Estudo Comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45.

27. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 39-40, 206 e 224.

28. GOMEZ, José Maria. *Surpresas de uma Crítica: a propósito de juristas repensando as relações entre o Direito e o Estado* in *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 107.

29. Ernst-Wolfgang Böckenförde adverte que “a pretensão constitucional neles contida é tão geral que não podem deduzir-se pretensões jurídicas concretas por via de interpretação. Em primeiro lugar, compete ao legislador legitimado democraticamente de modo direto e, num segundo momento, à Administração Pública, integrar o comando constitucional” BÖCKENFÖRDE. Ernst-Wolfgang. *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* in *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 1, 1974, p. 1.529.

hermenêutica, deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda³⁰, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade³¹, de arte a possibilitar que as normas veiculadas pela Constituição sejam invocáveis perante o Poder Judiciário para a solução de casos concretos, inclusive as regras e princípios de conteúdo social³², tendo em conta que os órgãos judiciais devem realizar uma ação de “inclusão dos excluídos”, em ordem a “eliminar as perversas divisões que caracterizam a sociedade brasileira”³³.

3.3. OBSTÁCULO FINANCEIRO

Sob o aspecto financeiro, malgrado os doutrinadores concluam que a implementação dos direitos sociais está condicionada às dotações de receitas públicas, sob pena de transfiguração da legalidade orçamentária, bem como, ainda que o Estado dispusesse de todos os recursos para a consecução das necessidades materiais, seria impossível a extensão das prestações a outras pessoas, sob pena de transgressão da igualdade³⁴, o limite da reserva do possível não é parâmetro definidor de justiciabilidade dos direitos fundamentais em jogo.

A um, porque os direitos, liberdades e garantias podem exigir a alocação de recursos públicos, como, por exemplo, a segurança física, da mesma forma que os direitos sociais, econômicos e culturais podem dispensar os aportes orçamentários financiados pela receita de tributos, como, por exemplo, os referentes às prestações materiais do Estado condicionadas ao pagamento de tarifas ou preços públicos, de molde que a diferença entre os direitos individuais e sociais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza³⁵.

30. COELHO, Inocêncio Mártires. *Métodos e Princípios de Interpretação Constitucional* in *Revista de Direito Administrativo*, nº 230, 2002, p. 163.

31. GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 47.

32. MORO, Sérgio. *Por uma Revisão da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais* in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 37, 2001, pp. 101-107.

33. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 11, 32, 65 e 73.

34. Jörg Paul Müller afirma que “falta aos Juizes a capacidade funcional necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, porquanto estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito da argumentação jurídica”. MÜLLER, Jörg Paul. *Soziale Grundrechte in der Verfassung?* 2ª ed. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1981, p. 5.

35. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 147.

A dois, porque não se pode transferir ao próprio agente estatal responsável pela obrigação a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível, ou não, em termos de efetivação dos direitos sociais³⁶.

A três, porque a norma veiculada pelo art. 100, *caput*, §§ 1º-A e 3º, da Constituição da República, é alusiva à execução por quantia certa, não atingindo a execução de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública e, por conseguinte, não significando uma limitação do poder jurisdicional na imposição de medidas tendentes à satisfação da obrigação exequenda³⁷.

A quatro, porque a recepção do limite da reserva do possível, do sistema jurídico germânico pelo ordenamento normativo brasileiro, não foi objeto de aclimações, negativas ou positivas, que possibilitariam a adequação do modelo jurídico ao quadro sócio-político nacional³⁸.

À guisa de conclusão, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, também, que os problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”³⁹. Em outras palavras: “a falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz a quem incumbe a administração da justiça, mas apenas o administrador. Entre proteger a inviolabilidade dos direitos fundamentais ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: problemas orçamentários não podem obstar a previsão constitucional”⁴⁰.

4. QUALIDADE E QUANTIDADE DA PRESTAÇÃO ESTATAL

Os bens da vida, considerando a sindicabilidade das prestações materiais do Estado previstas em normas constitucionais definidoras de direitos sociais, devem ser qualificados e quantificados.

36. LEAL, Rogério Gesta. *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Vol. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157.

37. CARVALHO, Eduardo Santos de. *Ministério Público e Efetividade do Direito*. Vol. II. Rio de Janeiro: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado, 2006, p. 84.

38. Neste sentido, Ana Lucia de Lyra Tavares consagra a elocução “recepção de modelos jurídicos”, em detrimento da expressão “circulação de modelos jurídicos”, posto que aquela traduz a “introdução de modelos de um sistema em outro”, ao passo que esta “pode sugerir um retorno, com elementos novos, às fontes originais de inspiração, o que, na realidade, dificilmente ocorre, visto que o fenômeno se verifica em sentido único, do sistema exportador para o receptor”. TAVARES, Ana Lucia de Lyra. *O Mandado de Injunção como Exemplo de Recepção de Direito in 1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 266-267. V., também, da mesma autora: *Nota sobre as Dimensões do Direito Constitucional Comparado in Direito, Estado e Sociedade*, nº 14, 1998, pp. 13-14.

39. STF, RE nº 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, J 22.02.2000, DJU 31.03.2000.

40. STF, RE nº 273.834/RS, Rel. Min. Celso de Mello, J 23.08.2000, DJU 18.09.2000.

A respeito, o conceito de mínimo existencial ("*Existenzminimum*"), demarcado pelas condições elementares necessárias à existência humana⁴¹, consiste no núcleo sobre o qual se debruçam as modernas teorias jurídicas, intituladas como restritiva, intermediária e ampliativa⁴².

4.1. POSIÇÃO RESTRITIVA

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, assim como RICARDO LOBO TORRES, salientam que o objeto da prestação estatal está posicionado dentro do limite do mínimo existencial, dotado da eficácia própria dos direitos individuais, *in textus*: "ao impor tarefas, os preceitos acerca dos direitos sociais fornecem critérios para determinação do conteúdo mínimo das pretensões individuais, que constituem posições jurídicas subjetivas. Porém, estas incumbências ou tarefas não estão suficientemente determinadas pela Constituição para vincularem imediatamente os poderes públicos para além desse mínimo – nem podem ser determinadas pelos juízes quanto aos destinatários ou quanto aos pressupostos e extensão do conteúdo dos direitos respectivos"⁴³, de maneira que "o mínimo existencial, como direito às condições de liberdade, exhibe o *status positivus libertatis*"⁴⁴.

4.2. POSIÇÃO INTERMEDIÁRIA

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, bem como INGO WOLFGANG SARLET, sustentam que objeto da prestação estatal pode estar posicionado fora do limite do

41. Günter Dürig e Theodor Maunz atestam que "sem o mínimo existencial a pessoa humana não vive, vegeta". DÜRIG, Günter e MAUNZ, Theodor. *Grundgesetz Kommentar*. München: C.H. Beck, 1987, p. 43.

42. Sobre o conceito de mínimo existencial, v.: BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana: princípio constitucional*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006; NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002; ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005 e SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. V., também: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização da Dignidade da Pessoa Humana in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 97, 2002, p. 107; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redescobrimos as Fronteiras do Direito Civil: uma viagem na proteção da dignidade humana in Boletim dos Procuradores da República*, nº 56, 2002, p. 3; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana in Revista dos Tribunais*, nº 777, 2000, p. 472; PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana in Revista do Advogado*, nº 70, 2003, p. 34 e SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia in Revista de Direito Administrativo*, nº 212, 1998, p. 89.

43. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 206-207.

44. TORRES, Ricardo Lobo. *O Conceito de Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais in Revista de Direito Administrativo*, nº 177, 1989, pp. 29-49.

mínimo existencial, malgrado os bens da vida que transcendam às condições elementares necessárias à existência humana não se afigurem suscetíveis de imposição judicial, *in verbis*: “se a pessoa tem direito a prestações existenciais mínimas entendidas como dimensão indeclinável do direito à vida, não se afirma que ele tenha um direito de ação perante o poder público. Uma coisa é afirmar a existência de um direito, outra coisa é determinar quais são os modos ou formas de proteção desse direito. O fato de se reconhecer um direito à vida como direito positivo a prestações existenciais mínimas, tendo como destinatário o poder público, não significa impor como o Estado deve densificar esse direito social”⁴⁵, de molde que “poder-se-á sustentar que, na esfera de um padrão mínimo de existência humana, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*”⁴⁶.

4.3. POSIÇÃO AMPLIATIVA

Em que pese a opinião de alguns dos mais festejados autores, nacionais e estrangeiros, sustentamos a possibilidade de deflagração da jurisdição, pelo meio do exercício de ação condenatória em obrigação de fazer, com o fim de possibilitar a obtenção de prestações materiais do Estado que não se encontrem nos estreitos limites das necessidades existenciais e, por via de consequência, a satisfação da personalidade humana.

Não se desconhece que o posicionamento que se consolida nos ordenamentos anglo-saxônicos⁴⁷, bem assim nos romano-germânicos⁴⁸, subordina o regular exercício do direito da ação, através da qual as relações sociais, econômicas ou culturais que o autor desenvolve para realização da vida em todas as suas potencialidades são levadas à cognição judicial, ao limite do mínimo existencial. Todavia, no campo do Direito Processual, a vinculação entre o direito ao exercício da atividade jurisdicional e o direito a um mínimo de existência humana condigna, a toda evidência, não se coadu-

45. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 57-58.

46. SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional*. Em *Busca dos Direitos Perdidos: uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito* in *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, nº 1, 2003, pp. 47-97.

47. A Suprema Corte americana decidiu que “os direitos econômicos e sociais que transcendam o mínimo tocado pelos interesses fundamentais, como os direitos à moradia ou à educação, não são providos de natureza constitucional” (Milliken v. Bradley, 433 U.S. 267). Disponível em: <http://www.supremecourt.us>. Acesso em: 13.06.2006.

48. O Tribunal Constitucional português, sem embargo do Tribunal Constitucional espanhol, deliberou sobre o “direito a um mínimo de existência humana condigna” (Acórdão nº 509/02), “revelando-se incompatível com a dignidade da pessoa humana que a efetividade dos direitos patrimoniais seja levada ao extremo de se sacrificar o mínimo vital, privando-a dos meios indispensáveis para a realização de suas finalidades pessoais” (Sentencia nº 113/89). Disponíveis em: <http://www.tribunalconstitucional.pt> e; <http://www.tribunalconstitucional.es>. Acessos em: 13.06.2006.

na com a natureza abstrata e autônoma da ação judicial, cuja iniciativa não depende da titularidade do direito afirmado em Juízo⁴⁹, sem olvidar que o limite do mínimo existencial, no campo do Direito Material, não se compraz com as funções desempenhadas pelo Estado contemporâneo, cujo funcionamento é predisposto à consecução, com a máxima eficiência, de todas as demandas da sociedade^{50 51}.

5. RESPONSABILIDADE PELAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Os mecanismos de responsabilização da Administração Pública pelas omissões na implementação dos direitos sociais, que, a nosso sentir, não é limitada pelo mínimo existencial, são revestidos de natureza político-administrativa, penal e/ou civil⁵².

5.1. MEIOS DE COERÇÃO

No tocante aos meios de coerção, as omissões administrativas na implementação dos direitos sociais podem ensejar o pagamento de multa, como também a decretação de prisão civil pela prática de ato atentatório à dignidade e autoridade da Justiça⁵³.

49. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 228.

50. MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI: a integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13.

51. Sem prejuízo, "acreditamos que não será a solução para os diversos problemas de efetividade vincularmos aprioristicamente a responsabilidade do administrador ao mínimo, mas deve-se cobrar e procurar efetivar ao máximo as normas constitucionais". FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Papel do Juiz no Mundo Globalizado in Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 2ª Região*, nº 7, 2004, p. 199.

52. Sobre o conceito de omissões administrativas, v.: GASOS, Iara Maria. *A Omissão Abusiva do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994; GOMES, Luiz Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003; LIMA, Marcelo Diógenes Xavier de. *A Omissão do Estado como Aplicador do Direito*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2004; NOBRE, Francisco Silva. *Aspectos da Atividade Administrativa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: AABB, 1956 e RICHTER, Rui Arno. *Meio Ambiente Cultural: omissão do Estado e tutela judicial*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1999. V., também: ABBATEPAULO, Claudio José. *O Crime de Prevaricação e a Sanção por Omissão na Lei de Improbidade Administrativa in Revista de Direitos Difusos*, nº 16, 2002, p. 2.089; GARBI, Carlos Alberto. *O Silêncio Inconstitucional in Revista de Direito Público*, nº 97, 1991, p. 162; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: os direitos sociais, sua defesa e a proteção contra a omissão in LTr: suplemento trabalhista*, nº 167, 1998, p. 777; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *O Problema do Controle Judicial das Omissões Estatais Lesivas ao Meio Ambiente in Revista de Direito Ambiental*, nº 15, 1999, p. 61 e OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. *Proteção Ambiental em Juízo: omissão administrativa in Revista Forense*, nº 349, 2000, p. 419.

53. SOUZA JÚNIOR, Adugar Quirino do Nascimento. *Meios de Coerção*. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 54.

A multa pelo desrespeito ao princípio da probidade processual pode ser cominada nos autos de processos instaurados pelo exercício de ação de condenação em obrigação de fazer contra a Fazenda Pública, em razão do descumprimento, total ou parcial, de provimentos judiciais de caráter antecipatório ou final, em montante a ser fixado em atenção à gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa, sob pena de inscrição do valor como dívida ativa da União ou Estado, a teor do art. 14, inc. V e parágrafo único, do Código de Processo Civil, assim como da Lei nº 10.358/01⁵⁴.

A prisão civil por ato atentatório ao exercício da jurisdição pode ser decretada por ordem fundamentada de autoridade competente, na hipótese de violação dos deveres das partes e dos seus procuradores, uma vez que a medida de constrição da liberdade de locomoção não é motivada pelo inadimplemento de dívida de alimentante ou depositário infiel, à vista do art. 5º, inc. LXXVII, *in fine*, da Constituição da República, bem como do art. 7º, nº 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 27/92^{55 56}.

5.2. MEIOS DE SUB-ROGAÇÃO

No tocante aos meios de sub-rogação nas prestações do Estado, as omissões na implementação dos direitos sociais são perseguíveis por processos de natureza político-administrativa, penal e civil⁵⁷.

5.2.1. RESPONSABILIDADE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

Primeiramente, as condutas omissivas dos agentes públicos que atentem contra o livre exercício dos direitos sociais podem configurar crime de responsabilidade do Presidente ou Governadores de Estados⁵⁸, bem assim infração

54. LIMA, Alcides de Mendonça. *O Princípio da Probidade no Código de Processo Civil* in *Revista de Processo*, nº 16, 1995, p. 15.

55. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciais* in *Revista de Processo*, nº 102, 2001, p. 219.

56. No sentido do texto, afirmando a possibilidade jurídica da prisão civil pela prática de ato atentatório à dignidade e autoridade do Poder Judiciário: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 231. No sentido contrário, afirmando a impossibilidade jurídica da prisão civil pela prática de ato atentatório à dignidade e autoridade do Poder Judiciário: SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo Cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 535.

57. MOURA, Mario de Assis. *Meios de Sub-Rogação*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 33.

58. GALLO, Carlos Alberto Provenciano. *Crimes de Responsabilidade e 'Impeachment'*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992, p. 45.

político-administrativa dos Prefeitos de Municípios⁵⁹, com espeque nos arts. 4º, inc. III, 7º e 74, *in initio*, da Lei nº 1.079/50, e art. 4º, do Decreto-lei nº 201/67⁶⁰.

5.2.2. RESPONSABILIDADE PENAL

Secundariamente, as condutas omissivas dos agentes públicos que retardem ou deixem de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou pratiquem-no contra disposição expressa de lei, penal ou não, para a satisfação de interesse ou sentimento pessoal, podem conformar delito contra a Administração Pública em geral, com esteio no art. 319, do Código Penal⁶¹.

5.2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL

Terciariamente, as condutas omissivas dos órgãos públicos que ameacem ou lesem interesses metaindividuais suscetíveis de tutela coletiva podem ser objeto de procedimentos administrativos, como, por exemplo, as recomendações, inquérito civil e termo de ajustamento de conduta⁶², e de processos jurisdicionais, como, por exemplo, a ação popular, mandado de segurança coletivo e ação civil de iniciativa pública⁶³, de acordo com os arts. 6º, incs. VII e XX, da Lei Complementar nº 75/93, arts. 5º, § 6º e 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85, e arts. 25, inc. IV e 27, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 8.625/93⁶⁴.

Vexata quaestio é relativa à tutela específica da obrigação de fazer, simbolizada pela possibilidade de o Poder Judiciário impor a disponibilização orçamentária dos recursos necessários para a consecução das obrigações da Administração Pública ou, em casos urgentes, o remanejamento dos valores consignados para determinadas atividades, dentro dos limites do orçamento, tendo deliberado o Superior Tribunal de Justiça, na esteira da melhor doutrina, pela "outorga judicial de tutela específica da obrigação de fazer para que

59. COSTA, José Rubens da. *Infrações Político-Administrativas e 'Impeachment'*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 34.

60. PINTO, Paulo Brossard de Souza. *'Impeachment'*. 1ª ed. Porto Alegre: Globo, 1965, p. 71.

61. OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. *Proteção Ambiental em Juízo. Omissão Administrativa: questões relevantes in Revista de Direito Ambiental*, nº 7, 1997, p. 135.

62. FRISCHEISEN, Luiza Cristina. *Políticas Públicas. A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 83.

63. SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 217.

64. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. 4ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004, p. 25.

a Administração Pública destine do orçamento verba própria para cumpri-la"⁶⁵, "a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas"^{66 67 68}.

6. CONCLUSÃO

Ex positis, a conclusão do presente trabalho se dirige no sentido da justiciabilidade dos direitos sociais de natureza prestacional, com vistas à satisfação da personalidade em todas as suas potencialidades, sob pena de responsabilização político-administrativa, penal e/ou civil da Administração Pública pelas condutas omissivas que lhe forem imputáveis, tendo em vista que "as realidades de hoje foram utopias de ontem"⁶⁹.

65. STJ, REsp nº 429.570/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, J 11.11.2003, DJU 22.03.2004.

66. STJ, REsp nº 493.811/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, J 11.11.2003, DJU 15.03.2004.

67. No sentido do texto, afirmando a possibilidade jurídica da execução específica da obrigação de fazer contra a Fazenda Pública: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 119 e SALLES, Carlos Alberto. *Ação Civil Pública contra as Omissões do Poder Público: limites e possibilidades in Processo Civil e Interesse Público*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 216. No sentido contrário, afirmando a impossibilidade jurídica da execução específica da obrigação de fazer contra a Fazenda Pública: GRECO FILHO, Vicente. *Da Execução contra a Fazenda Pública*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 36 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ação Civil Pública e Outras Ações Coletivas: algumas observações in Revista dos Tribunais*, nº 788, 2001, p. 57.

68. Por fim, a responsabilidade político-administrativa, penal e civil da Administração Pública pelas omissões na implementação dos direitos sociais não exclui a responsabilidade disciplinar, sendo certo que, na feliz síntese de poder disciplinar oferecida por Francisco Mauro Dias, "o fato de o dever de lealdade se endereçar a todos os cidadãos, que terão, conforme o caso, responsabilidade político-administrativa, penal - ou civil - pelas infrações que dele cometerem, não significa que os Estatutos não o possam prever também como dever funcional específico, originando infração do mesmo, embora o seu caráter político, a responsabilidade disciplinar". DIAS, Francisco Mauro. *Poder Disciplinar - Sanções Disciplinares de Caráter Excepcional na Atualidade Administrativa Brasileira* (Tese para Prova de Habilitação à Livre Docência na Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 1976).

69. VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: a aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 202.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBATEPAULO, Claudio José. O Crime de Prevaricação e a Sanção por Omissão na Lei de Improbidade Administrativa *in* Revista de Direitos Difusos, nº 16, 2002.

ADEODATO, João Maurício. (Neo)constitucionalismo: ontem, os Códigos; hoje, as Constituições. Vol. II, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.

ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation*. Frankfurt: Suhrkamp, 1978.

_____. *Theorie der Grundrechte*. 2ª ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa. Coimbra: Almedina, 1987.

ANSCOMBRE, Jean-Claude. *L'argumentation*. Bruxelles: Pierre Mardaga, 1983.

APPIO, Eduardo Fernando. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004.

ARIZA, Santiago Sastre. *Ciencia Jurídica Positivista y Neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização da Dignidade da Pessoa Humana *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nº 97, 2002.

BACHUR, João Paulo. O Controle Jurídico de Políticas Públicas *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nº 97, 2002.

BARBERIS, Mauro. Neoconstituzionalismo e Imperialismo della Morale *in* Ragion Pratica, nº 14, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas *in* Revista de Direito Administrativo, nº 240, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil) *in* Revista de Direito Administrativo, nº 240, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *Políticas Públicas e o Dirigismo Constitucional* in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, nº 3, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 5ª ed. Brasília: UnB, 1994.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

_____. *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* in *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 1, 1974.

BRANDÃO, Cláudio. *O Controle das Omissões e do Silêncio da Administração Pública* in *Direito Administrativo. Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2002.

CARVALHO, Eduardo Santos de. *Ministério Público e Efetividade do Direito*. Vol. II. Rio de Janeiro: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado, 2006.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÈVE, Clèmerson. *Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação* (Palestra proferida durante o "XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário", promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba - IDEPE, São Paulo, 2005).

COELHO, Inocêncio Mártires. *Métodos e Princípios de Interpretação Constitucional* in *Revista de Direito Administrativo*, nº 230, 2002.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)constitucionalismo* in *Isonomia*, nº 16, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas* in *Revista dos Tribunais*, nº 737, 1997.

COSTA, José Rubens da. *Infrações Político-Administrativas e 'Impeachment'*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRITSINELIS, Marco Falcão. *Políticas Públicas e Normas Jurídicas*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Francisco Mauro. *Poder Disciplinar – Sanções Disciplinares de Caráter Excepcional na Atualidade Administrativa Brasileira* (Tese para Prova de Habilitação à Livre Docência na Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 1976).

DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: a Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DÜRIG, Günter e MAUNZ, Theodor. *Grundgesetz Kommentar*. München: C.H. Beck, 1987.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redescobrimos as Fronteiras do Direito Civil: uma viagem na proteção da dignidade humana* in *Boletim dos Procuradores da República*, nº 56, 2002.

FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas Públicas e a Realização dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

FIGUEROA, Alfonso. *Teorias de Direito Neoconstitucionalistas* in *Anuário de Filosofia do Direito*, n 1, 2002.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *O Papel do Juiz no Mundo Globalizado* in *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 2ª Região*, nº 7, 2004.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina. *Políticas Públicas. A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALLO, Carlos Alberto Provenciano. *Crimes de Responsabilidade e 'Impeachment'*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.

GARBI, Carlos Alberto. *O Silêncio Inconstitucional* in *Revista de Direito Público*, nº 97, 1991.

GARCIA, Maria. *Políticas Públicas e Atividade Administrativa do Estado* in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, 1996.

GASOS, Iara Maria. *A Omissão Abusiva do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

GOMES, Luiz Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMEZ, José Maria. *Surpresas de uma Crítica: a propósito de juristas repensando as relações entre o Direito e o Estado* in *Crítica do Direito e do Estado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Da Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, Abuso do Processo e Resistência às Ordens Judiciais* in *Revista de Processo*, nº 102, 2001.

GUASTINI, Ricardo. *A Constitucionalização do Ordenamento Jurídico*. México D. F.: Fontamara, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HÄRBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*. Königstein: Athenäum, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana: princípio constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Jurisdicional no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. *Discrecionalidade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um Estudo Comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Vol. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LIMA, Alcides de Mendonça. *O Princípio da Proibição no Código de Processo Civil* in *Revista de Processo*, nº 16, 1995.

LIMA, Marcelo Diógenes Xavier de. *A Omissão do Estado como Aplicador do Direito*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2004.

LIMA, Marie Madeleine Hutyrá de Paula. *Obstáculos à Implementação dos Direitos Sociais* in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 33, 2000.

- LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. 3ª ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1975.
- MAIA, Antonio Carlos de Souza Cavalcanti. *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI: a integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas in Ação Civil Pública. Lei nº 7.347/85 – 15 Anos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Tutela Específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: os direitos sociais, sua defesa e a proteção contra a omissão in LTr: suplemento trabalhista, nº 167*, 1998.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. 4ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *O Problema do Controle Judicial das Omissões Estatais Lesivas ao Meio Ambiente in Revista de Direito Ambiental, nº 15*, 1999.
- MORAES, Guilherme Peñia de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Direito Constitucional. Teoria do Estado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Direito Constitucional. Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Readequação Constitucional do Estado Moderno: transformações do conceito de Estado no Direito Constitucional do limiar do século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MORO, Sérgio. *Por uma Revisão da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais in Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 37*, 2001.
- MOURA, Mario de Assis. *Meios de Sub-Rogação*. São Paulo: Saraiva, 1933.

MÜLLER, Jörg Paul. *Soziale Grundrechte in der Verfassung?* 2ª ed. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1981.

NOBRE, Francisco Silva. *Aspectos da Atividade Administrativa*. Rio de Janeiro: AAB, 1956.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana in Revista dos Tribunais*, nº 777, 2000.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. *Proteção Ambiental em Juízo. Omissão Administrativa: questões relevantes in Revista de Direito Ambiental*, nº 7, 1997.

_____. *Proteção Ambiental em Juízo: omissão administrativa in Revista Forense*, nº 349, 2000.

PERELMAN, Chaïm. *Droit, Morale et Philosophie*. Paris: Librairie Générale Droit et Jurisprudence, 1968.

_____. *Justice et Raison*. Bruxelles: Ferdinand Larquier, 1972.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *'Impeachment'*. Porto Alegre: Globo, 1965.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana in Revista do Advogado*, nº 70, 2003.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Giuridico*. Vol. XLVII, Torino: Giappichelli, 2001.

RICHTER, Rui Arno. *Meio Ambiente Cultural: omissão do Estado e tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 1999.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUIZ, Urbano. *A Utilização do Judiciário para Questionar e Obrigar a Administração a Desenvolver Políticas Públicas in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 36, 2001.

SALLES, Carlos Alberto. *Ação Civil Pública contra as Omissões do Poder Público: limites e possibilidades in Processo Civil e Interesse Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial in Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 5, 2001.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *A Problemática dos Direitos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição Federal in Direitos Fundamentais Sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional. Em Busca dos Direitos Perdidos: uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito in Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, nº 1, 2003.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHIER, Paulo. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais* (Palestra proferida durante a "I Jornada de Direito Constitucional", promovida pelas Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil, Curitiba, 2004).

SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia in Revista de Direito Administrativo*, nº 212, 1998.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo Cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Adugar Quirino do Nascimento. *Meios de Coerção*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. *O Mandado de Injunção como Exemplo de Recepção de Direito in 1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Nota sobre as Dimensões do Direito Constitucional Comparado in Direito, Estado e Sociedade*, nº 14, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ação Civil Pública e Outras Ações Coletivas: algumas observações in Revista dos Tribunais*, nº 788, 2001.

TORRES, Marcelo da Câmara. *Direitos Sociais*. Brasília: Senado Federal, 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos in Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *O Conceito de Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais in Revista de Direito Administrativo*, nº 177, 1989.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: a aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

1. INTRODUÇÃO

Os vinte e dois anos da 7ª Constituição Brasileira demonstram que o regime jurídico por ela instituído propiciou uma estabilidade institucional jamais alcançada, sob as Constituições anteriores.

A de 1891 formatou sistema político, em que as eleições eram dirigidas pelos grupos dominantes, com predomínio de São Paulo e Minas, pouco possibilitando escolha democrática dos presidentes. Não resistiu¹, quando eleito Julio Prestes, à reação de Getúlio Vargas, que, todavia, implantou uma ditadura não amainada pela Constituição de 34². Esta Carta durou apenas 3 anos e

1. Cláudio Pacheco lembra que a Constituição de 1891 “carece de um fundamento de legitimidade popular e, além disto, não alcançou uma satisfatória realização na sua rota de vivências políticas.

Faltou-lhes essa legitimidade porque o seu fato gerador — a proclamação da República, resultou de um seco golpe militar, que não veio pela onda de um movimento coletivo. O povo foi literalmente surpreendido por um ataque de comando e tropa do Exército isolado do Rio de Janeiro.

Não se objetará que naquele tempo o nosso povo ainda não estava dotado de sensibilidade e agilidade políticas. Ora não estaria assim incapacitado um povo mas saído da empolgação nacional e torrencialidade do movimento abolicionista.

E faltou-lhe realização política porque o aparato democrático da Constituição de 1891 ficou inerte, em sua maior parte, durante o longo período da sua vigência, em que somente vigorou e predominou o poder presidencial do regime executivo que ela introduziu por sua preceituação constitucional” (Curso sobre as Constituições do Brasil, organizadores: Walter Costa Porto e João Paulo M. Peixoto, edição do Instituto Tancredo Neves/Fundação Friedrich Naumann, Brasília, 1987).

2. Josaphat Marinho sobre a Constituição de 34 ensina: “A Constituição de 1934, proveniente como as outras de um processo de rebelião, consagrou inovações e singularidades irrecusáveis.

Sobrevindo a dois momentos revolucionários contrastantes, -1930, em que se implantou, com o Governo Provisório, a ditadura Vargas, sem nenhum freio ou contrapeso, e 1932, que significou reação ao prolongamento do regime de fato- o novo instrumento constitucional, já por essa gênese assim como em razão de tendências emergentes da primeira grande guerra, haveria de conciliar e condensar idéias em ascensão e de dar a outras dimensão compatível com as circunstâncias históricas.

Admitidas por transação entre tendências e correntes políticas diversas, como ocorre na generalidade das assembleias constituintes democráticas, as cláusulas elaboradas não retratavam a rigidez de princípios teóricos. Espelhavam, naturalmente, espírito de entendimento e de prudente transigência, para que se estabelecesse, quanto antes, a ordem legal” (ob. cit. p. 42/3).

foi substituída pela mais totalitária das Constituições brasileiras, a de 1937³, elaborada por Francisco Campos — que passou a merecer dos advogados da época o conhecido e irônico comentário: “quando as luzes de Chico Ciência acendem, todos os fusíveis da democracia entram em curto circuito”.

A Constituição de 46, democrática, não afastou dois golpes — contra os presidentes Café Filho e Carlos Luz — e a queda de Jango, tendo o País convivido com a instabilidade, durante todo o período em que viveu⁴.

A de 1967⁵, que recebeu 28 emendas, consagrou um regime de exceção mais brando que o regime de Getúlio e que permitiu, com a emenda 26, a convocação da Constituinte de 87, gerando a Constituição de 88⁶.

De lá para cá, o Brasil conheceu: um “impeachment” presidencial; diversos escândalos no Congresso Nacional; diversos no Executivo; alguns no Poder Judiciário; o recebimento de denúncia, pelo Supremo Tribunal Federal, contra inúmeras autoridades governamentais; uma fantástica crise inflacionária até 94, os impactos da crise asiática e russa; a crise econômica global de 1997 a 2002, no mundo; a alternância de poder no Brasil, e a monumental recessão de fins de 2008 e começos de 2009. Em nenhum momento, entretanto, falou-se em golpe de Estado, em regime forte ou na mudança do sistema.

Em outras palavras: o regime democrático funcionou perfeitamente, o que, a meu ver, se deveu ao fato de a Constituição de 1988 ter conformado um equilíbrio de Poderes, desconhecido, por exemplo, de nossos vizinhos

3. Walter Costa Porto lembra o que Francisco Campos falou sobre a Constituição de 1937: “O primeiro problema posto pela Constituição de 10 de novembro de 1937 é o da sua vigência.

Francisco Campos — reconhecido como o principal autor do texto — quando seu rompimento espetacular com o Ditador, em entrevista de março de 1945, disse exatamente que ela era um documento que não poderia “invocar em seu favor o teste da experiência” pois não foi “posta à prova” permanecendo “em suspenso desde o dia de sua outorga” (ob. cit. p. 56).

4. Manoel Gonçalves Ferreira Filho apesar da instabilidade política explica: “Entre as constituições brasileiras, salienta-se a de 1946. Por um lado, apresenta o mérito de ser uma constituição bem feita, tecnicamente correta, cientificamente avançada. Por outro, é uma constituição democrática, que presidiu o período mais democrático da história brasileira” (ob. cit. p. 73).

5. Pontes de Miranda ao comentar a Constituição de 1967 escreve: “O que hoje mais importa ao Brasil é que se cumpra a Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1, salvo se o Poder Legislativo, o Poder Executivo, ou o Poder Judiciário, quer que só se cumpra em parte, a seu talante, porque, então, é preciso que se reentregue, sem depressões, ao povo, o poder estatal. Ter-se-ia de conceber Constituição rígida e in infringível pelos poderosos.

É de reconhecer-se que, com os dois golpes de 1964 e 1968, se tornou difícil a volta à democracia e à liberdade; mas, a despeito das dificuldades, a volta é necessária, quer para que se evitem ditaduras da direita ou da esquerda, quer para que se consiga o desenvolvimento científico, econômico e técnico do Brasil” (Comentários à Constituição de 1967, tomo I, Forense, 1987, Rio de Janeiro, p.452).

6. Escrevi sobre os poderes que: “Esse sistema que hipertrofiou, na Constituição de 1967, o poder executivo e aniquilou os poderes legislativo e judiciário, precisaria ser reexaminado” (Curso sobre as Constituições do Brasil, ob. cit. p. 87).

(Venezuela, Equador e Bolívia), cujas Constituições, mais recentes do que a nossa, não foram capazes de instituir. Com efeito, nestes países, as Constituições privilegiam apenas o Poder Executivo – são quase ditaduras- tornando os outros 2 Poderes (Legislativo e Judiciário) vicários e subordinados ao Executivo⁷.

Talvez tenha sido este o grande mérito da Lei Suprema de 1988, que, nada obstante as 62 emendas (56 no processo ordinário e 6 no revisional) e os 1.600 projetos de emenda em trânsito no Congresso, mantém a estabilidade democrática, graças a estabilidade das instituições.

Neste particular, a efetividade da Constituição é inequívoca.

No campo tributário, todavia, permanecem indiscutíveis impasses, que têm levado a sucessivas modificações.

2. O SISTEMA ATUAL

O Sistema Tributário Brasileiro encontra-se plasmado nos arts. 145 a 156 da Constituição Federal.

O capítulo foi dividido em cinco partes, a primeira delas dedicada aos princípios gerais, que, de rigor, são três: o princípio das espécies tributárias, conformadas em cinco tipos diferentes (impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios); o princípio da lei complementar e o princípio da capacidade contributiva.

Estes dois últimos objetivam proteger o contribuinte contra o Poder Público. O primeiro determina que as normas gerais, os conflitos de competência entre os poderes tributantes e as limitações constitucionais do poder de tributar sejam formatados por lei complementar, que passa a ter caráter de lei nacional. O artigo 146 foi acrescido de novas disposições pela E.C. n. 42/03.

O princípio da capacidade contributiva exige que a imposição tributária respeite a capacidade econômica dos contribuintes, sendo, os impostos, pes-

7. No artigo "VINTE ANOS DE CONSTITUIÇÃO", publicado no *Jornal do Brasil* – 07/10/2008) escrevi: "O mérito destes 20 anos é que, apesar de ter permitido um excessivo custo político e burocrático para o povo, com as estruturas públicas constantemente alargadas em função dos humores dos detentores do poder para acomodar aliados e amigos, tem resistido.

Norberto Bobbio na "Era dos Direitos" afirmava que o Século XX permitiu a descoberta para toda a humanidade de uma gama enorme de direitos. Afirmava, todavia, que o grande desafio para o Século XXI consistiria em ofertar a garantia necessária para que estes direitos pudessem ser exercidos pela sociedade.

No que diz respeito a sua enunciação, a Constituição Brasileira encontra-se entre os melhores textos do mundo, apesar da teimosia de todos os governos em desrespeitá-la, pontual ou globalmente, quando seu interesse está em jogo.

A luta pelo exercício da cidadania é fazer com que tais direitos venham a ser garantidos no século XXI".

soais ou reais (diretos ou indiretos). Veda o efeito de confisco bem como a tributação sobre os ganhos daqueles que apenas auferem o mínimo para sua sobrevivência e de seus familiares, não possuindo capacidade econômica suficiente para arcar com a carga tributária.

A secção segunda do capítulo do sistema faz menção às limitações constitucionais ao poder de tributar, assegurando seis princípios básicos, a saber: da legalidade, da equivalência, da irretroatividade, da anterioridade, da não limitação de tráfego, da não confiscatoriedade, das imunidades fiscais e a chamada substituição tributária para frente, cuja inclusão no tópico das limitações ao poder de tributar constitui uma flagrante impropriedade, já que, consistindo em antecipação do fato gerador ainda não ocorrido, não representa uma limitação, mas alargamento do poder impositivo.

Tais princípios já estão, em parte, explicitados pelo Código Tributário Nacional, que ainda vige, no que diz respeito às normas gerais.

As três últimas partes do capítulo são dedicadas aos impostos federais, estaduais e municipais.

Pelo texto original, passou, a União, a ter competência impositiva sobre sete impostos (importação, exportação, renda, propriedade territorial rural, operações financeiras, produtos industrializados e grandes fortunas).

Com a EC nº 3, foi acrescentado o IPMF (imposto provisório sobre operações financeiras), de vida curta, pois, por força das ECs. nºs. 12, 21 e 42, logo foi substituído por uma Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), destinada à Assistência Social e à Previdência, mas extinta em 31/12/07.

Hoje, portanto, voltou a União a possuir competência para instituir e regular sete impostos, lembrando, todavia, que repassa quase metade da arrecadação concernente ao IPI e ao Imposto de Renda para Estados e Municípios, jamais tendo chegado a instituir o imposto sobre grandes fortunas.

A Emenda nº 33/01 alterou, em parte, o perfil das contribuições, com notável desfiguração desta que é uma quinta espécie tributária, visto que os empréstimos compulsórios precedem-na topograficamente no texto constitucional.

Os Estados receberam, em 1988, competência para instituir e legislar sobre quatro impostos (transmissões imobiliárias não onerosas, operações relativas à circulação de mercadorias, adicional de imposto de renda e veículos automotores).

A EC nº 3/93 retirou-lhes o adicional do imposto de renda, remanescendo, hoje, apenas 3 impostos e as transferências que recebe da União.

Aos Municípios cabiam, originalmente, também, quatro impostos (sobre serviços, predial e territorial urbano, vendas a varejo e transmissões imobiliá-

rias onerosas). A EC nº 3 retirou-lhes o imposto sobre vendas a varejo, estando, hoje, com três impostos, além das transferências de Estados e União.

O sistema é caótico, principalmente à luz das sucessivas emendas constitucionais, que o maltrataram, com superposições de incidências e elevado nível de complexidade. Gera um custo fantástico de administração para contribuintes e para os diversos Erários, facilitando a sonegação dolosa e impondo, para muitos setores, a inadimplência sobrevivencial, como forma de evitar a falência.

Necessita, urgentemente, ser mudado.

3. O SISTEMA QUE PROPUS

Objetivando simplificar tal sistema caótico, redigi projeto de emenda que considero mais racional e singelo, por ocasião da Revisão Constitucional de 1993. Essa proposta foi encampada por várias instituições — Federasul, Instituto dos Advogados de São Paulo, Comissão de Estudos Constitucionais do Governo do Estado de São Paulo e Sindicato Nacional dos Estabelecimentos de Ensino — e apresentada ao Congresso Nacional, naquela oportunidade, tendo sido subscrita, posteriormente, pelos deputados Germano Rigotto, Renata Gordilho e Victor Faccioni.

Como, de rigor, a revisão constitucional não ocorreu — as seis emendas que sobrevieram não constituíram uma revisão — a proposta foi arquivada.

Não creio que o projeto que hoje se encontra em tramitação no Congresso Nacional — com as alterações que já recebeu e as discussões de que já foi objeto, na Comissão Especial, realçado o bom trabalho do deputado Sandro Mabel — venha a ter tramitação fácil, em face dos inúmeros interesses divergentes entre os entes da Federação brasileira e do total desconhecimento dos impactos que sua implantação causará ao País, em período de crise econômica e pré-eleitoral.

Minha crítica maior ao projeto original, que já recebeu alterações pontuais, pode ser resumida nas considerações que seguem:

4. A REFORMA TRIBUTÁRIA PROPOSTA

De rigor, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional seu projeto de reforma tributária, seguindo a tradição de todos os governos anteriores.

Todas as tentativas passadas trouxeram frustração e as poucas modificações realizadas pioraram a lei suprema.

Estou convencido de que o Governo Federal nunca teve interesse numa reforma profunda, pois, tendo assegurado, com o texto atual, em torno de 70%

do bolo tributário, teme que possa vir a perder receita, se Estados e Municípios se unirem para elevar a partilha fiscal. É de se lembrar que, na Constituição de 88, a União, que repassava apenas 33% da receita do IPI e Imposto de Renda, para Estados e Municípios, passou a repassar 47%, o que a obrigou a criar a COFINS e aumentar sua alíquota de 0,5% (antigo FINSOCIAL) para 7,6% e do PIS de 0,65% para 1,65%.

Assegura, contudo, o Governo que, agora, é para valer.

As cinco grandes novidades são: 1) compactar COFINS, PIS, Salário educação, num grande IVA Federal; 2) compactar I.Renda e Contribuição social sobre o lucro num só tributo; 3) reduzir a contribuição previdenciária sobre a mão-de-obra; 4) reformular o ICMS para evitar a guerra fiscal, introduzindo o regime de destino; 5) ressuscitar Imposto sobre Grandes Fortunas, — decadente nos pouco países em que foi adotado, dada sua notória ineficiência e efeito deletério de fuga de capitais — repartindo sua receita entre Estados e Municípios.

A propalada simplificação, com redução da carga tributária, é meta cujo alcance se mostra impossível de ser avaliado, se a proposta de reforma não vem acompanhada de quantificação das alíquotas e dos projetos de leis complementares e ordinárias para sua eventual implementação.

De outro lado, é preciso levar em conta que qualquer reforma constitucional em profundidade gerará, necessariamente, reformulações conceituais que poderão ser questionadas perante os Tribunais. Na mudança do IVC para o ICMS, por exemplo, o STF levou 20 anos para definir, conceitualmente, o que significam “operação”, “circulação” e “mercadoria”.

O perfil do IVA, por exemplo, certamente ensejará dificuldades, pois, sendo “imposto”, espécie tributária que, fora as exceções constitucionalmente previstas, tem sua receita desvinculada de qualquer finalidade específica, incorporará “contribuições”, espécie de tributo vinculada a determinada finalidade. Certamente, a definição do perfil constitucional dessa figura levará tempo para ser conformada pelo Judiciário.

Finalmente, a manutenção do artigo 149 da C.F. não impedirá que o Governo crie, no futuro, por legislação ordinária, outras contribuições — tal como as que hoje, a pretexto de simplificação, estariam sendo reunidas no novo IVA — independentemente da alteração no artigo 195 das contribuições previdenciárias. Assim, a reunião das contribuições hoje existentes num novo imposto sem a retirada do art. 149, prenuncia, tão somente, o aumento do arsenal tributário.

Muito mais simples seria a compactação de COFINS, PIS e Salário Educação em uma única contribuição, o que poderia ser feito por lei ordinária, sem necessidade de modificação constitucional. Diga-se o mesmo a propósito do

Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o lucro, que já possuem regime jurídico idêntico.

É de se louvar a redução da contribuição previdenciária sobre a folha de salários, desde que não implique aumento de outras imposições.

No ICMS, haverá Estados ganhadores e Estados perdedores, sendo estes últimos aqueles que produzem e enviam, para outras unidades da federação, mais mercadorias do que recebem. O programa do Governo, de criar um Fundo de Estabilização – sem perfil definido – para compensar as unidades que saíam perdendo, é compromisso em que poucos acreditam, pois a tradição das autoridades federais, em matéria tributária, é não cumprir suas promessas, que comprometem apenas as pessoas que as recebem.

Nesse cenário, admitindo que os Estados ganhadores não vão abrir mão das receitas acrescidas – têm a maioria do Congresso, o que é necessário para aprovar a emenda à lei suprema –, e que os Estados perdedores precisarão recuperar as suas, se tais recursos não vierem de aumentos internos, terão que vir, em valores consideráveis, da União, a qual deverá também partilhar com os Estados o IVA, imposto que resultará da integração da COFINS e do PIS, que hoje não são partilhados.

O mais grave, todavia, é que toda a regulamentação do ICMS – à luz de uma lei complementar, possivelmente, mais abrangente que a LC 87 – será elaborada pelo CONFAZ. Em outras palavras, os Estados “importadores líquidos” (que são a maioria) imporão aos “Estados exportadores líquidos” (a minoria), uma regulamentação que terá que ser seguida por estes. Até mesmo a definição das alíquotas será de competência do CONFAZ, cabendo ao Senado aceitá-las ou rejeitá-las, mas não modificá-las.

Em resumo: se o fundo de compensação não funcionar, dificilmente os Estados perdedores terão como recuperar as receitas perdidas com a instituição do regime de destino.

Outra preocupação é que caberá também ao CONFAZ definir a forma de fiscalização. Nada impedirá, portanto, que esse órgão autorize que os fiscais dos Estados importadores líquidos fiscalizem os contribuintes localizados nos Estados exportadores líquidos, criando, pois, um “inferno astral” para todas as empresas nestes sediadas e que promovam operações interestaduais.

Para um órgão que, por seu notório fracasso, gerou a guerra fiscal, parece-me que o projeto outorga um “prêmio indevido” ao CONFAZ, ao dar-lhe força excessiva, que chega às raias de uma delegação de competência legislativa, manifestamente violadora dos princípios da independência e harmonia entre os Poderes e da legalidade (cláusulas pétreas). O próprio regime de destino proposto já não é tão de destino assim, pois, parte do tributo, correspondente a uma alíquota de 2%, seria cobrada na origem.

Quanto ao obsoleto imposto sobre grandes fortunas, se for reintroduzido não mais sairá do sistema, pois será partilhado entre 5.500 entidades federativas.

Seria – como ocorreu nos países que o adotaram e abandonaram –, um fantástico desestímulo à poupança e investimentos, podendo gerar fuga de capitais. E nem se argumente que representaria um instrumento de redistribuição de riquezas, pois, no Brasil, o custo da carga tributária beneficia mais os detentores do poder, do que o povo. Prova disso é que o “Bolsa família”, que atende a 11 milhões de brasileiros, é suportado por menos de 1,5% do orçamento federal!!!⁸

Qualquer avaliação do projeto, todavia, só será possível com a apresentação dos textos de leis ordinárias e complementares que devem implementá-lo e disciplinar o funcionamento dos Fundos Compensatórios para recompor as perdas dos Estados lesados pela alteração do regime do ICMS.

De qualquer forma, alguns pontos já preocupam, decididamente.

O primeiro deles é que, embora o IVA (imposto) resulte da junção de quatro contribuições, o artigo 149 da Constituição Federal, assim redigido:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”,

continua intangível, nada impedindo que, com base nele – e não no artigo 195 –, criem-se novas contribuições semelhantes ao COFINS ou PIS, com regime jurídico próprio, objetivando, exclusivamente, o aumento da arrecadação. A prova é que o governo deseja criar uma nova contribuição sobre movimentação financeira (CSS), independentemente da reforma!

Mais do que isto, os dois fundos cuja instituição se propõe (Desenvolvimento Regional e de Equalização) não têm perfil definido e poderão resultar numa frustração semelhante àquela da promessa não cumprida do governo federal, de compensar os Estados que perderam receita em virtude da imunidade de exportação dos produtos semi-elaborados, não obstante o disposto na Lei Complementar n. 87/96.

Por fim, a não definição de um perfil da “não-cumulatividade”, que poderá agora ser alterada por lei infraconstitucional, é mais um elemento de preo-

8. No orçamento de 2008 foram destinados a 11 milhões de famílias 9,6 milhões de reais e a menos de 2 milhões de servidores públicos ativos e inativos 126,9 bilhões de reais!!!”

73

A AUTOEXECUTORIEDADE E A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO *

SUMÁRIO: 1) *Introdução*; 2) *Atividade administrativa*; 3) *Autoexecutoriedade*; 4) *Processo administrativo*; 5) *Processo administrativo e contraditório*; 5.1) *Atos instantâneos e dilargados*; 5.2) *Atos de organização e funcionamento da Administração*; 5.3) *Processos investigatórios (ou apuratórios)*; 5.4) *Processos acusatórios*; 5.5) *Processos litigiosos*; 6) *Conclusões*.

1. INTRODUÇÃO

É bem conhecida a premissa segundo a qual a evolução do Direito pressupõe o dinamismo das realidades fáticas e das demandas sociais. De fato, não pode o Direito sujeitar-se a qualquer tipo de estagnação diante dos fatores modificativos que emanam da essência do meio social. Quer dizer: o dinamismo evolutivo que atinge a sociedade deve proporcionar igual desenvolvimento dos parâmetros jurídicos, em permanente processo de adequação.

A despeito da necessária e desejável compatibilidade que deve imperar entre esses fatores, é indubitado que se afigura complexa a relação que vincula o ordenamento jurídico e a sociedade. Numa visão sociológica, a sociedade, em certos momentos, atua como que negando a racionalidade impessoal do Direito e da Justiça, ou seja, age de modo contraditório, sendo exatamente

* 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). 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

esse o objeto da Sociologia no foro jurídico. A essa ciência se atribui a missão de investigar “as estruturas e processos que atravancam ou contribuem para o funcionamento harmônico do Direito e da Justiça”, conforme lição de autorizada doutrina¹.

O tempo desempenha importante papel no processo evolutivo da sociedade e do Direito. O desenvolvimento social e jurídico não se exaure num mísero segundo. Por intermédio do tempo é que se vão transformando os fatores de alterabilidade dos padrões sociais e jurídicos. Cumpre, pois, atentar para as transformações que o tempo consoma. Não sem razão, os romanos recorriam ao seguinte adágio: “*Tempus legis qui non observat, non dicitur formam legis observare*”². Se o Direito não acompanha o desenvolvimento social, fica estagnado no primeiro momento e regride a seguir.

Durante séculos o Estado se valeu de seu *ius imperii* para concretizar suas imposições aos administrados e quase sempre o fez usando sua exclusiva vontade, isto é, unilateralmente. A atuação *manu militari* sinalizava para o espectro de poder e de soberania cuja titularidade lhe era integralmente atribuída. Ao administrado — verdadeiro súdito — nenhuma redarguição se permitia. Os inúmeros abusos cometidos, entretanto, acabaram por gerar um movimento de reação, próprio dos regimes democráticos, para cuja consecução o grupo social contribuiu gradativa, mas incisivamente. O Direito, então, se foi amoldando à transformação provocada pelo dinamismo social.

O dever do Estado de informar o administrado sobre suas ações e o direito deste de rechaçar fatos e fundamentos invocados pelo ente estatal deram ensejo, afinal, à *garantia do contraditório*, retratada como processo dialético suscetível de conduzir à verdade real. O contraditório, na verdade, é pressuposto do próprio direito de *ampla defesa* e nele se insere; ambos estão sempre associados. Irreparável, pois, a observação de que “quase que com ela (*ampla defesa*) se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória”. E mais: “O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa”³.

Considerado por LIEBMAN como verdadeiro *direito cívico*, inerente à cidadania⁴, o contraditório integra o extenso rol de direitos e garantias fundamentais das modernas Constituições. A vigente Constituição pátria o menciona no art. 5º, LV — como sempre associado ao direito de maior amplitude: o de ampla defesa.

1. PEDRO SCURO NETO, *Sociologia Geral e Jurídica*, 6ª ed., 2009, pág. 3.

2. Em tradução livre: “Aquele que não observa o tempo da lei, não se pode dizer que observa a forma da lei”.

3. CELSO RIBEIRO BASTOS e YVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 2º vol., 1989, pág. 267.

4. Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 20ª ed., 2002, pág. 430 (que cita a obra de Liebman, *Manuale di Diritto Processuale Civile*).

Este trabalho não tem a pretensão de analisar, em toda a sua profundidade, o direito ao contraditório. Seu escopo é tão somente o de demonstrar o avanço que o direito tem merecido na seara jurídica e a extensão interpretativa que se lhe tem dispensado na tarefa de aplicação a hipóteses concretas, sobretudo no âmbito do processo administrativo.

2. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Se a atividade legiferante do Estado é considerada a de maior relevância, tendo em vista que através dela se institui o ordenamento normativo, a atividade de administração é, sem qualquer dúvida, a mais intensa. Em todos os espaços e em todos os momentos nos deparamos com a atividade administrativa estatal, direcionada à gestão dos interesses comuns e extraordinários da sociedade.

Essa atividade nasce da *função administrativa*, uma das funções básicas do poder estatal, espécie do gênero *função de execução*, contraposta à *função de realização*. A função administrativa quase sempre tangencia com a *função jurisdicional* e as inúmeras tentativas de distinção entre ambas têm demonstrado a dificuldade de semelhante tarefa. Entretanto, a função administrativa alvitra a gestão direta dos interesses coletivos e, contrariamente ao que ocorre com a função jurisdicional, não pressupõe a existência de situação contenciosa, nem a interpretação definitiva do direito em conflito, nem o trancamento do litígio decorrente da interpretação⁵.

É a atividade administrativa, afinal, que rende ensejo à *relação de administração*, aquela “*que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente*”, na clássica lição de CIRNE LIMA⁶. Com efeito, a finalidade pertinente ao interesse público não constitui escolha do administrador, mas sim um objetivo compulsório, seja qual for a sua vontade pessoal ou seu juízo crítico sobre a atividade. Não basta a finalidade genérica; urge que o administrador se direcione à *finalidade específica*, ou seja, “*o fim expresso ou implícito relacionado com a própria natureza do ato*”⁷.

Há algumas situações especiais em que a atividade administrativa se assemelha à legiferante: uma delas é aquela em que a Administração expede *atos normativos*. Não obstante, ainda que sob o aspecto material tais atos se aproximem dos legislativos, cuidar-se-á de atos normativos *secundários*, vale dizer, aqueles que pressupõem a existência de atos normativos *primários* oriundos diretamente da Constituição, de cujo conteúdo resulta seu fundamento de

5. M. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Forense, 5ª ed., 1979, págs. 13/14. O autor abona o pensamento de DUGUIT, BONNARD e GABINO FRAGA.

6. RUY CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, RT, 6ª ed., 1987, pág. 51.

7. CAIO TÁCITO, *Direito Administrativo*, Saraiva, 1975, pág. 61.

validade. Ainda nesse caso, os atos expressarão o propósito de gestão da coisa pública, sendo, portanto, atos de administração⁸.

A atividade administrativa gera a existência dos *atos administrativos*, que se dividem em fatos *voluntários* e *naturais*. Estes indicam os fatos da natureza que interferem na atividade administrativa. Os fatos voluntários podem desenvolver-se de duas maneiras, uma retratada por meio de *atos jurídicos* (administrativos ou privados) e outra consubstanciada por *condutas administrativas*, refletindo estas “os comportamentos e as ações administrativas, sejam ou não precedidas de ato administrativo formal”, conforme assinalamos em outra oportunidade⁹.

No que concerne às condutas administrativas não precedidas de ato administrativo formal, dificilmente haverá espaço para assegurar-se o contraditório ao interessado. Trata-se de operações de rotina levadas a cabo pelos agentes da Administração, as quais consistem em meras atividades materiais. É o caso do transporte do lixo ou da medição de espaços públicos. Essas condutas, sem embargo da ausência ou inexpressividade de formalização, são passíveis de controle administrativo e judicial, no caso controle *a posteriori* (repressivo).

Quanto aos atos administrativos e às condutas precedidas de formalização, é possível exercer algum controle *a priori* (ou preventivo), sabido que, usualmente, esses atos e condutas resultam da instauração de processo administrativo. Dependendo do procedimento adotado para o processo, a atividade final pode ser evitada se houver a intervenção do interessado.

Por conseguinte, já neste passo se pode inferir que nem sempre será materialmente possível o influxo do princípio do contraditório.

3. AUTOEXECUTORIEDADE

Desde a era clássica do Direito Administrativo se reconhece a autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública. A doutrina moderna, pátria e estrangeira, consolidou a prerrogativa.

Na doutrina francesa, LAUBADÈRE averba que, quando a Administração deseja realizar certa situação jurídica e encontra resistência por parte do administrado, “*pode vencer diretamente essa resistência adotando decisão executória*”¹⁰.

8. Sobre o tema, vide FABRICIO MOTTA, em *Função Normativa da Administração Pública*, Fórum, 2007, pág. 186.

9. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, Lúmen Júris, 22ª ed., 2009, pág. 92.

10. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Manuel de Droit Administratif*, LGDJ, Paris, 10ª ed., 1976, pág. 75. (nas precisas palavras do autor: “...elle peut vaincre directement cette résistance en prenant une *décision exécutoire*” (grifo do original)).

A essa forma direta e imediata de atuar, a doutrina francesa denomina de "*privilège du préalable*", com o sentido de "prerrogativa de execução de ofício".

CASSAGNE, por sua vez, embora mencionando a resistência de alguns doutrinadores, afirma que no direito argentino a autoexecutoriedade reflete verdadeiro princípio, consistindo na faculdade dos órgãos estatais de efetivar a realização ou o cumprimento do ato sem intervenção judicial, sempre dentro dos limites legais¹¹.

No direito mexicano, GABINO FRAGA, registrando que o contrário ocorre nas relações civis, demonstra ser acertado admitir "*que la Administración está capacitada para proceder en forma directa, esto es, sin intervención de los tribunales, a la ejecución de sus propias resoluciones*"¹².

No direito pátrio, é clássica a definição de HELY LOPES MEIRELLES, para quem a autoexecutoriedade "*consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial*"¹³.

Não destoa OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, que sustenta ser a autoexecutoriedade "*a execução coativa, por ato próprio da Administração Pública, sem intervenção do Poder Judiciário, dos atos administrativos*", culminando por qualificá-la como "*a prerrogativa da Administração Pública de executá-los de ofício, por ação direta*"¹⁴.

De nossa parte, acentuamos que a autoexecutoriedade significa "*que o ato administrativo, tão logo praticado, pode ser imediatamente executado e seu objeto imediatamente alcançado*", com o fundamento da "*necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público*", o que não poderia consumir-se caso, para cada ação, tivesse a Administração que recorrer ao Judiciário¹⁵.

Todavia, é imperioso reconhecer que a autoexecutoriedade representa um ponto de tensão entre a eficácia da ação administrativa e eventual prática de arbitrariedade decorrente de um único juízo de valor, no caso da Administração. Numerosas situações consumadas autoexecutoriamente pelo Poder Público provocaram lesão irreparável (ou, ao menos, de difícil reparação) aos administrados. É preciso ter em mira o fato de que nem sempre o administrador atua com equilíbrio e bom senso, isso quando sua conduta não está contaminada de ilegalidade e arbítrio. Exatamente por esse motivo, o administrado fica praticamente inerte diante da lesão que sofre.

11. JUAN CARLOS CASSAGNE, *El Acto Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, pág. 331.

12. GABINO FRAGA, *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, 17ª ed., 1977, pág. 289.

13. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 29ª ed., 2004, pág. 159.

14. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, vol. I, 2ª ed., 1979, pág. 608.

15. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual cit.*, pág. 117.

Esse fato veio a ocasionar a mitigação da prerrogativa da autoexecutoriedade no que concerne a vários aspectos da atividade administrativa. Para resguardar o direito dos administrados, o ordenamento jurídico, em determinadas hipóteses, tem exigido que, antes da prática do ato, a Administração ofereça ao administrado a oportunidade de rechaçar o intuito administrativo, em ordem a poder apresentar argumentos, documentos, explicações e outros elementos em seu favor e contrários à ação do órgão administrativo.

Um desses exemplos, atualmente bem conhecido, é o relativo à aplicação da multa de trânsito. No passado, o agente de trânsito, tão logo constatada a infração, agia autoexecutoriamente providenciando a aplicação da multa e, por tal motivo, restava ao administrado unicamente recorrer contra o ato sancionatório. O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) fez referência à figura da *notificação do ato de autuação*, ato evidentemente anterior à aplicação da multa¹⁶. Este ato, portanto, deixou de ser autoexecutório, como, de resto, já assentou a jurisprudência dominante¹⁷.

Não sem razão, autorizada doutrina advoga que a autoexecutoriedade não deve ser tida como parâmetro comum de atuação administrativa. Sendo assim, somente seria admissível esse poder administrativo quando: a) houver expressa previsão legal; b) se revelar urgente a ação da Administração, inexistindo outra via eficaz para assegurar a garantia do direito sob risco¹⁸.

Note-se, contudo, que mesmo diante de tais condições é bastante amplo o universo de hipóteses em que a Administração tem a possibilidade de atuar com autoexecutoriedade, não somente em virtude de inúmeros dispositivos legais que a autorizam, como também por força de diversas situações concretas nas quais a atuação imediata se configura como a única viável e eficaz para atingir os objetivos colimados pelo Poder Público. Para tanto, basta cogitar-se da quantidade de situações de urgência que demandam a imediata interferência do órgão administrativo – que, se ausente, poderia causar gravames irreparáveis aos indivíduos em geral.

Vale ainda uma observação: nos atos normativos infralegais, sejam eles de segundo, terceiro ou quarto grau, dentro do sistema de hierarquia normativa que adotamos, a autoexecutoriedade persiste em quase toda a sua inteireza. Esses atos, na verdade, disciplinam interesses gerais da coletividade ou aspectos internos da organização administrativa. Logo, não é imperioso exigir-se qualquer forma de contraditório, a não ser o contraditório geral através do controle social – forma de participação de segmentos da sociedade ou entidades de representação. Nesse campo, pontificam as audiências e consultas públicas.

16. Arts. 280 e 282.

17. Súmula 312, do STJ.

18. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 26ª ed., 2009, págs. 415/6.

A mitigação da atividade autoexecutória da Administração tem seu ponto central nos *atos individuais* (ou *concretos*), aqueles que interferem na órbita jurídica de pessoas determinadas, e assim mesmo quando a interferência reflete gravame para seus interesses. Desse modo, a autoexecutoriedade frequentemente se entrelaça com a autotutela administrativa. Com efeito, se é certo que a Administração pode valer-se de seu poder de autocorreção, não menos certo é que nem sempre poderá fazê-lo mediante atuação autoexecutória.

4. PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo retrata a relação jurídica que se forma entre a Administração Pública e os administrados, ou entre pessoas e órgãos públicos, com o objetivo da produção de ato administrativo ou providência, em cuja direção a Administração exerce a sua atividade.

O processo em si, como categoria jurídica, traduz uma relação jurídica *teleológica*, visto que sua instauração provoca atividade dinâmica, no sentido de que a resolução final a ser alcançada pela Administração dependerá de uma série de atos e atividades sequentes e interrelacionados, como já deixamos registrado em outra oportunidade¹⁹.

Dentro dessa ótica, é inteiramente legítimo que a qualificação do processo se vincule à natureza da função que nele o Estado pretenda desempenhar. Assim, quanto a esse aspecto, cabe classificá-lo em três categorias: processo legislativo, processo jurisdicional e processo administrativo. Em cada uma delas o Estado exerce a respectiva função, nada impedindo que, ao final, o objetivo específico da função não se concretize. O importante, no caso, é perquirir a qual função o Estado se preordena quando deflagra o respectivo processo.

Lavra alguma controvérsia na doutrina sobre a expressão "*processo administrativo*". Para alguns estudiosos, o processo seria reservado à função judicante, não sendo, portanto, adequado ao exercício da função administrativa. Não perfilhamos tal entendimento, com a vênia devida. Como categoria jurídica genérica, o processo não pode ser restrito à atividade jurisdicional: as funções legislativa e administrativa também reclamam relações jurídicas teleológicas. Por outro lado, a Constituição alude tanto ao processo administrativo²⁰, quanto ao processo legislativo²¹. Em nosso entendimento, não somente inexistente óbice quanto à pertinência da expressão, como também esta nos parece inteiramente adequada àquela forma de atuação do Estado²².

19. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Processo Administrativo Federal*, Lúmen Júris, 4ª ed., 2009, pág. 3.

20. Art. 5º, LV, CF.

21. Art. 59, CF.

22. No mesmo sentido, IRENE PATRÍCIA NOHARA e THIAGO MARRARA, *Processo Administrativo*, Atlas, 2009, pág. 21.

Por outro lado, não nos convence o pensamento de alguns autores segundo o qual correta seria a denominação “*procedimento administrativo*”. Na trilha dos processualistas, nesse aspecto muito mais avançados que os administrativistas, não há como confundir *processo* e *procedimento*. Processo é a relação jurídica em si, com objetivo próprio, constituída por órgãos estatais entre si, ou órgãos e administrados. Procedimento, ao contrário, é o vetor dinâmico do processo, vale dizer, retrata o modo e a forma da tramitação, do andamento, da sequência dos atos e atividades de que se compõe o processo²³.

Essas, no entanto, são questões controversas ora trazidas à baila apenas à guisa de resumo e singelo preâmbulo do que se pretende enfocar.

O fundamental é que o processo administrativo constitui instrumento pelo qual a Administração pretende tomar uma determinada decisão, tanto pela prática de ato administrativo, quanto pela adoção de providência administrativa. A instauração do processo demonstra que o ato ou a providência não podem ser efetivados de imediato, dependendo, por conseguinte, de todo um procedimento, composto de uma série de atos e atividades, para que sejam alcançados os respectivos fins.

Esse é que é o ponto a ser examinado como alvo principal deste trabalho.

5. PROCESSO ADMINISTRATIVO E CONTRADITÓRIO

5.1. ATOS INSTANTÂNEOS E DILARGADOS

Os atos e as providências administrativas, como regra, constituem o desfecho do processo administrativo. É verdade que, em certas ocasiões, a Administração pratica atos *instantâneos*, o mesmo ocorrendo com providências concretas de administração. Nesses casos vigora o princípio do imediatismo, que permite a pronta execução do ato. Exemplos desses atos são alguns dos praticados pelos aparelhos policiais na função de segurança pública.

A regra, entretanto, não é essa. Em face da grande complexidade da estrutura administrativa, órgãos diligenciam no sentido de ser instaurado processo administrativo, a fim de que, ao término, e após a devida tramitação, a autoridade competente produza o ato ou determine a tomada da providência. São os atos e providências *dilargados*, cuja prática só se perfaz *a posteriori*.

Nos primeiros não incide o contraditório pela própria natureza temporal que os caracteriza. Só há falar-se em contraditório em relação aos últimos, isso

23. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Processo Administrativo* cit., págs. 4/5.

porque, até serem produzidos os atos, várias atividades podem ocorrer durante o curso do processo administrativo do qual dependem, inclusive a oportunidade de contradita por parte de interessados.

5.2. ATOS DE ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO

No que diz respeito ao influxo da garantia do contraditório, urge acentuar, desde logo, que os processos administrativos que tratam do *funcionamento e da organização administrativa* não exigem a incidência do princípio. Cuida-se, na verdade, de aspectos ligados à gestão interna da Administração e, em linha de princípio, não afetam o círculo dos direitos dos administrados. Nesse campo, a Administração, embora se tenha socorrido de um processo administrativo formal, atua com autoexecutoriedade final, no sentido de não precisar ouvir a argumentação de terceiros.

A liberdade de ação, nesse caso, independe de os efeitos serem produzidos somente no âmbito interno do órgão ou entidade pública, ou de o serem com irradiação externa, ultrapassando os limites que demarcam a competência interna. A atuação se configura como autoexecutória porque o funcionamento e a organização administrativa não reclamam a dialética do contraditório em face de nenhum direito subjetivo. Poderá, sim, haver interesses na manutenção do *statu quo*, mas serão eles inidôneos para cercear a atividade imediata da Administração. O processo administrativo correspondente a essas alterações, por conseguinte, tramita normalmente, sem a incidência do princípio.

No curso de tais processos, no entanto, pode a Administração socorrer-se do *contraditório facultativo*, aquele através do qual são ouvidas pessoas e entidades à guisa de colaboração com o órgão público. Inexiste o dever de auscultar a opinião de terceiros alheios à Administração, mas esta pode ter interesse em obter dados de grupos da sociedade para a formação do convencimento que ampare a decisão a ser tomada.

Instrumentos adequados a semelhante propósito são, entre outros, a *consulta pública* e a *audiência pública*. Malgrado atualmente tenham previsão em alguns diplomas normativos, tais instrumentos foram consagrados nos arts. 31 e 32 da Lei nº 9.784/99.

Consulta pública, já o dissemos em outra oportunidade, “é o meio de participação pública através do qual a Administração permite a manifestação de terceiros no processo administrativo, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, quando nele estiver em discussão matéria de interesse geral”²⁴. Cuida-se de verdadeira consulta, vale

24. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Processo Administrativo* cit., pág. 196.

dizer, do intento da Administração de compulsar a opinião de terceiros quando houver matéria de interesse geral, aquela que extrapola o interesse individual em jogo no processo.

A propósito, diz a lei que, *“quando a matéria envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido”*²⁵. Transparece do texto legal a discricionariedade do administrador: este *poderá* (e não *deverá*) recorrer à consulta pública; quer dizer: após avaliação de conveniência e oportunidade, poderá concluir que esse é o melhor caminho a seguir. A participação de terceiros por meio da consulta pública retrata evidente contraditório, embora facultativo, vez que permite a redarguição de terceiros relativamente a motivos e finalidades dos atos alvitados pela Administração.

Por outro lado, a *audiência pública* traduz instrumento de debates de ideias e intercâmbio de projetos e programas, com a interlocução de setores da sociedade. *“Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”*²⁶. É importante que haja publicidade prévia sobre local e data da audiência. Quanto maior a divulgação do evento, maior poderá ser a participação da comunidade, o que se torna vantajoso para debates mais fecundos e variados. O certo é que a audiência pública também se caracteriza como instrumento de contraditório facultativo, conveniente para uma melhor tomada de decisão pelo órgão administrativo.

Em nosso entender, a consulta pública e a audiência pública estão preordenadas ao mesmo fim, qual seja o de auxiliar a Administração a adotar certa orientação ou decisão a respeito de questões de interesse geral ou qualificadas como relevantes. Entretanto, parecem-nos presentes dois pontos distintivos. Primeiramente, na consulta pública as pessoas e entidades têm algum interesse na matéria sob discussão (pertinência objetiva), ao passo que na audiência pública os debatedores podem ou não ter interesse direto. Em segundo lugar, é diversa a forma de operacionalização, já que a audiência pública impõe a designação de sessão para os debates, prevalecendo, assim, o princípio da oralidade²⁷. Para autorizada doutrina, contudo, a diferença estaria apenas na motivação, sendo o interesse geral o motivo da consulta pública e a questão relevante o da audiência pública²⁸.

25. Art. 31, Lei nº 9.784/99.

26. Art. 32, Lei nº 9.784/99.

27. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Processo Administrativo* cit., pág. 204. Também: CRISTIANA FORTINI, MARIA FERNANDA PIRES DE CARVALHO PEREIRA e TATIANA MARTINS DA COSTA CAMARÃO, *Processo Administrativo. Comentários à Lei nº 9.784/1999*, Ed. Fórum, 2008, pág. 140.

28. SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, *Processo Administrativo*, Malheiros, 2ª ed., 2007, pág. 182.

O contraditório facultativo nesses mecanismos dependerá, por certo, da ponderação do administrador público sobre a matéria em relação à qual será tomada a decisão. Os sentidos de “interesse geral” e de “relevância da questão” não têm inteira exatidão e, por isso, qualificam-se como conceitos jurídicos indeterminados. Somente em cada caso concreto será possível analisar se foram observados os limites dessa motivação. Impõe-se destacar, porém, que, sendo individual o interesse e sem relevância a questão, não há espaço para esses instrumentos: executá-los, na verdade, só serviria para retardar a conclusão sobre o objeto do processo, ferindo o princípio da duração razoável do processo²⁹.

5.3. PROCESSOS INVESTIGATÓRIOS (OU APURATÓRIOS)

Há uma categoria de processos administrativos cujo objetivo é o de proceder à apuração de determinados fatos, normalmente para ensejar a instauração de outro processo — o processo principal — que dependa dessa prévia investigação. Classificam-se como processos *investigatórios* ou *apuratórios*.

Como regra, o processo apuratório não constitui *conditio sine qua* para a instauração do processo principal, o que significa que este pode ser deflagrado independentemente daquele. Não obstante, tem grande serventia no que toca à formação do convencimento a ser utilizado no feito principal. Portanto, sua natureza é a de processo *acessório*, nele não podendo ser tomada a providência principal prevista em lei.

São típicos exemplos desse tipo de processo o inquérito policial, o inquérito civil e a sindicância. Todos visam à apuração de fatos como suporte para a instauração de um processo principal. O inquérito policial e o inquérito civil são processos administrativos preparatórios de processo judicial — a ação penal e a ação civil pública. A sindicância serve de suporte à instauração de outro processo administrativo, que não tem nomenclatura específica, mas que se caracteriza como processo *principal* em relação ao *preparatório*. Em certos estatutos é denominado de “*inquérito administrativo*”, conquanto seja imprópria essa terminologia.

Processos administrativos dessa natureza são *inquisitórios*, e não *contraditórios*, porquanto neles não incide o princípio do contraditório e da ampla defesa. Como neles não se apresenta qualquer litígio ou conflito direto de interesses, é inaplicável o art. 5º, LV, da Constituição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

29. Art. 5º, LXXVIII, CF.

A despeito de seu escopo meramente investigatório, o processo de apuração de fatos não permite a prática de arbitrariedade por parte do administrador. Além disso, deve observar o *"due process of law"*, que se traduz no respeito aos trâmites e exigências que a lei prevê para cada um deles. Por outro lado, mesmo não se assegurando o direito ao contraditório, o interessado (indiciado ou sindicado) tem o direito à vista e ao exame de todo o processo, podendo também requerer a expedição de certidão de suas peças para a defesa de seus direitos – garantia expressa no art. 5º, XXXIV, "b", da Constituição.

Não se pode deixar de realçar um aspecto importante em relação aos processos investigatórios: o objetivo desses feitos é apenas o de apurar, investigar, coletar elementos para que o agente público possa consolidar sua convicção a respeito do objetivo principal quando instaurar o processo subsequente. Desse modo, não podem esses procedimentos ensejar a aplicação de qualquer penalidade, finalidade bem diversa daquela a que se destinaram. Aplicar punição em processo apuratório implica a nulidade do feito e da própria sanção.

É certo que alguns estatutos funcionais, ao tratarem da responsabilidade funcional dos servidores, contemplam "sindicância" ao término da qual se prevê a aplicação de punição. É o caso, por exemplo, do art. 145, II, da Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União Federal), que admite a aplicação da penalidade de advertência como resultado de sindicância. Na verdade, a terminologia é equivocada. Tal processo de "sindicância" só tem o nome, pois que tem a natureza de processo principal, de caráter punitivo, dentro do qual urge conferir ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Esse defeito, aliás, já deveria ter sido sanado no Estatuto federal, visto que, além de despido de técnica, provoca imensa confusão entre os estudiosos e desmonta o sistema punitivo que a doutrina instituiu para melhor desempenho do poder disciplinar do Estado. Certo, assim, dizer-se que *"tanto na sindicância, como no inquérito, deve-se garantir ao acusado ou investigado sempre os meios de defesa e o contraditório, para possibilitar que a verdade seja a prevalente, pois no campo administrativo-processual não se admite mais atos acusatórios, onde a verdade já é sabida pela Comissão Julgadora"*³⁰.

A questão aqui é de grande singeleza: se o processo se destina a averiguar a ocorrência de atos ilícitos e a identificação da autoria, a atuação administrativa é autoexecutória e dispensa a garantia do contraditório em favor daquele que se encontra na posição de investigado. Em compensação, a Administração não pode punir. O processo tem como alvo apenas a formação de conven-

30. MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada*, Ed. América Jurídica, 2005, pág. 755.

cimento para a instauração de novo processo – este, sim, acusatório e com a exigência do contraditório. Não formado o convencimento acusatório, o processo investigatório desafia o arquivamento.

5.4. PROCESSOS ACUSATÓRIOS

O processo administrativo acusatório pressupõe que o administrador já esteja munido de elementos de convencimento através dos quais possa formular sua acusação. Aqui, portanto, incide o art. 5º, LV, da CF, em toda a sua plenitude. O princípio do contraditório revela-se inafastável nesse tipo de processo. *“Este princípio é considerado como inerente ao caráter contencioso do processo judicial”*, como afirmou reconhecido jurista³¹, mas estende-se a qualquer processo contencioso. Impõe-se, portanto, a condução dialética do processo.

Típico processo acusatório é o processo disciplinar instaurado na via administrativa. A Administração não pode exercer seu poder punitivo sem que, no respectivo processo administrativo, seja assegurado ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa. A Constituição não deixa dúvida sobre a imposição da garantia: refere-se aos *“acusados em geral”*, sem fazer qualquer especificação sobre o local e a forma de acusação.

É a garantia do contraditório que dá ensejo ao direito de defesa por parte do acusado. Normalmente destina-se uma fase à defesa do servidor, *“fase essa em que poderá apresentar razões escritas e requerer novas provas, se as da instrução não tiverem sido suficientes para dar sustento a suas razões”*, como averbamos em outra oportunidade³². O ponto central da defesa é efetivamente o de permitir que o interessado rechace a acusação que lhe é imputada e é nesse aspecto que se impõe a incidência do princípio do contraditório.

5.5. PROCESSOS LITIGIOSOS

Processos litigiosos, conforme já se antecipou, são aqueles nos quais se forma um litígio, vale dizer, um conflito de interesses, em que alguém persegue a satisfação de determinado interesse e outra pessoa resiste ao pleito, contrariando a pretensão do primeiro. Em outras palavras, o litígio (ou lide) traduz um *“conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”*, no feliz ensinamento de CARNELUTTI.

31. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Saraiva, vol. 1, 1990, pág. 68.

32. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual cit.*, pág. 945.

No âmbito do processo judicial, o estudo da lide revela-se fundamental para todo o conceito de ação e de suas condições. Outrossim, é importante relembrar que *interesse* é a busca da satisfação de uma necessidade e, quando alguém pretende subordinar interesse alheio a seu próprio interesse, passa a ter *pretensão*. O *conflito de interesses* surge quando mais de uma pessoa pretende usufruir o mesmo bem. O *litígio* (ou *lide*, termo sinônimo), na lição de eminente processualista, aparece “quando o conflito surgido na disputa em torno do mesmo bem não encontra uma solução voluntária ou espontânea entre os diversos concorrentes”³³.

O já referido art. 5º, LV, da Constituição, assegura o contraditório e ampla defesa “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral”. O texto merece interpretação compatível com o intuito do Constituinte, para o fim de distinguir-se processos litigiosos e processos acusatórios. Com certeza, em se tratando de processo acusatório, não pode deixar de haver litígio em seu âmago. A pretensão acusatória depara uma resistência do acusado, formando-se então a lide.

Entretanto, nem todo processo litigioso pressupõe uma acusação. Para que o processo seja litigioso basta que se apresente o conflito de interesses. Nesse caso, mais de uma pessoa estará buscando a satisfação do mesmo interesse, obrigando a que se oponha uma solução consensual ou de reconhecimento ao direito de algum dos litigantes. Nem por isso se fará imperiosa uma acusação, isto é, uma imputação específica a alguém de conduta ilícita e geradora de sanção.

No âmbito da Administração, podem encontrar-se vários exemplos de processos litigiosos destituídos de acusação formal. Cite-se, como exemplo, o *processo administrativo anulatório*, ou seja, aquele que se destina, exclusivamente ou entre outras providências, a anular atos administrativos contaminados de vício de legalidade. Não há propriamente qualquer tipo de acusação em tais processos. O escopo do administrador é apenas o de exercer o poder de autotutela, corrigindo atividades administrativas ofensivas ao princípio da legalidade.

Todavia, faz-se necessário aqui traçar a linha demarcatória de duas categorias de processos anulatórios. Uma delas consiste naqueles feitos que visam somente à invalidação de atos meramente ordinatórios da Administração ou de outros atos que não interferem na órbita jurídica concreta do administrado. A outra é a categoria dos processos em que a anulação alvitada vai irradiar seus efeitos na esfera jurídica do interessado.

33. HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *Curso de Direito Processual Civil, Forense*, vol. I, 26ª ed., 1999, pág. 35.

Quando a Administração instaura o processo com o fito de invalidar atos comuns, da rotina administrativa e inerentes à gestão interna do órgão, não incide o princípio do contraditório. É que, na hipótese, não se faz presente nenhum litígio de que faça parte o administrado. Cuida-se da atuação autocorretiva da Administração mediante a exclusão de atos inquinados de vício de legalidade. Desse modo, a atividade final do órgão no processo, qual seja a de anular o ato, qualifica-se como autoexecutória, independentemente, por conseguinte, de autorização de outras autoridades estatais e da aplicação do contraditório.

A atuação autoexecutória também sucederá no caso de a Administração alvejar a anulação do ato administrativo que, embora de natureza concreta, não afete o interesse jurídico do administrado. Semelhante hipótese também se configura como da rotina administrativa e, como inexistente litígio e eventual correção do ato não interfere na esfera jurídica do indivíduo, a este não se precisa garantir o contraditório. É o caso, *v.g.*, em que a Administração quer apenas convalidar o ato por defeito na forma.

Situação contrária é aquela em que o processo tem o objetivo de invalidar certo ato administrativo *com efeitos gravosos* para o administrado. Até algum tempo atrás, a anulação de atos permitia sempre que o administrador exercesse a prerrogativa da autoexecutoriedade, não se exigindo a verificação dos efeitos da invalidação em face do interesse jurídico da pessoa prejudicada pelo desfazimento. Ao deparar a ilegalidade, providenciava-se a sua imediata invalidação.

A autocorreção imediata, em situações como essa, tinha fundamento na doutrina segundo a qual o ato nulo não poderia produzir efeitos e sua anulação haveria de produzir efeitos *ex tunc*, retroagindo ao momento em que o ato fora editado. Era a doutrina clássica, na qual não se realçava o interesse do administrado na manutenção do ato³⁴. Por outro lado, vicejava em toda a sua plenitude e sem restrições as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, nesta última sendo declarado incisivamente que “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos”.

A ideia central desse pensamento não tinha foco no direito de defesa e na garantia do contraditório, mas sim na circunstância de que haveria possibilidade de autotutela no caso de atos ilegais, além do fato de que seriam estes insuscetíveis de gerar efeitos jurídicos. Contudo, é mister acentuar que a ideia em si cuidava apenas da autotutela, mas não se afirmava se esta seria ou não autoexecutória. Quer dizer: seria congruente a interpretação segundo a qual,

34. Entre outros, MÁRIO MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, RT, 5ª ed., 1974, págs. 160/162.

apesar de tudo, a Administração, em alguns casos, não poderia agir *sponte sua*. Poderia autocorrigir-se, mas não de modo incondicionado e absoluto.

No processo evolutivo do Direito Administrativo, porém, desenvolveu-se a necessidade de dar tratamento mais justo e razoável à hipótese, reduzindo-se e, conforme o caso, afastando-se o direito de a Administração agir com autoexecutoriedade quando pretende anular atos, causando reflexos na órbita jurídica do administrado. Importante anotar que essa investida contra a Administração não lhe retirou o poder de autotutela, até porque se trata de um poder-dever, ou seja, a Administração *deve exercer o poder*. Exige-se-lhe, no entanto, que não o faça *manu militari*, mas sim com a observância do devido processo legal, neste incluída a garantia do contraditório.

A Lei nº 9.784/99 deu um passo adiante ao impedir a autotutela perpétua, situação que permitiria à Administração anular seus atos a qualquer momento, independentemente do tempo decorrido depois da prática do ato. O art. 54 dessa lei dispõe que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. A lei, contudo, não cuidou especificamente da incidência do princípio do contraditório nesse caso.

Sem embargo do silêncio da lei, o influxo do princípio tem sido aceito por grande número de doutrinadores e adotado por diversas decisões judiciais. Nessa linha de pensamento, se a Administração pretende anular ato administrativo por meio de outro ato, este anulatório daquele, de modo que o desfazimento venha a acarretar gravame para o administrado, tem o dever de, no respectivo processo administrativo, conceder ao interessado o direito ao contraditório, em ordem a que se lhe permita *rechaçar os motivos* que a estão impelindo a promover a supressão do ato.

Na verdade, pretende-se impedir a autoexecutoriedade administrativa no processo anulatório a fim de que o interessado possa apresentar dados e produzir provas que demonstrem a inadequação dos motivos invocados pelo administrador para a anulação do ato. Como a anulação se funda em razões de legalidade, ao interessado cabe coletar e apresentar os elementos indicativos da total higidez do ato e, conseqüentemente, da desnecessidade de invalidá-lo. Haverá hipóteses em que o contraditório será exclusivamente de direito, quando, por exemplo, a controvérsia se referir a interpretação de lei ou de outros atos. Mas o contraditório poderá também ser fático, quando a discussão envolver aspectos de fato componentes do motivo apontado pela Administração.

O atual entendimento sobre essas hipóteses descansa no fato de que a intenção da Administração de anular determinado ato administrativo e o escopo contrário do administrado de vê-lo mantido e eficaz formam, sem dúvida, um conflito de interesses e, portanto, um litígio. Incide, pois, o art. 5º, LV,

da CF. Por tal motivo, o dever de ouvir o administrado antes da anulação do ato serve para constatar se vai ou não formar-se a lide. Se o administrado, sob o contraditório, nada opuser, a Administração poderá proceder à anulação sem maiores problemas. Mas, se o administrado resistir ao intento anulatório, deverão ser ponderadas as razões que invocou para advogar a manutenção do ato. Significa que o contraditório não terá a função de impedir a anulação, mas estará a permitir que o interessado se manifeste sobre a pretensão anulatória da Administração.

Não é demais salientar que o influxo do contraditório no processo administrativo anulatório, quando a invalidação possa afetar o interesse do administrado, retrata verdadeiro *controle prévio de legalidade do ato de anulação* (controle *a priori*). Com efeito, se não fosse exigida a oitiva da parte interessada, a anulação se consumaria desde logo e ao administrado só caberia o controle *a posteriori* – que, como todos sabemos, provoca algumas vezes danos irreparáveis ou, no mínimo, de difícil reparação. A vantagem do controle prévio é que nele está presente uma dinâmica preventiva que tem idoneidade de evitar que algo de errado seja produzido pela Administração em desfavor do administrado.

Observe-se, todavia, que nem a ausência do contraditório nem a recusa das razões invocadas pelo administrado no caso de haver a contradita agredem o princípio do acesso ao Judiciário, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. O controle judicial é uma garantia intangível e, portanto, refoge à questão do contraditório no processo administrativo: este é concernente apenas ao *controle administrativo*. Cabe destacar, portanto, que o interessado pode recorrer ao Judiciário ainda que, tendo exercido o contraditório na via administrativa, sejam recusadas as razões de fato ou de direito que ofereceu para evitar o ato de anulação.

A exigência do contraditório em processos administrativos anulatórios, quando for previsível a resistência do administrado à pretensão do órgão administrativo, tem sido defendida por reconhecidos doutrinadores, que a veem como inafastável garantia do direito de defesa e como relevante instrumento democrático de participação da sociedade na gestão administrativa dos interesses públicos.

ADILSON DALLARI, em trabalho que escreveu sobre os poderes administrativos, destacou as novas tendências à restrição da autocorreção administrativa. Disse o renomado publicista: *“Isso significa uma severa restrição ao poder de autotutela de seus atos, de que desfruta a Administração Pública. Não se aniquila essa prerrogativa; apenas se condiciona a validade da desconstituição de ato anteriormente praticado à justificação cabal da legitimidade dessa mudança de entendimento, arcando a Administração Pública com o ônus da prova. A ausência ou inconsistência*

da motivação acarreta a nulidade do ato de tutela”³⁵. São observações que, como se pode notar, denunciam a necessidade, não de suprimir, mas de condicionar a atuação administrativa para conciliá-la com os interesses dos administrados.

Os Tribunais também se têm manifestado no sentido da imposição do contraditório. O STF, através do Min. MARCO AURÉLIO, já teve a oportunidade de decidir:

“ATO ADMINISTRATIVO – REPERCUSSÕES – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE – SITUAÇÃO CONSTITUÍDA – INTERESSES CONTRAPOSTOS – ANULAÇÃO – CONTRADITÓRIO. Tratando-se de anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular”. (grifamos)³⁶

Além do fundamento democrático que inspira a exigência do contraditório nos casos de anulação de certos atos administrativos, não se pode deixar de mencionar a adoção, cada vez mais frequente, de dois princípios regentes da Administração Pública: os *princípios da segurança jurídica* e da *proteção à confiança*.

Pelo *princípio da segurança jurídica*, a sociedade tem a justa expectativa de estabilidade das normas que regem e disciplinam seus direitos e interesses. De fato, o administrado sente-se mais seguro quanto mais duradouro for o seu sistema normativo. É o que alguns doutrinadores denominam de “*certeza jurídica*”, com o sentido de que “*o indivíduo deve estar seguro não só quanto à norma aplicável, mas também quanto ao sentido deôntico que encerra essa mesma norma*”³⁷. Avulta notar que a segurança jurídica não abrange apenas as normas contidas nas leis, mas todas as normas do ordenamento jurídico, incluindo-se aí os atos administrativos.

O *princípio da proteção à confiança* traduz um corolário da segurança jurídica. Nele reponta mais diretamente a relação jurídica entre o Estado e o administrado. Os atos estatais introduzem no indivíduo a ideia de que foram praticados corretamente, no exercício de função pública não contaminada e, com base em tal premissa, o indivíduo deposita sua confiança não só nos

35. ADILSON DE ABREU DALLARI, “Os Poderes Administrativos e as Relações Jurídico-Administrativas”, em Revista Trimestral de Direito Público nº 24, ano 1998, pág. 69.

36. STF, RE 158.543-RS, 2ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ 06.10.95.

37. RAFAEL VALIM, *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 2010, pág. 47.

próprios atos, como nos efeitos para os quais foram instituídos. Em síntese, *“para que possa ser empregado, o princípio da proteção da confiança exige um comportamento ou ato estatal capaz de criar uma expectativa legítima no seu destinatário”*, como já assinalou moderno jurista³⁸.

Todas essas considerações – feitas de forma resumida em razão da natureza deste trabalho – não representam hostilidade contra os poderes administrativos e, especialmente, contra os poderes de autotutela e de autoexecutoriedade cometidos à Administração. Em nosso entender, cuida-se de postulados indissociáveis da própria função administrativa. Sem esse tipo de prerrogativa, a Administração estaria cerceada no exercício de suas funções e, o que é mais grave, com reflexos prejudiciais para a própria coletividade. Evidentemente isso não seria preservar o interesse público.

A finalidade é apenas demonstrar que, no evoluir do Direito Administrativo, vão sendo introduzidas algumas novas garantias aos administrados para que se lhes possa permitir o controle dos atos estatais. No caso de atos administrativos que estejam na iminência de ser anulados, e diante da certeza de que a anulação pode afetar direitos individuais, a autoexecutoriedade administrativa seria eminentemente autoritária e antidemocrática, repetindo o verticalismo que caracterizou a atividade administrativa do século XIX.

Desse modo, e para encerrar estas observações, se a Administração pretende anular ato administrativo, com a previsão de que o ato anulatório poderá interferir na esfera de interesses do indivíduo, deve instaurar processo administrativo no qual indique, de forma clara, seu intento anulatório e os motivos por que pretende fazê-lo. Além disso, deve cientificar o interessado de seu intuito e de suas razões, além de conceder-lhe prazo razoável para manifestar-se sobre a pretensão administrativa. Somente depois de escoado o prazo, com ou sem manifestação, caberá à Administração confirmar ou não a intenção de anular o ato. Em outras palavras, a anulação nesse caso não ensejará atuação autoexecutória da Administração, eis que, para alcançar seu objetivo, terá que curvar-se à incidência do princípio do contraditório no mesmo processo administrativo.

A propósito, vale a pena lembrar os sempre exatos ensinamentos de GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN FERNÁNDEZ, para os quais, sob a perspectiva do Direito Administrativo, os privilégios da Administração devem conciliar-se com as garantias das pessoas: *“El Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías. En último término, todos los problemas jurídico-administrativos consisten – y esto conviene*

38. VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO, *O Princípio da Proteção da Confiança*, Ed. Impetus, 2009, pág. 83.

tenerlo bien presente – en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos”³⁹.

6. CONCLUSÕES

Depois de todas as observações que oferecemos acima, é possível extrair algumas conclusões sobre os temas que constituem o foco deste sucinto estudo.

A primeira delas expressa o que nos parece uma verdade insuperável no âmbito do Direito Administrativo: a autoexecutoriedade, como prerrogativa conferida ao Poder Público, é inerente ao exercício da própria função administrativa e desta efetivamente indissociável. Certas situações de crise exigem a pronta intervenção do Estado em prol do interesse coletivo. Retardar a imediata ação do administrador público pode provocar danos irreversíveis ou de difícil reparação aos indivíduos e aos grupos sociais.

Como regra, os atos administrativos são o desfecho de um processo administrativo. Significa que a Administração, vinculada a rígidos padrões burocráticos, instaura processos administrativos nos quais intervêm vários órgãos e agentes, para ao final ser praticado o ato ou a providência alvitrada. Em vários processos, a atividade desenvolvida não interfere na esfera jurídica dos indivíduos, sendo, portanto, dispensável aplicar-se o princípio do contraditório.

Em outros processos, porém, a esfera dos direitos individuais é ou pode ser atingida pelo ato administrativo almejado pela Administração. É o que ocorre com os processos acusatórios e com os processos litigiosos *stricto sensu*. Ambos se subsumem ao disposto no art. 5º, LV, da Constituição, impondo-se, em decorrência desse fato, a garantia do contraditório.

Nos processos tipicamente acusatórios, o influxo do princípio do contraditório – de certo modo em virtude de sua semelhança com o processo penal – sempre foi aceito e exigido sem maiores controvérsias. A garantia aloja-se no próprio direito de defesa e esta se torna bem menos eficaz, ou até inócua, se não for permitido que o acusado contradiga as acusações que lhe são imputadas.

Entretanto, é nos processos litigiosos em sentido estrito que mais se tem desenvolvido a preocupação de assegurar aos litigantes privados a oportunidade de exercer o contraditório. A lide, qualificada pela pretensão resistida,

39. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ediciones, Madri, vol. I, 10ª ed., 2001, pág. 51.

na qual uma das partes é o próprio Estado, gera, por si só, a imprescindibilidade da oitiva do interessado, bem como a possibilidade de comprovação de suas alegações.

Entre os processos litigiosos, ressaí aquele em que a Administração pretende anular ato administrativo, podendo a anulação contrariar o interesse do administrado na permanência do mesmo ato. Esse é o ponto de tensão que caracteriza a formação do litígio. Desse modo, presente o litígio, deve a Administração assegurar ao interessado o direito ao contraditório e à ampla defesa, em ordem a poder rechaçar os elementos de fato ou de direito formadores do motivo invocado pelo Poder Público para a invalidação. A garantia, nesse aspecto, constitui verdadeira forma de controle *a priori*, sendo viável que a solução corretiva se produza dentro do processo administrativo. De qualquer modo, vedada estaria a autoexecutoriedade nesse propósito anulatório.

Em síntese, é possível afirmar que a prerrogativa da autotutela, ressalvadas as hipóteses de decadência, continua sendo inteiramente acolhida. O que se entende vedado em algumas situações de tensão é o exercício autoexecutorio da autotutela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de — *O Princípio da Proteção da Confiança*, Impetus, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Yves Gandra — *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 2º vol., 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos — *Manual de Direito Administrativo*, Lúmen Júris, 22ª ed., 2009.

_____ — *Processo Administrativo Federal*, Lúmen Júris, 4ª ed., 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos — *El Acto Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974.

DALLARI, Adilson de Abreu — “Os Poderes Administrativos e as Relações Jurídico-Administrativas”, em *Revista Trimestral de Direito Público* nº 24, ano 1998.

ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón — *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ediciones, Madri, vol. I, 10ª ed, 2001.

FAGUNDES, M. Seabra — *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Forense, 5ª ed., 1979.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson de Abreu — *Processo Administrativo*, Malheiros, 2ª ed., 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Saraiva, vol. I, 1990.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; e CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa — *Processo Administrativo. Comentários à Lei nº 9.784/1999*, Fórum, 2008.

FRAGA, Gabino — *Derecho Administrativo*, Ed. Porrúa, México, 17ª ed., 1977.

LAUBADÈRE, André de — *Manuel de Droit Administratif*, LGDJ, Paris, 10ª ed., 1976.

LIMA, Ruy Cirne — *Princípios de Direito Administrativo*, RT, 6ª ed., 1987.

MASAGÃO, Mário — *Curso de Direito Administrativo*, RT, 5ª ed., 1974.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de — *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada*. América Jurídica, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes — *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 29ª ed., 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de — *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 26ª ed., 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de — *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, vol. I, 2ª ed., 1979.

MOTTA, Fabrício — *Função Normativa da Administração Pública*, Fórum, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago — *Processo Administrativo*, Atlas, 2009.

SCURO NETO, Pedro — *Sociologia Geral e Jurídica*, 6ª ed., 2009.

SILVA, José Afonso — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 20ª ed., 2002.

TÁCITO, Caio — *Direito Administrativo*, Saraiva, 1975.

THEODORO JUNIOR, Humberto — *Curso de Direito Processual Civil*, Forense, vol. I, 26ª ed., 1999.

VALIM, Rafael — *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 2010.

CONTRATOS BANCÁRIOS: POLÊMICAS E ILEGALIDADES

LEONARDO ARAUJO MARQUES¹

Contratos bancários. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Clientes consumidores e não-consumidores. Teorias finalista e maximalista. A vulnerabilidade e conceito de destinatário final. Anatocismo e a (in) constitucionalidade da Medida Provisória 2170-36. Posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos demais Tribunais do País. Comissão de Permanência. Origem e regulamentação atual. A (ina) cumulatividade com verbas remuneratórias e moratórias. Hipóteses e formas de incidência admitidas pela jurisprudência. Liquidação antecipada de empréstimos bancários. Direito ao desconto proporcional dos juros. Ilegalidade de tarifa para liquidação antecipada. Juros remuneratórios. Onerosidade Excessiva. Taxa média do mercado.

Introdução: Conceito de Contratos Bancários

Desde o pórtico advertimos: são muitas as polêmicas e as ilegalidades quando nos voltamos para o estudo dos contratos bancários. Mas antes de destacar os pontos que sob nossa ótica merecem especial atenção, é de todo oportuno esclarecermos sobre qual terreno iremos caminhar, pois, afinal, o que são contratos bancários?

A base da nossa resposta deve ser extraída do conceito hodiernamente aceito pela grande maioria dos doutrinadores para os contratos em geral. Assim, relembramos que desde CLÓVIS BEVILÁQUA² contrato pode ser con-

1. Promotor de Justiça Titular da Promotoria Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito Empresarial e Tributário; Professor dos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas - FGV; Conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ; Professor da Telejur e de outros cursos jurídicos. Ex-gerente de banco.

2. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª Ed. Editora Francis Alves: Rio de Janeiro, 1929.

ceituado como o encontro de vontades de duas ou mais pessoas para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.

A esta receita devemos acrescentar apenas dois novos ingredientes, um objetivo e outro subjetivo. O último é a presença de uma Instituição Financeira, que a partir de agora denominaremos apenas de Bancos. O outro ingrediente é a operação bancária, isto é, não basta para definição de contrato bancário a presença de um banco, havendo a necessidade de que ele esteja no desempenho de operação de índole creditícia, intermediando recursos monetários.

Dessa forma, definimos contrato bancário como o negócio jurídico bilateral, decorrente do encontro de vontades de duas ou mais pessoas, uma delas necessariamente instituição financeira no desempenho de sua função bancária, que produz, resguarda, modifica ou extingue direitos e gera obrigações jurídicas de cunho patrimonial.

Como já salientado, a intenção de nossas breves considerações não tem a pretensão de esgotar todos os assuntos relacionados aos contratos bancários. Aliás, sequer conseguiremos abordar de forma abrangente todos os aspectos polêmicos, muito menos identificar todas as ilegalidades que podem ser encontradas no meio bancário. Nossa preocupação é fazer uma análise apenas daqueles pontos mais relevantes para o cotidiano daqueles que militam ou que pretendem militar nesta seara.

1. Código de Defesa do Consumidor: Todo cliente é consumidor?

Há de se ressaltar que, do ponto de vista doutrinário, remanesce a discussão sobre a constitucionalidade da aplicação, em tese, do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, conforme preceitua o § 2º do seu artigo 3º.

ARNOLDO WALD³ capitaneou um renomado grupo de juristas, dentre eles LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, GERALDO CAMARGO VIDIGAL e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, contratados pela FEBRABAN⁴, que elaborou preciosos pareceres jurídicos defendendo a inconstitucionalidade da aplicação do CDC às operações bancárias⁵. Os principais fundamentos foram: 1) dinheiro e crédito não podem ser considerados produtos ou serviços; 2) os clientes devedores não usam o dinheiro e o crédito como destinatários finais, pois esses recursos tendem a voltar ao mercado como instrumentos de pagamento; 3) o cliente investidor também não se enquadraria no conceito de consumidor, pois não está adquirindo produtos ou serviços; 4) a atividade bancária, se-

3. WALD, Arnaldo. *O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. Revista dos Tribunais. Volume 666, p. 7/17.

4. Federação Brasileira dos Bancos.

5. A FEBRABAN patrocinou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591.

gundo a Constituição Federal, está submetida apenas à normatização do Conselho Monetário Nacional.

Por outro lado, NEWTON DE LUCCA, SÉRGIO CAVALIERI FILHO, NÉLSON NERY JR, CLÁUDIA LIMA MARQUES e vários outros juristas prontamente se opuseram à inconstitucionalidade defendida pelos Bancos. Aliás, nessa linha foi a decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar, por maioria, improcedente a ADI 2591⁶. O Superior Tribunal de Justiça também comunga desse entendimento, conforme se extrai do enunciado da súmula 297⁷.

A principal justificativa é a inexistência de diferença significativa entre os serviços bancários e os demais tipos de serviços, ao menos para fins de incidência do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação não afasta o poder normativo do Conselho Monetário Nacional.

Mas se não existe dúvida sobre a incidência, em tese, das normas consumeristas aos contratos bancários, semeamos algumas: aplica-se o CDC a todos os contratos bancários? Todos os clientes podem ser considerados consumidores?

A aplicação do CDC quando o cliente é uma pessoa física comum não desperta grandes discussões, mas e quando uma sociedade empresária contrata um mútuo ou celebra um depósito bancário, estas operações estão submetidas às normas do CDC?

O objetivo da legislação especial é proteger o vulnerável na relação de consumo, especialmente em razão das inúmeras ilegalidades geradas a partir da proliferação dos contratos de massa, onde a vontade do mais fraco quase não é levada em conta no momento da formação do contrato. O artigo 2º do CDC dispõe que consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza bens ou serviços como destinatário final. Esse conceito, infelizmente, há muito se mostra incapaz de identificar com precisão o público alvo do CDC⁸.

Basta imaginar, por exemplo, um contrato de depósito bancário celebrado entre um banco e uma grande construtora ou, ainda, um contrato de leasing financeiro de um caminhão com uma microempresa do ramo de transportes.

Na primeira hipótese temos a grande construtora como destinatária final de um serviço bancário, mas não nos parece coerente a aplicação do CDC a

6. Vencidos, em parte, os Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim.

7. STJ, Súmula 297 – O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

8. A doutrina ainda discute qual a melhor teoria para conceituar consumidor: a subjetiva ou finalista, restringindo o conceito de consumidor para o destinatário final econômico do produto ou do serviço; ou a objetiva ou maximalista, que flexibiliza e amplia o conceito de consumidor com base na vulnerabilidade.

esta relação. Por outro lado, na segunda hipótese, a microempresa não é a destinatária final econômica, mas se apresenta extremamente vulnerável naquela operação, recomendando a proteção do CDC.

Caminha para pacificação o entendimento de que não se aplica o CDC aos contratos bancários em que as pessoas jurídicas buscam capital de giro para suas atividades. Nesse sentido destacamos:

Nesta vertente, é de se destacar que o contrato celebrado entre as partes se destina a capitalizar a empresa autora. **E quando o produto do contrato bancário se destina à capital de giro, não se pode qualificar a pessoa jurídica mutuária como destinatária final do produto**, de modo que as normas consumeristas não incidem na relação contratual em exame, por insuficiência do respectivo suporte fático. Essa orientação tem sido adotada pelo STJ⁹.

Agravo regimental no agravo de instrumento. Contrato de mútuo bancário. **Crédito destinado ao capital de giro da empresa**. Conceito de destinatário final afastado. Relação de consumo inexistente. Inaplicabilidade do código de defesa do consumidor. Precedentes desta corte. Incidência da súmula 83 do STJ. Agravo regimental improvido¹⁰.

Ainda em clima de restrição, o Superior Tribunal de Justiça já sinalizou que a aplicação do CDC às sociedades empresárias só deve ocorrer de forma excepcional. Vejamos:

Direito civil. Consumidor. Agravo no recurso Especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação. — A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de **somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto**; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. Negado provimento ao agravo¹¹.

Nota-se, portanto, que não basta ser destinatário final para a pessoa jurídica empresária se beneficiar das regras do Código de Defesa do Consumidor. Além dessa condição, o elemento vulnerabilidade é de vital importância segundo a jurisprudência dos tribunais superiores para a caracterização da relação de consumo.

A vulnerabilidade hoje é tão cara para o Superior Tribunal de Justiça, que em alguns casos decidiu-se pela aplicação do CDC mesmo reconhecendo que

9. TJ/ES, **Apelação Cível 011.03.079935-4**. Segunda Câmara Cível.

10. STJ, AgRg no Ag 900.563/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 03/05/2010.

11. STJ, AgRg no REsp 687.239/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06.04.2006, DJ 02.05.2006 p. 307.

o empresário, na hipótese, não era o destinatário final. No julgamento do REsp. 716.877/SP pela 3ª Turma, o Ministro Ary Pargendler destacou a controvérsia e se posicionou pela ampliação do conceito de consumidor nos seguintes termos:

No estado atual do nosso ordenamento, a pessoa jurídica está incluída no conceito de consumidor por expressa disposição de lei (CDC, art. 2º, caput).

A dificuldade da definição legal é a de que a qualidade de consumidor está vinculada à condição do adquirente do produto, a de destinatário final.

A noção de destinatário final não é unívoca. Pode ser entendida como o uso que se dê ao produto adquirido. Sob esse viés, seria consumidora a pessoa jurídica que utilizasse o produto para fins não econômicos. Isso poderia reduzir a proteção legal do consumidor a pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa. A doutrina e a jurisprudência, por isso, vêm ampliando a compreensão da expressão 'destinatário final' para aqueles que enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade.

Nessa linha, uma pessoa jurídica de vulto que explore a prestação de serviços de transporte tem condições de reger seus negócios com os fornecedores de caminhões pelas regras do Código Civil. Já o pequeno caminhoneiro, que dirige o único caminhão para prestar serviços que lhe possibilitarão sua manutenção e a da família deve ter uma proteção especial, aquela proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor. A propósito, José Geraldo Brito Filomeno extrai da doutrina estrangeira um exemplo muito apropriado à espécie sub judice:

'... o homem que dispõe de um caminhão apenas para conduzir seu negócio é um consumidor com relação ao grande fabricante do caminhão com relação ao qual dificilmente se poderia dizer que tivesse igual poder de barganha' (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª edição, Forense Universitária, pág. 33)''

Nessa esteira, mesmo quando uma pessoa física ou jurídica não seja propriamente destinatária final do produto ou do serviço, evidenciada sua vulnerabilidade perante o fornecedor, pode-se aplicar o CDC. Foi exatamente o que aconteceu no julgamento do REsp. 1080719/MG, também da Terceira Turma, desta feita tendo como relatora a Min. Nancy Andrighi. O Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão do Tribunal Mineiro e determinou a aplicação do CDC numa relação em que um pequeno empresário do ramo de transportes litigava com a Volkswagen. Vejamos a ementa:

Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório. —

Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. — Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica. — Nesta hipótese está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido.

Analisando uma relação de financiamento bancário de atividade agrícola através de cédula de crédito rural, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça também determinou a aplicação do CDC, destacando que a vulnerabilidade é o elemento essencial para a caracterização da relação de consumo. Eis a síntese da decisão:

Sustentou, entre outras questões, que (o CDC não se aplica às operações de financiamento agrícola, pois o crédito rural tem normas próprias, destacando que, nessa forma de empréstimo, o mutuante não utiliza o dinheiro como destinatário final. Para a Min. Relatora, em relação à possibilidade de ser aplicado o CDC às operações de financiamento agrícola, bem como quanto à validade da comissão de permanência, a jurisprudência do STJ já consolidada na Segunda Seção é no sentido contrário à pretensão da recorrente, isto é, aplica-se o CDC aos contratos firmados entre instituição financeira e o agricultor, pessoa física, ainda que para viabilizar seu trabalho como produtor rural. Diante disso, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados: AgRg no REsp 677.851-PR, DJe 11/5/2009; AgRg nos EDcl no REsp 866.389-DF, DJe 1º/7/2008; AgRg no REsp 794.526-MA, DJ 24/4/2006; REsp 435.249-MS, DJ 7/10/2002, e REsp 299.435-MT, DJ 13/12/2004¹².

Por todo o exposto, podemos facilmente chegar à conclusão de que nem todos os contratos bancários estarão sujeitos ao CDC, especialmente se no caso concreto o cliente for um empresário ou sociedade empresária que não se revelar com a vulnerabilidade própria dos consumidores.

2. Os Juros Remuneratórios e o Anatocismo. Podem os bancos cobrar juros sobre juros?

Para os fins desse trabalho, podemos considerar juros remuneratórios como a taxa fixada em retribuição ao empréstimo de determinada soma em dinhei-

12. STJ, REsp 1127805/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 19/10/2009.

ro. Em linguagem mais simples, seria o “aluguel” cobrado pelo uso do dinheiro. Sua incidência pode ocorrer de forma simples ou composta.

A fórmula de juros simples é quando a taxa fixada só incide sobre o capital emprestado (valor principal da dívida), com ou sem correção monetária¹³. Assim, num contrato onde a taxa de juros é de 2% ao mês, ao final de um ano o devedor pagará 24%. Já nos juros compostos, alcinhado de anatocismo, a taxa fixada incide não apenas sobre o capital inicial emprestado, como também sobre os juros acumulados até aquele período. Logo, 2% ao mês se transformam em 26,82% ao ano.

Essa prática aumenta consideravelmente o valor da dívida, especialmente se ela for de longo prazo. No Código Civil de 1916 a questão estava tratada no artigo 1262, que autorizava a capitalização desde que expressamente pactuada. Entretanto, o Decreto 22.626/33, conhecido como Lei de Usura, vedou a capitalização em período inferior a um ano, isto é, somente após doze meses o valor dos juros acumulados poderia ser acrescentado ao valor principal. Eis o dispositivo legal proibitivo:

Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

Calcado nesse dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 121, conforme decisão proferida na sessão plenária de 13/09/1963, vedando a capitalização de juros, ainda que expressamente pactuada, mesmo para as operações realizadas dentro do Sistema Financeiro Nacional.

Apesar da expressa proibição, os Bancos nunca deixaram de capitalizar os juros em período inferior a um ano, mas foi a partir de 31/10/2000 que a questão ganhou novos contornos. Depois de reeditar 36 vezes a Medida Provisória 1782, que tratava apenas de normas sobre a administração de créditos do Tesouro Nacional, o Presidente da República reeditou-a com o número 2170-36¹⁴, acrescentando a seguinte regra:

Art. 5º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano¹⁵.

Imediatamente diversos juristas se insurgiram contra essa manobra, mas veio do Partido da República o ataque mais contundente: a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2316, proposta precisamente em 20/09/2000¹⁶. Os principais fundamentos para alegação de inconstitucionalidade foram:

13. É possível a incidência de correção monetária durante o contrato, desde que pactuada.

14. Na ocasião ela recebeu o número 2170-36/01.

15. Essa medida provisória foi reeditada com o novo texto diversas vezes, até que ganhou força de lei por força do artigo 2º da Emenda Constitucional 32 de 12 de setembro de 2001.

16. Proposta pelo Partido da República.

- I. Violação do caput do artigo 62 da Constituição Federal, haja vista que a questão já se encontrava sumulada pelo Supremo Tribunal Federal há quase 40 anos, ou seja, não havia o requisito da urgência para permitir a regulamentação do tema por medida provisória;
- II. Violação do atual artigo 62, § 1º, inciso II c/c 192, ambos da Constituição Federal, uma vez que as normas gerais relativas ao Sistema Financeiro Nacional só podem ser tratadas por Lei Complementar e, portanto, seria incabível a medida provisória;
- III. Violação aos artigos 5º e 7º da Lei Complementar 95/98, pois a MP 1963 tratava de matéria completamente estranha ao Sistema Financeiro Nacional, pois regulamentava a administração de créditos do Tesouro Nacional.

Antes de analisarmos o posicionamento dos Ministros da nossa Suprema Corte, convém conhecermos um pouco a jurisprudência dos demais Tribunais. Com lastro nos mesmos fundamentos invocados na ação direta de inconstitucionalidade supramencionada, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento das Arguições de Inconstitucionalidade 2003.017.00010, 2004.017.00004 e 2004.017.00005, pela unanimidade de votos, declarou inconstitucional o artigo 5º da MP 2170-36¹⁷. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal trilhou o mesmo caminho, conforme decisão igualmente unânime do seu Conselho Especial¹⁸.

Poderíamos aqui reproduzir outras decisões no mesmo sentido, pois praticamente todos os Tribunais Estaduais¹⁹ e Federais²⁰ espalhados Brasil a fora vem declarando a inconstitucionalidade do artigo 5º da MP 2170-36 e proibindo a capitalização de juros em período inferior a um ano.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, contrariando essa tendência, pelo menos até esse momento, repudia a tese de inconstitucionalidade e vem permitindo a cobrança de juros capitalizados em qualquer periodicidade, desde que pactuada, conforme se verifica nos seguintes precedentes:

Bancário. Recurso especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios.

17. Por todas: TJRJ, Arguição de Inconstitucionalidade 2004.017.00005. Órgão Especial. Relator Desembargador J. C. Murta Ribeiro. Julgado em 16/08/2004.

18. TJDF, Arguição de Inconstitucionalidade 2006.00.2.001774-7. Conselho Especial. Relator Desembargador Lécio Resende. Julgado em 04/07/2006.

19. TJSP, Apelação Cível 991.09.074075; TJPR, Apelação Cível 0642429-7; TJRS, Apelação Cível 70035156645.

20. TRF4, Inc.Arg. Inconst. AC nº 2001.71.00.004856-0/RS. Corte Especial. julgado em 02/08/2004; DJU em 08/09/2004; publicado na Revista do TRF da 4ª Região, Porto Alegre, a. 16, nº 55, p. 475-485.

Contrato que não prevê o percentual de juros remuneratórios a ser observado. I — julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade. Orientação — juros remuneratórios. (...). — Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Ônus sucumbenciais redistribuídos²¹.

Contrato bancário. Ação revisional. Arrendamento mercantil. Recurso especial. Tempestividade. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Disposições analisadas de ofício. Impossibilidade. Juros remuneratórios. Limitação afastada. Capitalização mensal de juros. Pactuação expressa. Descaracterização da mora. Pressuposto não evidenciado. Juros moratórios. Multa contratual. Litude da cobrança. Repetição do indébito e compensação. Possibilidade. (...). 5. Nos contratos bancários firmados posteriormente à entrada em vigor da MP n. 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o n. 2.170-36/2001, é lícita a capitalização mensal dos juros, desde que expressamente prevista no ajuste. (...) ²².

Nada obstante o panorama aparentemente pacífico sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luís Felipe Salomão, no dia 05/10/2009, nos autos do REsp. 1.003.530/RS, resolveu adotar o sistema de recursos repetitivos, facultando a manifestação do Banco Central do Brasil, da Federação Brasileira dos Bancos e do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

É importante assinalar que o Ministro em questão integrou honrosamente os quadros da Magistratura Fluminense, que por seu Órgão Máximo e por três vezes consecutivas declarou a inconstitucionalidade da MP 2170-36. Não bastasse isso, quando de sua atuação como Desembargador, além de encampar a tese de inconstitucionalidade, ainda determinou a devolução em dobro das quantias recebidas indevidamente, o que para nós, com a devida *vênia*, é incabível²³. Confira-se:

Apelação cível. Ação visando revisão de contrato cumulada com pedido de repetição de indébito. A aplicação de **juros** de mercado é admissível, eis que se trata de instituição financeira (enunciado 283, STJ). Contudo, permanece inaceitável a prática de capitalização de **juros**.

21. STJ, REsp 1112879/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 19/05/2010.

22. STJ, AgRg no Ag 1028568/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/05/2010.

23. Presunção de constitucionalidade das leis e medidas provisórias.

menos até 15 de maio de 1986, quando entrou em vigor a Resolução 1.129 do Conselho Monetário Nacional, que ampliou perigosamente o campo de aplicação da comissão de permanência, autorizando sua cobrança em qualquer contrato bancário. Eis o teor da Resolução em vigor:

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9, da Lei n. 4.595, de 31.12.64, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada nesta data, tendo em vista o disposto no art. 4, incisos VI e IX, da referida Lei, RESOLVEU:

I - Facultar aos bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, bancos de investimento, caixas econômicas, cooperativas de crédito, sociedades de crédito, financiamento e investimento e sociedades de arrendamento mercantil cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, "comissão de permanência", que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia o pagamento.

II - Além dos encargos previstos no item anterior, não será permitida a cobrança de quaisquer outras quantias compensatórias pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos.

Partindo da nova regulamentação do Conselho Monetário Nacional e do posicionamento defendido pelos Bancos, conceitua-se comissão de permanência como um encargo diário cobrado pela instituição financeira na hipótese de liquidação da dívida após o seu vencimento, calculado segundo as taxas originalmente pactuadas para o período de normalidade contratual ou segundo a taxa de mercado do dia do pagamento, sem prejuízo dos juros de mora, mas vedando-se sua cumulação com qualquer outra taxa remuneratória. Seu objetivo seria desestimular o prolongamento unilateral da obrigação e remunerar o capital.

No entanto, para validar esse conceito é preciso investigar a natureza jurídica da comissão de permanência. Ela é antiinflacionária, remuneratória ou moratória?

ARNALDO RIZZARDO foi um dos que defendeu a natureza antiinflacionária da comissão de permanência, salientando que um dos seus objetivos seria a atualização do valor da dívida³⁰. O Superior Tribunal de Justiça encampou essa tese ao aprovar a súmula 30, que até hoje proíbe a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária.

30. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Juros no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 321-2.

LUÍZ ANTÔNIO SCAVONE JUNIOR, por sua vez, forte na redação da Resolução 1.129 do CMN, defende o caráter compensatório da comissão de permanência, argumentando que seu escopo sempre foi remunerar o capital, mesmo no período de inadimplência³¹, razão pela qual sempre foi inacumulável com os juros remuneratórios.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça proibiu a cumulação da comissão de permanência com qualquer modalidade de juros compensatórios, conforme súmula 296³², sem afastar aquela natureza antiinflacionária reconhecida na súmula 30.

Por derradeiro, sobretudo a partir do julgamento do REsp. 706.368/RS, o Superior Tribunal de Justiça acabou reconhecendo a natureza tríplice da comissão de permanência e também vedou a sua cumulação com os juros moratórios. Ficou claro que no cálculo da sua taxa os bancos buscavam muito mais do que a mera atualização da dívida e remuneração do capital. Esse ponto é um dos mais polêmicos, pois se os Bancos realmente buscassem apenas o objetivo inicial da comissão de permanência, não haveria qualquer ilegalidade na sua cumulação com os juros moratórios ou com a correção monetária. Essa, entretanto, não é a realidade, conforme restará demonstrado nas linhas que se seguem.

Na tentativa de desvendar o mistério que se tornou a comissão de permanência, a Ministra Nancy Andrighi deu início a um verdadeiro processo investigativo nos autos do REsp. 1.061.530/RS, julgado pelo sistema de recursos repetitivos, intimando a Federação Brasileira dos Bancos, o Banco Central do Brasil e diversas entidades representativas dos interesses dos consumidores.

Ao ser indagado sobre como se calcula a taxa referente à comissão de permanência, o BACEN afirmou que:

(...). Não é possível saber com antecedência os encargos que a instituição financeira deverá arcar para reequilibrar sua situação líquida após o atraso no pagamento, ante a existência de inúmeras variáveis (como a disponibilidade de crédito no mercado, os custos operacionais de cada instituição financeira, sua situação patrimonial, etc.), razão pela qual a permanência no inadimplemento gera diferentes encargos em cada contrato, a depender de suas especificidades e do momento em que o atraso no pagamento ocorre (...).

31. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Juros no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 321-2.

32. STJ, Súmula 296 – Os juros remuneratórios, **não cumuláveis** com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

A FEBRABAN, por seu turno, apesar de defender a cumulação da comissão de permanência com os juros moratórios, acabou reforçando a tese contrária, pois ao repassar ao Superior Tribunal de Justiça as respostas dos maiores bancos brasileiros sobre a composição da comissão de permanência, por fim reconheceu:

(...) Em outras palavras, é impossível apontar critérios uniformes de cálculo da comissão de permanência para todas as instituições, dado que esse cálculo se baseia em diferentes peculiaridades (...).

Mas que peculiaridades são essas? Os clientes são informados?

Em resumo, cada banco calcula a comissão de permanência de uma forma completamente diferente, instável e não revelada ao cliente³³, uma vez que frequentemente alteram a sua composição, transformando-a em verdadeira “fórmula secreta”.

Para se ter uma pequena noção, nesse mesmo Recurso Especial, a Ministra constatou que num determinado período o Banco “A” cobrou de comissão de permanência uma taxa mensal entre 4,70% e 6,30%, o Banco “B” entre 6,5% e 20%, o Banco “C” uma média de 12% e o Banco “D” 15% (0,5% ao dia).

Ressalte-se que nenhum dos bancos consultados conseguiu explicar com clareza como chegaram a esses percentuais, obrigando o Tribunal a declarar que tal prática viola uma série de princípios e direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, dentre eles a transparência, a boa-fé e a informação plena. Em alguns casos até mesmo as despesas médias com advogados contratados para as cobranças judiciais são levadas em conta na “fórmula” para se chegar à taxa da comissão de permanência. Em determinados bancos elas variam conforme o contrato, enquanto noutros ela é única para todas as operações.

Por tais razões, é até possível a cobrança de comissão de permanência para o período de inadimplência, mas desde que não seja cumulada com correção monetária ou quaisquer outras parcelas remuneratórias ou moratórias e, ainda, não configure cláusula potestativa, isto é, seu percentual não ultrapasse a taxa prevista no contrato³⁴. Nesse sentido:

Segundo o entendimento pacificado na e. 2ª Seção (AgR-REsp n. 706.368/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, julgado em 27.04.2005), a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios, que acaso previstos para a si-

33. Os Bancos pediram que a Ministra mantivesse em absoluto sigilo as informações prestadas.

34. STJ, Súmula 294 - Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

tuação de inadimplência, criam incompatibilidade para o deferimento desta parcela³⁵.

É importante relembrar que a cláusula que prevê a cobrança da comissão de permanência não pode deixar ao livre arbítrio do Banco a imposição do seu percentual, sendo comum e ilegal³⁶ encontrar cláusulas prevendo a incidência da taxa média cobrada pelo Banco na data do inadimplemento. Para que a taxa flutuante não seja considerada potestativa ou excessivamente onerosa, a jurisprudência só admite a cobrança pela média do mercado, apurada pelo BACEN, e mesmo assim limitada ao percentual previsto no contrato.

Resta-nos uma última questão: caso estejam previstas todas essas parcelas em cumulação com a comissão de permanência, qual deve ser extirpada?

No Superior Tribunal de Justiça é majoritária a tese de que *“prevista a cobrança da comissão de permanência cumulada com outro encargo, este deve ser afastado, mantendo-se somente aquela³⁷”*. Entretanto, ainda encontramos algumas decisões afastando a comissão de permanência quando previsto outro tipo de encargo³⁸.

Temos opinião sensivelmente diferente. Defendemos que somente diante do caso concreto é que podemos afirmar com exatidão qual caminho deve ser trilhado, pois diante de cláusulas contraditórias nos contratos de adesão, como o bancário, deve-se sempre aplicar a que melhor atende aos interesses do aderente/consumidor³⁹. Assim, há de prevalecer aquela que representa o menor custo para o cliente.

4. Mútuo Bancário. É possível a cobrança de tarifa por liquidação antecipada?

As regras gerais do contrato de mútuo estão nos artigos 586/592 do Código Civil. A espécie *“utilizada pelas Instituições Financeiras é aquela em que há incidência de juros previamente estipulados, que poderão variar conforme a oscilação do mercado, denominado mútuo feneratício⁴⁰”*.

35. STJ, AgRg no REsp 750968 / PR. Min. Relatora Nancy Andrighi. QUARTA TURMA - Julg. 04/08/2005.

36. CDC, artigo 51, incisos IV e X.

37. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.020.737/RS; AgRg no REsp 1.057.319/MS; AgRg no Ag 961.275/SP; AgRg no REsp 1.056.827/RS; EDcl no AgRg no REsp 1.014.434/MS; AgRg no REsp 1.016.657/RS.

38. Nesse sentido: AgRg no REsp 990.830/RS; AgRg no REsp 920.180/RS.

39. CC, artigo 423; e CDC, artigo 47.

40. SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm, *ob. cit.*, p. 113.

A FEBRABAN, por seu turno, apesar de defender a cumulação da comissão de permanência com os juros moratórios, acabou reforçando a tese contrária, pois ao repassar ao Superior Tribunal de Justiça as respostas dos maiores bancos brasileiros sobre a composição da comissão de permanência, por fim reconheceu:

(...) Em outras palavras, é impossível apontar critérios uniformes de cálculo da comissão de permanência para todas as instituições, dado que esse cálculo se baseia em diferentes peculiaridades (...).

Mas que peculiaridades são essas? Os clientes são informados?

Em resumo, cada banco calcula a comissão de permanência de uma forma completamente diferente, instável e não revelada ao cliente³³, uma vez que frequentemente alteram a sua composição, transformando-a em verdadeira “fórmula secreta”.

Para se ter uma pequena noção, nesse mesmo Recurso Especial, a Ministra constatou que num determinado período o Banco “A” cobrou de comissão de permanência uma taxa mensal entre 4,70% e 6,30%, o Banco “B” entre 6,5% e 20%, o Banco “C” uma média de 12% e o Banco “D” 15% (0,5% ao dia).

Ressalte-se que nenhum dos bancos consultados conseguiu explicar com clareza como chegaram a esses percentuais, obrigando o Tribunal a declarar que tal prática viola uma série de princípios e direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, dentre eles a transparência, a boa-fé e a informação plena. Em alguns casos até mesmo as despesas médias com advogados contratados para as cobranças judiciais são levadas em conta na “fórmula” para se chegar à taxa da comissão de permanência. Em determinados bancos elas variam conforme o contrato, enquanto noutros ela é única para todas as operações.

Por tais razões, é até possível a cobrança de comissão de permanência para o período de inadimplência, mas desde que não seja cumulada com correção monetária ou quaisquer outras parcelas remuneratórias ou moratórias e, ainda, não configure cláusula potestativa, isto é, seu percentual não ultrapasse a taxa prevista no contrato³⁴. Nesse sentido:

Segundo o entendimento pacificado na e. 2ª Seção (AgR-REsp n. 706.368/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, julgado em 27.04.2005), **a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios, que acaso previstos para a si-**

33. Os Bancos pediram que a Ministra mantivesse em absoluto sigilo as informações prestadas.

34. STJ, Súmula 294 - Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

tuação de inadimplência, criam incompatibilidade para o deferimento desta parcela³⁵.

É importante lembrar que a cláusula que prevê a cobrança da comissão de permanência não pode deixar ao livre arbítrio do Banco a imposição do seu percentual, sendo comum e ilegal³⁶ encontrar cláusulas prevendo a incidência da taxa média cobrada pelo Banco na data do inadimplemento. Para que a taxa flutuante não seja considerada potestativa ou excessivamente onerosa, a jurisprudência só admite a cobrança pela média do mercado, apurada pelo BACEN, e mesmo assim limitada ao percentual previsto no contrato.

Resta-nos uma última questão: caso estejam previstas todas essas parcelas em cumulação com a comissão de permanência, qual deve ser extirpada?

No Superior Tribunal de Justiça é majoritária a tese de que *“prevista a cobrança da comissão de permanência cumulada com outro encargo, este deve ser afastado, mantendo-se somente aquela³⁷”*. Entretanto, ainda encontramos algumas decisões afastando a comissão de permanência quando previsto outro tipo de encargo³⁸.

Temos opinião sensivelmente diferente. Defendemos que somente diante do caso concreto é que podemos afirmar com exatidão qual caminho deve ser trilhado, pois diante de cláusulas contraditórias nos contratos de adesão, como o bancário, deve-se sempre aplicar a que melhor atende aos interesses do aderente/consumidor³⁹. Assim, há de prevalecer aquela que representa o menor custo para o cliente.

4. Mútuo Bancário. É possível a cobrança de tarifa por liquidação antecipada?

As regras gerais do contrato de mútuo estão nos artigos 586/592 do Código Civil. A espécie *“utilizada pelas Instituições Financeiras é aquela em que há incidência de juros previamente estipulados, que poderão variar conforme a oscilação do mercado, denominado mútuo feneratício⁴⁰”*.

35. STJ, AgRg no REsp 750968 / PR. Min. Relatora Nancy Andriighi. QUARTA TURMA - Julg. 04/08/2005.

36. CDC, artigo 51, incisos IV e X.

37. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.020.737/RS; AgRg no REsp 1.057.319/MS; AgRg no Ag 961.275/SP; AgRg no REsp 1.056.827/RS; EDcl no AgRg no REsp 1.014.434/MS; AgRg no REsp 1.016.657/RS.

38. Nesse sentido: AgRg no REsp 990.830/RS; AgRg no REsp 920.180/RS.

39. CC, artigo 423; e CDC, artigo 47.

40. SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm, *ob. cit.*, p. 113.

Classifica-se esta espécie contratual por sua unilateralidade, na medida em que cria para o mutuário a obrigação de restituir o bem fungível (dinheiro) que lhe foi entregue pelo mutuante, no prazo ajustado e com os acréscimos contratados, em geral juros e correção monetária.

Na condição de uma das principais operações ativas desenvolvidas pelas instituições financeiras, o contrato de mútuo caracteriza-se também por ser real⁴¹, pois o seu aperfeiçoamento ocorrerá apenas com a entrega do dinheiro ao mutuário.

No tocante à possibilidade de liquidação antecipada do contrato, hipótese em que o mutuário restitui, total ou parcialmente, ao mutuante, o valor da dívida antes do termo ajustado, duas correntes se formaram. Alguns juristas de renome defendem a impossibilidade⁴², pois é justamente através do prazo fixado e dos respectivos juros é que o mutuante auferirá o lucro decorrente desta operação. Outros, porém, sustentam a possibilidade, em especial quando se tratar de uma relação de consumo, com fulcro no § 2º do artigo 52 do CDC⁴³. A jurisprudência, por seu turno, de forma amplamente majoritária, assegura aos consumidores não apenas o direito de pagar antecipadamente suas dívidas, como também o natural abatimento proporcional dos juros. Vejamos um precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Direito do Consumidor. Antecipação de tutela. Pagamento antecipado do mútuo contratado. Recusa do banco em receber a quantia. Cobrança de valores não contratados. Presença da verossimilhança das alegações e do perigo na demora. Reversibilidade da medida patente, eis que a instituição financeira, caso a demanda seja julgada improcedente, poderá cobrar os créditos faltantes. Recurso provido⁴⁴.

Diante da firmeza da jurisprudência, os bancos passaram a admitir a liquidação antecipada, mas instituíram a cobrança de uma taxa para o exercício desse direito, denominada de TLA - taxa de liquidação antecipada. Defendemos, com arrimo em alguns precedentes jurisprudenciais, que a cláusula que prevê tal comissão deve ser considerada nula de pleno direito, por violação ao artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor e ao artigo 1º da

41. ABRÃO, Nelson, *ob. cit.* p. 72.

42. "Não pode o mutuário, a seu turno, compelir o mutuante a receber as coisas, objeto do mútuo, antes do dia aprazado." (PEREIRA, Caio Mário da Silva, em "Instituições de Direito Civil", v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed); " (...) Assim, não se admite a antecipação do prazo unilateralmente pelo prestatário. Este só poderá devolver o dinheiro antes do término do contrato se pagar os juros e comissões correspondentes ao prazo convencionado". (COVELLO, Sérgio Carlos, *Ob. cit.*, p. 160/161).

43. Art. 52, § 2º, CPDC: "É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos".

44. TJRJ, Agravo de Instrumento 0036321-20.2009.8.19.0000 (2009.002.32891). Julgado em 21/01/2010. 11ª Câmara Cível. Nesse sentido, do mesmo Tribunal: ApCiv. 2006.001.46740 e 2006.001.01244.

resolução 3516 do CMN, que entrou em vigor em 06 de dezembro de 2007, nos seguintes termos:

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão extraordinária realizada em 6 de dezembro de 2007 (...), resolveu:

Art. 1º Fica vedada às instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil a cobrança de tarifa em decorrência de liquidação antecipada nos contratos de concessão de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, firmados a partir da data da entrada em vigor desta resolução com pessoas físicas e com microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 2º O valor presente dos pagamentos previstos para fins de amortização ou de liquidação antecipada das operações de que trata o art. 1º contratadas a taxas prefixadas deve ser calculado:

I — no caso de contratos com prazo a decorrer de até 12 meses, com a utilização da taxa de juros pactuada no contrato;

II — no caso de contratos com prazo a decorrer superior a 12 meses:

a) com a utilização de taxa equivalente à soma do spread na data da contratação original com a taxa Selic apurada na data do pedido de amortização ou de liquidação antecipada;

b) com a utilização da taxa de juros pactuada no contrato se a solicitação de amortização ou de liquidação antecipada ocorrer no prazo de até sete dias da celebração do contrato.

§ 1º A taxa de desconto aplicável para fins de amortização ou liquidação antecipada, observado o disposto nos incisos I e II deste artigo, deve constar de cláusula contratual específica.

§ 2º O spread mencionado neste artigo deve corresponder à diferença entre a taxa de juros pactuada no contrato e a taxa Selic apurada na data da contratação.

Sustentamos, ainda, a total ilegalidade da alínea “a” do inciso II supra, na medida em que também contraria a *ratio* do artigo 52 do CDC. A resolução do CMN, sendo uma norma inferior à lei, não poderia criar um ônus para que o consumidor exercesse o seu direito potestativo de liquidação antecipada com o expurgo dos juros do período antecipado. Ao estabelecer um método de cálculo prejudicial ao consumidor, a Resolução acaba por ferir de morte o direito positivado na norma legal consumerista. Como se sabe, os atos normativos inferiores às leis não podem contrariá-las.

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul colacionamos um precedente para ser utilizado como paradigma sobre a forma de se calcular o desconto:

EMENTA: CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DO DÉBITO. ART. 52, § 2º, DO CDC. DIREITO À REDUÇÃO PROPORCIONAL DOS JUROS E DEMAIS ACRÉSCIMOS. NULIDADE DE SENTENÇA AFASTADA. 1. A preliminar de nulidade da sentença por fundamentação deficiente resta afastada, pois a decisão atacada indicou, de forma clara e suficiente, os motivos que embasaram a decisão de parcial procedência do pedido. 2. Comprovando a autora que efetuou o pagamento antecipado do financiamento de seu veículo (vinte meses antes do término do contrato), possuía o direito de serem descontados proporcionalmente os juros remuneratórios cobrados e os demais acréscimos do contrato (art. 52, § 2º da Lei 8.078/90). 3. Não tendo a ré conferido o desconto na forma estabelecida na legislação consumerista, ou seja, de forma proporcional à quitação do contrato, necessário se faz a complementação de tal benesse. 4. A esse respeito, há que se reduzir o montante estipulado em sentença, pois tendo em vista que a autora antecipou em 20 meses o pagamento das parcelas correspondentes a tal período, de um total de 36, o que corresponderia a 55% do período do financiamento contratado, necessário se faz que lhe seja concedido um abatimento de R\$ R\$1.085,26, pois corresponde a 55% de desconto sobre os juros das prestações antecipadas, o que se mostra equânime, e não aquele indicado na decisão de primeiro grau, pois fixado em percentual muito superior. 5. Todavia, já tendo sido restituído à demandante o valor de R\$ 563,64, há de se compensar tal valor do montante devido (R\$ 1.085,26), restando saldo à autora no valor de R\$ 521,62. Recurso parcialmente provido⁴⁵.

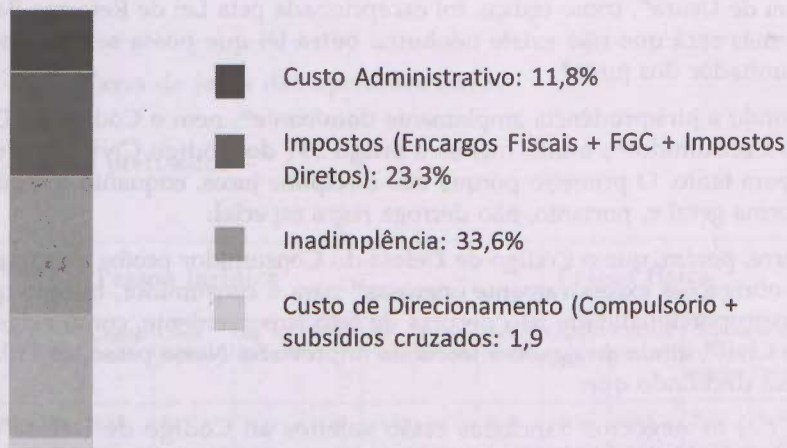
5. Juros Remuneratórios. Podem os Tribunais interferir nas taxas contratadas?

O último tema, sem dúvida, é palco para intermináveis debates jurídicos e econômicos. De um lado militam aqueles que, alarmados com os altos juros cobrados pelos bancos no Brasil, clamam pela intervenção do Poder Judiciário. De outro estão os bancos, sustentando que somente a “lei do mercado” estaria apta a conter a elevação dos juros, alertando que a intervenção estatal traria como consequência a indesejável instabilidade das relações jurídicas.

45.TJ/RS, Recurso Cível Nº 71001646850, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 03/07/2008

O *spread* bancário sempre foi motivo de reclamação dos consumidores e dos empresários em geral, uma vez que sempre estão bem acima dos índices que medem a inflação. A FEBRABAN se defende alegando que o *spread* bancário é composto por diferentes fatores, como custos administrativos, de inadimplência, de compulsório e de tributação. Tomando por base os números do ano de 2008, o BACEN apresentou os seguintes dados sobre a decomposição do *spread* bancário⁴⁶:

Spread Bancário 2008 - proporção (%)



Tomando como verdadeiros esses números, desconhecemos qualquer atividade lícita que permita **ganhos líquidos na ordem de quase 30% da receita bruta**. Mas vamos por etapas.

No plano constitucional, em que pese algumas resistências, nunca houve qualquer limitação. O § 3º do artigo 192 da CF/88 nunca teve sua eficácia reconhecida pelos Tribunais Superiores, culminando pela aprovação da súmula 648 do Supremo Tribunal Federal⁴⁷.

46. Os dados foram obtidos do estudo realizado a pedido da FEBRABAN e apresentado em julho de 2010, tendo como responsável o economista Rubens Sadenberg. O trabalho, intitulado de "*Spread Bancário no Brasil - Tendências de Longo Prazo, questões metodológicas e evolução recente*", que traz também alguns números do ano de 2010, por ser obtido no seguinte endereço eletrônico: http://www.febraban.org.br/p5a_52gt34++5cv8_4466+ff145afb52ffrtg33fe36455li5411pp+e/sitefebraban/20100122_SPREAD%20PADRAO_final_jun10.pdf.

47. STF, **Súmula 648** — a norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela emenda constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.

No plano infraconstitucional, a Lei de Reforma Bancária conferiu ao Conselho Monetário Nacional a atribuição de limitar, **quando entender necessário**, os juros bancários, conforme estampado no inciso IX do artigo 4º da Lei 4.595/64⁴⁸.

Essa limitação nunca veio. Aliás, e pelo contrário, a Resolução 1.064 do Conselho Monetário Nacional, publicada em 05 de dezembro de 1985, deixou claro que os juros remuneratórios podem ser livremente pactuados, salvo nos contratos de fomento. Importante destacar que o poder normativo do CMN foi consolidado pela Lei 9.069/95.

A Lei de Usura⁴⁹, como cediço, foi excepcionada pela Lei de Reforma Bancária⁵⁰, mas será que não existe nenhuma outra lei que possa ser utilizada como limitador dos juros?

Segundo a jurisprudência amplamente dominante⁵¹, nem o Código de Defesa do Consumidor⁵², muito menos o artigo 591 do Código Civil⁵³, podem servir para tanto. O primeiro porque não disciplina juros, enquanto o segundo é norma geral e, portanto, não derroga regra especial.

Ocorre, porém, que o Código de Defesa do Consumidor proíbe a estipulação de obrigações excessivamente onerosas⁵⁴ para o consumidor, mesmo que essa desproporcionalidade não decorra de fato superveniente, como exige o Código Civil⁵⁵, ainda arraigado à teoria da imprevisão. Nesse passo, os Tribunais vem decidindo que:

"(...) os negócios bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto aos juros remuneratórios; a abusividade destes, todavia, só pode ser declarada, caso a caso, à vista de taxa que comprovadamente discrepe, de modo substancial, da média do mercado na praça do empréstimo, salvo se justificada pelo risco da operação, diante de flagrante abusividade (...)"⁵⁶.

48. Art. 4º — Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

(...)

IX — Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover: (...).

49. Decreto 22.626/33.

50. STF, Súmula 596. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 990702/RS, da 4ª Turma; e AgRg no Ag 953299/RS, da 3ª Turma.

51. Inclusive do STF, RE 286.963/MG.

52. STJ, AgRg no Ag 818431/GO.

53. STJ, REsp 906054/RS.

54. CDC, arts. 6º, inciso V; 39, inciso V; 51, inciso IV c/c §1º, inciso III.

55. Código Civil, artigos 478/480.

56. STJ, REsp. 407097/RS. Nesse sentido: REsp. 884379/RS e REsp. 935.231/RJ.

E para esse trabalho contamos hoje com o auxílio de uma excelente ferramenta, a rede mundial de computadores. Se antes a verificação da onerosidade excessiva só poderia ser comprovada por extenso trabalho pericial, hoje, com um simples “click” no site do Banco Central⁵⁷, pode-se obter todos os dados necessários para demonstração da abusividade da taxa de uma operação financeira. Em arquivo de *Excel* o Banco Central divulga mês a mês os dados consolidados do mercado, tomando por base cada espécie de operação bancária desde 1999. A título de exemplo, extraímos os dados dois oito primeiros meses de 2010:

I – Taxas de juros das operações ativas												
Juros prefixados												
% a.a.												
Mês	Pessoa jurídica								Pessoa física			
	Capital de giro	Conta garantida	Aq. de bens	Vendor	Hot money	Desc. duplic.	Desc. promiss.	Cheque especial	Crédito pessoal	Aquisição de bens		
										Veículos	Outros	Total
2010 Jan	30,14	80,92	19,44	16,05	51,39	36,76	50,06	161,05	44,83	25,22	51,69	27,38
Fev	29,07	79,63	18,81	14,73	52,83	38,15	51,94	159,52	43,81	24,12	50,90	26,23
Mar	28,83	81,79	16,75	14,29	48,31	36,87	51,29	160,26	42,69	23,51	50,20	25,53
Abr	28,48	81,39	18,90	15,38	44,09	38,01	44,96	161,31	42,87	23,53	49,71	25,44
Mai	29,29	81,17	18,85	16,17	50,95	38,53	42,44	160,26	43,04	24,82	51,89	26,74
Jun	28,53	85,02	17,87	16,36	48,76	38,36	42,30	165,10	41,97	23,61	51,75	25,57
Jul	29,90	91,77	17,22	17,01	46,71	41,11	42,83	167,29	42,21	23,96	51,19	25,80
Ago	30,22	92,73	17,31	17,25	46,95	42,75	42,45	165,56	41,96	23,44	50,02	25,21

Anote-se que atualmente todos os ministros estão se valendo dessas informações. Aliás, a Ministra Nancy Andrigli, se referindo ao site dessa autarquia federal, asseverou que:

57. <http://www.bcb.gov.br/?TXCRED>.

A taxa média apresenta vantagens porque é calculada segundo as informações prestadas por diversas instituições financeiras e, por isso, representa as forças do mercado. Ademais, traz embutida em si o custo médio das instituições financeiras e seu lucro médio, ou seja, um 'spread' médio. É certo, ainda, que o cálculo da taxa média não é completo, na medida em que não abrange todas as modalidades de concessão de crédito, mas, sem dúvida, presta-se como parâmetro de tendência das taxas de juros. Assim, dentro do universo regulatório atual, a taxa média constitui o melhor parâmetro para a elaboração de um juízo sobre abusividade⁵⁸.

Ainda da jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, extraímos o caso que vem sendo utilizado como paradigma⁵⁹. Uma dona de casa gaúcha celebrou um contrato de empréstimo pessoal com determinada instituição financeira no valor de R\$ 1.000,00, obrigando-se a restituí-lo em 10 (dez) prestações de R\$ 240,77 (duzentos e quarenta reais e setenta e sete centavos). A mutuária ingressou com ação revisional questionando a taxa de juros remuneratórios.

Nesse julgamento o relator, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, abeberando-se da mesma fonte que acima recomendamos, o site do Banco central, constatou que a taxa média de juros praticada pelo mercado à época da contratação, para aquela modalidade de empréstimo, foi de aproximadamente 68% a.a. (sessenta e oito por cento ao ano), enquanto que a instituição financeira cobrou daquela dona de casa cerca de 380% a.a. (trezentos e oitenta por cento ao ano). Nestas condições, mesmo reformando o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que havia limitado os juros em 12% a.a., deu apenas parcial provimento ao recurso especial da instituição financeira, a fim de ajustar a taxa à média praticada pelo mercado, em vista da evidente onerosidade excessiva dos juros contratados. Vejamos as palavras do Ministro:

A r. sentença apurou que a taxa de juros remuneratórios cobrada pelas instituições financeiras recorridas encontra-se acima do triplo da taxa média do mercado para a modalidade do negócio jurídico bancário efetivado. Enquanto, a taxa média do mercado para empréstimos pessoais divulgada pelo Banco Central do Brasil para o mês da contratação é no patamar de 67,81% ao ano, a taxa cobrada foi no importe de 380,78% ao ano, que mensalmente reflete o percentual de 13,98%. Assim, flagrante a abusividade na estipulação contratual. Aliás, diante de tal discrepância, chega a impressionar a afirmação contida na peça recursal das instituições financeiras de que "não se visualiza, no

58. Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp. 1.061.530/RS.

59. REsp. 971.853/RS.

presente caso, qualquer abusividade que possa ensejar a revisão do contrato” (fl. 153)⁶⁰.

Em nossa pesquisa pela jurisprudência o ponto comum para justificar a intervenção do Estado-Juiz foi sempre a necessidade de se comprovar, cabalmente, que a taxa contratada estava muito acima da média, sem justificativa concreta. Resta definir, portanto, quais são os parâmetros para se considerar uma taxa como abusiva, pois é exatamente em razão da variação dos juros que se apura a média do mercado. Elaboramos, pois, um pequeno quadro demonstrativo:

PROCESSO	MINISTRO RELATOR	TAXA CONTRATADA	TAXA AJUSTADA
Resp. 971.853	Antônio de Pádua Ribeiro	380,78% a.a.	67,81% a.a.
REsp. 1.036.818	Nancy Andrichi	249,85% a.a.	70,55% a.a.
REsp. 1.036.857	Massami Uyeda	45,65% a.a.	37,42% a.a.
REsp. 327.727	César Asfor Rocha	34,87% a.a.	14,19% a.a.
Ag. 1303206	Vasco Della Giustina ⁶¹	77,88% a.a.	35,29% a.a.
Ag. 1254194	Raul Araújo	151,54% a.a.	69% a.a.
ED. Ag. 1308747	Sidnei Beneti	158,75% a.a.	28,63% a.a.
Ag. 1021308	Aldir Passarinho Júnior	110,17% a.a.	37,10% a.a.

60. STJ, REsp. 971.853/RS, Quarta Turma. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 06/09/2007. DJ. 24/09/2007.

61. Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

As diferenças que justificaram a modificação das taxas foram de 25% ao triplo da média apurada pelo Banco Central. Contudo, somente o juiz, analisando o caso concreto, pode fazer a constatação da abusividade, pois algumas peculiaridades, como a ausência de garantias, o baixo valor da operação e o histórico de inadimplência, podem justificar o desvio padrão da taxa de juros.

Conclusões:

Infelizmente, esse é apenas o primeiro retrato de um grande álbum de ilegalidades que podem ser encontradas nos contratos bancários. Esperamos apresentar, em breve, um segundo trabalho sobre outros pontos polêmicos e irregularidades que podem ser encontrados nessa seara contratual. Finalmente, para que nada se perca, sintetizamos agora as conclusões desse primeiro trabalho:

- I) Contratos bancários típicos são aqueles em que figura como parte uma instituição financeira no desempenho de sua atividade de intermediação monetária;
- II) Os contratos bancários, além de estarem submetidos à regulamentação do Conselho Monetário Nacional, também sofrem a incidência, em tese, da legislação consumerista;
- III) Alguns contratos bancários não estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, sobretudo quando o cliente for pessoa jurídica empresária e a operação tiver por escopo a obtenção de capital de giro ou, ainda, quando tiver relação com a atividade empresarial do cliente;
- IV) A vulnerabilidade está se tornando o principal elemento para conceituar consumidor e pode justificar a aplicação, ou não, do Código de Defesa do Consumidor em benefício dos empresários, independentemente do enquadramento do cliente no conceito de destinatário final da operação;
- V) Existe uma tendência de que o Supremo Tribunal Federal acompanhe a jurisprudência de diversos Tribunais Estaduais e Regionais Federais, declarando a inconstitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória 2170-36, que permitiu, nos contratos celebrados dentro do sistema financeiro nacional, a capitalização de juros em período inferior a um ano;
- VI) O Superior Tribunal de Justiça terá pelo menos mais uma chance de rever sua jurisprudência até agora favorável à constitucionalidade do dispositivo legal acima mencionado, ao apreciar, no sistema de recursos repetitivos, o REsp. 1.003.530/RS, por iniciativa do Ministro Luis Felipe Salomão, que como Desembargador julgou diversas vezes inconstitucional o artigo 5º da MP. 2170-36;

- VII) Na visão dos Bancos, a comissão de permanência, afastando-se de sua configuração original, hoje pode ser conceituada como um encargo diário cobrado em razão do pagamento da dívida após o seu vencimento, calculado segundo as taxas originalmente pactuadas para o período de normalidade contratual ou segundo a taxa de mercado do dia do pagamento, sem prejuízo dos juros de mora, mas vedando-se sua cumulação com qualquer outra taxa remuneratória. Seu objetivo seria desestimular o prolongamento unilateral da obrigação e remunerar o capital.
- VIII) Para a jurisprudência amplamente dominante, entretanto, é impossível saber a real composição da comissão de permanência, razão pela qual só se permite a sua incidência quando não cumulada com qualquer outra verba inflacionária, remuneratória ou moratória, observada a média praticada pelo mercado, tendo como limite a taxa prevista no contrato;
- IX) Na hipótese de previsão de cobrança cumulada da comissão de permanência com qualquer outra verba inflacionária, remuneratória ou moratória, há divergência jurisprudencial sobre qual deve prevalecer. Sustentamos, contudo, que deve ser afastada a mais onerosa para o aderente do contrato.
- X) A jurisprudência reconhece que o consumidor tem o direito potestativo de liquidar antecipadamente suas dívidas, com o abatimento proporcional dos juros e demais acréscimos contratuais de forma proporcional, na forma do Código de Defesa do Consumidor;
- XI) Consideramos nula de pleno direito a cláusula contratual que condiciona o exercício desse direito ao pagamento de taxa de liquidação antecipada, sendo ilegal, por extensão, a forma de cálculo do desconto prevista na alínea "a" do inciso II do artigo 2º, da Resolução 3516 do CMN, pois sendo norma inferior à lei não poderia criar um ônus para que o consumidor exercesse um direito estatuído no Código de Defesa do Consumidor;
- XII) Não existe limite constitucional, legal ou administrativo para fixação dos juros remuneratórios nos contratos celebrados dentro do sistema financeiro nacional;
- XIII) Decompondo o *spread* bancário verificamos que o lucro líquido dos os concretos, a jurisprudência admite a modificação da taxa de juros de um contrato caso se constate que ela extrapola demasiadamente a média apurada pelo Banco Central e divulgada no seu site;
- XIV) Sem prejuízo da luta individual dos nobres advogados na defesa dos direitos individuais dos seus clientes, boa parte das ilegalidades prati-

cadadas pelas instituições financeiras pode e deve ser atacada através de ações coletivas, em geral de autoria dos Ministérios Públicos dos Estados.

A HORA DE REPENSAR O ECA

REIS FRIEDE¹

No presente aniversário de 20 anos da introdução do *Estatuto da Criança e do Adolescente* - ECA, em nossa legislação, parece-nos, à luz de todas as evidências indicativas, que está mais do que na hora de *repensar* esta inovadora, — mas ao mesmo tempo, absolutamente *ineficaz* —, normatização, no âmbito do escopo contextualizante dos próprios *resultados negativos* que foram observados (e, particularmente, verificados) até o presente momento.

Muito embora seja cediço reconhecer, — em destacado sentido opinativo *reverso* à presente *proposta reflexiva* —, a existência de um verdadeiro *batalhão* de juízes *sociólogos*, ardentes e apaixonados defensores do ECA, precisamos urgentemente, todavia, nos *afastar* de toda a *passionalidade* que naturalmente envolve o assunto para, com *maestria lógica*, estabelecermos uma verdadeira e imparcial *visão crítica* (e também *amadurecida*) sobre o tema vertente, posto que não é difícil deduzir que, em grande medida, foi a ingênua tentativa de se implantar um “*Código Suíço*” em um *País Tropical* (em sinérgico desafio a nossa realidade efetiva), — mais do que qualquer outro fator isoladamente considerado —, que conduziu aos *extremos absurdos* que estamos sendo compelidos a vivenciar diuturnamente.

À guisa de simplório exemplo, basta mencionar, conforme muito bem noticiado pela Folha de São Paulo, em sua edição de 23/10/2009, à p. 13, que um *problemático* (para se dizer eufemisticamente o mínimo) adolescente de 13 anos chegou a ser detido, em flagrante delito, por 12 vezes, e, após esta última, mais uma vez acabou por ser liberado, em consequência da estrita aplicação dos dispositivos mandamentais consignados no ECA, mesmo após ter praticado toda a sorte de infrações, — incluindo uma tentativa de furto de um carro de um policial militar em Diadema, no ABC; furto consumado de vários outros veículos; dirigir carros e motos roubados, além de participar de um assalto a

1. Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público; Mestre e Doutor em Direito e autor de mais de 30 obras jurídicas.

uma farmácia —, fatos estes que, com toda certeza, somariam muitos anos de prisão (inclusive com efetiva possibilidade de encarceramento) em qualquer outro País Ocidental, de índole político-democrática.

Não é por outro motivo que, cada vez mais, observamos, atônitos, um expressivo e preocupante número de cidadãos brasileiros, *vítimas* da crescente criminalidade que tomou conta de nossas principais metrópoles, recorrerem, direta ou indiretamente, aos “supostos” serviços de proteção dos principais representantes do denominado “Estado Paralelo”, (onde a *menoridade* do infrator é apenas um simplório dado estatístico), objetivando fazer valer, — ainda que por vias moralmente condenáveis (para não adentrarmos em considerações técnico-legais) —, os seus respectivos *direitos* inalienáveis à segurança pessoal e familiar.

A propósito, não é de hoje, lamentavelmente, que os meios de comunicação noticiam o autêntico *império da ordem* imposto pelos respectivos “comandante do tráfico (ou afins)” nas comunidades carentes, que representam, hoje, mais do que em qualquer outra época, verdadeiras “micro cidades”, em que qualquer prática delituosa (perpetrada ou não por *menores de idade*) é rapidamente solucionada, — ainda que através de métodos brutais —, o que, em grande parte, explica a relativa simpatia que as *milícias* (estas empregadoras contumazes de *menores*, inclusive como “substitutos de autoria” de eventuais crimes consumados) experimentaram (pelo menos em um primeiro momento), particularmente, na cidade do Rio de Janeiro.

Ainda assim, e independentemente da existência desta inequívoca realidade, é forçoso concluir, entretanto, que deve haver, por derradeiro, algum tipo de *meio-termo* entre a justiça (paralela) da *barbárie* e a justiça (oficial) da *impunidade*, posto que não parece razoável, — e minimamente aceitável —, que toda a coletividade tenha que se defrontar sistematicamente com o autêntico *dilema* estabelecido pela *práxis* social atual no que concerne à escolha entre estes dois extremos radicais.

Muito embora não se possa deixar de reconhecer o *inédito*, *excepcional* e *corajoso* trabalho do governo do Estado do Rio de Janeiro (e, especificamente da Secretaria de Segurança Pública), em especial, no destemido *enfrentamento* (jamais experimentado no passado na chamada “Cidade Maravilhosa” ou em qualquer outra metrópole verde e amarela), resta evidente que a Sociedade brasileira clama por uma *solução definitiva* (e, sobretudo, legal) para o problema que, em última análise, a proteja, efetivamente destes verdadeiros *desafios* titularizados, em grande parte, por pessoas que se presume ainda em *formação de caráter* (sem uma suposta “*compreensão plena*” da natureza criminosa de sua conduta), até porque o Brasil, sob este prisma analítico, se apresenta, *ipso facto*, como o único País do mundo que possui, em absurda e desafiadora *lógica dissonante*, uma *Delegacia* (comumente conhecida pela sigla DPCA) cujo objetivo primordial, — expressamente consignado em lei —, é prioritariamente

proteger o ofensor (ainda que supostamente "menor de idade") em flagrante detrimento da vítima que, inclusive, pode ser também, vale lembrar, uma simples criança em seus primeiros anos de vida.

ARTIGO 306, DO CTB – “EMBRIAGUEZ AO VOLANTE” – A PUNIÇÃO DO COLABORADOR

VIVIANE ALVES SANTOS SILVA

A Lei n. 11.705, de 19.06.08, denominada “lei seca”, alterou, bem como acresceu diversos dispositivos ao Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97). O presente estudo ater-se-á à modificação imposta ao artigo 306 do referido diploma legal.

Anteriormente à alteração legal, dispunha a norma em questão que era crime “conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”, estabelecendo pena de detenção de seis meses a três anos, multa e a suspensão ou proibição para dirigir veículo automotor.

O novo diploma legal impôs mudança radical no tipo penal, imputando crime a todo aquele que “conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”, mantendo, no entanto, a mesma reprimenda penal.

Na égide do antigo dispositivo, o agente deveria estar sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos e, portanto, não bastava a mera ingestão da substância, fazendo-se “necessário que a mesma tenha exercido influência sobre a pessoa, afetando a boa e regular condução do veículo” (LIMA, 2001, p. 357).

Além disso, previa o dispositivo a necessidade de configuração do dano potencial a incolumidade de outrem. Para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, não era imprescindível a individualização das vítimas, bastando existirem provas suficientes de que o autor dirigia de modo a colocar em perigo pessoas em geral (2006, p. 849).

Assim, usualmente eram presas por este fato pessoas que estivessem conduzindo veículo em via pública de forma perigosa, em zigue-zague, imprudentemente, ou as que vinham a se envolver em acidentes de trânsito, por exemplo.

O novo diploma legal, com declarado intuito de agravar a punição ao delito e reprimir fortemente a mistura álcool – direção, com maciça campanha

nos meios de comunicação e através de intensa fiscalização viária, retirou do tipo penal a necessidade de dano potencial a incolumidade de outrem. O crime deixou de ser de perigo concreto, não se exigindo mais a comprovação de potencialidade lesiva na condução do veículo automotor.

Não se debaterá aqui a acirrada polêmica sobre a possibilidade ou não de criminalização de condutas que gerem perigo abstrato. Certo é que alguns doutrinadores, como LUIZ FLÁVIO GOMES, entendem que, diante do princípio da lesividade, está proibida no direito penal a concepção do perigo abstrato e, portanto, algumas condutas do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) não teriam sido recepcionadas ou seriam inconstitucionais (2007). Porém, a jurisprudência dos Tribunais Superiores manifesta-se com regularidade sobre a possibilidade de caracterização destes crimes, não reconhecendo óbice para tal incriminação.

Assim, considerando a existência de outros delitos de perigo abstrato no ordenamento jurídico brasileiro, o presente estudo não questionará a constitucionalidade do novo artigo 306, do CTB, neste ponto, presumindo-se sua higidez, em consequência.

A situação *sui generis* que envolve o novel dispositivo legal é a atinente à forma de configuração da embriaguez.

Como já mencionado, o tipo penal anterior exigia que o agente estivesse sob a influência de álcool ou qualquer substância de efeitos análogos. Atualmente, o novo dispositivo prevê específica concentração de álcool por litro de sangue no organismo do condutor necessária para a configuração do delito. Pratica o crime de embriaguez ao volante todo aquele que conduzir veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.

Destarte, o que acontecia antigamente, na prática, era que uma pessoa que estivesse conduzindo o veículo gerando dano potencial à incolumidade de outrem e que houvesse suspeita de estar sob a influência de álcool, era levada à perícia médico-legal, ocasião em que o perito através dos sinais clínicos atestava se o indivíduo estava ou não embriagado.

Nos termos de ROBERTO BLANCO DOS SANTOS, a perícia constitui-se de apenas um exame clínico-neuro-psíquico para avaliar se o indivíduo está ou não embriagado (2000, p. 338). Neste exame, são avaliados dentre outros fatores, o equilíbrio, a coordenação motora, a fala, a orientação tempo-espço, a deambulação, o humor etc., devendo o perito constatar sinais que demonstrem a embriaguez (tais como: euforia demasiada; hálito etílico; vestes desalinhadas; agressividade; fala arrastada; desorientação; andar cambaleante; fisionomia ruborizada; falta de coordenação motora; falta de equilíbrio; irritabilidade; motricidade escrita prejudicada; sonolência; humor instável; excitação; descontrole emocional; náusea/vômito; necessidade de esforço para

manter-se em pé; alteração das habilidades sensoriais; confusão mental; falência respiratória; distúrbios visuais; perda da memória; diminuição dos reflexos; perda do estado de alerta — letargia).

Dessa forma, em regra, não se exigia uma constatação da embriaguez através dos testes para aferir o teor alcoólico no sangue (exames de sangue ou urina e etilômetro), mas somente de forma clínica, sendo relevante consignar que muitos destes sinais podem ser constatados mesmo sem a colaboração do examinando na perícia.

Se, além da positividade na constatação da embriaguez no exame pericial, houvesse a comprovação da exposição a perigo da incolumidade de outrem, estava caracterizada a figura delitiva do artigo 306, do CTB.

Todavia, hodiernamente, a lei exige a demonstração de um percentual para a configuração delitiva (igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue), dado este que somente pode ser aferido através de testes de alcoolemia.

Recentemente, no Simpósio Sul-Fluminense sobre Perícia Criminal promovido pela Associação Brasileira de Medicina Legal na UNIFOA – Centro Universitário de Volta Redonda, no dia 20 de junho de 2009, foi ventilado e esclarecido pelos peritos acerca da impossibilidade de comprovação, apenas pelos sinais clínicos, da concentração de álcool, seja inferior, igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro no sangue do indivíduo.

Isso, porque há uma série de outros fatores que podem influenciar os sinais clínicos, como por exemplo, os medicamentos. Objetivamente, então, os peritos não podem assinalar percentuais de álcool no sangue somente através do exame médico-legal de avaliação das condições clínicas, neurológicas e psíquicas do indivíduo.

Conclui-se, assim, que apenas através de exame de alcoolemia será possível a constatação do teor alcoólico no sangue de modo a viabilizar a responsabilização penal do agente, vez que integra o tipo penal a expressão “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas”.

Ocorre que o direito à não autoincriminação consubstanciado no brocardo latino *nemo tenetur se detegere* ingressou em nosso ordenamento a partir da adesão ao Pacto de São José da Costa Rica. Dispõe o referido diploma legal no artigo 8º, que estabelece o rol de garantias judiciais, que

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada

De acordo com EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, o direito à não autoincriminação impede que o acusado seja “compelido a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse” (2008, p. 26).

Ainda, segundo tal autor, as legislações da Europa, bem como a anglo-americana, preveem hipóteses em que o acusado deverá submeter-se a intervenções corporais com finalidades probatórias, constituindo verdadeiras exceções ao princípio da não autoincriminação. Contudo, como se tratam de medidas dirigidas contra o réu, devem ser rigidamente estabelecidas em lei e sofrer controle judicial (2008, p. 325).

No Brasil, as intervenções corporais não vêm sendo admitidas pelo Supremo Tribunal Federal, nem mesmo nos casos de investigação de paternidade (veja-se HC 71373/RS, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Julgamento: 10/11/1994, DJ de 22-11-1996, p.45686)¹.

No caso específico dos testes de alcoolemia para comprovação de embriaguez no trânsito, prevê o Código de Trânsito Brasileiro a hipótese de recusa. Logo, a não submissão aos testes para aferição do teor alcoólico é prevista e regulamentada pela lei.

Dispõe o artigo 277 do CTB que:

Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

Ocorre que no mesmo dispositivo, no parágrafo 3º, o legislador determinou que:

Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no artigo 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo.

1. Ementa: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”.

Assim, além da possibilidade de invocação do direito à não autoincriminação consubstanciado no Pacto de São José da Costa Rica, o condutor pode lastrear a recusa à submissão ao teste de alcoolemia no próprio ordenamento jurídico brasileiro (artigo 277, § 3º, do CTB).

Entretanto, a consequência da recusa dá-se tão somente na seara administrativa, posto que se aplicam as penalidades previstas no artigo 165, do CTB, que prevê a infração administrativa da “embriaguez ao volante”.

Penalmente, nada há que ser feito, pois não há a possibilidade de se trabalhar com presunções na esfera processual penal, que não seja a de inocência.² No âmbito penal, não se admite a responsabilização através de presunção de culpabilidade, como ocorre nos campos civil e administrativo.

NUCCI, comentando a prova no processo penal, esclarece que o “bafômetro” é um aparelho que utiliza um método baseado na premissa de que o álcool distribui-se entre o sangue e o ar do alvéolo pulmonar. No tocante à compulsoriedade do exame, aduz que “seu uso não é obrigatório, pois ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo” (2007, p. 374).

Deste modo, recusando-se o indivíduo a submeter-se ao etilômetro ou a qualquer outro teste para aferir o teor alcoólico no sangue, impossibilitada está a medição de um percentual de álcool e, portanto, a própria configuração do delito do artigo 306, do CTB.

Consequentemente, impossível a prisão em flagrante por referido crime na hipótese de recusa à submissão ao exame e, de forma lógica, não pode o Ministério Público propor a ação penal pública incondicionada em face do indivíduo recalcitrante.

A denúncia padeceria de inépcia, eis que o artigo 41, do Código de Processo Penal dispõe que

A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

De acordo com os ensinamentos de MARCELLUS POLASTRI LIMA as circunstâncias “são aquelas do fato ocorrido que guardem correspondência e se adéquem ao tipo legal” (2002, p. 250).

Considerando que a perícia não pode aferir somente pelos sinais clínicos, neurológicos e psíquicos do indivíduo a concentração de álcool no sangue, estabelecendo com segurança qual este percentual, não pode haver prisão pela impossibilidade de caracterização delitiva. Isto, porque a denúncia deve

2. Oliveira denomina de “estado ou situação jurídica de inocência” (2008, p. 31).

descrever de forma categórica e precisa o percentual de álcool por litro de sangue no condutor do veículo automotor, não sendo possível conjecturas e suposições no campo processual penal.

Dessa forma, colocou-se nas mãos do condutor do veículo a faculdade de ser preso ou não, sendo a sua submissão ao teste de alcoolemia a única prova possível e viável para a configuração do delito. Se o condutor quiser colaborar com o exame dito “bafômetro” e recair em percentual igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, será preso em flagrante pelo delito do artigo 306, do CTB. Do contrário, caso ofereça recusa, não poderá ser preso por tal delito, subsistindo somente a infração administrativa pela recusa prevista no artigo 277, §3º, do CTB.

A Lei 11.705/08 criou situação imprevista no ordenamento jurídico brasileiro: o condutor de veículo automotor somente será preso se quiser, pois a única prova que pode alicerçar inquérito ou eventual denúncia e processo é o teste de alcoolemia realizado pelo indivíduo.

Vê-se, portanto, que a responsabilização criminal está ocorrendo unicamente com os colaboradores, ou sejam, as pessoas que, por boa vontade ou até ignorância de seus direitos, estão se submetendo à realização do teste do “bafômetro”, situação que beira à injustiça e fere a isonomia, a nosso sentir.

O legislador, ao querer reprimir com mais intensidade a conduta de “embriaguez ao volante”, não se atentou que criou figura típica cuja comprovação de materialidade delitiva depende exclusivamente da sujeição ao teste pelo condutor do veículo.

Dessa forma, apesar dos meios de comunicação venderem a ideia de que a lei é mais rigorosa, tanto penal quanto administrativamente, o maior rigor somente é constatado na seara administrativa, sendo imprescindível a modificação do tipo do artigo 306, do CTB para que haja equidade na responsabilização penal.

No que toca aos processos instaurados sob a égide da antiga lei que previa a necessidade do condutor estar sob a influência de álcool, entende-se a ocorrência da abolitio criminis, vez que impossível tornar-se-á a comprovação do teor alcoólico no sangue exigido na nova redação do artigo 306, do CTB.

Então, quem quer ser preso por embriaguez ao volante?

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, DECRETO n. 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992, Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

GOMES, Luiz Flavio, A Constituição Federal e os Crimes de Perigo Abstrato, 2007, disponível em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070214091633277 acessado em 23.06.2009.

LIMA, Marcellus Polastri. Novas Leis Criminais Especiais Comentadas por Artigos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____, Curso de Processo Penal. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Roberto Blanco dos. Apostila de Medicina Legal, 2000.

VADE MECUM/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2009.

Responsabilidade civil. Quando do pagamento da indenização. Afastamento do pagamento em caso de culpa exclusiva. Insuficiência de diligência por parte do administrado. Responsabilidade quanto a danos de natureza moral. O que opera o acidente? Por que no acidente de que se trata gravemente a população brasileira?

DECRETO Nº 1.171, DE 1967, E LEI Nº 1.171, DE 1967, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ata da 1ª Sessão de 1967, de 1967

Ata da 1ª Sessão de 1967

Ata da 1ª Sessão de 1967

PARECERES E

RAZÕES

Relatório do Conselho de Estado, de 1967, de 1967

Relatório do Conselho de Estado, de 1967, de 1967. Quando do pagamento da indenização. Afastamento do pagamento em caso de culpa exclusiva. Insuficiência de diligência por parte do administrado. Responsabilidade quanto a danos de natureza moral. O que opera o acidente? Por que no acidente de que se trata gravemente a população brasileira?

Relatório do Conselho de Estado, de 1967, de 1967

Quando do pagamento da indenização. Afastamento do pagamento em caso de culpa exclusiva. Insuficiência de diligência por parte do administrado. Responsabilidade quanto a danos de natureza moral. O que opera o acidente? Por que no acidente de que se trata gravemente a população brasileira?

Responsabilidade civil. Queda de pedestre em via pública. Ausência de prova quanto ao nexo de causalidade. Inexistência de ilegalidade por parte da administração pública quanto à altura do meio-fio na rua em que ocorreu o acidente. Parecer no sentido de que se negue provimento à apelação interposta.

DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Cível nº 2009.001.05420

Apelante: Bruna Haynes

Apelado : Município do Rio de Janeiro

Relator: Desembargador Dr. Raul Celso Lins e Silva

EMENTA: Apelação Cível. Responsabilidade civil. Queda de pedestre em via pública quando descia de calçada para atravessar rua de grande movimento. Alegação de que o meio-fio, no ponto em que a travessia seria efetuada, era de altura inapropriada, fato que teria ocasionado a queda e a consequente lesão. Ausência de prova técnica quanto à irregularidade da calçada. Ponto de travessia inapropriado eis que fora da faixa de pedestre. Ausência do elemento causalidade que pudesse ensejar a responsabilidade do ente público. Sentença de improcedência que merece confirmação. Parecer no sentido do desprovimento do recurso.

Eminente Desembargador Relator, Egrégia Câmara:

Cuidam os autos de *apelação cível* regular e tempestivamente interposta contra a r. sentença de fls. 173/174, de lavra do MM. Juiz João Luiz Ferraz de Oliveira Lima, **julgando improcedente pedido formulado em ação de responsabilidade civil condenando a autora no pagamento de custas, taxa judiciária e verba honorária fixada em 10% do valor da causa, aplicando-se o disposto no artigo 12 da Lei de Assistência Judiciária.** O ilustre patrono da parte ora apelante, apresentou as razões de fls. 177/190 enfatizando, em síntese, que o acidente ocorreu em face da irregularidade técnica cometida pelo setor de engenharia da Municipalidade ao construir meio-fio com altura de 30 cm, *“colocando em risco a integridade física dos transeuntes”* (verbis, fl. 185). A ilustrada

Procuradoria do Município apresentou as contra-razões que se acham às fls. 195/197, prestigiando o *decisum*. A Promotoria de Justiça deixou de se manifestar no feito, apresentando a promoção de fls. 142/144, com a qual, data vênua, não concordamos.

Não merece reparo a decisão monocrática. O item 12 da sentença é fundamento suficiente para a improcedência do pedido formulado na inicial:

"A autora, por sua conta e risco, promoveu a tentativa de travessia de via em local inapropriado. Certo seria se dirigir até a faixa de pedestres mais próxima – pouco importando se não tão perto quanto desejaria –, local, inclusive, onde o meio-fio é rebaixado (fls. 50). E mais, conhecia o local da queda, porquanto situado quase defronte ao ponto de ônibus que, ocasionalmente, utilizava para retornar para casa após deixar seu trabalho (fls. 170). Logo, já conhecia a altura do meio-fio" (verbis, fls. 174).

A hipótese fática não se enquadra, por exemplo, em jurisprudência que autoriza a responsabilização de ente público pela existência de bueiro em via pública. Aí sim, poderia ficar comprovado o desleixo da administração para com os cidadãos. Mas, no caso ora em exame, o que se percebe, inclusive pela foto de fl. 23, é que o meio-fio é uniforme, em termos de altura, estando em bom estado de conservação. Por outro lado, numa rua de intenso movimento de veículos como a Voluntários da Pátria, a altura mais elevada do meio-fio tem o condão de proteger os pedestres de motoristas imprudentes, evitando, também, o estacionamento irregular sobre a calçada.

Aliás, como também assinalado pelo magistrado:

"Segundo consta do documento de fls. 50, trazido aos autos pela própria demandante, e, também, de fls. 60, a altura de um meio-fio pode sim chegar até 30 cm, visando não só evitar a subida de veículos no passeio público como garantir a segurança dos pedestres" (verbis, fl. 173).

Não há dúvida de que a lesão sofrida pela ora apelante foi grave mas, , não se pode culpar o Município pelo fato ocorrido. Falta o requisito do *nexo de causalidade*, indispensável para a caracterização da responsabilidade civil.

A propósito do tema – **nexo de causalidade e responsabilidade civil** – jurisprudência desta E. Câmara Cível:

2008.001.51215 - APELACAO -

DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento: 15/12/2008 - DECIMA SETIMA CAMARA

RESPONSABILIDADE CIVIL DE TRANSPORTADOR QUEDA DE PASSAGEIRO - AUSÊNCIA DE PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE - NÃO CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR - O autor não comprova o liame causal entre o desembarque do coletivo e o evento danoso. Ônus de prova do autor quanto à existência do fato constitutivo do seu direito, uma vez que não

há óbice técnico ou econômico que o impeça de fazê-lo. Não houve determinação de inversão do ônus da prova. Impossibilidade de cogitar-se de aplicação do instituto em sede recursal. Diante do quadro fático, correto o afastamento da responsabilização da prestadora do serviço público, não cabendo questionar a ocorrência ou não de desconforto, transtornos e dor ocasionados, sofridos pelo autor. Agravo retido rejeitado e negado seguimento ao apelo.

Do exposto, o parecer da Procuradoria de Justiça é no sentido do **desprovimento do apelo**, confirmando-se a sentença.

Rio de Janeiro, 17 de fevereiro de 2009

Adolfo Borges Filho

Procurador de Justiça

17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça

Data da sessão: 11/03/2009

Decisão (TAB): POR UNANIMIDADE, NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO DES. RELATOR.

Tipo de Decisão: CONFIRMADA A(O) SENTENÇA(DESAPACHO).

Des. Presidente: DES. RAUL CELSO LINS E SILVA

Vogal(ais): DES. HENRIQUE DE ANDRADE FIGUEIRA

*Ação Civil Pública. Envio de cartão de crédito sem solicitação prévia do consumidor. Pedido de condenação à obrigação de fazer consistente em restabelecer os cartões de conta-bancária dos consumidores, sem a função de cartão crédito, quando esta não for expressamente solicitada. Pedido de condenação à obrigação de não fazer consistente em se abster, definitivamente, de efetuar qualquer cobrança e/ou de efetuar a inscrição do nome de qualquer correntista que tenha recebido sem expressa solicitação o cartão de crédito acima mencionado em qualquer serviço de proteção ao crédito ou lista de mau pagador, bem como consistente em se abster, definitivamente, de fornecer cartão de débito em conjunto com cartão de crédito, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por descumprimento. Pedido de condenação a ressarcimento de dano material e moral e devolução em dobro de toda e qualquer quantia cobrada indevidamente por força dos cartões de crédito assim emitidos, por força do art. 42, p.u da lei nº 8.078/90, notadamente porque devem ser considerados amostras grátis, ex vi do art. 39, p.u. da lei nº 8.078/90. Violação aos princípios da boa-fé e da veracidade.**

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA EMPRESARIAL DA COMARCA DA CAPITAL DO RIO DE JANEIRO

REF.: INQUÉRITO N.º 411/05

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais, por meio da presente e do Promotor de Justiça subscrito, vem propor:

* O Juízo de Direito da 3ª Vara Empresarial da Comarca de Capital julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para: a) condenar a ré a restabelecer os cartões de conta-bancária dos consumidores, sem a função de cartão de crédito, quando não expressamente solicitada e abster-se de efetuar qualquer cobrança ou efetuar a inscrição do nome nos cadastros restritivos de crédito; b) condenar a pagar danos morais a cada consumidor lesado, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos monetariamente desde a sentença e juros legais desde a citação; c) condenar a ré a devolver toda quantia indevidamente cobrada em dobro ao consumidor. d) Condenar o réu a pagar custas judiciais e honorários advocatícios no valor de 10 % (dez por cento) sobre o valor da condenação. P.R.I.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com pedido liminar

em face do **BANCO DO BRASIL S.A.**, inscrito no CNPJ-MF n.º 00.000.000/001-91, situado na Rua Senador Dantas, n.º 105, Centro, Rio de Janeiro, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

PRELIMINARMENTE

O MINISTÉRIO PÚBLICO possui legitimidade para a propositura de ações em defesa dos direitos transindividuais dos consumidores, *ex vi* do art. 81, parágrafo único, II e III c/c art. 82, I da lei n.º 8.078/90. Ainda mais em hipóteses como a vertente, em que o número de lesados é extremamente expressivo e se encontra disperso, dificultando a defesa dos respectivos direitos individuais.

Constata-se, ainda, que os valores em jogo são relevantes, já que os serviços prestados pela empresa-ré abrangem um número ingente de consumidores, revelando, por conseguinte, o interesse social que justifica a atuação do Ministério Público.

Neste sentido, podem ser citados vários acórdãos do E. Superior Tribunal de Justiça, entre os quais:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, inclusive para tutela de interesses e direitos coletivos e individuais homogêneos. (AGA 2523686/SP, 4ª Turma, DJ 05/06/2000, pág. 176)”.

A Instituição autora, neste mister, atua no exercício que lhe confere o Título IV, Capítulo IV, Seção I, da Carta Constitucional de 1988, mais precisamente do inciso III, do art. 129, que “*são funções institucionais do Ministério Público (III) promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”.

Na esteira desse dispositivo citado, o artigo 25, inciso IV, alínea “a”, da Lei Federal 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, estatui que, “*além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público (...) promover o inquérito civil e ação civil pública (...) para a proteção, a prevenção e a reparação dos danos causados ao patrimônio*”.

público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, e a outros interesses difusos, coletivos, homogêneos e individuais indisponíveis" (grifei).

A Lei n.º 7.347/85 (LACP) atribui legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública para a prevenção ou reparação dos danos causados ao consumidor, em decorrência de violação de *interesses ou direitos difusos, coletivos* e individuais homogêneos (v. artigos 1º, 3º, 5º, "caput", e 21).

A Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) atribui ao Ministério Público legitimação para a defesa coletiva dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor, com fulcro no artigo 82, inciso I, c/c o artigo 81, parágrafo único, incisos I e II.

Por fim, especificamente o artigo 51 parágrafo 4º da Lei nº 8078/90 faculta a qualquer consumidor requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes, pelo que patente está que o MINISTÉRIO PÚBLICO possui legitimidade para a propositura da presente ação.

DOS FATOS

A empresa ré vem violando frontalmente dispositivo legal, impondo unilateralmente a mudança do cartão de débito bancário de seus correntistas quando expira seu prazo de validade para outro, no qual vem incluída a função crédito, conforme relatado, às fls. 02/07, e no Termo de Oitiva, às fls. 96/97.

Ocorre que além de o consumidor receber um cartão que não solicitou, não pode recusá-lo, sendo imposto pela ré sua aceitação, sob fundamento de que o "plus" do cartão recebido, qual seja, a função crédito está bloqueada e só entrará em função caso o consumidor queira.

Cumpre elucidar que tal pratica arbitrária não se limita apenas ao envio de cartões com prazo de validade expirado, mas também refere-se aos de modalidade universitário, como narrado pelo correntista Iberê Faleiro Gavilão, em 25 de abril de 2005 no "Jornal do Brasil on Line", eis que desde maio de 2001 tem conta na empresa-ré e, quando quis trocá-la para a modalidade universitária, recebeu um cartão do tipo internacional, o qual podia usar como crédito ou débito e, mesmo se opondo a esta troca unilateral, não obteve êxito, conseguindo apenas ser informado por funcionário da empresa-ré que só lhe seria cobrada a anuidade do cartão caso o utilizasse, conforme fls.46.

Ocorre que tal informação como comprovado pelo correntista é inverídica, pois mesmo sem nunca o ter usado, em janeiro de 2005, foi surpreendido com uma fatura da primeira parcela referente ao mesmo, tendo a empresa-ré, ao tomar

ciência do caso, confirmado que os clientes com conta universitária estavam recebendo cartão com funções de débito e crédito e, ainda, que houve um erro na cobrança da anuidade do ora mencionado reclamante, sendo tal fato regularizado, conforme fls.46.

De certo, esta não foi a única notícia de erro efetuado pela ré, devido à emissão destes novos cartões, como se vê no informado às fls. 47 pelo consumidor Antônio Pinto de Almeida, que recebeu fatura de cobrança de cartão de crédito da empresa-ré sem ao menos tê-lo solicitado e, também, em relação ao senhor Rodrigo Alves de Souza Valença, que em virtude da malfada conta-cartão permanecer ativa em seu cartão teve cobrança de anuidade e encargos no valor de R\$ 57,21 (cinquenta e sete reais e vinte e um centavos) e a inclusão de seu nome no cadastro negativador, sendo tal erro, novamente, reconhecido pela empresa-ré que estornou o débito na conta do reclamante, conforme fls.30.

A título ilustrativo, insta salientar que a empresa-ré se mantém no 1º lugar do "ranking" dos maiores Banco ativos em reais, a saber R\$ 233,8 bilhões, conforme fls.53.

Cabe ressaltar que a empresa-ré não nega que está enviando cartões múltiplos aos consumidor sem sua prévia anuência, como se vê às fls.13, 46 e 102, cabendo inclusive descrever, *in verbis*, trecho desta última página:

Com relação ao envio do cartão de crédito sem a solicitação do cliente, informamos que desde 03.09.2001 o **Banco do Brasil passou a fornecer aos seus clientes o CARTÃO OUROCARD MULTIPLAS FUNÇÕES**, que agrega as funções de débito, crédito e bancárias. Quando da entrega do cartão ao cliente as funções débito e bancária são ativadas automaticamente, sendo a função crédito ativada apenas com a opção/concordância do cliente. O cartão que se encontra em seu poder possui as funções bancária e débito e não tem a função de crédito ativada, pois essa não é a sua vontade.(grifo nosso)

Frise-se ainda, que esta imposição acarreta diversos transtornos para o consumidor, pois a todo tempo tem que prestar atenção quando for efetuar uma compra, comunicando ao estabelecimento

que esta sendo feita em débito, para que não seja descontada do cartão, como a própria ré afirma, às fls.128.

Ora, outrora o consumidor não tinha este fardo de ter o tempo todo de comunicar a quem for comprar que está efetuando sua compra em débito ou em crédito, sendo que se tal fato passar despercebido pode lhe importar em diversos ônus e encargos, como ter que pagar anuidade e demais tarifas pela utilização do cartão de crédito, sem ao menos ter optado para tanto, sendo inadmissível que lhe seja imposto unilateralmente tal obrigação.

Insta frisar que até mesmo o BANCO CENTRAL DO BRASIL não permite tal prática arbitrária efetuada pela empresa-ré consistente na aceitação tácita do

consumidor a um produto que lhe é imposto, como se vê do artigo 2º da RESOLUÇÃO nº 2.892 do BANCO CENTRAL DO BRASIL, conforme documento juntado às fls. 56, *in verbis*:

Art. 2º Ficam as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil obrigadas a exigir de seus clientes e usuários confirmação clara e objetiva quanto à aceitação do produto ou serviço oferecido ou colocado a disposição, não podendo considerar o silêncio dos mesmos como sinal de concordância.

Devido a estas arbitrariedades perpetradas pela empresa-ré, foi até proposta ação civil pública pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS em face dela na 1ª Vara Cível da Comarca de Estrela do Sul/MG, como se vê na cópia da inicial, às fls. 236/246 do inquérito civil que seguem em anexo.

O DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, também em virtude de tais fatos, lhe aplicou penalidade de multa, como se vê às fls. 308/312 e 357, na qual a Instituição elucida em sua fundamentação *que embora o cartão plástico englobe várias funções, inclusive a de crédito, não restou caracterizada pela empresa-ré a "solicitação ou concordância prévia" que afastaria a abusividade do envio de cartão de crédito.*

Cabe dizer, ainda, que diversas reportagens denunciaram tais praticas irregulares, como se vê às fls. 48, 50 e 51, tendo, inclusive, em uma destas publicada no Jornal "O Globo", elucidado nitidamente o caso em comento, como se vê, às fls.50, *verbis*:

As instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito vão ter que fazer uma campanha de esclarecimento ao público sobre os serviços prestados. O acordo foi firmado ontem com a Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados. O diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, Ricardo Morishita Wanda, ressaltou os maiores problemas existentes na relação entre as instituições financeiras e seus consumidores. Entre eles, *citou o desbloqueio automático de cartões múltiplos que não são solicitados pelos clientes.*

Em 01 de fevereiro de 2006, o BANCO CENTRAL DO BRASIL, através de ofício acostado às fls. 360, informou que foram constatadas dezesseis denúncias procedentes no órgão pelo motivo de entrega de cartões de crédito pela empresa-ré não solicitados pelos consumidores.

DAS PRÁTICAS E CLÁUSULAS ABUSIVAS

Inequívoco que a ré ao obrigar o consumidor a aceitar cartão sem a sua anuência, sem ao menos lhe dar a oportunidade de recusá-lo, fere várias regras

da lei 8.078/90, restando, destarte, frontalmente violado o inciso III do artigo 39 da lei n.º 8.078/90, *in verbis*:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

.....
III – enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, o fornecer qualquer serviço;

Como se vê, a ré prevalecendo-se da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor, na forma do art. 4º, I e 6º, VIII da lei n.º 8.078/90, depois deste já ter firmado contrato de conta-corrente com aquela, o compele a ter que aceitar, sob pena de não ter mais cartão com que possa efetuar seus saques e débitos, um cartão múltiplo, com a função de cartão de crédito que não solicitou, não lhe dando alternativa sequer de recusá-lo, como a Lei lhe permite.

Ademais, infringido também restou o artigo 39, V e VI da lei n.º 8.078/90, eis que ao executar serviço de oferecimento de crédito por meio da prática ora impugnada, qual seja, envio de cartão múltiplo sem solicitação prévia do consumidor, a ré acaba por exigir do consumidor vantagem exagerada, em relação ao contrato outrora firmado com cada correntista, executando serviço de crédito sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, eis que a este somente é dado conhecer do real custo de tal serviço quando do envio da fatura pertinente.

Ressalte-se que também é abusiva qualquer cláusula contratual que se enquadre nos dispositivos legais do artigo 51, da lei n.º 8.078/90, tendo aqui inteira aplicação seus incisos IV, X, XIII e XV, e parágrafo 1º, inciso I e III, do mesmo dispositivo, *in verbis*:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

.....
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

.....
X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

.....
XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade de contrato, após a sua celebração;

.....
XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
.....

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:
.....

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
.....

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

DO DESCUMPRIMENTO A NORMAS E PRINCÍPIOS CONSUMERISTAS

A ré não respeita princípios básicos da relação de consumo, dos quais pode-se destacar:

a) O Princípio da Boa-fé

É previsto de forma explícita no inciso III do artigo 4º do CDC, *in verbis*:

“Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

.....
III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;”

Conforme Paulo V. Jacobina em sua obra, “A Publicidade no Direito do Consumidor, Rio de Janeiro, Forense, 1996. pág. 66” “o certo é que as partes devem, mutuamente, manter o mínimo de confiança e lealdade, durante todo

o processo obrigacional; o seu comportamento deve ser coerente com a intenção manifestada, evitando-se o elemento surpresa, tanto na fase de informação, quanto na de execução, e até mesmo na fase posterior, que se pode chamar de fase de garantia e reposição.

É nesse sentido que o princípio da boa-fé foi positivado pelo CDC, no inciso III do art. 4º, e é nesse sentido que a lei fala em *harmonização de interesses e equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores*".(grifo nosso)

Ora, por certo, esta lealdade e confiança manifestada no princípio acima exposto não é respeitada pela ré, visto que compele o consumidor a aceitar um novo cartão que nem ao menos solicitou, sob fundamento de que a função "plus" presente no novo cartão emitido está bloqueada. Sendo fato que ao assim agir viola, também, direito básico do consumidor consubstanciado no art. 6º, IV da lei n.º 8.078/90, eis que garantido lhes está a proteção contra métodos coercitivos e desleais, assim como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

b)O Princípio da Veracidade

Este princípio certamente decorre da regra da boa-fé, sendo previsto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor através do parágrafo 1º do artigo 37, o qual orienta, no dizer de Fábio Ulhoa, na obra "Comentários ao CDC, p. 151", que é a "... *adequação entre aquilo que se afirma sobre o produto ou serviço e aquilo que realmente é*", ou seja, as mensagens publicitárias devem ser verdadeiras, corretas, respeitando o consumidor frente a sua vulnerabilidade.

Tal fato, como já relatado, não ocorreu, visto que a ré a seu bel-prazer, mesmo contrariando a norma vigente, aproveita-se da hipossuficiência do consumidor, impingindo-lhe aceitar cartão múltiplo sem sua anuência, com o disfarce de que caso não queira a função crédito não será ativada, sendo tal fato inverídico, pois como se comprovou inúmeros erros ocorreram com a utilização deste cartão, expondo os consumidores a situação vexatória, pois por vezes ocorreu até a inclusão de seus nomes no cadastro negativador, além de serem cobrados por tarifas e anuidades por que efetivamente não tencionavam se responsabilizar.

Da simples análise destes princípios que inequivocamente foram desrespeitados, torna-se irrefutável que os consumidores tiveram seus direitos lesados, ensejando, destarte, sua reparação.

A responsabilidade por tal reparação, aliás objetiva, decorre inclusive por ser o serviço assim prestado pela ré defeituoso, pois consideradas tais circunstâncias relevantes, não fornece ao consumidor a segurança que dele se pode esperar, a teor do art. 14, § 1º da lei nº 8.078/90.

DO DIREITO DOS CONSUMIDORES À EFETIVA REPARAÇÃO DE DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS, INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso VI, estabelece expressamente, como direito básico do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Não é difícil vislumbrar, no presente feito, o dano moral causado pelos réus aos consumidores que, ante a imposição do novo cartão múltiplo da empresa-ré, têm que a todo tempo verificar ao efetuarem suas compras se foi feita em débito ou em crédito, além de passarem por diversas situações constrangedoras, solicitando à ré que estorne as quantias indevidas que lhes foram cobradas, além de por vezes terem que recorrer ao Judiciário, devido à falta de alternativa que a ré lhes dá para sanar as malfadas situações.

Some-se a isso, o fato de que em razão das cobranças feitas, por vezes tem os consumidores seus nomes ingressados em cadastros de maus pagadores e/ou de serviços de proteção ao crédito, sem que para tanto tenham dado causa justificável, haja vista que nunca solicitaram entrega de cartões de crédito.

DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Consoante exaustiva exposição levada a efeito linhas atrás, restam evidentes as violações a normas e princípios consumeristas, caracterizando-se o *fumus boni iuris* e, por sua vez, o *periculum in mora*, em razão da ameaça de dano existente até que se solucione definitivamente a lide ora deduzida por meio do provimento jurisdicional satisfativo que ora se busca.

Desta sorte, para que o prejuízo dos consumidores não se agrave, tornando-se cada vez mais incerta a possibilidade de sua recomposição, pugna o *Parquet* que a ré seja compelida no prazo de 24 (vinte e quatro) horas a restabelecer os cartões de conta-bancária dos consumidores, sem a função de cartão crédito quando não expressamente solicitada, devendo comunicar expressamente aos consumidores que não são obrigados a aceitarem cartões múltiplos, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por descumprimento.

Da mesma forma, seja compelida a ré a se abster de efetuar qualquer cobrança e/ou de efetuar a inscrição do nome de qualquer correntista que tenha recebido sem expressa solicitação o cartão de crédito acima mencionado em qualquer serviço de proteção ao crédito ou lista de mau pagador e de fornecer cartão de débito em conjunto com cartão de crédito, sob pena de pagamento de multa diária de igual quantia por descumprimento.

DO PEDIDO

Ex positis, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO:

1º) que se torne definitiva a concessão de medida liminar, devendo a ré restabelecer os cartões de conta-bancária dos consumidores, sem a função de cartão crédito, quando não expressamente solicitada, devendo comunicar expressamente aos consumidores que não são obrigados a aceitarem cartões múltiplos e se abster, definitivamente, de efetuar qualquer cobrança e/ou de efetuar a inscrição do nome de qualquer correntista que tenha recebido sem expressa solicitação o cartão de crédito acima mencionado em qualquer serviço de proteção ao crédito ou lista de mau pagador, abstendo-se, definitivamente, de fornecer cartão de débito em conjunto com cartão de crédito, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por descumprimento;

2º) a condenação da ré ao pagamento de danos materiais e morais a cada consumidor lesado em decorrência do não cumprimento da obrigação acima, danos estes a serem apurados no pertinente processo de habilitação;

3º) a condenação da ré à devolução em dobro de toda e qualquer quantia cobrada indevidamente por força dos cartões de crédito assim emitidos, por força do art. 42, p.u da lei nº 8.078/90, notadamente porque devem ser considerados amostras grátis, *ex vi* do art. 39, p.u. da lei nº 8.078/90;

4º) a citação da ré para vir responder à presente ação civil pública, na forma da lei;

5º) a expedição de edital no órgão competente, na forma do art. 94 da lei n.º 8.078/90;

6º) a produção de todos os meios de prova legalmente previstos e adequados, dentre eles, prova documental, testemunhal, depoimento pessoal das partes, pericial, etc., determinando-se a inversão do ônus processual, *ex vi* do art. 6º, VIII da lei n.º 8.078/90;

7º) que seja a ré condenada a pagar honorários ao CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, à base de 20% sobre o valor da causa, dado o valor inestimável da condenação, na forma da Lei n.º 2.819/97.

Dá-se à causa, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2006.

Carlos Andresano Moreira

Promotor de Justiça

Art. 397 do CPP. Absolvição sumária. Flagrante inconstitucionalidade

Proc. nº 0012492-67.2010 - 02 Volumes e 01 apenso

1ª Vara Criminal da Comarca de Niterói-RJ

Recorrente : Ministério Público Estadual- Promotoria de Justiça Criminal

Denunciado: Wolney Trindade

Ofendido : Luciano Oliveira Mattos de Souza - Promotor de Justiça ativo

Delitos: Crimes de injúria, calúnia, difamação e ameaça

RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO *

Egrégio Tribunal de Justiça fluminense

Colenda Câmara Criminal

Digníssimo Procurador de Justiça oficiante

O Ministério Público estadual, por intermédio do Promotor de Justiça titular da 4ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos (Niterói) ofereceu denúncia em face de **Wolney Trindade**, imputando-lhe minuciosamente a prática dos seguintes delitos contra a honra: injúria, calúnia e difamação, além de ameaça, tipificados nos artigos 140, 138, 139 e 147, todos do Código Penal, respectivamente.

Segundo consta na exordial acusatória, em síntese, no dia 16 de dezembro de 2009, no programa de Rádio CBN Notícia, apresentado pela jornalista Lucia Hipólito, o denunciado teria ofendido a honra subjetiva e objetiva de Luciano Oliveira Mattos de Souza, promotor de Justiça, motivado pela função pública do ofendido, que, no exercício de sua função ministerial, na qualidade de promotor de Justiça titular da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção ao Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Histórico e Cultural de

* A eg. 4ª Câmara Criminal do TJRJ afastou as questões prévias e, quanto ao mérito, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso do MPRJ, para o fim de reformar a sentença absolutória sumária no tocante aos crimes contra a honra, afastando tão somente a imputação pelo crime de ameaça. Relatora Des. Maria Sandra Rocha Kayat.

Niterói, teria proposto ação de improbidade administrativa em face do denunciado e outras pessoas junto à 4ª Vara Cível da Comarca de Niterói, a qual foi acolhida por este Juízo cível.

Após a protocolização da inicial da referida ação de improbidade administrativa junto ao referido e r. Juízo cível, o denunciado concedeu a referida entrevista a jornalista suso mencionada, a fim de esclarecer os fatos que motivaram a proposta da referida demanda de improbidade administrativa, momento em que o denunciado teria proferido as ofensas a honra subjetiva, descritas à fl. 02-B, e objetiva, descritas às fls.02-C/02-D e 02-E, bem como, não satisfeito, ainda proferiu as ameaças descritas à fl.02-F, visando intimidar a atuação do referido promotor de Justiça ofendido, **único** promotor de Justiça com atribuição ambiental na Comarca de Niterói.

A peça acusatória consta às fls.02/02-G, em que descreve minuciosamente os fatos e de forma destacada cada crime, a fim de possibilitar a ampla defesa e o contraditório;

Às fls.05/10, consta a representação formal e expressa do ofendido, uma vez que foi atingido no exercício da função de promotor de Justiça, sendo que as ofensas foram proferidas e motivadas pelo exercício desta função, sendo certo que foi a mesma oferecida dentro do prazo decadencial de seis meses, conforme data da protocolização da mesma, à fl.05.

Às fls.11/43, constam os documentos que instruem a referida representação, apresentados pelo próprio ofendido;

À fl.44, consta despacho da Coordenação desta Central de Inquéritos, distribuindo os autos a Promotoria de Justiça de Investigação Penal com atribuição natural;

À fl.68, consta o CD contendo a gravação integral da entrevista concedida pelo denunciado à Rádio CBN-Notícia;

Às fls.72/81, consta pedido da 4ª PIP da 2ª CI do laudo pericial de transcrição do referido CD, cujo conteúdo é a íntegra da entrevista concedida pelo denunciado na mídia, elaborado pelas peritas técnicas Monica Azzariti Pinho Barbosa e Maria do Carmo Gargaglione;

À fl.165, o magistrado titular da 1ª Vara Criminal de Niterói, **Carlos Eduardo Freire Roboredo**, deu-se por suspeito por motivo de foro íntimo, encaminhando os autos ao juízo tabelar, no caso o da 2ª Vara Criminal, **João Ziraldo Maia** que, pelos mesmos motivos afirmou também sua suspeição, o que ensejou o encaminhamento ao Juízo tabelar, sendo que a serventia da 2ª Vara Criminal encaminhou os autos ao Tribunal do Júri da Comarca de Niterói, no caso à 3ª

Vara Criminal de Niterói, cujo magistrado é o Dr. **Peterson Barroso Simão**, subscritor da sentença absolutória ora recorrida;

À fl.168, consta despacho do juiz Peterson Barroso Simão que, ao invés de encaminhar os autos ao correto juiz tabelar, no caso o da 4ª Vara Criminal, entendeu ser ele mesmo o tabelar e determinou a realização de audiência especial de conciliação, a qual foi infrutífera, conforme assentada de fls.172/173, tendo os envolvidos recusado a conciliação, sendo certo que o MP, **de forma motivada**, recusou apresentar a transação penal e a proposta de suspensão condicional do processo, conforme fls.126/131;

Às fls.172/173, o **juízo recebeu a denúncia**, entendendo pela presença de indícios de autoria e prova da existência delitiva, tendo citado o denunciado, conform fl.174;

Às fls.178/201, o réu apresentou sua resposta preliminar, à luz do artigo 396-A do CPP, tendo, em síntese, *questionado o fato de o ofendido não ter exercido o direito de queixa-crime; o fato de não ter sido feita transação penal e não ter sido proposta "sursis processual"; atipicidade dos crimes contra a honra e de ameaça, pugnando, enfim, pela absolvição sumária;*

Às fls.209/214, o MP manifestou-se pelo prosseguimento do processo-crime;

Às fls.221/234, consta sentença absolutória com fundamento no artigo 397, inciso III, do CPP, obstaculizando o regular processamento do feito e a necessária dilação probatória, tendo o **juízo do Tribunal do Júri**, em síntese, alegado que as palavras e frases, inclusive pejorativas *não apontaram a pessoa do ofendido*, fazendo crer que as condutas são atípicas pelo fato de o denunciado não ter individualizado o ofendido, o sujeito passivo dos delitos descritos na denúncia, inclusive, em momento algum na entrevista houve referência ao **nome do ofendido (fl.225)**, sendo certo que a ação civil pública por ato de improbidade administrativa promovida em face do denunciado foi subscrita por três promotores de Justiça, inclusive o ofendido nos presentes autos, não se podendo saber quem foi o ofendido na entrevista da rádio, não tendo ficado demonstrado que o acusado fez a declaração com dolo de ofender exatamente o ofendido nestes autos, não se podendo punir intenções, até porque o promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza não é o único a morar no bairro Jardim Icaraí. Ademais, como não foi mencionado o nome do ofendido na entrevista, deveria o MP ter utilizado o disposto no artigo 144 do CP;

À fl.236, consta petição de interposição de recurso de Apelação, o qual foi recebido pelo referido Juízo, conforme fl.237;

À fl.241, o magistrado titular da 1ª Vara Criminal dirige-se ao magistrado subscritor da sentença absolutória, solicitando-lhe que **atenda ao disposto no artigo 72 do CODJERJ, uma vez violado;**

Este é o breve **relato** do feito e, em apertada síntese, são as questões jurídicas e fáticas que deverão ser enfrentadas no presente recurso.

Não obstante a cultura jurídica e a experiência do douto magistrado titular do **Tribunal do Júri de Niterói**, ousamos respeitosamente discordar da doura e r. decisão, senão vejamos:

I- DAS QUESTOES PRÉVIAS

I.1-Da Nulidade da Sentença proferida por Juízo Incompetente- Falta de pressuposto processual de validade- violação ao art. 5º, incisos XXXVII e LII, da CR/88- princípio do juízo natural:

Preliminarmente, cumpre enfatizar que a denúncia foi oferecida e distribuída para o Juízo da 1ª Vara Criminal de Niterói, sendo que o magistrado titular, **Carlos Eduardo Freire Roboredo**, à fl.165, deu-se por **suspeito** por motivo de foro íntimo, encaminhando os autos ao juízo tabelar, no caso o da 2ª **Vara Criminal de Niterói**, tendo como titular o magistrado **João Ziraldo Maia** que, pelos mesmos motivos, afirmou também sua suspeição, o que ensejou o encaminhamento ao Juízo tabelar, sendo que **a serventia** da 2ª. Vara Criminal de Niterói, talvez por erro material ou falta de orientação, acabou encaminhando os presentes autos ao **Tribunal do Júri da Comarca de Niterói**, no caso desempenhado pela 3ª Vara Criminal de Niterói, tendo como magistrado titular **Peterson Barroso Simão**, que acabou presidindo o processo-crime, recebendo a exordial acusatória e prolatando a sentença absolutória ora recorrida.

É certo e sabido que a competência jurisdicional é a **delimitação** legislativa e constitucional, em que o órgão do Estado que tem a incumbência de julgar exerce a sua jurisdição quando provocado, sendo certo que possui natureza jurídica de **pressuposto processual de validade**, conseqüentemente, se o processo não tiver este pressuposto, por óbvio, o processo é inválido, ensejando nulidade, diante do disposto no **artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal**.

Segundo o Desembargador do TJ fluminense, Paulo Rangel, (Direito Processual Penal, Editora Lumen Juris, p.321- 9ª edição) "**não haverá validade do processo se o juiz não for o competente**".

Se já não bastasse a ofensa ao disposto no artigo 564, inciso I, do CPP (lei infraconstitucional nacional), verifica-se que a sentença absolutória proferida pelo ínclito magistrado titular do **Tribunal do Júri da Comarca de Niterói** também ofendeu o **artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Republicana**, precisamente o **princípio do juízo natural ou legal**, uma vez que não basta estar investido da função jurisdicional, tendo também o caso ser

apreciado e julgado por aquele juízo com poder previamente delimitado pela norma. É patente que a Constituição Republicana exige que o processo e a sentença sejam, respectivamente, presidido e prolatada por juízo competente.

No caso dos autos, verifica-se que não detém competência o Tribunal do Júri da Comarca de Niterói, cuja titularidade é do magistrado **Peterson Barroso Simão**, uma vez que **não é o juízo tabelar** nos casos de suspeição do juiz da 2ª Vara Criminal de Niterói, senão vejamos:

Além do douto magistrado prolator da sentença absolutória de fls.221/234 ter violado o disposto no artigo 72 do Código de Organização e Divisão Judiciária-CODJERJ, conforme salientado pelo seu colega, juiz titular da 1ª Vara Criminal, à fl.241, verifica-se **também** que o ilustre juiz Peterson Barroso Simão, titular do **Tribunal do Júri de Niterói**, também violou o disposto no **artigo 74, inciso I, alínea "a", c/c, artigo 117, inciso I, ambos do CODJERJ**, haja vista que esta lei estadual, que organiza o Poder Judiciário fluminense, determina, de forma categórica, que na Comarca de Niterói, compete **privativamente** ao Juízo da 3ª Vara Criminal processar **crimes da competência do Júri**, no caso, os dolosos contra a vida e conexos. Ademais, este Juízo não detém competência para processar outros crimes, mas, repise-se, **privativamente** os do Júri, evidenciando que **não tem a mesma competência** das demais Varas Criminais da Comarca de Niterói, tanto que se a denúncia envolver delitos dolosos contra vida e conexos não haverá distribuição, mas encaminhamento para o Tribunal do Júri, no caso a 3ª Vara Criminal.

Na esteira deste raciocínio, cumpre esclarecer que o CODJERJ também disciplina a **substituição de magistrado**, nos casos de **suspeição**, impedimento e faltas ocasionais, sendo a norma aplicável à Comarca de Niterói, precisamente o disposto no artigo 74, parágrafo único, inciso I, alínea "a", segundo o qual, a substituição de um juiz que se considera suspeito far-se-á pelos "(...) **juízes em exercício nas Varas da mesma competência**, em ordem de numeração crescente (...)".

Desta forma, verifica-se que quando o magistrado titular da 1ª Vara Criminal de Niterói, Carlos Eduardo Freire Roboredo, considerou-se suspeito, o substituto seria o juiz da 2ª Vara Criminal, João Ziraldo Maia, pois é o juízo subsequente; sendo certo que aquele não tinha juiz auxiliar, uma vez que a 1ª e 2ª Varas Criminais de Niterói possuem a mesma competência, tanto que os feitos são efetivamente distribuídos, salvo crimes dolosos contra a vida e conexos.

No entanto, o juiz titular da 2ª Vara Criminal de Niterói também se considerou suspeito, tendo determinado à serventia o encaminhamento ao "(...) **Juiz tabelar** (...) " sem especificar qual, o que fez com que a serventia encaminhasse os autos ao juiz do Tribunal do Júri, no caso o da 3ª Vara Criminal, quando, na realidade, **o certo seria o encaminhamento ao juiz da 4ª Vara Criminal de Niterói**, pois este é efetivamente o juiz tabelar da 2ª Vara Criminal, uma vez que possui a

mesma competência dos juízos onde se deram as declarações de suspeição, no caso os da 1ª e 2ª Varas Criminais.

Ora, se o juízo do Tribunal do Júri de Niterói tivesse competência para processar os diversos crimes (que não do Júri), neste caso seria o juiz tabelar da 2ª Vara Criminal, mas não é o caso dos autos.

Ora, apesar de o juízo ser denominado de 3ª Vara Criminal, **na essência**, possui competência especializada e constitucional, sendo **privativa de Tribunal do Júri**, o que, inclusive, faz com que haja no CODJERJ **dispositivo destacado e específico** para este Juízo, conforme demonstra o artigo 117 da referida lei estadual.

Portanto, deveriam os presentes autos ter sido encaminhados pelo juiz da 2ª Vara Criminal **diretamente** ao juiz da 4ª Vara Criminal, sendo certo que, como se trata de competência absoluta, deveria o próprio juiz do Tribunal do Júri ter se eximido de apreciar o caso e ter encaminhado, de ofício, ao juiz da 4ª Vara Criminal, que é o substituto natural.

Impende enfatizar, então, que há nulidade processual, por falta de competência do juízo do Tribunal do Júri de Niterói quanto à substituição do juiz da 2ª Vara Criminal, ofendendo, inclusive, o **princípio constitucional do juiz natural**, ensejando no momento próprio e se for o caso a interposição de Recurso Extraordinário.

I.2-Da Nulidade do processo por violação ao princípio do contraditório participativo- artigo 5º, LV,CR/88

Além da nulidade processual por falta de competência do juiz do Tribunal do Júri e violação do princípio constitucional do juiz natural, verifica-se também que a sentença de absolvição sumária, com fundamento no artigo 397, inciso III, do Estatuto Processual Penal é **nula**, por flagrante ofensa aos **princípios constitucionais do contraditório participativo e da igualdade**.

Ora, o referido princípio do contraditório é assegurado pelo legislador constituinte "(...) **aos litigantes (...)**", ou seja, às partes, autor e réu, e não apenas ao denunciado ou réu, procurando-se conferir um julgamento imparcial. Da mesma forma, pode-se afirmar com relação ao princípio da igualdade, em que coloca as partes (autor e réu) em posição de similitude perante o juiz, no processo em que há o litígio.

Ademais, segundo o mestre **Antonio Carlos Araujo Cintra**, em seu artigo jurídico **"O princípio da igualdade processual"**, publicado na revista da Procuradoria-Geral do Estado, São Paulo, nº 19, p.42, 1981/82, "(...) o contraditório decorre da igualdade das partes perante o juiz, de modo que não pode aceitar as afirmações, as alegações e as provas de uma delas sem ouvir

ou dar oportunidade para que seja ouvida a respeito a outra parte, permitindo-se-lhe, também O oferecimento de alegações e a produção de provas”.

Ora, deve-se atentar para o fato de que tais princípios protegem as partes e não apenas o acusado, ou seja, também se dirigem ao “Parquet”.

No caso dos autos, o juízo tabelar incompetente do Tribunal do Júri, com a devida vênia, de forma açodada, em sua sentença afirmou que “(...) **a instrução probatória tornou-se desnecessária (...)**”, o que fez com que viesse a julgar antecipadamente a lide, a fim de absolver sumariamente o denunciado, por ter entendido pela manifesta ausência de tipicidade penal em suas condutas, sendo que acabou com tal atitude precipitada e inconstitucional, **suprimindo ao “Parquet” a dilação probatória**, até porque, a título de exemplo e de argumentação: poderia a jornalista e entrevistadora Lucia Hipóllito, ao ser ouvida como testemunha (uma vez que foi arrolada pelo “Parquet”), acrescentar um fato novo elucidativo, ou seja, inclusive, ao ser indagada em Juízo por uma das partes, poderia informar que, antes da entrevista ou após esta ou durante esta, no intervalo publicitário, o denunciado ter feito alguma crítica específica ao promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza, no jargão jornalístico em “off”. Neste caso, a prova oral produzida em sede judicial, sob o crivo do contraditório, acabaria respondendo a todas as indagações formuladas pelo referido juízo tabelar incompetente em sua sentença absolutória.

Certo é que a sentença de absolvição sumária é nula, uma vez que se baseou apenas na prova inquisitorial, ou seja, na prova produzida na 1ª fase da persecução penal, sem o crivo do contraditório, sendo que obstaculizou a dilação probatória a ser feita sob o manto do princípio constitucional suso mencionado. Neste caso, o “Parquet” foi tratado no processo de forma completamente desigual, pois poderia, ao final do processo-crime, após a instrução probatória, após a produção de provas documental, oral e pericial (as partes poderiam ter questionado o laudo de transcrição da entrevista) ter se convencido da ausência do fato, ausência de autoria ou simplesmente da ocorrência de dúvida, mas neste caso houve o devido processo legal, tendo ambas as partes tratamento paritário nos autos, o que não ocorreu efetivamente. Portanto, houve flagrante violação ao Ordenamento Jurídico, precisamente ao sistema acusatório.

Nos dias atuais não se pode tratar o princípio do contraditório apenas sob os aspectos **informativo e argumentativo**, ou seja, não se pode apenas se preocupar em se dar ciência formal da acusação ao denunciado, bem como lhe possibilitar ser ouvido sobre a acusação antes de ser julgado, mas deve-se também conferir ao referido princípio constitucional o **aspecto participativo**, em que se deve assegurar ao litigantes (autor e réu), portanto também ao “Parquet”, o direito de participação efetiva na colheita e produção de prova que possa influenciar o livre convencimento motivado do magistrado, possibilitando-lhe que exerça sua função jurisdicional de forma efetivamente imparcial e buscando a verdade real.

A respeito do tema, cumpre trazer à colação as brilhantes, atuais e exaurientes lições do professor de Direito Processual Penal **Marcelo Lessa Bastos**¹ em que, inclusive, cita outros mestres, *in litteris* :

"É claro que o princípio do contraditório compreende o direito do réu ser formalmente cientificado da acusação que contra ele pesa - viés informativo - e o direito de ser ouvido sobre ela antes de ser julgado - viés argumentativo. Melhor ainda, o princípio do contraditório compreende o direito da parte contrária, não importa se autor ou réu, já que socorro a ambas as partes ("Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, ... são assegurados o contraditório...", ser sempre cientificada, por meio da citação e atos intimatórios subsequentes, daquilo que a outra parte disse e provou a seu respeito, de modo que tenha a mesma oportunidade de contradizer e contraprovar. No entanto, hoje se pode dizer que o princípio do contraditório é mais do que isto, porque ao viés informativo e argumentativo, acima exposto, se agrega o denominado viés participativo, que garante às partes o direito de participarem efetivamente da colheita e produção de toda e qualquer prova que possa vir a ser utilizada na formação do convencimento do juiz, a fim de que a elas possa ser assegurada a possibilidade de, deste modo, influenciarem decisivamente na formação desse convencimento.

Colhe-se, neste sentido, a esclarecedora lição de Leonardo Greco:

Ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação. 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 seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material (...);

No mesmo sentido, Luigi Paolo Comoglio, destacando que a garantia do contraditório na formação da prova é uma garantia específica, distinta, derivada do que denomina "contraditório entre as partes" (...)"

1. BASTOS, Marcelo Lessa. Processo Penal e Gestão da Prova. A Questão da Iniciativa Instrutória do Juiz em face do Sistema Acusatório e da Natureza da Ação Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 26/40.

Também seguindo a mesma linha, Paolo Tonini, comentando o art. 111 da Constituição italiana, destaca:

O cerne do art. 111 é constituído pela afirmação do contraditório. Alguns doutrinadores deram ao princípio do contraditório um único significado e, por essa razão, enfrentaram problemas para interpretar a regra. (...) Compartilhamos do entendimento segundo o qual a expressão “contraditório” no art. 111 não é utilizada em sentido único, ou seja, apresenta dúplice significado, pois a palavra é empregada em sentido objetivo e subjetivo. (...) O contraditório, em sentido objetivo, é estabelecido no início do inciso 4 e se refere ao contraditório “na formação da prova”. É uma expressão que consagra o contraditório como método de “conhecimento”. A verdadeira prova não é aquela que se obtém sob sigilo, por meio de pressões unilaterais, mas aquela cuja formação ocorre de modo dialético (...)”

O contraditório participativo aparece, com o mesmo realce, na obra garantista de Luigi Ferrajoli, que assim se expressa:

O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa, expresso aqui com o axioma A 10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é o equivalente jurídico que identifiquei, o parágrafo 10.8, como a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.

Visto o contraditório em seu viés participativo, é imperiosa a conclusão de que somente a prova colhida sob seus auspícios poderá servir de base à decisão judicial de mérito. Aliás, a decisão judicial que vier a ser proferida com base na prova colhida em contraditório haverá de expor os fundamentos em que se baseia, não só simplesmente para atender ao imperativo estampado no art. 93, IX, da Constituição Federal, como também, e principalmente, para assegurar a plena eficácia do princípio do contraditório, tomado em seu viés participativo, exatamente porque é desta fundamentação que – expondo as teses contrapostas e os motivos pelos quais acolheu-se uma delas e refutou-se a outra – resulta a aferição de que as partes puderam, efetivamente, influir na formação do convencimento do juiz.

Tocante à prova colhida sem a incidência do princípio do contraditório, que ocorre na fase preliminar à deflagração da ação penal, normalmente no curso do inquérito policial, é também imperiosa a conclusão

contraposta, de que não pode se prestar a servir de base à decisão judicial de mérito. Daí porque toda a prova colhida no inquérito ou outro procedimento investigatório preliminar há de se esgotar com o oferecimento da denúncia, servindo somente para dar suporte ao exercício do direito de ação e para que o juiz, ao exercer o controle prévio sobre o exercício deste direito, possa aferir se estão presentes as condições para seu regular exercício e os pressupostos processuais. Ou, em sentido inverso, para dar respaldo ao arquivamento da investigação preliminar, posto que tal medida não tem o condão de fazer coisa julgada material, o que consistiria em afronta ao sistema acusatório, eis que o arquivamento é a antítese do exercício do direito de ação. E também para agasalhar eventual medida cautelar que tenha que ser adotada pelo juiz, visto que, para tanto, não se exige a certeza dos fatos e, sim, apenas o *fumus boni juris*. Cumprido este papel, tudo deve se repetir em juízo, agora sob o crivo do contraditório, com realce para a participação das partes na colheita da prova que servirá para o julgamento de mérito.

Costuma-se acentuar a impossibilidade da prova preliminarmente colhida, sem contraditório, poder servir de base à decisão condenatória. No entanto, pensa-se que esta diferenciação está equivocada, posto que, como já ressaltado neste tópico, o princípio do contraditório socorre a ambas as partes – autor e réu – e não somente à defesa. É nisto que o princípio do contraditório se diferencia do princípio da ampla defesa, previsto no mesmo dispositivo constitucional e a seguir examinado. Assim, não se deve particularizar, nesta afirmação, que a prova colhida no inquérito não possa ser vir de base à condenação; não pode, na verdade, servir de base nem à condenação, nem à absolvição. Ou seja: não pode alicerçar nenhuma decisão judicial de mérito.

Gustavo Henrique Badaró, ainda que não de forma incisiva e direta, parece compartilhar desta conclusão, ao expor:

Os elementos trazidos pela investigação não constituem, a rigor, provas no sentido técnico-processual do termo, mas informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o Juiz ou, ainda, servir de fundamento para a admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar. (...) Ainda que não exista regra expressa de exclusão dos elementos de informação colhidos no inquérito policial, tais dados não poderiam servir para o julgamento da causa.

Partindo desta premissa, causa perplexidade o que dispõe, atualmente, o art. 397 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/08. É que o dispositivo introduziu a possibilidade do juiz, após ter recebido a denúncia ou queixa – ou seja: após ter feito o controle prévio de admissibilidade da acusação, em que afirmou que a ação penal deduzida não se materializava em peça inepta, não faltava pressuposto

processual e nem condição para o regular exercício do direito de ação, nem justa causa para a iniciativa do autor (art. 395 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/08 -, à luz da resposta preliminar apresentada pelo réu (art. 396-A do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, absolvê-lo sumariamente, em decisão plenamente apta a formar coisa julgada material.

A perplexidade se dá pelo fato de que esta absolvição seria respaldada ou nos elementos colhidos no inquérito policial, ou, pior, nos documentos novos juntados pelo réu em sua resposta preliminar. Em qualquer situação, formar-se-ia uma decisão judicial de mérito, ainda que no sentido da absolvição, com base em elementos de convicção recolhidos sem o crivo do contraditório, o que parece contrariar frontalmente tal princípio que, como já destacado aqui, socorre a ambas as partes - tanto ao autor, como ao réu -, de sorte que é irrelevante o fato da decisão preconizada ser absolutória. Definitivamente, parece inconcebível que, com base em elementos de convicção colhidos unilateralmente, sejam trazidos pelo réu sem a participação da acusação, sejam trazidos no procedimento investigatório que serviu de base à denúncia ou queixa sem a participação do réu (normalmente inquérito policial, que nem foi conduzido pelo autor da ação, promotor ou querelante, e, sim, pelo delegado de polícia, que não é a parte autora), possa vir a ser produzida qualquer decisão judicial de mérito, pouco importando se condenatória ou absolutória, eis que a ofensa ao princípio do contraditório é rigorosamente a mesma, sendo tal dispositivo inconstitucional. Isto sem falar na curiosa contradição entre este dispositivo e o art. 155 do Código de Processo Penal, reformado no mesmo pacote, que veda a formação do convencimento do juiz com base em prova colhida fora do contraditório judicial. Não se pode negar ao autor - cujo exercício da ação penal já passou pelo juízo prévio de admissibilidade, o que implica em dizer que não foi temerário, o processo tem seus pressupostos para o válido e regular desenvolvimento e a ação atendeu a todas as suas condições para seu regular exercício - o direito à prova dos fatos que alegou. O princípio do contraditório implica em reconhecer às partes - autor e réu - o direito à prova dos fatos alegados, não podendo nenhum deles ser tolhido deste direito sumariamente, como propõe, de forma infeliz, o art. 397 do Código de Processo Penal.

É exatamente este o caso dos presentes autos. Ora, o juiz do Tribunal do Júri de Niterói, além de ser incompetente, prolatou uma sentença absolutória sumária eivada de inconstitucionalidade, pois violou flagrantemente o princípio do contraditório participativo, uma vez que, apesar de ter recebido a denúncia, entendendo pela existência da justa causa, sem permitir que o "Parquet" e o réu produzissem provas, a fim de contribuírem para a formação de seu livre

convencimento motivado e da busca da verdade real, de forma precipitada, com a devida vênia, obstaculizou o prosseguimento da persecução penal de forma abrupta, pois, com base nas provas produzidas sem o crivo do contraditório, acabou proferindo **decisão de mérito absolutória**, quando deveria, de forma imparcial, ter dado oportunidade aos litigantes, inclusive ao “Parquet” de fazerem a dilação probatória, o que não ocorreu.

II- DA QUESTÃO MERITÓRIA

A título de argumentação, ultrapassadas as questões prévias que **nulificam o processo e a prematura e parcial sentença absolutória**, verifica-se que, no mérito, a sentença recorrida merece reforma, uma vez que o juízo *a quo*, em síntese, se convenceu de que o denunciado, apesar de ter sido o autor das palavras “(...) **desnecessárias e pesadas no relacionamento humano** (...)”, proferidas numa entrevista da Rádio CBN-Notícias, não cometeu quaisquer delitos contra a honra a ele imputados, uma vez que não houve especificação do sujeito passivo dos referidos delitos. Ademais, no tocante ao crime de ameaça, entendeu o magistrado que também não se configurou, uma vez que afirmar que pode processar judicialmente alguém, por si só, não configura mal injusto e grave.

Portanto, a sentença de absolvição sumária baseou-se substancialmente na atipicidade das condutas, configurando “**inócuo penal**”.

II.1- Dos delitos contra a honra

Alega o ilustre e r. magistrado prolator da sentença recorrida que os crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação), não restaram demonstrados, uma vez que na entrevista concedida pelo denunciado à Radio CBN não foi apontado a “pessoa do ofendido com clareza”, não constou o nome do sujeito passivo, portanto não houve qualquer ofensa à honra subjetiva ou objetiva de pessoa específica, faltando uma elementar do tipo penal.

Com a devida vênia, não assiste razão alguma ao culto magistrado que, inclusive, foi paradoxal em sua precipitada e inconstitucional decisão judicial conforme será exposto adiante.

Pelo menos o douto magistrado não questionou a veracidade da entrevista ou do laudo de transcrição, da mesma forma a defesa, também não questionou a autoria das expressões descritas na exordial acusatória. Da mesma forma, o magistrado “a quo” também admitiu expressamente que a entrevista constou “**palavras desnecessárias e pesadas no relacionamento humano**”, tais como

“idiota, imbecil e maluco”, sendo “atributos pejorativos que poderiam afetar o conceito de si mesmo, a auto-estima, poderiam atingir a honra subjetiva”.

Portanto, a sentença reconheceu a existência das ofensas, assim como a autenticidade do laudo de transcrição da entrevista, assim como o fato de que o denunciado foi o seu autor. No entanto, entendeu apenas pela falta de identificação do sujeito passivo, ou seja, sabe-se quem foi o ofensor, quais foram as ofensas, mas não se sabe quem foi o ofendido. Resta ao recorrente explicitar, então...

Da mesma forma ocorreu com a análise do delito de calúnia, em que o juiz “a quo” confirma que “(...) **houve prova de que o fato é falso** (...)”, mas também entendeu o magistrado que não se identificou o sujeito passivo.

O mesmo ocorreu com o delito de difamação, em que o magistrado afirmou que “(...) **não se identifica pelo nome, nem por característica física, nem pela profissão, nem pelo endereço a pessoa supostamente qualificada pela desídia e partidarismo** (...)”

Ora, com a devida vênia, flagrante o “error in judicando”, pois não é crível que o douto magistrado não tenha conseguido individualizar o sujeito passivo das ofensas com as provas produzidas na fase inquisitorial. De toda sorte, deveria, no mínimo, ter permitido o prosseguimento do processo-crime, justamente para que houvesse a prova sob o crivo do contraditório.

Ademais, não há dúvidas de que o ofendido era o promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza, senão vejamos :

A uma, porque, conforme confirmado pelo próprio magistrado, o denunciado somente concedeu a entrevista à Radio CBN, em razão de o mesmo ser réu em processo de improbidade administrativa tendo como subscritor da inicial o ora ofendido, promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza que, à época, era e ainda é o único titular da respectiva Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental da Comarca de Niterói, conforme é notório, sendo certo que as palavras “**pesadas, desnecessárias e pejorativas**” (empregadas pelo próprio magistrado) foram proferidas dentro deste contexto, ou seja, em virtude da investigação e da instauração do processo de improbidade administrativa junto à 4ª Vara Cível de Niterói, a cargo do promotor de Justiça titular suso referido, ora ofendido;

A duas, porque a portaria de instauração do inquérito civil e a respectiva investigação ficaram a cargo exclusivo do promotor de Justiça ora ofendido, o que demonstra a delimitação das palavras ofensivas;

A três, porque apenas quando da petição inicial da ação civil pública de improbidade administrativa é que foi assinada por três promotores de Justiça, quais sejam: Luciano Oliveira Mattos de Souza, Carlos Bernardo Aarão Reis e Karine Susan Oliveira Gomes de Cuesta, mas, de toda sorte, dos três, apenas

Luciano Oliveira Mattos de Souza, ora ofendido, mencionado na denúncia é o promotor de Justiça **titular** da Promotoria de Tutela Coletiva Ambiental de Niterói, pois os outros dois promotores de Justiça, apesar de atuarem com atribuição em tutela coletiva, **não atuam em Niterói**;

A **quatro**, porque o próprio magistrado confirmou em sua precipitada sentença absolutória que o denunciado-ofensor "(...) se refere a um promotor e que mora em Niterói (...)", precisamente no "(...) Jardim Icaraí (...)" sendo que a denúncia foi assinada por três promotores de Justiça e há vários operadores do Direito: "(...) Desembargadores, juízes, Defensores Públicos, Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça que moram em Icaraí ou no prolongamento do bairro, agora chamado Jardim Icaraí (...)" .

Ora, com a devida vênia, o argumento do culto magistrado acaba por ser pueril e perigoso.

Pueril, pois não há dúvidas de que vários operadores do Direito residem em Niterói em diversos bairros, mas é certo também que não são os Desembargadores, juízes, Procuradores de Justiça, Defensores Públicos que atuam na Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental de Niterói, como também não foram os responsáveis pelo inquérito civil, muito menos foram os subscritores da petição inicial de improbidade administrativa proposta em face do denunciado-ofensor e que foi o motivo deste ser entrevistado na Radio CBN e ter proferido as **"palavras desnecessárias e pesadas no relacionamento humano"**.

Diz-se *perigoso*, pois a argumentação do ilustre magistrado acaba autorizando, por exemplo, que no futuro, um membro do próprio Poder Judiciário residente num bairro de Niterói e que tenha presidido um processo-crime na Comarca seja vítima de palavras **pesadas e desnecessárias**, ofensivas a honra objetiva e/ou subjetiva, como por exemplo: ignorante jurídico, incapaz para o exercício da função judicante, idiota, imbecil, maluco, dentre outras... Neste caso, diante do presente precedente, só restará ao "Parquet", com atribuição natural, promover o arquivamento, por falta de delimitação do sujeito passivo, uma vez que há vários juízes criminais nesta Comarca de Niterói. Mas este não é o caso dos autos, pois o denunciado só não fez referência ao nome do ofendido.

Ademais, ainda sobre a questão envolvendo a moradia, apesar de *apenas* a petição inicial ter sido assinada por três promotores de Justiça, é certo e sabido que, dos três, **apenas o promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza é efetivamente domiciliado em Niterói e no bairro Jardim Icaraí**, enquanto que os demais, além de não atuarem funcionalmente nesta Comarca de Niterói, sequer residem em Niterói, mas sim na Capital, o que faz com que "caia por terra" a argumentação judicial a respeito de **"quem foi o promotor de Justiça referido ?"**

A **cinco**, porque o denunciado, em sua entrevista, afirmou categoricamente que o promotor de Justiça "(...) foi morar num prédio que aumentou o gabarito

para poder aproveitar o potencial construtivo (...) e ele nunca tomou qualquer providência (...)" . Ora, indaga-se respeitosamente do douto magistrado "a quo": a quem incumbia tomar providência neste caso ? Aos Desembargadores, Defensores Públicos, Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça residentes no bairro Jardim Icaraí ? Ou apenas ao promotor de Justiça titular da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental de Niterói ***E que mora no referido prédio no Jardim Icaraí ? Quem efetivamente era e é o titular desta Promotoria de Justiça ? Não seria justamente o ofendido Luciano Oliveira Mattos de Souza ?***

Ademais, nos autos restou evidenciado, assim como descrito na exordial acusatória, que o referido promotor de Justiça titular, ora ofendido, residente no bairro Jardim Icaraí, precisamente no prédio, com supostas irregularidades mencionadas pelo denunciado em sua repugnante entrevista, sito à Rua Ministro Octavio Kelly, nº 508, efetivamente instaurou o inquérito civil nº 2007.00153377, tendo sido o subscritor da respectiva Portaria de instauração, mas acabou se declarando suspeito (cf. fl.95) justamente em razão de ter ido efetivamente residir no referido prédio. Já os outros dois promotores de Justiça que apuseram suas assinaturas na petição inicial ***nunca residiram em Niterói, muito menos no bairro Jardim Icaraí, quíçá no prédio com supostas irregularidades;***

A seis, porque o magistrado "a quo", além de sua decisão ter sido precipitada, nula e inconstitucional, foi paradoxal, com a devida vênia, uma vez que, após procurar fazer crer ser impossível delimitar o sujeito passivo dos crimes contra a honra, inclusive do crime de calúnia, acabou afirmando categoricamente que "(...) houve prova de que o fato é falso, já que instaurado o inquérito civil 2007.00153377 POR INICIATIVA DO DR. LUCIANO para apurar irregularidades no gabarito do prédio de sua residência (...)" .

Ora, sem muito esforço, pôde o magistrado identificar que o denunciado se referiu ao ***Dr. Luciano*** e não aos "Desembargadores, Defensores Públicos, Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça residentes no bairro Jardim Icaraí" . Portanto, se o douto magistrado, sem muito esforço, conseguiu identificar que o denunciado se referiu ao "Dr. Luciano" e ao seu prédio, como não conseguiu identificar o "Dr. Luciano" como o destinatário das demais palavras ***"pesadas e desnecessárias no relacionamento humano"*** proferidas pelo denunciado em sua entrevista à Rádio CBN ?

A sete, porque é notório que em Niterói só há um único promotor de Justiça que é lotado e titular na Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental , sendo certo que também é notório que este reside no bairro Jardim Icaraí, como também instaurou inquérito civil para apurar supostas irregularidades em seu prédio, assim como é o único promotor de Justiça subscritor da ação civil publica por improbidade administrativa proposta em face do denunciado que reside em Niterói e justamente no bairro Jardim Icaraí, sendo este promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza;

A oito, porque, a todo momento, durante **TODA** a entrevista à Radio CBN, o denunciado usou palavras ofensivas, sendo que **SEMPRE** dirigiu-se ao ofendido no **singular e não no plural**, chamando-o de “**idiota, imbecil e criador de caso (...) esse, esse promotor é um idiota, um imbecil ou é um maluco (...) ele é um criador de caso (...)**”, apesar de a ação civil pública ter sido assinada por três promotores de Justiça, quem presidiu o inquérito civil correspondente foi o promotor de Justiça **titular Luciano Oliveira Mattos de Souza**;

A nove, porque também é notório que o promotor de Justiça Luciano Mattos atua há anos na Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental de Niterói, instaurando diversos inquéritos civis, assim como diversas ações civis públicas, sendo que muitas destas são noticiadas pela mídia local, demonstrando que o denunciado ao se referir ao “**criador de caso**” só poderia ser com relação ao referido promotor de Justiça, até porque não se pode perder o foco, ou seja, em que condições o denunciado proferiu tais palavras, não custa lembrar: numa entrevista à Radio CBN motivada pela ação civil pública por improbidade administrativa proposta pelo ofendido em face do denunciado.

Certamente não estava se referindo aos “Desembargadores, Defensores Públicos, Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça residentes no bairro Jardim Icarai”, como procurou fazer crer o douto magistrado “a quo”;

A dez, porque o próprio denunciado, em sua entrevista, fez referência ao **CCOB- Conselho Comunitário da Orla da Baía de Niterói**, que é justamente uma entidade que contribui para atuação da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental de Niterói, assim como outros órgãos, sendo certo que até este ente da sociedade civil conseguiu, *sem muito esforço*, identificar o promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza como o ofendido na entrevista, tanto que apresentou documento de apoio, conforme fl.02 do procedimento em apenso aos presentes autos;

A onze, porque o íncrito magistrado “a quo”, em sua lamentável, inconstitucional e precipitada sentença absolutória, afirmou que a atipicidade das condutas ofensivas decorreu da indeterminação do sujeito passivo, uma vez que “**(...) não se identifica pelo nome, nem por característica física, nem pela profissão, nem pelo endereço a pessoa supostamente qualificada pela desídia (...)**”.

Ora, além do que já foi alegado, que permitiu demonstrar que o sujeito passivo só pode ser o promotor de Justiça Luciano Mattos, deve-se esclarecer que, de acordo com o artigo 41 do C.P.P., **até mesmo o acusado, o denunciado, que está sofrendo uma imputação penal**, pode não ter o nome ou demais elementos que o qualificam devidamente conhecidos e seguros, ainda assim, isto, por si só, não autoriza que o juiz rejeite a peça vestibular ou o absolva, conforme dispõe também o artigo 259 do CPP, que dirá se a questão envolver o ofendido como no presente caso.

Ora, o fato de a entrevista não ter feito referência expressa e específica ao nome, prenome do promotor de Justiça ofendido, é certo que o ofendido, dentro do contexto da entrevista e dos outros argumentos aqui apresentados, está perfeitamente identificado;

A doze, porque pode ter passado despercebido pelo douto magistrado “a quo”, o que ensejou “error in judicando”, a afirmativa da própria defesa, à fl.199, segundo a qual esta confirma “(...) que as desavenças entre autor do fato e o ofendido iniciou-se no ano de 2008, após a propositura da ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público contra o autor do fato, unicamente em razão de ter proposto, na condição de Vereador Municipal, uma legislação de alteração de apenas seis artigos do Plano Urbanístico da Orla da Baía (...)” o que demonstra que a própria defesa delimitou quem “é o criador de caso” da entrevista, sendo certo que, em momento algum, a defesa fez referência aos outros dois promotores de Justiça que assinaram a peça inaugural da referida ação civil pública;

A treze, porque, à fl.46, consta reportagem jornalística, em que foram retratados justamente o promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza e o denunciado, que tinham as referidas “desavenças”, demonstrando que até mesmo os jornalistas conseguiram delimitar o sujeito passivo nos crimes imputados na denúncia, apesar de o juiz “a quo” não ter percebido, sendo certo que os outros dois promotores de Justiça, além de não terem dado entrevista na Radio CBN, também não foram procurados pela mídia niteroiense;

A catorze, porque, mais uma vez, de forma nitidamente paradoxal, o eminente magistrado “a quo” afirmou que “(...) os indícios na apuração conduzem ao entendimento relativo que naquela entrevista poderiam ter sido destinadas a pessoa do ilustre promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza (...)”, tendo afirmado, ainda, não ter “(..) certeza plena e verdadeira (...)”.

Ora, com a devida vênia, tais afirmativas demonstram o “error in procedendo e in judicando”, uma vez que o douto magistrado acabou por ofender o disposto no **artigo 239 do CPP**, uma vez que, com a devida vênia, não avaliou devidamente a prova, haja vista que, apesar de admitir a existência de indícios, deixou de considerar justamente a prova indiciária, sendo certo que, dentro do livre convencimento motivado, a prova indiciária tem valor probante, por óbvio, servindo também para condenar o réu.

A respeito, cumpre trazer à colação as precisas lições do mestre **Guilherme de Souza Nucci** (Código de Processo Penal Comentado- 6ª edição, RT,p.490, *in verbis* :

“Os indícios são perfeitos tantos para sustentar a condenação, quanto à absolvição. Há autorização legal para a sua utilização e não se pode descurar que ha muito preconceito contra essa espécie de prova, embora seja imprescindível ao juiz utilizá-la. Nem tudo se prova diretamente,

pois há crimes camuflados- a grande maioria- que exigem a captação de indícios para a busca da verdade real (...)"

Portanto, se o juiz constatou a existência de indícios, conforme afirmado, não caberia, neste momento, a sentença absolutória sumária. Ademais, se o próprio juiz "a quo" afirmou não ter certeza plena e verdadeira, por que então obstaculizou o prosseguimento do processo-crime e violou o princípio do contraditório participativo? Por que não permitiu às partes a busca da verdade real? Por que não rejeitou a denúncia?

Se já não bastasse, deveria o douto magistrado a "quo" ter analisado o presente caso de forma menos açodada, uma vez que o ora denunciado **já foi réu em processo de responsabilidade civil de reparação de danos morais** justamente porque, tempos atrás, teria ofendido a honra do atual Prefeito de Niterói, Jorge Roberto Silveira, conforme demonstra o documento de fl.59, evidenciando que, não obstante ser advogado, ex-vereador, ex-deputado estadual, membro do extinto Conselho Consultivo de Niterói e ter "maturidade", tem por hábito ofender as pessoas e ficar impune.

Desta forma, a inconstitucional, precipitada e nula sentença absolutória sumária não se amolda às circunstâncias do presente caso

II.2- Do delito de ameaça

Quanto ao delito de ameaça, o juízo "a quo" entendeu não ter restado configurado, uma vez que não configura mal injusto e grave o fato de o denunciado ter afirmado em programa da Rádio CBN, de enorme audiência, que, em decorrência da atuação do promotor de Justiça, quanto à propositura da ação civil pública por ato de improbidade administrativa em seu desfavor que poderia ensejar a instauração de um **processo-crime** em face do referido promotor de Justiça pela suposta prática de crime de "denunciação caluniosa". Segundo o magistrado "a quo", tal fato não configura mal injusto e grave, sendo a conduta atípica.

Ousamos divergir, por óbvio.

O denunciado já foi processado outras vezes, inclusive por ter também ofendido a honra do Prefeito de Niterói, conforme já salientado, sendo certo que o próprio magistrado reconheceu que o denunciado é pessoa experiente, detém "**maturidade**", é ex-vereador, ex-deputado, bem como advogado e **participa ativamente de campanhas eleitorais de políticos com domicílio eleitoral em Niterói**, o que demonstra que é pessoa esclarecida, influente e sabedora das consequências de seus atos.

Ademais, ao ter afirmado em sua entrevista no programa de Rádio CBN-Notícia sobre a possibilidade de processar criminalmente um promotor de Justiça

no exercício de sua função pública, certamente não se trata de um processo de família ou trabalhista, mas sim de uma imputação penal, que tem o único escopo de intimidar a atuação do promotor de Justiça, o que evidencia ser mal injusto e grave, ainda mais em se tratando de processo-crime.

Será que também não seria considerado mal injusto e grave o fato de alguém, antes de ser sentenciado, afirmar que pensa processar criminalmente um determinado magistrado ? Será que este terá ânimo calmo e refletido ? É certo que não é a ameaça que irá evitar a atuação do intimidado, mas como se trata de crime formal ou de consumação antecipada e instantâneo, consuma-se independentemente do resultado lesivo, bastando que seja séria e idônea, o que de fato é, pois foi proferida em programa de rádio de grande audiência, perante jornalista de escol.

Ora, não se tratou de mera bravata, de uma frase solta, mas de afirmação em programa de Rádio da CBN.

Diante das sucessivas tentativas de advogados em ver membros do MP responsabilizados, no mínimo, civilmente, com diversas ações ajuizadas em face daqueles no exercício das funções, é lógico que passa a ser séria a afirmação de possível provocação de instauração de processo criminal, sendo um mal futuro e injusto, ainda mais se for levada em consideração a conduta social do denunciado e seu temperamento.

Ora, uma coisa é o ofensor, como bravata, afirmar que pensa em processar alguém, outra é afirmar num programa de Radio CBN- Notícias, matutino, de uma jornalista de elevado prestígio, com elevada audiência, **em tom ameaçador, intimidatório**, que irá processar o promotor de Justiça autor da ação civil pública de improbidade administrativa pela suposta prática de crime de denúncia caluniosa.

Ora, bastaria o douto magistrado “a quo”, de forma mais cautelosa, ter procurado **ouvir** a entrevista, cujo CD consta à fl.68 que iria perceber o tom intimidatório. No entanto, em flagrante desobediência aos princípios do contraditório e do devido processo legal, o juiz “a quo” preferiu interromper a persecução penal de forma abrupta, deixando de **ouvir** a entrevista, pois, inclusive poderia observar também que a intimidação foi proferida de forma calma e refletida, conforme descrito na exordial acusatória.

De se registrar que, para a configuração deste delito de ameaça, não se exige para sua consumação a efetiva intimidação do ofendido, conforme já decidido nos precedentes, conforme RT 738/691 e RT 719/349, -TACRSP.

Portanto, as circunstâncias pelas quais foram proferidas as palavras intimidatórias certamente demonstram que não se tratava de mera bravata, sendo certo que **quem exerce a função ministerial de forma séria, responsável e idealista**, certamente se incomoda e se sente ameaçado no exercício de sua função.

Impende enfatizar que não houve atipicidade, mas, ainda assim, deveria, no mínimo, o douto magistrado “a quo” ter procurado dar oportunidade às partes, inclusive ao “Parquet”, de produzir prova sob o manto do contraditório, ate se fosse o caso, ouvir o CD com o teor da entrevista em audiência, para, ao final, fazer o juízo meritório de forma calma e dentro do livre convencimento motivado, respeitando-se os princípios constitucionais já abordados.

III- DO PREQUESTIONAMENTO- Súmula nº 221 do STJ

Conforme demonstrado nas presentes razões recursais, o Juízo “a quo” contrariou flagrantemente dispositivos de lei federal, assim como também negou vigência a outros dispositivos, senão vejamos :

No tocante ao artigo 155 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, inserido no capítulo da prova, não há dúvidas de que lhe foi **negada vigência** pelo Juízo “a quo”, uma vez que o mesmo preceitua que deve o juiz formar seu convencimento pela livre apreciação da prova “(...) produzida em contraditório JUDICIAL, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação”.

Ora, no presente caso, o juízo “a quo”, além de ser incompetente, de forma precipitada, abruptamente prolatou sentença absolutória sumária, entendendo que os fatos não constituem **manifestamente** crimes, sendo que levou em conta substancialmente as provas produzidas *sem o crivo do contraditório*, ou seja, na fase pré-processual. Ora, se fosse assim, deveria ter então ter rejeitado a exordial acusatória por falta de justa causa e não proferir sentença definitiva, de mérito.

Violou, assim, o sistema do livre convencimento motivado de apreciação das provas.

Da mesma forma, o douto Juízo “a quo”, ao absolver sumariamente o réu por entender que as condutas são atípicas, uma vez que não restou evidenciado nos autos, de forma específica, o ofendido, seu nome e outros elementos, acabou por contrariar o disposto nos artigos 138, 139, 140 e 147, todos do CPP. Até porque, em momento algum, exigem que a pessoa esteja perfeitamente individualizada através de nome e outras qualificações, mas sim que a pessoa ofendida **seja passível** de identificação, **identificável**, como ocorre no presente caso.

Ademais, o douto Juízo “a quo” acabou negando vigência ao artigo 334, inciso I, do Código de Processo Civil-CPC, aplicável ao processo penal em razão do disposto no artigo 3º do CPP, uma vez que fatos notórios não dependem de prova. Ora, no presente caso, não há dúvidas de que o denunciado, a todo momento, em sua lamentável entrevista, dirigiu-se ao promotor de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza, uma vez que este foi o autor da ação civil pública em seu desfavor, foi quem presidiu o inquérito civil público, é o **único** dos três promotores de Justiça que subscreveram a ação civil pública que residem em Niterói e no bairro Jardim Icaraí, sendo que é o **único** promotor de Justiça titular da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva Ambiental de Niterói, sendo também justamente o promotor de Justiça que passou a residir no prédio que teve supostas irregularidades e que instaurou inquérito civil.

É certo também que o ofendido sempre utilizou suas palavras ofensivas e intimidatórias **no singular**, o que demonstra que não queria ofender os demais promotores de Justiça que constam na peça inaugural da ação civil pública, tanto que estes sequer se sentiram ofendidos. Portanto, acabou o juízo “a quo” negando e contrariando os artigos suso referidos, pois é **notório que as ofensas proferidas foram dirigidas a “alguém”, notoriamente ao promotor de Justiça ofendido nestes autos**, o que foi identificado até mesmo pelo jornalista Renato Onofre na reportagem de fl.46, em que inseriu nesta a fotografia do ofensor, ora denunciado, e do ofendido, sequer fez menção aos demais promotores de Justiça.

A título de esclarecimento, cumpre trazer à baila a noção do que seja fato notório, qual seja: é aquele de conhecimento geral, perceptível por qualquer pessoa de mediano entendimento. Ora, nos autos há provas de que as palavras foram extremamente ofensivas, como o Juízo “a quo” afirmou: “pesadas”, sendo que o denunciado foi o autor das mesmas. Ademais, o ofendido, apesar de seu nome não ter sido pronunciado, foi devidamente identificado ou, no mínimo identificável sem qualquer esforço, tanto que, dias após a entrevista do denunciado, o promotor de Justiça ofendido, Luciano Oliveira Mattos de Souza, foi entrevistado na mesma Rádio CBN, pela mesma jornalista Lúcia Hipóllito e não os demais promotores de Justiça, cujos nomes constaram na petição inicial de ação civil pública em desfavor do denunciado, o que evidencia que **qualquer pessoa mediana**, mesmo não sendo operadora do Direito, conseguiu perceber que o ofendido seria o promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza, sendo que infelizmente o único que não conseguiu perceber foi justamente o douto Juízo “a quo”, com a devida vênia.

Se já não bastasse, também houve contrariedade ao **artigo 239 do CPP**, uma vez que, apesar de o Juízo “a quo” ter afirmado categoricamente que “(...) os **indícios na apuração conduzem ao entendimento relativo que naquele entrevista poderiam ter sido destinadas a pessoa do ilustre promotor de Justiça Luciano Oliveira Mattos de Souza (...)**”, ainda assim o Juízo a quo preferiu absolver sumariamente o denunciado, ao invés de, no mínimo, mandar processar o feito, sendo certo que o artigo 239 do CPP, que trata da prova indiciária, autoriza, inclusive, a condenação do réu, pois tem valor probante.

Por derradeiro, também houve violação ao disposto no **artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal**, uma vez que o **processo é nulo** por ter a sentença absolutória sido prolatada por Juízo incompetente, pois não seria verdadeiramente o tabelar.

Portanto, verifica-se que, no caso, em última instância, será cabível eventual Recurso Especial, à luz do artigo 105, inciso III, “a”, da Constituição Republicana.

III- DO PREQUESTIONAMENTO- Súmulas nº 282 e 356 do E. STF

Se já não bastasse, a r. sentença de absolvição sumária, além de ter sido prolatada de forma açodada, verifica-se que ofendeu a uma série de preceitos e princípios constitucionais, a saber :

A uma, porque foi proferida por juiz tabelar incompetente, em razão de a 3ª Vara Criminal de Niterói ter competência privativa de Tribunal do Júri, significando que não possui a **mesma competência** da 1ª Vara Criminal, conforme determina o CODJERJ (arts, 74, incisi I, “a”, c/c, 117, I). Desta forma, o juiz tabelar teria que ser o da 4ª Vara Criminal que detém a mesma competência da 1ª Vara Criminal. Na esteira deste raciocínio, a sentença recorrida violou o **princípio constitucional do juízo natural**, estampado no **artigo 5º XXXVII e LII, da Constituição Republicana**;

A duas, porque, ao aplicar o artigo 397, inciso III, do CPP, absolvendo sumariamente o denunciado, o juízo “a quo” violou **manifestamente o princípio do contraditório participativo**, previsto no **artigo 5º, LV, da Constituição da República**, suprimindo às partes litigantes, em especial ao “Parquet”, a possibilidade de produzir prova sob o manto do contraditório.

Ora, o douto magistrado “a quo” afirmou em sua sentença que a “(...) **instrução probatória tornou-se desnecessária (...)**”. Ora, pergunta-se, como desnecessária se não houve dilação probatória na 2ª fase da persecução Penal ? Como desnecessária se o juízo “a quo” sequer **ouviu** perante os litigantes o CD com o teor da entrevista ? Como desnecessária se o juízo “a quo” sequer possibilitou a oitiva das testemunhas **arroladas pelas partes** ? Como desnecessária se não houve prova produzida sem o crivo do contraditório ? Mais do que nunca a produção de prova era e é necessária, pois deve, no mínimo, ser repetida sob o crivo do contraditório, não podendo o magistrado condenar ou absolver alguém com base nas provas produzidas na fase pré-processual, como ocorreu no presente caso.

Portanto, verifica-se ofensa ao princípio da igualdade entre as partes, assim como do sistema acusatório.

Em sendo assim, verifica-se que, no caso, em última instância, também será cabível eventual Recurso Extraordinário, à luz do artigo 102, inciso III, “a”, da Constituição Republicana, sendo que as questões apresentadas **possuem repercussão geral**, ainda mais a análise do novel artigo 397 do CPP sob o prisma constitucional.

Se já não bastasse, deve-se enfatizar também que no presente caso não ocorreu ofensa meramente reflexa ou indireta ao texto contitucional, mas sim de ofensa direta e manifesta aos princípios basilares da República, previstos na Carta Magna.

IV- DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, requer o Ministério Público seja conhecido o presente recurso, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade (cabimento, tempestividade, motivação, adequação, interesse recursal), e, *no mérito*, seja julgado provido, a fim de se sanar os erros in procedendo e in judicando, viabilizando o prosseguimento do processo, inclusive pelo Juízo competente, buscando-se a verdade real.

Pede Deferimento.

Niterói, 10 de novembro de 2010

CLÁUDIO CALO SOUSA

Promotor de Justiça

CLÁUDIO CARDOSO DA CONCEIÇÃO

Promotor de Justiça

Captação de água de poço artesiano. Possibilidade prevista em lei federal, desde que atendidos os requisitos para outorga. Impossibilidade de decreto estadual proibir a captação, sob pena de exorbitar poder regulamentador, incorrendo em ilegalidade e inconstitucionalidade.

19ª CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível nº 0013311-83.2007.8.19.0042

Apelante: ESTADO DO RIO DE JANEIRO e INSTITUTO ESTADUAL DO
AMBIENTE - INEA

Apelado: CONDOMINIO DO EDIFICIO CHAMONIX

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. CAPTAÇÃO DE ÁGUA DE POÇO ARTESIANO. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE DO INCISO IV, ARTIGO 11, DO DECRETO Nº 40.156/06. APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 12, 22 E 30, I, DA LEI FEDERAL 9.433/97. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 1º. E 18º. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO AOS ARTIGOS 22 DA LEI FEDERAL NO. 9.433/97 E 45, PAR. 2º., DA LEI FEDERAL 11.445/07.

No exercício de sua competência constitucional (arts. 21, XIX e 22, IV da Constituição Federal) a União legislou sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos e Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, permitindo a outorga para a captação de água de fontes alternativas (poços artesianos), conforme artigos 12, 22 e 30 da Lei 9.433/97, exorbitando ao poder regulamentar o inciso IV do artigo 11 do Decreto Estadual 40.156/06. Inexistência de violação ao princípio federativo e da autonomia dos entes estatais (arts. 1º. e 18 da Constituição Federal). O artigo 45 da Lei 11.445/07 deve ser interpretado sistematicamente, para que se entenda que a restrição se refere apenas à utilização da instalação hidráulica predial ligada à rede pública para a captação alternativa. **PARECER PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ÉGREGIA CÂMARA,

Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação dos efeitos da tutela proposta pelo Condomínio do Edifício Chamonix em face do Estado do Rio de Janeiro e Outro, objetivando que fosse autorizado a continuar utilizando de sua fonte alternativa de captação de água, com a declaração de ilegalidade do art. 11, e seus incisos, do Decreto Estadual nº 40.156/06 e do art. 8º da Portaria nº 555/07 da SERLA, bem como que os réus se absteressem de aplicar as multas pecuniárias previstas nos arts. 64 e 65 da Lei Estadual nº 3.239/99.

Sobreveio a r. sentença de fls. 266/275, por meio da qual o pedido foi julgado parcialmente procedente, afirmando-se a ilegalidade unicamente do inciso IV, artigo 11, do Decreto nº 40.156/06 e, como consequência, condenando-se os Réus a absterem-se de impedir a parte Autora de utilizar a água proveniente da fonte alternativa para o consumo e higiene humana, devendo ser atendidas as demais exigências da norma. Em razão da sucumbência recíproca, determinou a compensação dos honorários advocatícios e o rateio das despesas processuais já despendidas pela parte Autora, observada a isenção dos Réus quanto às eventualmente remanescentes. Além do que, a decisão declarou, incidentalmente, inconstitucional o parágrafo 2º. do artigo 45 da Lei 11.445/2007.

Alegam os apelantes, em suas razões de fls. 286/298, que: (i) o constituinte atribuiu o bem água ao Estado, cabendo a este gerir tal bem, com base na sua autonomia e competência legislativa concorrente; (ii) a restrição imposta pelo Estado ao uso da água está em consonância com a legislação federal que estabelece as regras gerais sobre a matéria; (iii) o Decreto Estadual nº 40.156/06 e a portaria nº 555/07 tratam de matéria eminentemente técnica, observando o princípio da deslegalização, que permite à Administração Pública expedir decretos visando à regulamentação de questões eminentemente técnicas, que exigem celeridade em sua atuação; (iv) a outorga de uso dos recursos hídricos é obrigatória, assim como a autorização para a perfuração de poços artesianos; (v) violação aos artigos 1º. e 18º. da Constituição Federal, bem como o artigo 22 da Lei no. 9433/97 e artigo 45, par. 2º., da Lei 11.445/07 (prequestionamento).

As contrarrazões foram ofertadas às fls. 304/315, prestigiando o julgado.

O Ministério Público de primeiro grau oficiou às fls. 317/319, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento.

É o relatório.

Desde logo, cumpre consignar que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal, devendo por isso ser conhecido o apelo.

Com efeito, a permanência da utilização da água encontrada nas fontes alternativas, para consumo humano, conforme discorre a sentença recorrida, está consoante aos ditames da legalidade e razoabilidade, eis que a própria legislação regente prevê a possibilidade de outorga e excepciona a exigibilidade em algumas hipóteses, especificamente no que se refere ao uso considerado insignificante.

Por outro lado, inegável que o uso indiscriminado e ilimitado de poços artesianos e demais fontes alternativas de água também pode ocasionar danos à coletividade, notadamente ao meio ambiente, se não houver a devida regulamentação da *quaestio*.

Para tal, os Estados e Municípios hão que obedecer aos ditames das normas gerais relativas à Política Nacional de Recursos Hídricos, definidos na Lei nº 9.433/97, que prevê a outorga de uso dos recursos hídricos e, conseqüentemente, a respectiva cobrança por tal utilização.

É o que dispõem os artigos 12, 22 e 30, I, da Lei Federal 9.433/97:

“Art. 12 – Estão sujeitos à outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos:

I – derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive para abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;

Par. 1º. - Independem de outorga pelo Poder Público, conforme definido em regulamento:

I - o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural;

II - as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes;

III - as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.”

“Art. 22. Os valores arrecadados com a cobrança pelo uso de recursos hídricos serão aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados e serão utilizados...”

“Art. 30 (...)

I - Outorgar os direitos de uso de recursos hídricos e regulamentar e fiscalizar os seus usos.”

Portanto, reitere-se, a legislação federal acima citada prevê a possibilidade de outorga para a captação de água como ora se requer, prevendo também as exceções à regra. Desse modo, não pode a legislação estadual, muito menos atos normativos administrativos (Decreto Estadual no. 40.156, de 17 de outubro de 2006, regulamentado pela Portaria no. 555, de 1º. De fevereiro de 2007),

simplesmente proibir a outorga, sob pena de se extrapolar o seu poder meramente regulamentador.

Nesse particular, correta a decisão recorrida ao considerar a ilegalidade do inciso IV, do artigo 11, do Decreto no. 40.156/06.

Acertada, também, a conclusão da sentença no que pertine à necessidade de serem cumpridos os demais requisitos do referido diploma legal, estes sim, de caráter eminentemente técnico, estando na esfera do poder regulamentar da administração estadual.

Merece registro que a decisão recorrida não substituiu o poder de outorga do Estado, reconhecido pela legislação federal. Apenas declarou ilegal o dispositivo que afastava a possibilidade de utilização, mesmo que preenchido todos os requisitos legais, das fontes alternativas de captação.

Por sinal, este é o entendimento do Exmo. Senhor Desembargador RENATO RICARDO BARBOSA, desta E. 9ª. Câmara, em decisão monocrática proferida na Apelação Cível no. 0005141-88.2008.19.0042, sendo elucidativo citar o seguinte trecho:

“Compete privativamente à União legislar sobre os critérios gerais de outorga de direitos do uso da água, não cabendo ao Estado inovar em matéria de âmbito federal. Da leitura das disposições da Lei 9.433/97 e da Lei Estadual nº 3.239/99, que tratam da matéria, não se verifica qualquer restrição de uso de recursos hídricos alternativos para o consumo e higiene humana. O art. 11 do Decreto Estadual nº 40.156/2006, quando condiciona

a eficácia das outorgas às exigências constantes de seus dispositivos e proíbe a utilização da água provida pelo sistema alternativo para consumo e higiene humana (inciso IV), bem como a Portaria 555/07 estabelecendo os

procedimentos a serem observados para a regularização do uso de água subterrânea e de água superficial nas áreas dotadas de serviços de abastecimento público, e em nível nacional estão extrapolando os limites do seu poder regulamentar.

Não se pode afastar a preocupação quanto à finitude da água, bem público e essencial à vida, com o objetivo de “assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos”.

Essa política, todavia, não impede a utilização de água através dos poços artesianos, desde que “técnicos competentes acompanhem cada etapa do procedimento, inclusive com monitoramento periódico das análises de potabilidade da água”.

Essa matéria já foi examinada por este E. Tribunal, que reconheceu a

ilegalidade do inciso IV do art. 11, do Decreto Estadual nº 40.156/06, na apelação cível nº 0004613-69.2008.8.19.0037, da E. Décima Quinta Câmara Cível, *na verbis*:

“Agravamento Interno. Apelação em mandado de segurança. Poço artesiano como fonte alternativa de abastecimento de água para consumo e higiene humana em clínica médica. Legislar sobre o direito de uso de recursos hídricos é de competência privativa da União. Impossibilidade de o Estado inovar a respeito do tema de competência Federal.

Decreto Estadual 40.156/2006. Ilegalidade ante a proibição da utilização da água proveniente de poço artesiano para consumo e higiene humana, extrapolando seu poder regulamentar. Recurso de apelação ao qual se negou seguimento, como autorizado pelo disposto no caput do art. 557 do Código de Processo Civil. Não trouxe o Agravante nenhum fundamento novo que enseje a modificação da decisão monocrática desta Relatoria. Decisão singular mantida. Desprovimento do Agravamento Interno.” (Des. Galdino Siqueira Netto).

Este E. Tribunal, em outro processo também análogo, manifestou-se pela manutenção da decisão antecipatória do mérito, neste sentido:

“Ação de obrigação de não fazer. Utilização de fonte alternativa de água - poço artesiano. Deferimento parcial da tutela. Agravamento de instrumento. Aparente conflito de direitos fundamentais. Ponderação de interesses. Prevalência momentânea do interesse dos moradores do condomínio, mitigando-se, por ora, o interesse coletivo, com observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, para reconhecer a necessidade de se manter situação já consolidada pelo tempo, a utilização de fonte alternativa de água. Advertência ao usuário de que deverá adaptar-se aos critérios da legislação pertinente com a urgência devida, ante a manifesta alteração da situação dos recursos hídricos, que clamam rigoroso controle por toda a sociedade. A obtenção da tutela antecipada subordina-se à produção de prova capaz de conduzir à verossimilhança aparência da verdade - das alegações da parte, à reversibilidade da medida e, dentre outros requisitos alternativos, ao fundado receio do advento de dano de difícil reparação. A presença desses requisitos autoriza a medida pleiteada. Desprovimento do recurso”. (Agravamento de Instrumento nº 2008.002.03028. Des. Antonio Saldanha Palheiro. Julgamento: 01.04.08. 5ª Câmara Cível)

Em idêntico entendimento outra decisão monocrática, da lavra do eminente Desembargador Antonio Saldanha Palheiro, por deveras esclarecedora:

“Ademais, conforme estabelecido pela lei federal nº 9433/97, bem como pela lei estadual nº 3239/99, é permitido o uso de recursos hídricos, sem a outorga pelo poder público, para a satisfação das necessidades de

pequenos núcleos populacionais, ou de caráter individual, para atender as necessidades básicas da vida, distribuídos no meio rural ou urbano, e as derivações, captações, lançamentos e acumulações da água em volumes considerados insignificantes, o que evidentemente demanda avaliação criteriosa das situações individuais.

(...)

É claro que não se pode deixar de mencionar a importância da Política Nacional de Recursos Hídricos, que visa permitir ao Poder Público o controle da utilização de água extraída de poços artesianos, seja no que tange ao risco à saúde da população que se utiliza desses recursos, seja no que diz respeito à escassez de água com o objetivo de preservá-la.

Ocorre que a matéria versa aparente conflito entre princípios fundamentais que deve ser solucionado com a adoção da ponderação e razoabilidade, observando-se, em cada caso, qual o interesse de maior relevância.

Na ponderação de interesses, ao menos em exame perfunctório, deve prevalecer no momento o interesse dos condôminos sobre o interesse coletivo, a fim de que os moradores do Condomínio agravado não fiquem sem abastecimento de água repentinamente, uma vez que se trata de bem essencial à vida. É inquestionável que a água, apesar de bem finito, é também essencial, inclusive para a saúde dos moradores do local, tendo em vista que, sem a prestação do serviço público de abastecimento de água, do qual não dispõe, e sem a possibilidade de utilizar fontes alternativas, lhes são suprimidas condições básicas de saneamento e higiene pessoal, interferindo na dignidade dos condôminos e da comunidade local como um todo". (Agravado de Instrumento nº 2008.002.03028. Des. Antonio Saldanha Palheiro. Julgamento: 01.04.08. 5ª Câmara Cível)

Data vênia, não merece prosperar a tese dos apelantes de que sendo as águas bens do Estado (art. 26, I, da Constituição Federal), este tem o poder de regular e controlar a sua utilização, sem a mediação do legislativo, como melhor lhe aprouver.

Ora, compete à União "instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso" (art. 22, XIX, da Constituição Federal) e legislar privativamente sobre águas (art. 23, IV, da Constituição Federal). Assim, ao editar a Lei 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, a União Federal agiu nos exatos limites de sua competência. Não podendo o Estado, notadamente por atos normativos regulamentares (Decreto no. 40.156/06 e Portaria SERLA no. 555/07) veicular restrições inexistentes na lei regulamentadora acima citada. Ainda que houvesse lei estadual restringindo a perfuração e captação de águas em poços artesianos, sua validade restaria afastada com fulcro na competência da União para legislar sobre águas.

Nesse sentido, recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

ADMINISTRATIVO. ABASTECIMENTO DE ÁGUA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE POÇO ARTESIANO. FUNDAMENTO INATACADO. INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. O fundamento do acórdão recorrido, segundo o qual o abastecimento de água proporcionado pelo concessionário é notoriamente deficiente, foi inatcado nas razões do especial. Incidência do óbice da Súmula 283/STF.

2. O Tribunal de origem concluiu pela legitimidade do uso de águas dimanadas de poços artesianos em estabelecimentos comerciais ao fazer a interpretação de norma de direito local (art. 11, IV, do Decreto Estadual nº 40.156/06), razão pela qual exsurge a inadmissibilidade do apelo nobre, em face do impedimento da Súmula 280/STF.

3. Recurso especial não conhecido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Senhor Ministro Relator. (decisão de 16/09/2010, do Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, em Recurso Especial (2010/0116897-7), Rel. Ministro Castro Meira, publicada em 27/09/2010 no Diário da Justiça)

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE ÁGUAS - ATO ADMINISTRATIVO BASEADO EM DECRETO ESTADUAL AUTÔNOMO CONFLITANTE COM LEIS ESTADUAL E FEDERAL - INVALIDADE.

1. O ordenamento jurídico nacional não permite a edição de Decretos autônomos, salvo nos casos do inciso VI do artigo 84 da Constituição Federal/88.

2. O Decreto Estadual em comento veicula restrições inexistentes nas leis regulamentadas, o que invalida as restrições apresentadas.

3. Ainda que houvesse lei estadual restringindo a perfuração e captação de águas em poços artesianos, sua validade restaria afastada com base na competência da UNIÃO para legislar sobre águas - artigo 22, inciso IV, da Constituição Federal/88. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do (a) Sr (a) Ministro (a) - Relator (a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Senhor Ministro Relator. (AgReg. No. RMS 27679/RS - Agravo Regimental no Recurso de Mandado de Segurança 2008/0101344-7, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª. Turma, Decisão de 13/10/2009, DJ 21/10/2009).

Portanto, deve-se afastar a alegação de violação aos artigos 1º. e 18º. da Constituição Federal, bem como ao artigo 22 da Lei no. 9.433/97.

No que concerne o artigo 45, par. 2º., da Lei 11.445/07 não concordo, *data vênia*, com a interpretação que lhe foi dada pela sentença recorrida, não vislumbrando a afronta ao princípio da razoabilidade.

Na verdade, o dispositivo veda que a instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água seja também alimentada por outras fontes. Com isso, proíbe apenas que se utilize a referida instalação por outras fontes. Com isso, estar-se-ia evitando, por um lado, a perda de controle da água fornecida e, por outro, eventual contaminação da fonte natural.

Não vejo no dispositivo, ao interpretá-lo sistematicamente com os demais, proibição à captação da água de fontes alternativas, mas, reitero, restrição à utilização da instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento.

Pelo exposto, o **Ministério Público**, através desta Procuradoria de Justiça, opina no sentido do conhecimento do recurso e, no mérito pelo seu **DESPROVIMENTO**.

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 2010.

Cláudio Henrique da Cruz Viana

Procurador de Justiça

Razões do recorrido. Agravo de instrumento. Ato de improbidade. Ausência de defesa prévia. Cautelar sem prévia audiência da parte contrária. Indisponibilidade de bens nas hipóteses do artigo 11 da lei 8429/92

PROCESSO: nº 2006.002.01969

AGRAVANTE: Liris Vilanova de Freitas e outros.

AGRAVADO: Ministério Público

RAZÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
Douto Procurador de Justiça

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos do processo em epígrafe, vem, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, oferecer Contra-Razões em consequência da interposição do recurso de Agravo de Instrumento, cujas razões foram acostadas às fls. 04/12.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão judicial que deferiu requerimento liminar de indisponibilidade de bens formulado pelo Ministério Público em Ação de Improbidade Administrativa proposta contra os ora agravantes.

Em síntese, sustentam os agravantes: a) impossibilidade jurídica de citação dos demandados antes de suas prévias notificações, conforme dispõe o artigo 17, p. 7º da lei 8429/92; b) impossibilidade jurídica do deferimento de requerimento liminar antes de admitida a demanda (e prévia oitiva dos demandados) pelo juiz da causa, conforme dispõe o artigo 17 da lei 8429/92; c) impossibilidade jurídica de decretação da indisponibilidade de bens nas hipóteses em que o Ministério Público formula tão-somente pedido de condenação ao pagamento de multa civil, sem fazer qualquer alusão à possível reparação de dano causado ao erário público ou ao enriquecimento ilícito dos ora agravantes.

Não assiste razão aos agravantes.

A) Das citações dos demandados:

Não merece prosperar a alegação de que as citações dos demandados, antes da apresentação de suas respectivas defesas prévias, ensejaram a nulidade da presente demanda, em especial, da determinação judicial que tornara indisponíveis os bens dos ora agravantes.

Com efeito, a real intenção do chefe do executivo ao editar a MP 2225-4/2001 (incluiu novos parágrafos no artigo 17 da Lei 8429/92), estabelecendo a existência de contraditório preliminar nas ações de improbidade administrativa, foi o de impedir verdadeira enxurrada de demandas sem a apresentação de qualquer lastro probatório mínimo.

Destarte, visando evitar a propositura de ações baseadas em motivações meramente políticas, a nova redação do artigo 17 da citada lei passou a admitir que o magistrado da causa, antes do recebimento da demanda, confira à parte contrária a faculdade de apresentar resposta em 15 dias.

Tal procedimento não se justifica em se tratando de inquérito civil instaurado pelo Ministério Público com o escopo de apurar a prática de ato de improbidade administrativa; isto porque tal procedimento administrativo, por sua própria natureza, já cumpre o papel de evitar a propositura de lides temerárias, sendo dever do Promotor de Justiça presidente, antes do oferecimento da respectiva demanda, instruí-lo com os documentos necessários a tal finalidade.

Assim, após uma interpretação sistemática dos dispositivos citados, é possível concluir que a presença do chamado contraditório prévio, conforme dispõe os parágrafos 6º e 7º do artigo 17 da lei 8429/92, apenas se justifica nas hipóteses em que a ação de improbidade administrativa é proposta com base apenas em meros “documentos ou justificações”, e não com fulcro em Inquérito Civil regularmente instaurado e instruído.

Neste sentido, ensina Rogério Pacheco Alves, em sua obra *Improbidade Administrativa*, editora Lúmen Iuris, 2ª ed, pg. 784, verbis:

“Bem analisada a nova sistemática procedimental, conclui-se que a exigência de notificação prévia busca estabelecer uma justa relação de equilíbrio entre o amplo exercício do direito de ação no campo da tutela do patrimônio público, o que deve ser garantido, e o resguardo da honorabilidade da administração e do agente público: Ao mesmo tempo em que se admite uma imputação fundada em “meros documentos e justificações” ou até mesmo uma imputação desacompanhada de qualquer elemento (p.6º, in fine) exige-se, nessas e apenas nessas hipóteses, a formação de um contraditório prévio, adotando o legislador a premissa, correta, de que a imputação desacompanhada de uma prévia e sistemática investigação pode ser injusta.(grifos nossos)...Parece-nos evidentemente que o procedimento ora instituído, o qual não incidirá quando a inicial estiver lastreada por inquérito civil ou por procedimentos administrativos

regularmente instaurados pela própria administração ou por órgãos externos de controle...”

Guardadas as devidas diferenças, esse vem sendo o entendimento do colendo STF, em matéria de crimes funcionais, a saber:

“A formalidade do artigo 514 do CPP, de outra parte, é de ser observada quando a denúncia e instruída com documentos ou justificação a que se refere o artigo 513 do mesmo diploma legal, sendo dispensável, no caso de a denúncia basear-se em inquérito policial (HC n. 70.536-7-RJ, DJU 3.12.1993, p. 26.357). Voto proferido pelo relator ministro Néri da Silveira: “O intuito do legislador foi apenas evitar que tivessem ingresso em juízo queixas manifestamente infundadas, injustas ou caluniosas, pois, ao contrário, os funcionários ficariam expostos a freqüentes vexames, o que poderia acarretar o entorpecimento da ação exercida por estes agentes do Poder Público.”.

E mais, entendimento em sentido contrário esvaziaria por completo o trabalho do Ministério Público que, mesmo após a instrução do competente Inquérito Civil Público, convencido o Promotor de Justiça presidente da existência de suporte probatório mínimo para o ajuizamento da demanda, teria que submetê-lo a um desnecessário contraditório prévio justamente com a finalidade de se constatar a existência de indícios da prática de ato de improbidade, razão de existir do inquérito civil público.

B) Da concessão de medida liminar inaudita altera pars:

Não merece, igualmente, prosperar a tese de que seria defeso ao juiz da causa prolatar decisão liminar antes da manifestação escrita a que alude o disposto no artigo 17, p. 7º da Lei 8429/92.

Em primeiro lugar, é importante consignar que toda medida de natureza cautelar somente deve ser concedida após a comprovação de seus requisitos, quais sejam, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

No caso em tela, tais requisitos restaram sobejamente demonstrados na petição inicial e nos documentos que instruíram o respectivo inquérito civil público.

Em segundo lugar, não há qualquer ilegalidade na concessão de medida liminar sem a prévia oitiva da parte contrária, não sendo defeso ao magistrado, como forma de resguardar o resultado útil do processo principal, com base em seu poder geral de cautela, conceder a medida cautelar postulada.

Aliás, entendimento em sentido contrário fulminaria o próprio processo cautelar em sua essência.

Neste sentido, ensina Rogério Pacheco Alves, em sua obra *Improbidade Administrativa*, editora Lúmen Iuris, 2ª ed. Pg. 803, a saber:

“Como se sabe, a medida provisória n. 2088-35, de 27.12.2000, instituiu uma “defesa prévia” ao demandado (art. 17.p.7º Lei 8429/92), estabelecendo que o juiz rejeitará a ação, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do réu, da inexistência do ato de improbidade ou da improcedência da ação (p.8º). Parece-nos evidentemente que o procedimento ora instituído, o qual não incidirá quando a inicial estiver lastreada por inquérito civil ou por procedimentos administrativos regularmente instaurados pela própria administração ou por órgãos externos de controle, não inviabiliza a decretação de medidas cautelares inaudita altera pars, sob pena de esvaziamento da regra contida no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal e da própria noção de jurisdição como função que deriva da soberania estatal (grifos nossos)”

Neste sentido, decidiu o egrégio TJ-MG, n. 1.0439.05.041686-6/001, *verbis*:

“...O deferimento de liminar, sem prévia audiência e manifestação das partes, não constitui violação legal. O microsistema de tutela processual coletiva (art. 7º da lei 8429/92 cumulado com o artigo 12 as lei 7347/85), por força da relevância do direito tutelado conjugado com o risco de grave lesão, admite e legitima, na hipótese de lesão ao patrimônio público, por quebra de dever de improbidade administrativa, que o juiz, a requerimento do Ministério Público, adote, com intuito acautelatório, medida de indisponibilidade de bens dos agentes públicos na ação civil pública por ato de improbidade administrativa, para assegurar de modo adequado e eficaz, o integral e completo ressarcimento do dano em favor do erário, independentemente de justificação previa”.

C) Indisponibilidade de bens nas hipóteses previstas no artigo 11 da lei de improbidades:

Em que pese o artigo 7º da lei 8429/92, ao tratar da possibilidade da decretação da indisponibilidade dos bens do investigado por ato de improbidade, fazer referência tão somente às hipóteses em que tais atos acarretam o enriquecimento ilícito do ímprobo ou dano ao patrimônio público, entende o Ministério Público não haver qualquer óbice legal à imobilização patrimonial dos bens do réu, cujas evidências apontam que o mesmo irá dilapidar dolosamente seu patrimônio com a finalidade de inadimplir o pagamento da multa civil fixada, inviabilizando futura execução por quantia certa.

Ainda que se entenda que tal autorização não se encontra expressa no dispositivo em comento, dúvida não há quanto à possibilidade do juiz da causa, com base no poder geral de cautela, bem como nos artigos 37. p. 4º e 5º, XXXV da CRFB, que fazem referência, respectivamente, à possibilidade, sem ressalvas, de imobilização patrimonial dos bens do ímprobo e ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, decretar a indisponibilidade patrimonial.

Em decisão sobre a matéria, o egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no agravo de instrumento 2001.002.01107, admitiu a decretação da indisponibilidade dos bens de determinado deputado como forma de garantir o pagamento, dentre outros, da multa civil imposta, a saber:

“...As medidas cautelares servem para proteger a efetividade de outra medida a ser solicitada no mesmo ou em outro processo, e no caso dos autos, os pedidos principais requeridos pelo Ministério Público, dentre outros, envolvem questões como ressarcimento do dano, perda de bens e **pagamento da multa civil (grifos nossos)**”.

Assim, preenchidos os requisitos necessários para o deferimento de provimento de natureza cautelar, e restando provado que a futura execução da pena de multa civil certamente será frustrada pela dilapidação patrimonial praticada pelos ora agravantes, entende o MP ser possível e necessária a decretação da indisponibilidade de seus bens como forma de garantir a utilidade prática daquele processo executivo, sob pena de não existir qualquer meio processual apto a assegurar o resultado útil daquele processo.

Ante todo o exposto, presentes os pressupostos recursais, espera o Ministério Público seja o recurso conhecido, e, no mérito, seja *negado provimento*, devendo a r. decisão liminar ser mantida, por não merecer reparos.

Resende, 15 de março de 2006

Felipe Freitas Ribeiro

Promotor de Justiça

Mat. 2845

Revisão criminal fulcrada no artigo 621, I do Código Penal, pretendendo a anulação da decisão condenatória trântita em julgado e, subsidiariamente, a modificação da reprimenda aplicada, com fixação da pena-base no mínimo legal, o decotamento da agravante genérica do artigo 61, "g" (2ª figura) do CP, bem como da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 1º, §4º, I da Lei nº 9455/97 – Nulidade rechaçada - Bis in idem configurado na aplicação conjunta da causa especial de aumento de pena da lei de tortura e da agravante genérica, eis que baseadas na condição pessoal de funcionário público – Procedência parcial do pleito revisional para adequar a pena, extirpando-se a agravante.

Revisão Criminal nº 0011512-29.2010.8.19.0000¹

SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA / RJ

1ª Procuradoria de Justiça

Relatora: DES. NILZA BITTAR

Requerente: JOSÉ RICARDO FERREIRA PINHO

Requerido: MINISTÉRIO PÚBLICO

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM 2º GRAU

1- O ora Requerente restou condenado, pela r. sentença prolatada, às fls. 1110/1124 dos autos originais em apenso (Volume VI), pelo Dr. Carlos Elias

1. **OBS:** Julgada em 8/09/2010, o C. Órgão Julgador, por unanimidade, acolheu o parecer ministerial, integrando-o, na forma regimental, no v. acórdão.

S. Gonçalves (MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de São Fidélis), à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de detenção, por infringência ao artigo 1º, §2º c/c § 4º, I da Lei nº 9455/97, afora a perda do cargo e interdição para seu exercício, pelo prazo fixado. A condenação foi confirmada, à unanimidade, por acórdão proveniente da E. 8ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça (fls. 1176/1181 - Volume VII do apenso), que declarou o regime de cumprimento da pena como sendo o inicialmente aberto, transitando em julgado conforme certidão de fls. 135, dos autos em apenso referentes ao Agravo de Instrumento ao STJ, datada de 26/08/2008.

2- Súplica apresentada por advogado constituído conforme procuração de fl. 09, nos termos do petitório inicial de fls. 02/08, em que pretende, na crença de ser a sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal (art. 621, I do CP), a anulação do processo por cerceamento de defesa, configurado, conforme fundamenta, na falta de oitiva das testemunhas arroladas pelo ora Requerente em sua Defesa Prévia, e ainda, pela ausência de sua intimação após a juntada do procedimento administrativo disciplinar havido em seu desfavor e vindo aos autos por requerimento do Ministério Público. Ademais, requer a redução da pena ao mínimo legal, tendo por favoráveis as circunstâncias judiciais, a desautorizar a majoração da pena-base, e ainda, buscando a extirpação do alegado *bis in idem* referente à incidência da agravante genérica do art. 61, "g" (2ª figura) do CP, e ainda, da causa de especial de aumento de pena prevista no art. 1º, §4º, I da Lei nº 9455/97, ambas baseadas - segundo sustenta - na função pública exercida pelo ora Requerente. Em consequência, ressalta o Requerente que a redução do *quantum* apenatório resultará em prescrição da pretensão punitiva, requerendo, por tal razão, o reconhecimento da extinção da punibilidade. Com base em tais fundamentos, pleiteia a concessão de "liminar", a fim de que sejam suspensos os efeitos da condenação e determinado o recolhimento do mandado de prisão, enquanto pendente de julgamento a presente Revisão Criminal.

3- Cuida-se, no presente caso, de crime de tortura, praticada na modalidade omissiva, por agente público (art. 1º, § 2º e § 4º, I da Lei nº 9455/97), conforme narra a denúncia a que nos reportamos.

4- Alega o Requerente que a decisão transitada em julgado é contrária à lei penal (art. 621, I do CPP). Como se sabe, sentença condenatória contrária ao texto legal é a decisão que nega sua existência, ou seja, não foi proferida conforme o que a lei estabelece, mas a contrariedade ao direito em tese há de ser frontal e inequívoca, pois, de conformidade com o entendimento pretoriano e doutrinário específicos em sede revisional, não infringe o texto expresso a interpretação razoável, ainda que controvertida, dos tribunais ou a adoção de certa linha exegética sobre a matéria.

5- Não vislumbramos, *data maxima venia*, a configuração, *in casu*, de qualquer contrariedade à lei penal. De imediato, devem ser repelidas as supostas nulidades, senão vejamos: a) quanto às testemunhas arroladas na Defesa Preliminar (fl. 391/

392), ficou-se o ora Requerente inerte quando, regularmente intimado, através de seu patrono, a manifestar-se acerca da oitiva ou não das testemunhas arroladas (vide despacho de fl. 657 e publicação de fl. 659), nada requereu, segundo atesta a certidão cartorária exarada à fl. 660 (volume IV dos autos originais), não podendo, agora, falar em cerceamento defensivo; b) quanto ao suposto cerceamento de defesa por ausência de intimação após a vinda aos autos de cópia do procedimento administrativo disciplinar a que respondeu, verifica-se que inexistiu qualquer surpresa ao exercício de sua defesa, já que, após a juntada dos referidos documentos, a patrona do Requerente teve vista dos autos para a formulação das Alegações Finais (fls. 1081/1108), tendo, por consequência, oportunidade de analisar o integral conteúdo do processo e manifestar-se acerca da prova documental acrescida aos autos. Em ambos os casos, há de se destacar, ainda, que não houve comprovação do suposto prejuízo havido à Defesa, o que igualmente inviabilizaria a pretendida anulação, dado a preclusão consumativa. Neste sentido, remansosa a jurisprudência, como ilustram os julgados a seguir colacionados e por nós negritos:

HC 102741/RS - Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
- STJ - 6ª Turma - Data de Julgamento 27/10/2009 - DJe 16/11/2009

HABEAS CORPUS. ART. 342, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA REQUERIDA NA FASE DO ART. 499 DO CPP. SENTENÇA DEFINITIVA. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NO CURSO DO PROCESSO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. EVIDENTE ERRO DE CÁLCULO NA DOSIMETRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PENA DE MULTA. SANÇÃO CORPORAL. PROPORCIONALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não há como reconhecer a apontada nulidade, decorrente do indeferimento da oitiva de testemunha requerida na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, se a defesa não alegou em qualquer momento no curso do processo, seja nas alegações finais, nas razões da apelação ou nos embargos de declaração, operando-se a preclusão. Não se revela possível, mais de um ano depois do trânsito em julgado do decreto condenatório, examinar o apontado vício, que possui natureza relativa.

2. Ainda que assim não fosse, não se vislumbra qualquer ilegalidade na decisão que indeferiu a produção da prova oral se a defesa conformou-se com o encerramento da instrução criminal e, na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, limitou-se a requerer a oitiva da testemunha, da qual já tinha conhecimento anteriormente, sem indicar qualquer motivo para o pedido, deixando de demonstrar a necessidade da produção da

prova naquele momento processual.

(...)

6. Habeas corpus parcialmente concedido apenas para, corrigindo erro material, estabelecer a pena do paciente em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, (...), mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

TJRJ 0000194-59.2009.8.19.0202 (2009.050.07590) - APELACAO - DES. RICARDO BUSTAMANTE - Julgamento: 11/03/2010 - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL

ROUBO. NULIDADE. PRECLUSÃO. AUTORIA. PROVA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO. PRESCINDIBILIDADE. PENA. REINCIDÊNCIA. Se a parte deixar de indicar as nulidades que entenda existir no processo até as alegações finais, opera-se a preclusão nos termos do artigo 571, II do CPP. No caso concreto, além de não ter arguido na audiência que o rito do artigo 222 não estava sendo respeitado, a defesa deixou de fazê-lo também nas últimas razões, e também **não provou o prejuízo que disso poderia decorrer, conforme preceitua o artigo 563 do mesmo diploma legal.** Resta comprovada a autoria se a narrativa da vítima, afirmando que fora ameaçada pelo acusado com uma faca, em depoimento seguro e consistente não foi afetado pela prova produzida pelo acusado, inclusive depoimento de testemunha, cuja narrativa não se sustenta por estar completamente divorciado da realidade dos autos. A apreensão e perícia da arma são dispensáveis para caracterizar a majorante do roubo, pois o seu uso é fato transitório que pode ser provado por outros meios idôneos. Precedentes deste tribunal, do STJ e STF. Estando a resposta penal devidamente fundamentada, nada há que reparar nesse capítulo.

6 - Prosseguindo na análise dos temas trazidos à baila nesta Revisão Criminal, observamos que o Requerente pretende também a correção da dosimetria penal, eis que sustenta ter havido “bis in idem” na aplicação da pena, em virtude da majoração pela agravante genérica esculpida no art. 61, II, alínea “g” (2ª figura) do CP, e ainda, em razão da incidência da causa especial de aumento de pena estabelecida no art. 1º, §4º, I da Lei nº 9455/97, ou seja, ter sido o crime praticado com violação de dever inerente ao cargo e ter sido o crime praticado por agente público! Em virtude da dupla apenação, sustenta o Requerente que deveria ser extirpado do cálculo penal a causa especial de aumento de pena. Além disso, sustenta que as circunstâncias legais, previstas no art. 59 do CP, são amplamente favoráveis, desautorizando a manutenção da pena acima do mínimo legal, patamar para o qual requer seja a pena alterada.

7 - O pleito defensivo, neste ponto, tem procedência parcial. No que tange ao sopesamento da pena-base, nenhum reparo merece a decisão transitada

em julgado, tendo havido adequada avaliação das circunstâncias judiciais e fixação da pena discretamente acima do patamar mínimo. Todavia, quanto à ocorrência de *bis in idem*, assiste razão ao ora Requerente, vez que, com base na melhor Doutrina, verificamos haver incompatibilidade entre a aplicação da agravante genérica prevista no art. 61, II, alínea “g” do CP (“ter o agente cometido o crime com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão”) e a causa especial de aumento de pena prevista na Lei de Tortura – art. 1º, §4º, I da Lei nº 9455/97 (“aumenta-se a pena de 1/6 até 1/3 se o crime é cometido por agente público), dado que ambas revelam-se baseadas na mesma condição: ser o agente ativo um funcionário público. É o que indica a lição abaixo reproduzida, extraída da obra de CELSO DELMANTO e outros, *in*: Código Penal Comentado. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 293:

Art. 61, inciso II, g do CP - “Não se aplica essa agravante se o agente já se encontrava aposentado de seu cargo à época do delito (TRF da 2ª Região. Ap. 2967, DJU 02/08/94, PP. 40840-1, *i,n* RBCCr 8/224). A agravante de violação de dever inerente ao cargo é inaplicável quando for elementar do tipo, como no crime de concussão (TJSP, RT 555/327), ou na figura qualificada no art. 229, parágrafo único (STF, RTJ 101/1010). O reconhecimento concomitante desta agravante e da qualificadora do art. 171, § 3º, na hipótese de estelionato cometido contra entidade de direito público, configura *bis in idem* (TRF da 4ª Região. AP 22814, DJU 23/11/94, p. 67831).

8 – Não obstante reconhecermos a ocorrência de *bis in idem*, divergimos do Requerente quanto à forma de sanar tal errônia, já que, no conflito entre a incidência de uma agravante genérica e uma causa especial de aumento de pena, impõe-se preferir a esta, como prevê o *caput* do art. 61 do CP ao ressaltar a prevalência das circunstâncias que constituem ou qualificam o crime. Assim, temos que a pena aplicada, *in casu*, deverá ser minorada, nos seguintes termos:

- a) Mantém-se a pena-base aplicada: 1 ano e 6 meses;
- b) Retira-se, contudo, a incidência da majoração referente à 2ª agravante (art. 61, II, “g”), razão pela qual a pena, na 2ª fase, passa a ser de 1 ano e 9 meses (o acréscimo de 03 meses decorre da manutenção da agravante genérica prevista no art. 61, II, “c” do CP – recurso que dificultou a defesa da vítima);
- c) E por fim, mantém-se-lhe a agravação pela causa especial de aumento prevista na lei especial (art. 1º, §4º, I da Lei nº 9455/97), no mesmo *quantum* (1/6), a totalizar 2 anos e 15 dias de detenção, como patamar definitivo e final.

9 – Ao contrário do que sustenta o Requerente, a correção da dosimetria penal não resultará em prescrição retroativa, eis que o *quantum* afinal

estabelecido para a resposta penal não altera o cálculo da prescrição, eis que, sendo superior a 02 anos, lastreia-se pelo art. 109, IV do CP. De se ver que inocorrente o transcurso de mais de 08 (oito) anos entre os marcos prescricionais previstos no art. 117 do Código Penal, dado que o recebimento da denúncia ocorreu em 02/03/2000 (fls. 305/306 dos autos originais); a publicação da sentença, em 14/09/2005 (fl. 1125, dos mesmos autos), e ainda, a publicação do acórdão, em 04/05/2006 (fl. 1175, *idem*), com trânsito em julgado certificado em 26/08/2008 (fl. 135 dos autos referentes ao Agravo de Instrumento ao STJ, também apenso).

10 - A procedência do pedido revisional, no que tange à modificação da pena não importa em anulação processual, mas simples alteração da decisão transitada em julgado, conforme dicção expressa do artigo 626 do CPP; sem o condão desconstitutivo dos marcos prescricionais fixados no decorrer do processo.

11- *Ex positis*, s.m.j., opina o Ministério Público, por seu Procurador de Justiça com tal atribuição, PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DESTA REVISÃO CRIMINAL, A FIM DE PROCEDER-SE À CORREÇÃO DA DOSIMETRIA PENAL, ACOMODANDO-SE A PENA EM 02 ANOS E 15 DIAS DE DETENÇÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE ABERTO, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DO R. DECISÓRIO, como medida da mais sagrada, universal e salutar Justiça Social !

Rio de Janeiro, 15 de julho de 2010.

JOSÉ ROBERTO PAREDES

Procurador de Justiça

Recurso Especial Criminal. Violação do art. 1º da Lei 2.252/54, atual art. 244-B do ECA com a redação da Lei 12.015 de 2009. Pratica o crime de corrupção de menores o agente que realiza a conduta criminosa com o menor ou o induz a praticá-lo. Crime formal. Provimento do recurso especial.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR-PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, nos autos da Apelação nº 2009.050.01498, em que é apelante **ROBERTO DA SILVA SANTIAGO JÚNIOR**, sendo apelado o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, **irresignado** com o V. Acórdão de fls. 214/216, vem interpor, tempestivamente,

RECURSO ESPECIAL

com fundamento no **art. 105, inciso III, alíneas a e c**, da Constituição da República, pelas razões deduzidas em anexo, requerendo seja o mesmo recebido e admitido, e enviado, posteriormente, ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

P. deferimento.

Rio de Janeiro, 25 de agosto de 2009.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

Procurador de Justiça

Assistente da Assessoria de Recursos Constitucionais

NADIA DE ARAUJO
Procuradora de Justiça
Assessora Chefe da Assessoria de
Recursos Constitucionais

ANTONIO JOSÉ CAMPOS MOREIRA
Subprocurador-Geral de Justiça de
Atribuição Originária Institucional e Judicial

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RECORRIDO: ROBERTO DA SILVA SANTIAGO JÚNIOR

RAZÕES DO RECORRENTE

I. A DEMANDA

A defesa técnica do acusado Roberto da Silva Santiago Júnior interpôs recurso de apelação contra a sentença do Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Niterói que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condená-lo, por infração ao artigo 157, § 2º, II, do Código Penal, c/c art. 1º da Lei nº 2.252/54, na forma do artigo 69, do Código Penal, às penas de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 23 (vinte e três) dias-multa, com valor unitário no mínimo legal, e absolvê-lo, com lastro no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, da imputação concernente ao artigo 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.823/2006.

A Colenda Primeira Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça, por maioria de votos, **deu provimento parcial ao recurso para absolver o apelante da imputação relativa à corrupção de menor, mantida, no mais, a sentença** (v. fls. 214/216). Para tanto, assim entendeu a Douta Turma Julgadora, consoante

excerto do Acórdão:

“Todavia, a condenação pelo crime de corrupção de menor não deve ser mantida.

A meu aviso, o referido comando legal tem como objetivo que os maiores não pratiquem, em concurso com menores, infrações penais e que, também, não os induzam a tanto.

A configuração do tipo exige a comprovação de que os menores se tenham transformado em delinquentes ou renitentes, ou seja, que a realização daquele ato tenha acarretado a presunção iuris et de iure da corrupção ou de sua facilitação. O texto legal indica o que é corromper ou facilitar a corrupção, dando as formas – com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la. Entretanto, no caso, é certo que o menor é comprovadamente corrompido – ostentando passagens no juizado da infância – não podendo, por isso, ser vítima do delito sob exame e, ao contrário, o maior é que teria, em tese, a seu favor, a presunção de inocência.

.....(omissis)

Com base nestas considerações é que, com a maioria, dirigi meu voto no sentido de negar provimento ao recurso quanto ao crime de roubo para manter a sentença recorrida por seus próprios fundamentos neste ponto, mas dar provimento ao apelo para absolver o recorrente no que toca ao crime de corrupção de menor, à vista dos argumentos acima expostos.

Este é, pois, o meu voto.” (fl. 216)

Decidindo dessa forma, a douta Turma Julgadora contrariou e negou vigência ao artigo 1º da Lei nº 2.252/54 (revogado pela Lei nº 12.015/2009, que acrescentou o artigo 244-B à Lei nº 8.069/90), dando-lhe interpretação totalmente divergente da consolidada Jurisprudência desse E. Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

Daí a interposição do presente Recurso Especial, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal, para que seja reformado o v. acórdão, condenando-se o acusado à pena cominada no artigo 1º da Lei nº 2.252/54, tipo penal que foi transmutado para o artigo 244-B da Lei nº. 8.069/90.

II. A DECISÃO RECORRIDA

O v. acórdão impugnado (fls. 214/216) deu provimento parcial ao recurso para absolver o apelante da imputação relativa à corrupção de menor, mantida,

no mais, a sentença. Entendeu, em síntese, que a configuração do tipo exige a comprovação de que os menores se tenham transformado em delinquentes ou renitentes, ou seja, que a realização daquele ato tenha acarretado a presunção *iuris et de iure* da corrupção ou de sua facilitação.

III. RECURSO ESPECIAL PELA ALÍNEA “a” DO ARTIGO 105, III da CF.

III.a. Do Cabimento do Recurso

O julgamento colegiado, como se verá, contrariou e negou vigência ao **artigo 1º da Lei nº 2.252/54 (revogado pela Lei nº 12.015/2009, que acrescentou o artigo 244-B à Lei nº 8.069/90).**

Saliente-se que, com o advento da Lei nº 12.015/2009, que, dentre outras providências, acrescentou o artigo 244-B à Lei nº 8.069/90 e revogou a Lei nº 2.252/54, a norma penal incriminadora outrora contida no artigo 1º da Lei nº 2.252/54 apenas passou a encerrar-se em outro dispositivo legal, qual seja, o artigo 244-B da Lei nº 8.069/90. Por essa razão, a aludida norma jurídica permanece vigente, e o artigo 244-B da Lei nº 8.069/90 nada mais fez, consoante a teoria da continuidade normativo-típica, do que recepcionar o antigo tipo penal descrito na norma penal incriminadora. Na verdade, o tipo penal da lei revogada transmudou-se para o tipo penal da lei especial em vigor.

O recurso preenche todos os requisitos de admissibilidade, a seguir tratados individualmente.

Inaplicabilidade da Súmula 7 do STJ

O presente recurso especial não trata de matéria de fato. Ao contrário, a discussão cinge-se à interpretação e alcance da norma prevista no **artigo 1º da Lei nº 2.252/54 (revogado pela Lei nº 12.015/2009, que acrescentou o artigo 244-B à Lei nº 8.069/90).** Em outras palavras, busca-se demonstrar que a corrupção de menor é crime formal, ou seja, a sua consumação independe de efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

Trata-se de questão eminentemente de direito, consubstanciada na delimitação do alcance da regra prevista no artigo 1º da Lei nº 2.252/54 (revogado pela Lei nº 12.015/2009, que acrescentou o artigo 244-B à Lei nº 8.069/90).

Nessa linha, vale acentuar, a posição do 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 ressaltar, 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:

“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

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

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 bastar certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita 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 constitutionis”.

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 . 5ª Turma. J. 03/04/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 9/06/2008.”*

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. POSSE TRANQUÍLA 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 aresto 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 reavaliação 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 apreensão 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). 6ª Turma. J. 27/05/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 09/06/2008."

Tempestividade do Recurso Especial

O Ministério Público foi cientificado do v. acórdão que deu provimento parcial ao recurso em 20/08/2009 (fl. 219), consoante ciência pessoal do Dr. Procurador de Justiça com assento na Câmara Criminal, sendo a presente interposição tempestiva, a teor do art. 26 da Lei nº 8.038/90.

Do prequestionamento

Desde já, ressalte-se que o artigo 1º da Lei nº 2.252/54 (revogado pela Lei nº 12.015/2009, que acrescentou o artigo 244-B à Lei nº 8.069/90), foi devidamente prequestionado, conforme se vê da fundamentação do Acórdão recorrido (fl. 216).

O dispositivo teve sua vigência expressamente negada pelo V. Acórdão recorrido, o qual assentou que a configuração do tipo da corrupção de menor exige a comprovação de que os menores se tenham transformado em delinquentes ou renitentes, ou seja, que a realização daquele ato tenha acarretado a presunção *iuris et de iure* da corrupção ou de sua facilitação. Com isso, deu provimento parcial ao recurso para absolver o apelante da imputação relativa à corrupção de menor, mantida, no mais, a sentença. Dessa forma, o Acórdão recorrido deu interpretação ao dispositivo legal em exame totalmente diversa do entendimento dos Tribunais Superiores sobre a *quaestio iuris*, contrariando e negando vigência ao dispositivo legal prequestionado.

Atendidos, assim, os requisitos das súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, resulta a inexistência de qualquer óbice à admissão do presente recurso e ao seu conhecimento pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

III.b. Das razões para o provimento do recurso pela alínea a, do artigo 105, III, da Constituição da República.

Negativa de vigência do artigo 1º da Lei nº 2.252/54 (revogado pela Lei nº 12.015/2009, que acrescentou o artigo 244-B à Lei nº 8.069/90)

Dispunha o artigo 1º da Lei nº 2.252/54:

“Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de Cr\$ 1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la.”

A Lei nº 12.015/2009 revogou a Lei nº 2.252/54, transmudando o tipo penal previsto no artigo 1º da Lei 2.252/54 para o artigo 244-B da Lei nº 8.069/90, que preceitua:

"Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

§ 2º As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990."

Com efeito, o Acórdão recorrido negou vigência e contrariou expressamente a norma contida no artigo 1º da Lei nº 2.252/54 (revogado pela Lei nº 12.015/2009, que acrescentou o artigo 244-B à Lei nº 8.069/90), eis que a corrupção de menor é crime formal, não se exigindo a efetiva corrupção do inimputável para que haja a consumação do delito.

Nesse passo, não andou bem a douta Turma Julgadora ao acolher a tese de que a configuração do tipo exige a comprovação de que os menores se tenham transformado em delinquentes ou renitentes, ou seja, de que a realização daquele ato tenha acarretado a presunção *iuris et de iure* da corrupção ou de sua facilitação, articulada pela defesa do réu, pois a norma penal incriminadora objetiva impedir tanto o ingresso como a permanência do menor no universo criminoso, sendo, portanto, irrelevante à tipificação do delito a participação anterior da criança ou do adolescente em ato infracional, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado.

Vale transcrever excerto do Acórdão recorrido, quando fica evidente a violação do artigo 1º da Lei nº 2.252/54 (revogado pela Lei nº 12.015/2009, que acrescentou o artigo 244-B à Lei nº 8.069/90):

"Todavia, a condenação pelo crime de corrupção de menor não deve ser mantida.

A meu aviso, o referido comando legal tem como objetivo que os maiores não pratiquem, em concurso com menores, infrações penais e que, também, não os induzam a tanto.

A configuração do tipo exige a comprovação de que os menores se tenham transformado em delinquentes ou renitentes, ou seja, que a realização daquele ato tenha acarretado a presunção iuris et de iure da corrupção ou de sua facilitação. O texto legal indica o que é corromper ou facilitar a corrupção, dando as formas – com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la. Entretanto, no caso, é certo que o menor é comprovadamente corrompido – ostentando passagens no juizado da infância – não podendo, por isso, ser vítima do delito sob exame e, ao contrário, o maior é que teria, em tese, a seu favor, a presunção de inocência.

.....(omissis)

Com base nestas considerações é que, com a maioria, dirigi meu voto no sentido de negar provimento ao recurso quanto ao crime de roubo para manter a sentença recorrida por seus próprios fundamentos neste ponto, mas dar provimento ao apelo para absolver o recorrente no que toca ao crime de corrupção de menor, à vista dos argumentos acima expostos.

Este é, pois, o meu voto.” (fl. 216)

De fato, a configuração do delito imputado não depende da ocorrência de resultado naturalístico, qual seja, a efetiva corrupção do menor, como acertadamente reconheceu a sentença de primeiro grau, cuja fundamentação ora se transcreve:

“No prumo dessa orientação, subsiste, a despeito da conclusão externada pela Defesa, o dominante entendimento jurisprudencial segundo o qual a hipótese tende a encerrar definição de um autêntico crime formal de perigo, com consumação antecipada, presumindo a lei, em caráter juris tantum, a probabilidade de dano para o menor.

.....(omissis)

Dentro desse cenário, comprovada, à luz da instrução que se realizou, a inquestionável participação do menor no episódio delituoso articulado pela denúncia, há de se legalmente presumir, no rastro da tranqüila jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o risco concreto de dano sobre a sua formação moral, pelo que, à míngua de comprovação, a cargo da Defesa (CPP, art. 156), de que o mesmo já se achava inteiramente corrompido, se positiva a configuração jurídico-formal deste injusto imputado.” (fls. 162 e 165)

Não destoa desse entendimento o voto vencido:

"Fiquei vencido no julgamento do presente recurso de apelação, em sessão realizada aos dezessete dias do mês de junho do ano de 2009, por entender que deveria ser mantida a condenação tal qual lançada em primeiro grau, sendo a divergência relativa à absolvição pelo delito de corrupção de menores.

É que, a meu aviso, a finalidade do dispositivo que tipifica a conduta reprovada é evitar que os sujeitos pratiquem infrações penais em concurso com menores e que também não os induzam a fazê-lo.

E, contrariamente ao entendimento da maioria, tenho que a caracterização do injusto efetivamente não exige evidência ou comprovação de que o menor tenha se tornado delinquente contumaz e habitual, bastando a sua participação no evento posto em análise para acarretar a presunção juris et de jure da corrupção ou sua facilitação, até mesmo porque o delito de corrupção de menores se classifica como crime formal, que se consuma sem a verificação de resultado.

Com base nestas considerações é que dirigi meu voto no sentido de desprover integralmente o recurso, para manter a decisão guerreada por seus próprios fundamentos." (fl. 218)

Nessa linha, confirmam-se os acórdãos proferidos por essa Corte Superior:

"RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL, DE EVENTO. PRECEDÊNCIA DA CORRUPÇÃO. AFASTAMENTO DO TIPO PENAL.

1. Reconhecida a precedente corrupção do menor, não há falar em caracterização do ilícito tipificado no artigo 1º da Lei 2.252/54, que é de natureza formal, da subespécie dos crimes de evento.

2. Recurso improvido."

(REsp 882408/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 29/11/2007, DJe 22/04/2008)

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. VIA IMPRÓPRIA.

1. O delito previsto no art. 1.º da Lei n.º 2.252/54 é crime formal, que prescinde da efetiva corrupção do menor, bastando, para sua configuração, a prova de participação do inimputável em empreitada criminosa na companhia de agente maior de 18 anos.

2. Não é possível, na via exígua do habeas corpus, proceder a amplo reexame dos fatos e das provas para absolver os réus, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta quanto à existência do crime e a certeza da autoria.

3. Ordem denegada.”

(HC 83482/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 10/09/2007 p. 290)

Portanto, inexorável a conclusão de que o Acórdão recorrido violou a norma jurídica em exame, contrariando-a e negando-lhe vigência.

IV. RECURSO ESPECIAL PELA ALÍNEA C DO ARTIGO

IV.a. Da ocorrência do dissídio quanto à interpretação do artigo 1º da Lei nº 2.252/54 (revogado pela Lei nº 12.015/2009, que acrescentou o artigo 244-B à Lei nº 8.069/90) e sua comprovação

A tese acolhida pela r. decisão recorrida dissente da orientação do **Colendo Superior Tribunal de Justiça**, como demonstram os seguintes julgados, ora colacionados:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRÉVIA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE EM GRAU CORRESPONDENTE AO ILÍCITO PRATICADO COM O MAIOR DE 18 ANOS. INEXISTÊNCIA. CRIAÇÃO DE NOVO RISCO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E TELEOLÓGICA DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. TIPICIDADE DA CONDUTA RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias consignaram que as passagens anteriores do menor pela Vara da Infância e da Juventude, por atos infracionais praticados mediante violência ou grava ameaça, aliadas ao seu comportamento no fato descrito na denúncia – roubo –, revelariam a prévia corrupção moral do adolescente, caracterizadora do crime impossível.

3. Procedimentos judiciais em curso na Vara da Infância e da Juventude não podem ser considerados como prova de prévia corrupção do menor, por decorrência lógica de não serem sequer prova de sua participação em ato infracional.

4. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “A remissão não implica reconhecimento de responsabilidade, nem vale como antecedente, ex vi do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente” (REsp 909.787/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 3/9/07).

5. Tratando-se de criança ou adolescente, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227).

6. É nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias – efeito secundário –, pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º) por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, caput). -

7. O art. 1º da Lei 2.252/54, que tem como objetivo primário a proteção do menor, não pode, atualmente, ser interpretado de forma isolada, tendo em vista os supervenientes direitos e garantias minoristas inseridos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Afora os direitos já referidos anteriormente, importa registrar que à criança e ao adolescente são asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento, físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Lei 8.069/90, art. 3º).

8. Diante disso, deduz-se que o fim a que se destina a tipificação do delito de corrupção de menores é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. Assim, o bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora não se restringe à inocência moral do menor, mas abrange a formação moral da criança e do adolescente, no que se refere à necessidade de abstenção da prática de infrações penais.

9. Por conseguinte, mesmo na hipótese da participação anterior de criança ou adolescente em ato infracional, reconhecida por sentença transitada em julgado, não haveria razão para o afastamento da tipicidade da conduta, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado.

10. De fato, a criança e o adolescente estão em plena formação de caráter e personalidade e, por essa causa, a repetição de ilícitos age como reforço à

eventual tendência infracional anteriormente adquirida.

11. Nesse contexto, considerar inexistente o crime de corrupção de menores pelo simples fato de ter o adolescente ingressado na seara infracional equivale a qualificar como irrecuperável o caráter do inimputável – pois não pode ser mais corrompido – em virtude da prática de atos infracionais. Em outras palavras, é o mesmo que afirmar que a formação moral do menor, nessa hipótese, encontra-se definitiva e integralmente comprometida.

12. Todavia, tal entendimento, como visto, fere o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo-se observar que até mesmo a internação, medida socioeducativa privativa de liberdade e de maior gravidade aplicável ao menor infrator, está sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 121, caput).

13. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a tipicidade da conduta.”

(REsp 1031617/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 29/05/2008, DJe 04/08/2008 - cópia autenticada que acompanha o presente - documento 01)

“PENAL. HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. PRÉVIA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE. IRRELEVÂNCIA À TIPIFICAÇÃO. CRIAÇÃO DE NOVO RISCO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA E TELEOLÓGICA DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. TIPICIDADE DA CONDUTA RECONHECIDA. ORDEM DENEGADA.

1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento (REsp 1.031.617/DF, de minha relatoria, DJ de 4/8/08), ratificou o entendimento de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

2. Além disso, na mesma ocasião, o Colegiado manifestou o entendimento de que a citada norma penal incriminadora objetiva impedir tanto o ingresso como a permanência do menor no universo criminoso, sendo, portanto, irrelevante à tipificação do delito a participação anterior da criança ou do adolescente em ato infracional, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado.

3. Ordem denegada.”

(HC 113341/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008 RT vol. 882 p. 580 - cópia autenticada que acompanha o presente - documento 02)

Emerge patente, assim, a instauração de dissídio pretoriano, causado pela prolação do Acórdão recorrido, que se afasta de forma manifesta da orientação acolhida pelos acórdãos da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

IV.b. Confronto analítico entre o Acórdão Guerreado e os Acórdãos Paradigmas, que comprova o dissídio jurisprudencial

Como se verifica pela transcrição ora feita, é evidente o **paralelismo** entre os casos tratados nos julgados trazidos à colação e a hipótese decidida nos autos: **nos três processos houve o enfrentamento da questão sobre ser a corrupção de menor crime formal ou material.**

Porém, as **soluções** aplicadas apresentam-se **opostas**. Segundo o teor do acórdão impugnado:

“Todavia, a condenação pelo crime de corrupção de menor não deve ser mantida.

A meu aviso, o referido comando legal tem como objetivo que os maiores não pratiquem, em concurso com menores, infrações penais e que, também, não os induzam a tanto.

A configuração do tipo exige a comprovação de que os menores se tenham transformado em delinquentes ou renitentes, ou seja, que a realização daquele ato tenha acarretado a presunção iuris et de iure da corrupção ou de sua facilitação. O texto legal indica o que é corromper ou facilitar a corrupção, dando as formas – com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la. Entretanto, no caso, é certo que o menor é comprovadamente corrompido – ostentando passagens no juizado da infância – não podendo, por isso, ser vítima do delito sob exame e, ao contrário, o maior é que teria, em tese, a seu favor, a presunção de inocência.

.....(omissis)

Com base nestas considerações é que, com a maioria, dirigi meu voto no sentido de negar provimento ao recurso quanto ao crime de roubo para manter a sentença recorrida por seus próprios fundamentos neste ponto, mas dar provimento ao apelo para absolver o recorrente no que toca ao crime de corrupção de menor, à vista dos argumentos acima expostos.

Este é, pois, o meu voto.” (fl. 216)

Enquanto para os **paradigmas**:

“Cinge-se a controvérsia à possibilidade ou impossibilidade de configuração

do crime de corrupção de menores na hipótese em que o maior de 18 anos pratica delito com adolescente possuidor de passagens anteriores na Vara da Infância e da Juventude.

É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

.....(omissis)

Com efeito, o art. 1º da Lei 2.252/54, que tem como objetivo primário a proteção do menor, não pode, atualmente, ser interpretado de forma isolada, tendo em vista os supervenientes direitos e garantias minoristas inseridos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Afora os direitos já referidos anteriormente, importa registrar que à criança e ao adolescente são asseguradas todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento, físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (Lei 8.069/90, art. 3º).

Diante de tais considerações, dessume-se que o fim a que se destina a tipificação do delito de corrupção de menores é impedir o estímulo tanto do ingresso como da permanência do menor no universo criminoso. Assim, o bem jurídico tutelado pela citada norma incriminadora não se restringe à inocência moral do menor, mas abrange a formação moral da criança e do adolescente, no que se refere à necessidade de abstenção da prática de infrações penais.

Por conseguinte, mesmo na hipótese da participação anterior de criança ou adolescente em ato infracional, reconhecida por sentença transitada em julgado, não haveria razão para o afastamento da tipicidade da conduta prevista no dispositivo legal em exame, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado.

De fato, a criança e o adolescente estão em plena formação de caráter e personalidade e, por essa causa, a repetição de ilícitos age como reforço à eventual tendência infracional anteriormente adquirida.

Nesse contexto, considerar inexistente o crime de corrupção de menores pelo simples fato de ter o adolescente ingressado na seara infracional equivale a qualificar como irrecuperável o caráter do inimputável – pois não pode ser mais corrompido – em virtude da prática de atos infracionais. Em outras palavras, é o mesmo que afirmar que a formação moral do menor, nessa hipótese, encontra-se definitiva e integralmente comprometida.”

(REsp 1031617/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 29/05/2008, DJe 04/08/2008 - cópia autenticada que acompanha o presente - documento 01)

“Com efeito, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento (REsp 1.031.617/DF, de minha relatoria, DJ de 4/8/08), ratificou o entendimento de que o crime tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe de prova da efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

Além disso, na mesma ocasião, o Colegiado manifestou o entendimento de que a citada norma penal incriminadora objetiva impedir tanto o ingresso quanto a permanência do menor no universo criminoso, sendo, portanto, irrelevante à tipificação do delito a participação anterior da criança ou do adolescente em ato infracional, porquanto do comportamento do maior de 18 anos advém a criação de novo risco ao bem jurídico tutelado.”

(HC 113341/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 01/12/2008 RT vol. 882 p. 580 - cópia autenticada que acompanha o presente - documento 02)

Nas três situações enfrenta-se a questão sobre ser a corrupção de menor crime formal ou material.

Para o julgado recorrido, a corrupção de menor é crime material, ou seja, a sua consumação depende de efetiva e posterior corrupção do menor, sendo insuficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

Já para os acórdãos trazidos à colação, a corrupção de menor é crime formal, ou seja, a sua consumação independe de efetiva e posterior corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

Nítida, pois, a semelhança das situações cotejadas e manifesta a divergência de soluções.

Sendo assim, mais correta, ao nosso ver, a solução encontrada pelas decisões do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

V. CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, demonstrada a contrariedade à lei federal, bem como o dissídio jurisprudencial, espera o Recorrente seja admitido o presente Recurso Especial pelas duas alíneas do permissivo constitucional, para que o mesmo seja conhecido e provido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, reformando-se o

v. Acórdão recorrido, para que o acusado seja condenado à pena cominada no artigo 1º da Lei nº 2.252/54 (revogado pela Lei nº 12.015/2009, que acrescentou o artigo 244-B à Lei nº 8.069/90), vindo a restabelecer-se a decisão meritória de primeiro grau.

Rio de Janeiro, 25 de agosto de 2009.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA

Procurador de Justiça

Assistente da Assessoria de Recursos Constitucionais

NADIA DE ARAUJO

Procuradora de Justiça

Assessora Chefe da Assessoria de

Recursos Constitucionais

ANTONIO JOSÉ CAMPOS MOREIRA

Subprocurador-Geral de Justiça de

Atribuição Originária Institucional e Judicial

Supremo Tribunal Federal

Assessoria Jurídica

RECURSO CÍVEL 99.147 - SP

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence
Partes: Vitorino Albuquerque de Castro
Impetrante: Departamento Policial do Estado
Contra: Colégio Recursal da 47ª Circunscrição Judiciária de Taubaté

JURISPRUDÊNCIA

1. O recurso não possui o caráter de maior potencial ofensivo ao que se encontra estabelecido pela lei que instituiu o processo de apelação e pelo art. 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na Presidência do Ministro Relatador, por unanimidade de votos, a favor e contra, a julgar improcedente a impetração da carta de defesa e prisão, julga-se por este Tribunal o voto do Relator.

Brasília, 27 de agosto de 2006 - Sepúlveda Pertence, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, O presente foi considerado, em primeiro grau, a partir de 1 mês de detenção - substituída por restritiva de direitos - por infração do art. 130, parágrafo do Código Penal (St. 39/36).

Interpôs-se apelação, que foi rejeitada pelo TJ-SP, que, no entanto, determinou a remessa dos autos ao Colégio Recursal da 47ª Circunscrição Judiciária de Taubaté/SP, que é de competência do recurso.

Instruído o processo com os autos, julga-se. (Relator)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS 89.147 – SP

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence

Paciente: Rodrigo Alexandre de Castro

Impetrante: Defensoria Pública da União

Coator: Colégio Recursal da 47ª Circunscrição Judiciária de Taubaté

1. Competência recursal: crime de menor potencial ofensivo: se o réu foi condenado pela Justiça comum em processo que seguiu o rito ordinário, compete ao Tribunal de Justiça e não à Turma Recursal o julgamento da apelação. Precedentes.

2. *Habeas corpus*: deferimento, para cassar o acórdão impugnado e determinar a remessa do processo principal ao Tribunal de Justiça de São Paulo, ao qual compete o julgamento da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 22 de agosto de 2006 – Sepúlveda Pertence, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 mês de detenção – substituída por restritiva de direitos –, por infração do art. 150, *caput*, do Código Penal (fls. 32/36).

Interposta apelação, esta foi remetida ao TJSP, que, no entanto, determinou a remessa dos autos ao Colégio Recursal da 47ª Circunscrição Judiciária de Taubaté/SP, que não conheceu do recurso.

Extrato do voto condutor do julgado, *verbis* (fl. 58):

Nos termos do art. 82, § 1º, da Lei n. 9.099/95, o recurso não deve ser conhecido: a petição escrita de interposição do recurso (fl. 80) não veio acompanhada das razões e do pedido do recorrente. Estes, a propósito, vieram em momento posterior e, por isso, extemporâneos.

À vista dos princípios norteadores deste Juizado, não se aplica aos processos deste Juizado Especial Criminal o disposto no art. 600 do Código de Processo Penal (...).

Donde o presente *habeas corpus*, no qual se alega que, “apesar de a imputação delitiva dizer respeito a crime de pequeno potencial ofensivo, o rito processual adotado não foi o da Lei 9.099/95” e, por isso, a competência para o julgamento da apelação é do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Invoca os HC 83.855, Segunda Turma, **Nelson Jobim**, DJ de 28-5-04; HC 87.211, Primeira Turma, 14-2-06, **Eros Grau**, DJ de 24-3-06¹; HC 85.652, Primeira Turma, 31-5-5, **Eros Grau**, DJ de 1º-7-5².

Requer seja declarada “a nulidade do acórdão, e conseqüente desconstituição do julgado, a fim de que seja apreciado o mérito do recurso pelo Tribunal competente”.

Deferida a liminar (fls. 62/63), sobreveio o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do Il. Subprocurador-Geral **Mário Gisi**, que opinou pela concessão da ordem (fls. 74/77).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Extrato do parecer do Ministério Público Federal, *verbis* (fl. 76):

1. “Ementa: Habeas corpus. Sentença proferida pela Justiça Comum. Incompetência da Turma Recursal dos Juizados Especiais para julgar a apelação. A Turma Recursal dos Juizados Especiais não é competente para julgar apelação interposta de sentença proferida por Juiz de Direito da Justiça Comum. ‘[a]s disposições concernentes a jurisdição e competência se aplicam de imediato, mas, se já houver sentença relativa ao mérito, a causa prossegue na jurisdição em que ela foi prolatada, salvo se suprimido o Tribunal que julgar o recurso’ [Carlos Maximiliano]. É o caso dos autos: havia sentença proferida pela Justiça Comum, sujeita, em grau de recurso, à jurisdição do Tribunal de Justiça. Ordem concedida, não para anular a sentença, como requerido, mas para determinar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgue a apelação.”

2. “(...) A competência para julgar recurso de apelação interposto contra sentença proferida por Juiz de Direito da Justiça Comum é do Tribunal de Justiça, não da Turma Recursal. ‘As disposições concernentes a jurisdição e competência se aplicam de imediato, mas, se já houver sentença relativa ao mérito, a causa prossegue na jurisdição em que ela foi prolatada, salvo se suprimido o Tribunal que deverá julgar o recurso’ (Carlos Maximiliano). Ordem parcialmente deferida.”

(...) o paciente foi condenado pela Justiça Comum, tendo o Juízo da 2ª Vara Criminal de Taubaté adotado efetivamente o procedimento ordinário do Código de Processo Penal para processamento da ação penal, conforme mostram os documentos colacionados aos autos.

Nessa trilha, nos termos da copiosa jurisprudência desta Suprema Corte, a competência para julgamento da Apelação é do Tribunal de Justiça (...).

De fato, tem se firmado a jurisprudência do Tribunal em que, na hipótese dos autos, a competência para julgar a apelação é do Tribunal de Justiça (cf., além dos precedentes mencionados pela impetrante, os HC 88.286, Primeira Turma, 23-5-06, **Pertence**, DJ de 9-6-06; HC 84.566, Segunda Turma, 14-9-04, **Barbosa**, DJ de 12-11-04).

Defiro a ordem para cassar o acórdão impugnado e determinar a remessa dos autos do processo principal ao TJSP, ao qual compete o julgamento da apelação: é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 89.147/SP — Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Paciente: Rodrigo Alexandre de Castro. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Colégio Recursal da 47ª Circunscrição Judiciária de Taubaté.

Decisão: A Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participaram, justificadamente, deste julgamento os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 22 de agosto de 2006 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 92.791 – RS

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Menezes Direito

Paciente: Vilmar Padilha Cardozo – Impetrante: Defensoria Pública da União – Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Execução penal. Remição de dias trabalhados. Falta grave. Discussão sobre a gravidade. Impossibilidade. Precedentes.

1. A perda dos dias remidos pelo trabalho de que trata o artigo 127 da Lei de Execuções Penais não afronta os princípios da proporcionalidade, da isonomia, da individualização da pena ou do direito adquirido.

2. Não é possível a esta Corte Suprema examinar a questão da gravidade da falta, porque isso depende de circunstâncias de fato que envolveram o episódio que motivou a penalidade.

3. *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, 26 de fevereiro de 2008 – Menezes Direito, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Eis como o Gabinete resumiu os parâmetros deste processo:

O Paciente, condenado a 26 anos e 9 meses de reclusão, teria cometido falta grave no curso da execução da pena – negou-se a virar de costas durante revista corporal. O Juízo da execução decretou, então, a perda dos 311 dias remidos pelo trabalho. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecendo o direito adquirido aos dias remidos em virtude de decisão judicial, deu provimento ao agravo. O Ministério Público estadual interpôs recursos especial e extraordinário. Admitidos pelo Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça (fls. 103 a 107 do apenso), o processo foi remetido,

primeiramente, ao Superior Tribunal de Justiça, que apreciou o recurso especial. A ementa do julgado restou assim redigida (fl. 118):

Recurso especial. Execução penal. Falta grave. Perda dos dias remidos. Aplicação do art. 127 da LEP.

1. Em razão do cometimento de falta grave pelo sentenciado, cabe ao Juízo da Execução decretar a perda dos dias remidos. Precedentes.

2. Recurso conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido, decretar a perda dos dias remidos.

É esse o ato atacado nesta impetração. A Defensoria Pública da União sustenta que a remissão é direito privativo do condenado que exerceu atividade laboral, sendo um dos objetivos do instituto a reintegração e a readaptação ao convívio social. Ressalta o voto de V. Exa., proferido no RE 452.994/RS, publicado no Diário da Justiça de 29 de setembro de 2006. Afirma que a perda total dos dias remidos, pelo cometimento de falta grave, fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o da individualização da pena, por não ser admissível a aplicação de sanção de tal magnitude àquele que eventualmente cometeu falta grave no âmbito do estabelecimento prisional. Ressalta a necessidade de ser observado o princípio da proporcionalidade, que, no caso, decorreria do acolhimento da noção de Justiça distributiva.

Assevera incabível a penalidade, porquanto, em razão do mesmo fato, o paciente sofrera sanção disciplinar, bem como averbação de falta no prontuário, circunstância que constituirá óbice à fruição do benefício de progressão de regime.

Diz da afronta ao princípio da não-duplicidade de imputação. Quanto ao art. 127 da Lei de Execuções Penais, sustenta que a aplicação do preceito há de fazer-se considerados o critério da interpretação sistemática e os parâmetros de razoabilidade.

Requer o deferimento da ordem para, cassado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, declarar-se a impossibilidade da perda dos dias remidos pelo trabalho, sob pena de afronta aos princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade. Se outro for o entendimento da Corte, pleiteia a concessão da ordem, reconhecendo-se a limitação temporal de 30 dias para a perda dos dias remidos, conforme o disposto no art. 58 da Lei de Execuções Penais.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fl. 14, manifesta-se pelo indeferimento do pedido. Argumenta que o Supremo proclamou a constitucionalidade do art. 127 da Lei de Execuções Penais, afastando a alegação de violação de direito adquirido. Menciona precedentes. Ressalta a inaplicabilidade do art. 58 da Lei

de Execuções Penais, que se refere ao isolamento, à suspensão e à restrição de direitos do preso.

Lancei visto no processo em 19 de janeiro de 2008, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 19 de fevereiro seguinte, isso objetivando a ciência da Impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A situação é realmente emblemática considerada a razoabilidade, a ordem natural das coisas, a dinâmica da própria vida. O paciente perdeu, em sede extraordinária, 311 dias remidos. Vale dizer que, sob o ângulo da remição, 933 dias trabalhados foram por terra, já que a contagem do tempo para esse fim faz-se à razão de um dia de pena por três de trabalho – § 1º do art. 126 da Lei de Execução Penal. O motivo mostrou-se único: recusou-se a obedecer ordem no sentido de virar-se de costas para revista em cela.

Tal postura, ante o disposto no inciso VI do art. 50 da citada lei, equipara-se, em termos de enquadramento, a incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina, fugir, possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem, provocar acidente de trabalho e descumprir, no regime aberto, as condições impostas. No entanto, deve-se levar em conta não só o princípio da razoabilidade, como também a regra de a remição ser paulatina. O mesmo art. 126 da Lei de Execução Penal, no § 3º, revela-a declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público. Em síntese, surge situação aperfeiçoada quando, periodicamente, são levantados os dias trabalhados – chegando-se ao que remido –, o Ministério Público manifesta-se e o juiz da execução formaliza ato decisório. Há de interpretar-se sistematicamente, de modo integrativo e inteligente, considerada sadia política penitenciária, o disposto nos arts. 126 a 130 da Lei de Execução Penal, conferindo-se ao 127 – a prever a perda dos dias remidos em virtude de infração disciplinar grave – alcance consentâneo com o próprio sistema, não se chegando a exarcebação que, além de colocar em segundo plano decisão judicial – administrativa –, implique, em última análise, resultado inverso ao buscado, que inegavelmente é a ressocialização do preso. A perda diz respeito a situação concreta em que não tenha ainda a declaração pelo juiz da execução da remição, a qual, verificada, não pode ser afastada do cenário jurídico.

Concedo a ordem para, reformando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, restabelecer, não pelas razões lançadas, mas em face da com-

preensão supra, o pronunciamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, afastando a perda dos dias já compreendidos em remição sacramentada ante ato judicial. É como voto na espécie.

DEBATE

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro **Marco Aurélio**, só para minha orientação, estamos interpretando o art. 127 da Lei de Execuções Penais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Numa interpretação sistemática dos artigos 126 a 130.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu só quero perguntar o seguinte: como há precedentes, gostaria de saber se eles alcançaram essa hipótese, porque há precedentes da Ministra **Cármem Lúcia**, dos Ministros **Eros Grau**, **Joaquim Barbosa** e **Ricardo Lewandowski**?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): De minha lavra certamente não há.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu sei, e V. Exa. jamais faria uma apreciação dessa natureza, porque V. Exa. é muito atento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): E este caso – foi o que disse – é emblemático, a começar pela infração.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu sei que é emblemático, mas há precedentes.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Neste caso, pode-se discutir se no caso houve falta grave.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): O enquadramento. Há a problemática do instituto disciplina, ou subordinação, ou – o antônimo – insubordinação. Será que – não sei há quantos anos o Paciente já estava preso –, por isso ou por aquilo, numa cela, com submissão total ao poder de polícia dos agentes penitenciários, a simples recusa de virar de costas para uma revista levaria a consequência tão drástica: ter de cumprir mais de trezentos e onze dias de prisão, praticamente mais um ano?

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu não entraria nesse mérito da análise da gravidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Sei que há precedentes, por isso estou considerando as peculiaridades do caso.

A premissa de meu voto é esta: situação já sacramentada, após audição do Ministério Público e decisão do juiz, não pode estar compreendida na perda dos dias remidos.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Quer dizer que V. Exa. está sustentando que uma decisão administrativa desconstitui uma judicial?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Há controvérsia se a decisão do Juiz da Vara de Execuções tem cunho judicial ou administrativo.

Ministro Carlos Ayres Britto, sei que V. Exa. vem estudando esse tema.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Pedi vista até para estudar esse tema.

Ministro Marco Aurélio, nesta questão, eu me inclino para conceder de ofício o *habeas corpus*, considerando que não houve falta grave; naquela que pedi vista, houve falta grave, foi uma rebelião. Penso que foi isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Veja, essa espécie de falta grave está em uma norma em branco, que cogita da indisciplina, da insubordinação.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu acho que não houve isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Dependendo da óptica, qualquer procedimento pode ser enquadrado em uma dessas vertentes.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Concederia de ofício. V. Exa. está concedendo de ofício?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Ministro, julguei, no Tacrim, centenas ou até milhares desses agravos em execução.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Em processo jurisdicional e não administrativo. É interessante, porque se o agravo é em processo jurisdicional, a decisão impugnada também tem essa natureza.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Cabe recurso. V. Exa., no fundo, se eu bem compreendi, está dizendo que uma decisão da autoridade penitenciária pode, por assim dizer, desconstituir uma decisão, porque quando se homologa o cálculo dos dias remidos, após a oitiva do Ministério Público, cuida-se de uma decisão do juiz.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Há um acerto, e a diminuição da pena é imediata. A pena não pode ser restabelecida ante uma falta grave. Cogitei de sanção retroativa.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro Ricardo Lewandowski, se V. Exa. me permite, é muito rápido. No HC 89.784, disse que “os dias remidos são contabilizados, como em uma conta bancária, em favor do prisioneiro.”

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Ele não pode gastar o que foi creditado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Os dias remidos são contabilizados, dia a dia, em favor do apenado, como em uma conta bancária, agora, esse registro contábil pode ser estornado. Como estornar o registro à contabilidade? Diante de uma falta grave. E qual é o objetivo desta contabilização? É levar o apenado a, conhecendo os benefícios gradativamente obtidos, motivar-se para não cometer nenhuma falta, pois ele sabe que, se cometer uma falta grave, a perda será enorme, a possibilidade de apenamento disciplinar será de monta, ele terá sua contabilidade zerada, ou seja, o estorno será radical. Então ele tem todas as motivações para não incidir em falta grave, porque o prejuízo dele será enorme.

Agora, considere essa contabilização como uma modalidade interessante de sanção premial. Ele recebe um prêmio pelo bom comportamento e pelos dias trabalhados. Porém, se ele cometer falta grave, deixará de receber o prêmio, ele abrirá mão do prêmio que recebeu.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Não é prêmio, Exa., é uma complementação *in natura* do próprio salário que ele recebe pelo serviço.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A sanção premial opera, no plano administrativo, como um mecanismo de política penitenciária. Institui-se esse prêmio como um mecanismo eficaz de política penitenciária para levar o apenado ao bom comportamento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): É um incentivo ao bom comportamento, a não cometer falta grave.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É um incentivo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Se os colegas estão de acordo com a concessão de ofício, eu, vencido no provimento, acompanho e concedo a ordem de ofício.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não houve falta grave no caso. Eu não estou entrando em contradição com o meu voto anterior.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Vou votar e ficar vencido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Não vamos chegar a um *habeas* de ofício negativo!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, estou concedendo diante de um fundamento como pressuposto, é a flagrante ilegalidade desse enquadramento como falta grave. Penso que houve uma flagrante ilegalidade da autoridade administrativa ao enquadrar, como falta grave, essa recusa do apenado de se deixar revistar por um determinado modo.

Daí a proposta de voto que faço, no sentido de conceder a ordem de ofício.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, eu agradeço as intervenções do Ministro **Carlos Britto**, que são sempre elucidativas, tal e qual o voto de V. Exa., com absoluta dedução de um raciocínio pleno de logicidade, mas vou pedir vênia a V. Exa. para divergir.

O art. 127 da Lei 7.210/84, diz explicitamente:

O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

Essa é a regra jurídica que incide na espécie.

Esta Corte tem um precedente, Relator o eminente Ministro **Sepúlveda Per- tence**, também na sessão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa é extremamente clara e permite alcançar a hipótese sob julgamento.

Diz a ementa:

É manifesto que, havendo dispositivo legal que prevê a perda dos dias remidos se ocorrer falta grave, não a ofende a aplicação desse dispositivo preexistente à própria sentença. Por isso mesmo, não há direito adquirido, porque se trata de expectativa resolúvel, contra a lei, pela incidência posterior do condenado em falta grave.

Ou seja, o dispositivo é muito claro e o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2005, entendeu não haver violação do direito adquirido, considerando o raciocínio de que a própria regra jurídica estabelece essa possibilidade na ocorrência do fato que ela indica.

Tenho para mim, portanto, que não há violência ao direito adquirido, e nem há, por esse motivo, nenhuma violação do princípio da decisão judicial, como o próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou.

Por outro lado, eu quero crer que não cabe à Suprema Corte examinar questão da gravidade da falta, porque isso depende de circunstâncias de fato que envolveram o episódio que motivou a penalidade. Não bastasse isso, a meu sentir, é preciso considerar a tipicidade do regime prisional, independentemente das enormes dificuldades do sistema penitenciário nacional. A questão da falta de cumprimento de uma ordem da autoridade penitenciária pode configurar, sim, em certas circunstâncias de fato, uma falta gravíssima a gerar situações que

não são adequadas para um regime carcerário, ainda mais considerando um regime coletivo, como é o caso das prisões brasileiras, em celas que são múltiplas, não são apenas individuais.

Por essas razões, eu vou pedir vênias a V. Exa. e denego a ordem com base nesse precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também vou pedir vênias para acompanhar a divergência por um motivo: eu tenho enorme dificuldade em superar a dicção do art. 127, que é muito taxativa e vem sendo interpretado pelo Supremo, pelo menos numa boa parte de sua jurisprudência, no sentido exatamente de ter o condenado ciência de que, se ele superar essas condições, voltará à estaca zero, razão pela qual ele, em momento algum, deixará de atender a esse regime. Por essa dificuldade – até aqui tenho-me manifestado num sentido oposto –, é que vou insistir – embora, neste caso específico e com a demonstração do Presidente – não tenha dúvida de que há alguns dados que nos fazem refletir sobre o tema – ser necessário o reestudo desse tema. Por outro lado não tenho, também, como superar essa questão – como disse o eminente Ministro Menezes Direito –, porque os dados de fato, de não ter voltado quando determinado, não são acompanhados, em sede de *habeas corpus*, de todos os elementos para que se soubessem, exatamente, todas as circunstâncias que levaram a isso.

De toda sorte, mantenho, portanto, o meu ponto de vista, acompanhando a divergência com as vênias, evidentemente, do brilhante voto do eminente Ministro Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, sem prejuízo de reestudar a matéria, porque as ponderações de V. Exa. são realmente instigantes e merecem uma segunda reflexão de minha parte, eu, nesse aspecto, vou acompanhar o entendimento do Pleno. As minhas manifestações anteriores são no sentido da constitucionalidade do art. 127, da Lei de Execução Penal. No que tange à concessão da ordem de ofício, em atenção às peculiaridades do caso, peço vênias para observar que o art. 50 da Lei 7.210/84, que é a Lei de Execução Penal, consigna o seguinte:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

Sem querer entrar na questão fática, até porque a Ministra Cármen Lúcia muito bem observou que o *habeas corpus* não se presta ao revolvimento de matéria dessa natureza, quer-me parecer, num primeiro exame, que o ato praticado pelo paciente amolda-se perfeitamente ao inciso I do art. 50, que corresponde a incitar a subversão da disciplina, pois não se virou para ser revistado, para que se constatasse se portava eventualmente alguma arma ou não, e, dessa maneira, rompendo a necessária disciplina que deve haver dentro do estabelecimento prisional.

Portanto, com a devida vênia, e sem prejuízo de refletir novamente sobre a questão, eu vou acompanhar a divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, eu considero esse tema tormentoso. Sempre me incomodei com ele. Sempre me inquietou. Quando penso que minha reflexão já se fez de modo aturado, passo a duvidar da qualidade dessa reflexão e a buscar um fundamento que ainda não encontrei para perfilar as completas – vamos homenagear o Ministro Menezes Direito – o ponto de vista de V. Exa.

E, hoje, V. Exa. me surpreende ainda uma vez, Ministro Marco Aurélio, ao fazer esse cotejo entre uma decisão judicial e outra administrativa. É mais um elemento para o meu repensar. Espero em breve trazer a matéria, na minha expectativa e na minha vontade, com um ponto de vista diferente do que tenho me manifestado até agora.

No caso, porém, mesmo conhecendo as limitações processuais do *habeas corpus*, estou com V. Exa. O ato não caracterizou uma falta grave. Ele podia até ser apenado, mas não com a perda dos dias remidos. Há outras modalidades de disciplinamento. Ele poderia ser exemplado de outra forma, não com a perda dos dias remidos. Eu achei também desproporcional.

Como nós sabemos que, no devido processo legal, a proporcionalidade comparece como elemento conceitual, ou seja, o devido processo legal substancial incorpora os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, eu proponho à Turma a concessão do *habeas corpus* de ofício, porque entendo que o enquadramento dessa conduta como falta grave é flagrantemente inconstitucional.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente e Relator): Aí não seria bem de ofício, porque, na inicial, ele ataca o enquadramento da postura como a revelar falta grave.

Então, V. Exa. concede, acompanhando-me?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Concedo.

EXTRATO DA ATA

HC 92.791/RS — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Menezes Direito. Paciente: Vilmar Padilha Cardozo. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por maioria de votos, indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator e Presidente, e Carlos Britto. Relator para o acórdão o Ministro Menezes Direito. Falou o Dr. Antonio de Maia e Pádua, Defensor Público da União, pelo Paciente.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Compareceu o Ministro Cezar Peluso, a fim de julgar processos a ele vinculados, ocupando a cadeira da Ministra Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 26 de fevereiro de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 93.190 – RJ

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Pacientes: Isaías da Costa Rodrigues, Márcio dos Santos Nepomuceno, Márcio José Guimarães, Marco Antonio Pereira Firmino da Silva, Ricardo Chaves de Castro Lima, Cláudio José de Souza Fontarigo, Elias Pereira da Silva, Márcio Cândido da Silva, Charles da Silva Batista, Marcus Vinicius da Silva e Leonardo Marques da Silva Impetrantes: Luis Lago dos Santos e outros

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Processual penal. Transferência temporária dos pacientes do Rio de Janeiro para Prisão Federal em Catanduvas/PR. Mandado de segurança do Estado do Rio de Janeiro contra decisão que indeferiu o pedido de prorrogação da transferência. Liminar deferida para suspender os efeitos dessa decisão. Constrangimento ilegal não-configurado. Via inadequada para discussão sobre a necessidade ou não da transferência.

Habeas corpus denegado.

1. A transferência dos pacientes para o Presídio Federal de Catanduvas/PR revelou cenário a indicar fatos de extrema gravidade, o que impõe análise apropriada que não guarda pertinência com o *habeas corpus*, como assentado em precedente da Corte em tudo semelhante (HC 93.003/RJ, da minha relatoria, julgado em 11-3-08).

2. Não há litispendência entre o mandado de segurança impetrado na origem pelo Ministério Público e o impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro.

3. *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, 13 de maio de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Luis Lago dos Santos e José Henrique Machado da Silva em favor de Isaías da Costa Rodrigues, Márcio dos Santos Nepomuceno,

Márcio José Guimarães, Marco Antonio Pereira Firmino da Silva, Ricardo Chaves de Castro Lima, Cláudio José de Souza Fontarigo, Elias Pereira da Silva, Márcio Cândido da Silva, Charles da Silva Batista, Marcus Vinicius da Silva e Leonardo Marques da Silva, buscando o restabelecimento da decisão do Juiz da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro/RJ, que indeferiu o pedido de prorrogação do prazo da transferência dos pacientes, juntamente com outros presos, para o Presídio Federal de Catanduvas/PR.

Apona como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 83.737/RJ, Rel. Min. **Paulo Gallotti**.

Alegam os Impetrantes que:

A princípio elencamos os fatos com base no relatório e voto do Eminentíssimo Ministro Paulo Gallotti, o qual em síntese relata: **a uma**, que afirmam os Impetrantes que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferiu decisão unânime no *Habeas Corpus* nº 82.318/RJ, impetrado em favor dos mesmos Pacientes, o qual concedeu a ordem para cassar o efeito suspensivo a agravo de execução do Ministério Público, que prorrogaram por tempo indeterminado a permanência dos Pacientes na Penitenciária Federal de Catanduvas no Paraná; **a duas**, relatam os Pacientes que através do Estado do Rio de Janeiro foi impetrado um novo Mandado de Segurança, agora de nº 2007.078.0203, que ao invés de requerer que fosse atribuído ao agravo interposto pelo Ministério Público efeito suspensivo, usou de uma manobra judicial modificando o pólo ativo, isto é, indicando a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro e requereu que os Pacientes permanecessem em Catanduvas com base no princípio do interesse público, vez que a ida dos mesmos para aquela unidade, teria gerado um benefício à segurança pública.

Diz o ministro **Paulo Gallotti**:

“Acentuam os impetrantes que esse provimento está em confronto com o decidido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 82.318, dado que ‘em verdade, o artifício utilizado pelo Governo do Estado, através, agora, da Procuradoria-Geral (também órgão do Ministério Público) constitui *bis in idem*, pois trata do mesmo fato objeto do recurso em andamento) agravo e mandado de segurança”.

A três, relata também que o Mandado de Segurança impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro tem objeto diverso do *writ*, almejado pelo Ministério Público, já que não pretende o novo atribuir efeito suspensivo ao agravo em execução, além disso alega o respeitável

Ministro que ao contrário do que dizem os Impetrantes, a Procuradoria do Estado não se confunde com o Ministério Público.

Para finalizar, esclarecemos que as palavras proferidas pelo imparcial Ministro **Paulo Gallotti** no final de seu voto justificam e alicerçam o recurso que ora impetramos, vez que ao afirmar que "(...) **No que se refere a alegada litispendência, por igual sorte não tem a mínima procedência. (...) O Pedido no primeiro mandado se refere unicamente à atribuição de efeito suspensivo ao agravo em execução. Neste, o pedido é para fazer cessar os efeitos da decisão proferida em primeiro grau e a conseqüente permanência dos presos no Presídio Federal de Catanduvas (...) Logo não há repetição de ações (...)**".

Nítido está que o Governo do Estado do Rio de Janeiro utilizou-se de uma artimanha para burlar, e conseguiu, uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, porque quando os mesmos Pacientes impetraram o *Habeas Corpus* nº 82.318, o próprio Relator e Turma deferiu liminar e concedeu a ordem, unanimemente, determinando a suspensão do efeito suspensivo no Mandado de Segurança nº 2007.078.00199, com a cassação do efeito suspensivo os Pacientes retornariam para as prisões do Estado do Rio de Janeiro, inconformado com tal de decisão contra o Ministério Público, entra o Governo do Estado, através de sua Procuradoria com um **novo mandado de segurança** no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2007.078.00203), desta vez, para requerer a prorrogação da estadia dos Pacientes por mais 12 (doze) meses na Penitenciária Federal de Catanduvas, a 08ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao invés de indeferir tal pleito, por se tratar de outro mandado de segurança, inacreditavelmente, concedeu liminar com efeito positivo prorrogando a permanência dos Pacientes **até a decisão final do agravo em execução.**

A defesa dos Pacientes tentou demonstrar na 06ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferiu decisão **em total desrespeito** ao acórdão que por unanimidade cassou os efeitos do Mandado de Segurança acima já citado, tendo se utilizado de todos os argumentos legais possíveis, obtendo a graça de **um voto do valor do eminente Ministro Presidente da 06ª Turma** que desde o início de sua exposição afirmou:

"O que eu estou pensando é que se está deixando de cumprir decisão do Superior Tribunal. O que não se alcançou de um modo alcançou-se de outro, alcançou, aliás, por meio da utilização do mesmo instrumento - mandado de segurança. Se o primeiro mandado não valeu, valeu o segundo - o objetivo era o mesmo. Ora, já que concedia a ordem de habeas corpus (HC 82.318), a questão haveria de ter solução pelo agravo, não mediante outro

mandado de segurança. Repetiu-se a ação, simples e indevidamente. Com isso, a autoridade da decisão do Superior Tribunal foi atingida. Impõe-se o reparo. Voto, assim, pela concessão da ordem".
(Grifo nosso.)

Invocamos dessa iluminada, imparcial e justa Corte Suprema uma análise objetiva do trecho destacado pela defesa dos pacientes, quando o Ministro relator destaca os objetivos de ambos os Mandados de Segurança, em que afirma: "(...) O pedido no primeiro mandado se refere unicamente à atribuição do efeito suspensivo ao agravo em execução. Neste, o pedido é para fazer cessar os efeitos da decisão proferida em primeiro grau (...)"

Sábio julgadores, quando no primeiro *mandamus* a 06ª Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem para manter os efeitos da decisão de primeiro grau, da mesma forma decidiu que a questão meritória da permanência ou não dos Pacientes em Catanduvas somente seria solucionada com o julgamento do agravo em execução, o que ainda não aconteceu. Ao conceder a liminar no Mandado de Segurança o qual fez cessar os efeitos da decisão de primeiro grau, da mesma forma em afronto completo ao acórdão acima referido, a 08ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro repetiu a ação simples e indevida para dirimir uma questão que estava limitada ao preâmbulo do agravo.

(Fls. 3 a 5 – Grifos no original.)

Para fundamentar o pedido de liminar, sustentam que:

Nas fartas razões retro articuladas é claro como o sol a presença do *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

(Fl. 6.)

Ao final, requerem que seja deferida a liminar "para cassar os efeitos do acórdão ora atacado e anular a decisão que determinou a permanência dos pacientes na penitenciária federal de catanduvas até que seja proferida decisão no agravo em execução" (fl. 6), e, no mérito, "a concessão da ordem cassando-se o constrangimento ilegal ao qual estão submetidos os pacientes"

(fl. 6 – grifo no original).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 87 a 97).

As informações foram prestadas à fl. 107, que, na verdade, referem-se ao HC 91.462/RJ, também impetrado em favor dos Pacientes naquele Superior Tribunal, cuja liminar foi indeferida pelo Ministro Paulo Gallotti (fls. 108/109).

O Ministério Público Federal, pelo parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Edson Oliveira de Almeida**, opinou pela denegação da ordem (fls. 112 a 116).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Os Pacientes, juntamente com o condenado Robson André da Silva, todos integrantes das facções criminosas conhecidas como “Comando Vermelho” e “Terceiro Comando Puro”, ligadas ao narcotráfico, foram transferidos para o Presídio Federal de Catanduvas/PR, a pedido do Secretário de Estado da Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro, pelo prazo de 120 dias.

Em 11-3-08, a Primeira Turma desta Suprema Corte denegou a ordem no HC 93.003/RJ, cujo acórdão ainda não foi publicado, impetrado em favor do condenado

Robson André da Silva com objetivo idêntico ao buscado no presente *writ*.

Naquela oportunidade, proferi o seguinte voto:

O Paciente, juntamente com outros onze condenados, todos integrantes das facções criminosas conhecidas como “Comando Vermelho” e “Terceiro Comando Puro”, ligadas ao narcotráfico, foi transferido para o Presídio Federal de Catanduvas/PR, a pedido do Secretário de Estado da Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro, pelo prazo de 120 dias.

Transcrevo excerto do voto do Ministro **Paulo Gallotti**, pelo qual foi denegada a ordem no Superior Tribunal de Justiça, que bem descreve os fatos constantes nos autos:

“Em decisão datada de 5-1-07, o Juiz Carlos Augusto Borges, da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, acolhendo solicitação do Secretário de Administração Penitenciária daquele Estado, determinou a transferência temporária dos pacientes, que estavam recolhidos na Penitenciária Laércio da Costa Pellegrino, no Rio de Janeiro, para o Presídio Federal de Catanduvas, no Paraná, pelo prazo de 120 dias, com fundamento, em síntese, na necessidade de se preservar a segurança pública.

Posteriormente, em petição datada de 11-4-07, o Ministério Público do Rio de Janeiro requereu a prorrogação do prazo de permanência dos pacientes em Catanduvas,

ênfatizando que 'após a transferência, a onda de violência gerada pelas organizações criminosas comandadas pelos presos se encerrou', pleito que, todavia, restou indeferido pelo então magistrado da Vara de Execuções, Dr. Carlos Eduardo Carvalho de Figueiredo, em 18-4-07.

Contra essa decisão o Ministério Público interpôs recurso de agravo em execução, pendente de julgamento no Tribunal de origem, bem como impetrou, perante aquela Corte, mandado de segurança, ali registrado sob o n. 2007.078.00199, visando a atribuir efeito suspensivo ao agravo, restando a liminar deferida 'com a conseqüente manutenção dos apenados na Unidade Federal de Catanduvas pelo período de 120 dias, prorrogáveis, ou até a apreciação do recurso de agravo interposto pelo Ministério Público, o que primeiro ocorrer'.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o HC 82.318/RJ, concedeu a ordem para, na linha dos diversos precedentes desta Corte, cassar a referida liminar, atribuindo ao agravo em execução do *parquet* tão-somente o efeito devolutivo.

Confira-se a ementa do julgado:

'Habeas corpus. Transferência temporária de presos do Rio de Janeiro para Catanduvas, no Paraná. Indeferimento, pelo Juiz das execuções, do pedido de prorrogação do prazo formulado pelo Ministério Público. Agravo em execução interposto pelo *parquet*.

Impossibilidade de concessão de mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo ao agravo. Art. 197 da Lei de Execuções Penais. Ordem concedida.

1 - O Superior Tribunal de Justiça há muito pacificou o entendimento de que o mandado de segurança não pode ser utilizado para atribuir efeito suspensivo a agravo em execução, que, por expressa determinação legal, não o possui.

2 - Em razão da determinação contida no artigo 197 da Lei de Execução Penal, cabe ao Ministério Público, instituição a quem incumbe a função de defender a

ordem jurídica e o regime democrático, diante do indeferimento de pedido formulado perante o Juiz das Execuções, interpor e aguardar o desfecho do julgamento do agravo manejado.

3 – O mandado de segurança, ação de índole constitucional cujo objetivo é o de proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, não pode servir de instrumento para, em confronto com expressa disposição legal e em dissonância com o princípio do devido processo, restringir direito de condenado conferido pela lei de execução penal.

4 – Remarque-se que esta Corte não está a tecer qualquer consideração a respeito do mérito da necessidade de permanência ou não dos pacientes na Penitenciária de Catanduvas, mas, sim, muito embora se reconheça a dificuldade que tem enfrentado a segurança pública não só do Estado do Rio de Janeiro, mas dos grandes centros urbanos do País, que, na linha de precedentes desta Corte, o Ministério Público não tem legitimidade para propor ação mandamental com o fim de atribuir a agravo em execução efeito que ele não possui por expressa determinação legal.

5 – *Habeas corpus* concedido para cassar os efeitos da decisão proferida nos autos do MS nº 2007.078.00199, atribuindo ao agravo em execução interposto pelo Ministério Público tão-somente o efeito devolutivo.'

Insurgem-se, desta vez, os impetrantes contra o acórdão da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que deferiu liminar no Mandado de Segurança 2007.078.00203, impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro, determinando a permanência dos pacientes no Presídio Federal de Catanduvas.

Veja-se, no que interessa, o teor do acórdão:

“Trouxe o Estado do Rio de Janeiro, no presente mandado de segurança, alentadas razões e justificativas de fato e de direito, em agasalho ao seu pleito, para demonstrar que os motivos ensejadores da transferência dos presos para o Presídio Federal de Catanduvas ainda persistem. A par disso, é notório que este Estado enfrenta clima de violência, insegurança e terror no seio da coletividade, tudo a justificar o acolhimento do pedido liminar.

À guisa de exemplo, há mais de dez dias, vivem os habitantes do conhecido Morro do Alemão submetidos a verdadeira guerrilha urbana, causada por confronto entre policiais e traficantes. Homens e mulheres subtraídos da liberdade de ir e vir, escolas fechadas, pessoas recolhidas em seus lares e impedidos de sair na rua, pessoas atingidas por balas perdidas.

Revelam os noticiários a ocorrência de 15 mortes e 46 feridos nesses episódios.

Notícia de hoje a revelar também confronto entre policiais e traficantes na favela da Chatuba, no Bairro da Penha, onde foram apreendidos 60 kg de maconha. A par disso, também é notório o clima de violência em outras regiões desta cidade.

As estatísticas estão a revelar expressivas apreensões de substâncias entorpecentes, como seja: a) 2 toneladas e 400 kg de maconha no Morro da Mangueira; b) 245 kg de maconha na Vila Cruzeiro; c) 50 kg de maconha na Rodoviária Novo Rio; d) 1 tonelada e meia de maconha na Rodovia Presidente Dutra; e) 50 kg de maconha na Favela da Metral; f) 30 kg de maconha no Morro da Providência; g) 4,5 kg de cocaína da BR-393 e; h) 60 kg de pasta de cocaína em Conceição de Macabu, entre outras.

Some-se a tanto a justificada preocupação do Estado na prevenção e repressão da violência e das

consequências que da mesma resultam e a iminência de receber autoridades internacionais em evento de grande repercussão, com os jogos Panamericanos a iniciarem-se nos próximos dias e a exigir do Estado um nível de segurança competente, haja vista que sediará delegação e representação de 42 países. Por esta e outras circunstâncias se mostra a razoabilidade do pedido e a urgência da medida, presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Justifica-se à apreciação da matéria deduzida em sede de agravo, nesta sede, porquanto a demora procedimental do recurso implicaria em perecimento do direito invocado, em detrimento da substância da matéria que agora se examina, com objetivo de garantir a ordem pública, no interesse coletivo, diante de circunstâncias excepcionais, de prevalência do interesse coletivo em face de interesses individuais.

Ressalte-se, por derradeiro, que o ato de transferência de presos de um Estado para outro da Federação é de natureza administrativa, previsto em lei, fundado na conveniência e na oportunidade. O direito subjetivo do preso, direito individual, queda em face da supremacia do direito coletivo e do interesse público (aplicação do artigo 86 da LEP) e aos propósitos de prevenção geral e especial. De toda conveniência que se evite a presença de presos no meio em que exercem liderança sobre facção criminosa, ligada ao narcotráfico.

Nestas condições, defere-se a liminar para suspender os efeitos da decisão atacada, decisão administrativa proferida pelo Juiz da Execução Penal e determinar a permanência dos presos transferidos na Penitenciária Federal de Catanduvas, até o julgamento do mérito a ser proferido neste *mandamus* (fls. 85/87).

Acentuam os impetrantes que esse provimento está em confronto com o decidido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 82.318, dado que 'em verdade, o artifício utilizado pelo Governo do Estado, através, agora, da Procuradoria-Geral (também órgão do Ministério Público) constitui *bis in idem*, pois trata do mesmo fato objeto do recurso em andamento (agravo e mandado de segurança)'.

Argumentam, ainda, que 'a Penitenciária Federal de Catanduvas é destinada a presos em regime disciplinar diferenciado, o que, a toda evidência, não se aplica aos pacientes que, como decidido pelo Juízo da VEP, não estão sujeitos a tais regras' (fls. 14 a 16).

Baseado nesses fatos, o Superior Tribunal de Justiça denegou a ordem de *habeas corpus* para manter o Paciente e os demais condenados na Penitenciária Federal de Catanduvas/PR, estando o acórdão assim ementado:

"Habeas corpus. Transferência Temporária de Presos do Rio de Janeiro para Catanduvas, no Paraná. Mandado de segurança impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro, perante o Tribunal de Justiça daquele Estado, contra a decisão do Juiz das execuções que indeferiu o pedido de prorrogação do prazo de transferência. Writ parcialmente conhecido e denegado.

1 - O mandado de segurança impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro no Tribunal de Justiça, procurando impedir o regresso dos presos transferidos para Catanduvas, no Paraná, tem objeto distinto do mandamus ali anteriormente impetrado pelo Ministério Público, em que se buscou atribuir efeito suspensivo ao agravo em execução interposto pelo parquet, cuja liminar foi cassada por esta Corte.

2 - A alegação de que os pacientes estariam reclusos indevidamente em estabelecimento destinado a presos em regime disciplinar diferenciado não foi apreciada pelo Tribunal de origem, não podendo esta Corte enfrentá-la, pena de supressão de instância.

3 - *Habeas corpus* parcialmente conhecido e denegado" (Fl. 21.)

Essa é a decisão contra a qual se insurgem as impetrantes na presente ação.

Não verifico nenhuma ilegalidade flagrante ou constrangimento ilegal a dar ensejo à concessão da ordem.

Na hipótese vertente, verifica-se, porém, que, apesar dos argumentos da impetração, não há como ter-se como eivada de flagrante ilegalidade a decisão ora questionada, especialmente porque os fatos narrados nos autos são de extrema gravidade e demandam análise profunda do contexto em que se deu a transferência do paciente para o Presídio Federal no Estado do Paraná, a fim de verificar se é necessária, ou não, a sua permanência naquele presídio por mais algum tempo.

Assim, não é o *habeas corpus* a via adequada para tal discussão, sendo esta reservada e recomendada às vias ordinárias.

Quanto à alegação de possível litispendência dos mandados de segurança, transcrevo do parecer do Ministério Público Federal o seguinte trecho:

“(…)

8. (...) percebe-se que possuem objetos distintos, conforme consignou a Desembargadora Maria Raimunda T. de Azevedo, no Mandado de Segurança nº 2007.078.00203, impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro (fls. 97/104, apenso): ‘De trivial sabença, que há litispendência quando se repete ação que está em curso. Na hipótese, em tela, com referência ao mandado de Segurança nº 199, é impetrante o Ministério Público, enquanto no presente Mandado de Segurança é impetrante o Estado do Rio de Janeiro. **O pedido no primeiro Mandado se refere unicamente à atribuição de efeito suspensivo ao Agravo em execução. Neste, o pedido é para fazer cessar os efeitos da decisão proferida em primeiro grau e a conseqüente permanência dos presos, no Presídio Federal de Catanduvas**” (fl. 65).

Ademais, não impressiona o argumento de que, por já terem-se encerrado os Jogos Pan-Americanos, não mais existiriam os motivos que ensejaram a transferência dos presos para o Paraná. É notória a violência urbana pelo qual passa não só a cidade do Rio de Janeiro, mas todos os grandes centros urbanos, decorrente da atuação das quadrilhas que se organizam em verdadeiros exércitos para a prática das mais variadas espécies de crime. Ressalte-se, ainda, o fato de serem os presos transferidos, entre eles o paciente, membros ativos e, alguns, chefes dessas facções criminosas, conforme mencionado no voto do Ministro **Paulo Gallotti**, acima transcrito.

(...)

Ante o exposto, conheço parcialmente do *habeas corpus* e denego a ordem.

Com base nos mesmos fundamentos, denego a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Peço vênia para reafirmar o que tenho sustentado nesses anos. Há de buscar-se, com a prisão de todo e qualquer acusado, de todo e qualquer cidadão, a ressocialização. Esta passa pela assistência da respectiva família, conforme previsto no rol das garantias constitucionais – incisos XLIX e LXIII do art. 5º. Essa premissa direciona à conclusão segundo a qual o local da custódia deve viabilizar o acesso dos familiares, descabendo isolamento em local a estes inacessível.

Levando em conta esse dado, peço vênia para conceder a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 93.190/RJ – Relator: Ministro Menezes Direito. Pacientes: Isaías da Costa Rodrigues, Márcio dos Santos Nepomuceno, Márcio José Guimarães, Marco Antonio Pereira Firmino da Silva, Ricardo Chaves de Castro Lima, Cláudio José de Souza Fontarigo, Elias Pereira da Silva, Márcio Cândido da Silva, Charles da Silva Batista, Marcus Vinicius da Silva e Leonardo Marques da Silva. Impetrantes: Luis Lago dos Santos e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencido o Ministro Marco Aurélio, Presidente. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 13 de maio de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Paciente: A.S.S.

Impetrante: DPE/RJ – Adalgisa Maria Steele Macabu

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida socioeducativa. Art. 121, § 5º, do Estatuto: Não-derrogação pelo novo Código Civil: Princípio da especialidade. Regime de semiliberdade. Superveniência da maioridade. Manutenção da medida: possibilidade. Precedentes. *Habeas* indeferido.

1. Não se vislumbra qualquer contrariedade entre o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente relativamente ao limite de idade para aplicação de seus institutos.

2. O Estatuto da Criança e do Adolescente não menciona a maioridade civil como causa de extinção da medida socioeducativa imposta ao infrator: ali se contém apenas a afirmação de que suas normas podem ser aplicadas excepcionalmente às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (art. 121, § 5º).

3. Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, segundo o qual se impõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é norma especial, e não o Código Civil ou o Código Penal, diplomas nos quais se contém normas de caráter geral.

4. A proteção integral da criança ou adolescente é devida em função de sua faixa etária, porque o critério adotado pelo legislador foi o cronológico absoluto, pouco importando se, por qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil, quando as medidas adotadas visam não apenas à responsabilização do interessado, mas o seu aperfeiçoamento como membro da sociedade, a qual também pode legitimamente exigir a recomposição dos seus componentes, incluídos aí os menores. Precedentes.

5. *Habeas corpus* indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, 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*, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto.

Brasília, 12 de agosto de 2008 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: 1. *Habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado pela *Defensoria Pública do Rio de Janeiro* em favor de *Admo Soares da Silva*, contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em 21-2-08, denegou a ordem no HC 88.399 (fls. 35-41).

2. Tem-se, na impetração, que “o Ministério Público ofereceu representação contra o Paciente pelo cometimento de ato infracional análogo ao tipificado no artigo 157, *caput*, do Código Penal, sendo ao final julgada procedente a pretensão punitiva estatal e ao Paciente aplicada **medida sócio-educativa de semiliberdade** (...)” (fl. 3 – grifos no original).

3. Visando afastar a medida socioeducativa imposta ao Paciente pelo Juízo da 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca do Rio de Janeiro, por ter ele completado dezoito anos de idade, foi impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, em 22 de maio de 2007, denegou a ordem nos termos seguintes:

Habeas corpus. Paciente representado por infração ao art. 157, caput, do Código Penal. Pretensão à extinção da medida sócio-educativa de semiliberdade imposta, em razão do advento da maioridade. Impossibilidade. Aplicação do art. 2º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ausência de constrangimento ilegal. Denegação da ordem.

(Fl. 31.)

4. Objetivando a mesma medida, foi impetrada nova ação perante o Superior Tribunal de Justiça, sobrevivendo a decisão objeto da presente impetração, da lavra do eminente Ministro Felix Fischer, que decidiu nos termos seguintes:

Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado a roubo. Internação. Progressão para semiliberdade. Maioridade civil. Liberação compulsória. Impossibilidade.

Não houve qualquer modificação na interpretação do art. 121, § 5º, da Lei nº 8.069/90, frente à nova maioridade civil tratada no art. 5º da Lei nº 10.406/2002. Assim, deve permanecer a idade de 21 (vinte e um) anos como limite para a concessão da liberdade compulsória àqueles que estejam cumprindo as medidas sócio-educativas aplicadas com base no Estatuto da Criança e do Adolescente.

(Precedentes).

Habeas corpus denegado.

(Fl. 41.)

5. A presente ação tem a mesma finalidade das anteriormente impetradas.

A Impetrante narra que o Paciente atingiu a maioridade civil em novembro de 2006, e que, por esta razão, considera descabida a manutenção da medida socioeducativa. Afirma ela que “não há previsão legal autorizadora de sua imposição ou mesmo de sua manutenção em se cuidando de maiores de 18 anos, os quais, ressaltavelmente, não se enquadram no conceito de adolescente como quer o Estatuto da Criança e do Adolescente” (fls. 4-5).

Assevera que o fundamento da decisão ora questionada “(...) importa em restrição à liberdade do Paciente, posto que, alcançada a imputabilidade penal, somente é possível continuar a ser executada se se tratar de medida socioeducativa de internação, em relação a qual há previsão legal expressa, descabendo estendê-la a qualquer outra medida (...)” (fl. 6).

Pede seja concedida a ordem para que, “(...) cassado o v. aresto hostilizado, seja **declarada extinta a medida sócio-educativa (...)**” imposta ao Paciente (fl. 10 – grifos no original).

6. Em 5 de junho de 2008, determinei a manifestação da Procuradoria-Geral da República (fl. 45), que, em 23-6-08, opinou pela denegação da ordem (fls. 47-54).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): 1. Conforme relatado, pretendese com esta ação seja extinta a medida socioeducativa imposta ao Paciente pelo Juízo da 2ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, por ter ele completado dezoito anos de idade.

2. Sustenta a Impetrante que, por força do novo Código Civil – que fixou a maioridade em dezoito anos – nenhuma medida socioeducativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) poderia ser aplicada após o reeducando atingir aquela idade.

Segundo esse argumento, o art. 121, § 5º, do Estatuto teria sido revogado pelo Novo Código Civil, passando a ser considerada a idade de dezoito anos como limite para liberação compulsória do jovem infrator.

3. Não tem razão de direito a Impetrante, pois não se vislumbra qualquer contrariedade entre o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente relativamente ao limite de idade para aplicação de seus institutos.

Em momento algum, o Estatuto da Criança e do Adolescente menciona a maioridade civil como causa de extinção da medida socioeducativa imposta ao

infrator. O que ali se contém é apenas a afirmação de que suas normas podem ser aplicadas excepcionalmente às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (art. 121, § 5º).

Além disso, o Estatuto é norma especial que deve prevalecer sobre o Código Civil e o Código Penal, que são diplomas nos quais se contém normas de caráter geral.

4. Há de se realçar, ainda, que a proteção integral da criança e do adolescente é devida em função de sua faixa etária, porque o critério adotado pelo legislador foi o cronológico absoluto, pouco importando se, por qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil, quando as medidas adotadas visam não apenas à responsabilização do interessado, mas o seu aperfeiçoamento como membro da sociedade, a qual também pode legitimamente exigir a recomposição dos seus componentes, incluídos aí os menores.

5. Conforme enfatizou o Subprocurador-Geral, Dr. Mário José Gisi, "(...) A análise conjunta dos arts. 120, § 2º, e 121, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente não nos parece afrontosa aos demais princípios emanados daquele diploma. Dá, sim, coerência sistêmica à aplicação da referida lei especial, razão por que comungamos do entendimento firmado no tribunal *a quo*, contra qual se insurge a impetrante" (fl. 50).

Salientou ele, ainda, que "(...) Não se mostra indevida a manutenção de adolescente contando mais de 18 anos em regime socioeducativo, porquanto o ato infracional foi praticado em data anterior ao alcance da maioridade civil e penal. A possibilidade de extensão de medida socioeducativa até os 21 anos de idade, mais do que acompanhar a legislação civil anterior, denota o escopo de manter sob o sistema de proteção de que trata o ECA adolescentes que eventualmente tenham praticado atos análogos a crimes, ainda que às vésperas da atingirem a imputabilidade penal" (fl. 50).

Nesse sentido, os julgados seguintes:

Ementa: Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida socioeducativa. Art. 121, § 5º, do Estatuto: não-derrogação pelo novo Código Civil: princípio da especialidade. Regime de semiliberdade. Superveniência da maioridade. Manutenção da medida: possibilidade. Precedentes. Ordem denegada.

1. Não se vislumbra qualquer contrariedade entre o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente relativamente ao limite de idade para aplicação de seus institutos.

2. O Estatuto da Criança e do Adolescente não menciona a maioridade civil como causa de extinção da medida socioeducativa imposta ao infrator: ali se contém apenas a afirmação de que suas normas podem ser aplicadas excepcionalmente às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (art. 121, § 5º).

3. Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, segundo o qual se impõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é norma especial, e não o Código Civil ou o Código Penal, diplomas nos quais se contêm normas de caráter geral.

4. A proteção integral da criança ou adolescente é devida em função de sua faixa etária, porque o critério adotado pelo legislador foi o cronológico absoluto, pouco importando se, por qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil, quando as medidas adotadas visam não apenas à responsabilização do interessado, mas o seu aperfeiçoamento como membro da sociedade, a qual também pode legitimamente exigir a recomposição dos seus componentes, incluídos aí os menores. Precedentes.

5. Habeas corpus denegado.

(HC 91.491, de minha relatoria, DJ de 19-6-07);

Habeas corpus. Adolescente. Infração aos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, e 16 da Lei 10.826/03. Internação. Progressão para o regime de semiliberdade. Atingimento da maioridade. Manutenção da medida. Possibilidade. Ofensa ao art. 121, § 5º, do ECA não caracterizada. Alegação de interpretação extensiva ou analógica in pejus. Inocorrência. I – A aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente rege-se pela idade do infrator à época dos fatos. II – O atingimento da maioridade não impede a permanência do infrator em regime de semiliberdade, visto que se trata de medida mais branda do que a internação. III – Alegação de interpretação extensiva e analógica in pejus que não pode ser acolhida. IV – Ordem denegada. (HC 90.129, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 18-5-07);

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida socioeducativa de semiliberdade. Extinção aos dezoito anos de idade, diversamente da internação, que vai até os vinte e um anos. Improcedência.

Salvo o disposto quanto ao prazo máximo de internação nos seus arts. 121, § 3º, e 122, § 1º, o ECA não estipula limite máximo de duração da medida socioeducativa de semiliberdade (art. 120, § 2º). Daí por que, independentemente de o adolescente atingir a maioridade civil, esta, a exemplo do que ocorre com a internação, tem como limite temporal a data em que vier a completar vinte e um anos (art. 121, § 5º).

A circunstância de o preceito do § 2º do art. 120 mandar aplicar à medida socioeducativa de semiliberdade as disposições relativas à internação “no que couber” não autoriza o entendimento de que, salvo o § 5º do art. 121, todos os demais parágrafos do art. 121 do ECA a ela se aplicam. O limite de vinte e um anos também sobre ela incide, ainda que o texto normativo não o diga expressamente.

A projeção da medida socioeducativa de semiliberdade para além dos dezoito anos decorre da remissão às disposições legais atinentes à internação. Essa é uma maneira de a lei dizer precisamente o que afirmaria se fosse repetitiva. A remissão de um texto ao outro evita que aquele reproduza inteiramente o que este afirma.

De mais a mais, o ECA não determinou, em nenhum dos seus preceitos, a extinção da medida socioeducativa de semiliberdade quando o adolescente completar dezoito anos de idade.

A aplicação da medida de semiliberdade para além dos dezoito anos não decorre de interpretação sistemática, mas de texto expresse de lei. Isso resulta evidente na circunstância de o legislador, no que tange às medidas socioeducativas (ECA, arts. 112 a 121), ter disciplinado de forma idêntica apenas as restritivas de liberdade (semiliberdade e internação).

Ordem denegada.

(HC 90.248, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 27-4-07.)

6. Pelo exposto, voto no sentido de **denegar a ordem de habeas corpus**.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): A toda evidência, de adolescente, de criança, não se trata mais. O que tenho sustentado é que a regência do Estatuto da Criança e do Adolescente era harmônica com o Código Civil pretérito, seguia, quanto à maioridade, o Código anterior.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): E que mudou.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): E, mesmo assim, repetiu-se a idade mínima para se alcançar a maioridade, 21 anos. Com a promulgação do Código Civil de 2002, houve uma derrogação necessária, implícita, do preceito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Não concebo como se possa manter um maior de idade, que não é mais criança nem adolescente, nesse regime socioeducativo.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Mas ele passou exatamente pela representação ainda como menor de 18 anos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): É um fenômeno, já ter alcançado a maioridade. Vai continuar internado? É interessante a matéria.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Na minha compreensão, sim.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): V. Exa. se referiu a um precedente. Fiquei vencido?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Eu não citei aqui, mas me lembro de discussões em que V. Exa. arguiu exatamente isso, não sei se foi um caso meu, mas V. Exa. registra essa sua posição. Até não foi num caso como este.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Penso que a razão da referência a 21 anos – § 5º do art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente – era única, ou seja, retratar, à época, a maioridade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Exatamente. São os arts. 120, § 2º, e 121, § 5º.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Era a faixa etária exigida para se ter a maioridade. Se veio à balha a redução a 18 anos, implicitamente – sob pena de o sistema não ser mais único, de haver a maioridade, para efeitos em geral, aos 18 anos e de se continuar, no tocante ao adolescente que claudicou, com a maioridade só alcançada aos 21 –, deu-se a derrogação. Caso contrário, o sistema fica capenga.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Ocorre, Presidente, que, aqui, o Estatuto da Criança não fala em maioridade civil, fala “aos 21 anos”.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Mas, Ministra, a razão era única. Há 2500 anos, já diziam os filósofos materialistas gregos: nada surge sem uma causa.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Sim, mas temos uma legislação, uma norma em vigor à qual me submeto.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: V. Exa. me permite um aparte, eminente Ministra Cármen Lúcia, até adiantando meu ponto de vista?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Por favor.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de uma medida socioeducativa. O sistema instituído pelo ECA é de proteção do menor e do adolescente, não é uma medida de caráter repressiva. E, na verdade, aqui ele continua sob a proteção do Estado.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Até porque, se fosse o contrário, o fato teria sido praticado quando ele tinha 17 anos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): O aparte não seria à Ministra Cármen Lúcia, seria a mim.

O Sr. Ministro Menezes Direito: A questão realmente é interessante, porque o Estatuto da Criança e do Adolescente realmente fala em 21 anos. A referência evidentemente foi feita com relação à maioridade do Código Civil anterior. A discussão que se põe, a meu ver, é saber se essa medida socioeducativa é uma pena ou não. Se for uma pena, é evidente que tem de se fazer a aplicação dos 18 anos para liberar o menor da medida socioeducativa, mas todos os especialistas em Estatuto da Criança e do Adolescente entendem que a medida socioeducativa não é uma pena, por isso é que se chama medida socioeducativa. É uma medida de proteção do menor, dito infrator.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): De proteção.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ora, se é uma medida de proteção do menor dito infrator, pelo menos na minha compreensão, não se justifica a derrogação da medida pelo advento do novo Código. É possível aplicar essa medida até os 21 anos, como originariamente foi proposta. Se eventualmente houver uma aplicação posterior à edição do Código Civil, aí não me parece possível, por um motivo muito simples, porque como a maioridade foi reduzida para 18 anos, a maioridade inviabiliza o conceito de menor, de criança e de adolescente e, por essa razão, não caberia a aplicação até posterior à maioridade.

Por essas razões, acompanho, pedindo vênia ao eminente Ministro **Marco Aurélio**, a eminente Ministra **Cármen Lúcia** e denego a ordem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Em nota de rodapé no Theotônio, há menção a dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça, inclusive de Ministros de peso – o Ministro Felix Fischer e o saudoso Ministro Quaglia.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Saudoso é o Quaglia. V. Exa. falou dois de peso. Realmente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Não. Em termo de judicatura.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Perdão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Passado e presente.

O Sr. Ministro Menezes Direito: V. Exa. falou dois de peso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Nesse caso, nós, aqui na Primeira Turma, temos vários *habeas corpus* julgados exatamente nesse mesmo sentido. Por exemplo, o HC 91.491 e o HC 90.129.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Mas os precedentes são nesse sentido que a Turma sustenta.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Interessante.

EXTRATO DA ATA

HC 94.938/RJ – Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Paciente: A.S.S. Impetrante: DPE/RJ – Adalgisa Maria Steele Macabu. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencido o Ministro Marco Aurélio, Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Ausente,

Brasília, 12 de agosto de 2008 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

251

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Paciente: Neusa Maris Michelin Tomiolo

Impetrante: Defensoria Pública da União

Proc. (a/s) (es): Defensor Público-Geral da União

Coator (a/s) (es): Relator do REsp nº 1.105.250 do Superior Tribunal de Justiça

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO.

ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PARA RECORRER DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA DO PARECER MINISTERIAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

1. A assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso.

2. Aplicação da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: "O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal".

3. A manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso não altera nem anula o direito da assistente de acusação recorrer da sentença absolutória.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, **em indeferir o pedido de habeas corpus**, nos termos do voto da Relatora. Contra os votos dos Ministros Marco Aurélio e Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, licenciados, o Ministro Joaquim Barbosa, neste julgamento o Ministro Gilmar Mendes e, justificadamente, o Ministro Eros Grau. Falaram, pelo paciente, o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor-Público Federal e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

Brasília, 10 de junho de 2010 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora): 1. *Habeas corpus*, sem pedido de medida liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, em favor de NEUSA MARIS MICHELIN TOMIELO, contra decisão monocrática do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça, que, em 29.6.2009, deu parcial provimento ao Recurso Especial 1.105.250, interposto pela Assistente de Acusação.

2. Em sua petição inicial, a Impetrante informa ter sido a Paciente denunciada pela prática, em tese, do crime de estelionato (art. 171, caput, do Código Penal), tendo o juízo da Vara Criminal da Comarca de Vacaria/RS julgado improcedente a ação penal para absolver a Paciente do crime imputado em 31.10.2006 (fls. 23-27).

3. Contra essa decisão a Assistente de Acusação interpôs apelação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em 5.7.2007, a Quinta Câmara Criminal desse Tribunal não conheceu do recurso, nos termos seguintes:

“ESTELIONATO. APELAÇÃO.LEGITIMIDADE. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. FALTA DE LEGITIMIDADE. Frente à disposição nas matérias do art. 109, Constituição Federal, é de ser reconhecida a legitimidade do assistente de acusação para recorrer

APELO NÃO CONHECIDO. VOTO VENCIDO” (fl. 33).

4. Contra essa decisão a Assistente de Acusação interpôs o Recurso Especial 1.105.250 no Superior Tribunal de Justiça.

Em 29.6.2009, o Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho decidiu monocraticamente:

“1. Cuida-se de Recurso Especial interposto por VACARIA ASSESSORIA CREDITICIA LTDA, com fundamento no art. 105, III, a e c da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que

2. Sustenta a recorrente, a par de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 30, 31, 268, 271, 598, *caput*, 619 e 620, todos do CPP.

3. Contrarrazões às fls. 310/316; Recurso Especial admitido no Tribunal de origem (fls. 325/327). Opina o ilustre Subprocurador-Geral da República JOÃO FRANCISCO SOBRINHO pelo conhecimento e parcial provimento do apelo excepcional (fls. 332/336).

4. Conforme registrou o ilustre representante ministerial, cujas razões vão aqui adotadas, *in ipsius verbis*:

No que se refere à suposta violação aos arts. 619 e 620, ambos do Código de Processo Penal, as razões da empresa recorrente não prosperam, eis que o aresto guerreado não padece de nenhum dos vícios ali apontados. Ademais disso, é pacífico o entendimento firmado por este Augusto Pretório, segundo o qual se inexistente ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no aresto impugnado, inviável acolher-se embargos declaratórios manejados com o intuito de prequestionamento para fins de acesso à via extraordinária, especialmente se o *decisum* vergastado encontra-se devidamente fundamentado (Edcl no AgRg no REsp 863.365/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, in DJe de 20/10/2008). Quanto aos demais preceitos tidos por violados, cumpre asseverar que o requisito do prequestionamento foi devidamente cumprido, porquanto a questão acerca da legitimidade do assistente de acusação para interpor o recurso de apelação, nos casos em que não há apelo do Ministério Público, foi precisamente o objeto de deliberação do Tribunal *a quo*.

Nesse passo, razão assiste ao recorrente, tendo em vista que é remansosa a jurisprudência desta Augusta Corte no sentido de que: O assistente de acusação é parte legítima para interpor apelação na ausência de recurso do Ministério Público, nos termos dos arts. 271 e 598 do Código de Processo Penal (HC 35.562/MS, Rel. Min. Og Fernandes, in DJe de 19/12/2008).

(...) .

Ressalte-se que tal entendimento segue a orientação jurisprudencial há muito assente no Excelso Supremo Tribunal Federal, sedimentado na Súmula 210 daquela Corte que dispõe: O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal (fls. 333/335).

5. Isso posto, nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC c/c art. 3º do CPP, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial. Baixem os autos ao Tribunal de origem, para que, superado o óbice apontado, prossiga-se no exame do apelo interposto.

6. Publique-se; intimações necessárias" (fls. 40-41 - transcrição conforme o original).

5. Contra essa decisão insurge-se a Impetrante alegando que "O recurso de apelação não merece ser conhecido, sendo necessária a reforma da decisão do acórdão do Superior Tribunal de Justiça combatido pelo presente *Habeas Corpus*, eis que oferecido pela assistente de acusação Vacaria Assessoria Creditícia Ltda, em caso que o Ministério Público é contrário ao prosseguimento do feito" (fl. 5).

Pede-se, nesta ação:

"A concessão da ordem do presente writ, para reconhecer a ilegitimidade do assistente de acusação para recorrer, ante a desistência expressa do *Parquet* para a interposição do recurso, e por consequência reformar o acórdão ora refutado, mantendo-se a decisão absolutória em favor da assistida" (fl. 10 - transcrição conforme o original).

6. Em 1º.2.2010, determinou-se vista ao Procurador-Geral da República (fl. 45).

7. Em 14.4.2010, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, opinou "*pela denegação da ordem*" (fls. 48-51).

Iniciado o julgamento pela 1ª Turma deste Supremo Tribunal, na sessão de 4 de maio deste ano, foi decidido afetar o caso a este Plenário, em razão de afirmar a Defensoria Pública a não recepção da súmula n. 210 deste Supremo Tribunal, fundamento adotado pelo Superior Tribunal na decisão impugnada.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora): 1. Cumpre ressaltar, inicialmente, que a jurisprudência do Supremo Tribunal tem admitido *habeas corpus* contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, "*para rever questões jurídicas decididas contra o réu no julgamento do Recurso Especial, ainda que fundado em dissídio jurisprudencial*" (HC 89.958, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.4.2007; HC 83.468, Rel. Min. Sepúlveda pertence, DJ 23.4.2004; HC 83.804, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 1º.7.2005; e HC 85.410, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 11.11.2005).

2. A argumentação apresentada na inicial da ação não me parece comprovar

a presença de constrangimento ilegal no ato tido como coator, nos termos do que suscitado pela Impetrante, a ferir direito da Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem de *habeas corpus*.

3. Tem-se na decisão daquele julgado, da lavra do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que:

“4. Conforme registrou o ilustre representante ministerial, cujas razões vão aqui adotadas, *in ipsius verbis*:

No que se refere à suposta violação aos arts. 619 e 620, ambos do Código de Processo Penal, as razões da empresa recorrente não prosperam, eis que o aresto guerreado não padece de nenhum dos vícios ali apontados. Ademais disso, é pacífico o entendimento firmado por este Augusto pretório, segundo o qual se inexistente ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no aresto impugnado, inviável acolher-se embargos declaratórios manejados com o intuito de prequestionamento para fins de acesso à via extraordinária, especialmente se o *decisum* vergastado encontra-se devidamente fundamentado (Edcl no AgRg no RESP 863. 365/DF, Rel. Min. Jorge Mussí, in DJe de 20/10/2008).

Quanto aos demais preceitos tidos por violados, cumpre asseverar que o requisito do prequestionamento foi devidamente cumprido, porquanto a questão acerca da legitimidade do assistente de acusação para interpor o recurso de apelação, nos casos em que não há apelo do Ministério Público, foi precisamente o objeto de deliberação do Tribunal *a quo*.

Nesse passo, razão assiste ao recorrente, tendo em vista que é remansosa a jurisprudência desta Augusta Corte no sentido de que: O assistente de acusação é parte legítima para interpor apelação na ausência de recurso do Ministério Público, nos termos dos arts. 271 e 598 do Código de Processo Penal (HC 35. 562/MS, Rel. Min. Og Fernandes, in DJe de 19/12/2008).

(...).

Ressalte-se que tal entendimento segue a orientação jurisprudencial há muito assente no Excelso Supremo Tribunal Federal, sedimentado na Súmula 210 daquela Corte que dispõe: O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal (fls. 333/335).

5. Isso posto, nos termos do art. 557, §1º-A do CPC c/c art. 30 do CPP, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial. Baixem os autos ao Tribunal de origem, para que, superado o óbice apontado, prossiga-se no exame do apelo interposto.

6. Publique-se; intimações necessárias" (fls. 40-41).

O juiz afirmou, expressamente, em sua sentença que "mantenho o indeferimento do pedido de diligências (do assistente de acusação) ... em que pese a autoria e a materialidade do fato descrito na denúncia estarem comprovados nos autos, inclusive com confissão parcial da acusada, tal fato não constitui ilícito penal desta forma, se a acusação propõe provar um fato e ao término da instrução resulta duvidosa, pairando dúvida razoável sobre a existência da culpa, esta não pode ser tida como comprovada".

4. No recurso especial n. 1.110.865, os argumentos utilizados pelo Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça e pelo Ministério Público Federal, referidos para justificar o provimento, são suficientes, perfeitamente claros e estão em consonância com o ordenamento jurídico e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5. No caso dos autos, tem-se que, intimado da sentença absolutória, o representante do Ministério Público deixou transcorrer *in albis* o prazo recursal. A assistente de acusação, devidamente habilitada nos autos e intimada da sentença, apresentou, então, no prazo legal, recurso de apelação.

Nos termos do entendimento consolidado nos tribunais brasileiros, incluindo o que se pacificou e se sumulou neste Supremo Tribunal (súmula n. 210), o assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu.

Também a doutrina se encaminha neste sentido, lecionando, por exemplo, Fernando Capez:

"Na ação penal pública, se o Ministério Público não interpõe a apelação no quinquídio legal, o ofendido ou seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão poderão apelar, ainda que não se tenham habilitado como assistentes, desde que o façam dentro do prazo de quinze dias, a contar do dia em que terminar o do Ministério Público" (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 460).

Na mesma linha de entendimento ensina Guilherme de Souza Nucci:

"nos crimes de ação pública, a parte principal é o Ministério público,

razão pela qual tem ele a preferência para apresentar apelação, denominada principal, em caso de sucumbência nos processos do juiz singular ou do júri. A lei confere, no entanto, ao ofendido ou seus sucessores, habilitados ou não como assistentes de acusação, a interposição de apelação, denominada secundária ou supletiva, quando o órgão acusatório do Estado não o faz" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 963).

E, especificamente sobre o ponto aqui abordado pela Defensoria Pública da União, a saber, não recepção da súmula 210 deste Supremo Tribunal pela superveniência de alteração do sistema constitucional, é de ser lembrada a lição de Eugênio Pacelli, segundo a qual:

"47. O controle da atividade persecutória do Ministério Público será então exercido pelo denominado assistente da acusação, que há de ser entendido, pelos motivos já expostos, e como há muito já proclamava CARNELUTTI, como parte civil. Parte civil na exata medida em que, embora esteja a exercer um certo controle da eficiência do órgão público, estará ele defendendo uma solução judicial que não atinja eventual direito subjetivo que lhe permita promover a responsabilidade civil do autor do fato. Eis porque e como se pode explicar a assistência no processo penal, sem que dela ou nela se possa apontar uma desigualdade de forças, em prejuízo da defesa. De fato, a um primeiro exame, e qualquer que seja a ótica teórica adotada com referência ao processo - relação ou situação jurídica -, a inclusão de outra parte desenvolvendo atividade processual em favor da acusação, ao lado do Ministério Público, estaria a indicar uma posição de superioridade da acusação, patrocinada que seria pela atuação conjunta de duas partes processuais. Então, é precisamente em razão da existência de um interesse não penal de um particular, interesse esse que tanto pode derivar de um direito subjetivo quanto de outro tipo de vinculação jurídica ¹, que não se poderá pensar na desigualdade de forças imposta pelo assistente. É que, independentemente da ação penal, o assistente estaria em condições de sustentar demanda de outra natureza em outra instância contra o mesmo acusado, fundada no mesmo fato, do que resultaria, de todo modo, uma atuação processual em desfavor deste (réu). Por isso, e

1. A nosso aviso, também a pessoa jurídica de direito público pode ingressar como assistente da acusação, na medida em que a solução judicial penal puder interferir no âmbito dos interesses que lhe sejam juridicamente reconhecidos, seja no âmbito civil - de recomposição civil do dano -, seja no âmbito disciplinar, quando em curso procedimento administrativo destinado à imposição de sanção administrativa.

pela possibilidade concreta de subordinação das instâncias (da criminal para a cível), é que a participação do assistente não implicará desequilíbrio na ação penal, na medida em que assim puder ser justificada.

É também pelo mesmo fundamento que a ação subsidiária da pública - que, originária e finalisticamente, é pública - somente pode ser proposta pelo ofendido, na medida em que também haveria ali, em tese, uma atuação conjunta na função acusatória. Com isso se chega também à conclusão de que as hipóteses de assistência no processo penal estão condicionadas à existência de um interesse jurídico não-penal que possa ser particularizado, isto é, somente cabível para infrações penais que produzam danos mensuráveis ao nível do interesse individual. Com isso, afasta-se a participação do particular na ação penal na condição exclusiva de *custos legis*, posição que já chegamos a adotar e que boa parte da doutrina ainda professa.”²

É ainda de Eugênio Pacelli a seguinte anotação: “sabe-se que determinadas decisões no juízo criminal subordinam a instância cível. Imagine-se o caso de uma ação penal em que se decide pela inexistência do fato ou pela negativa de autoria. Na primeira hipótese, haverá afetação a direito subjetivo da vítima em participar de um processo cujo resultado lhe interessa e repercurte em seu patrimônio. É dizer: ele terá vedado o acesso ao Judiciário, vendo-se impedido de sustentar razões em favor de um direito subjetivo reconhecido em lei (indenização ou recomposição patrimonial pelo dano). Na segunda hipótese, quando nada, haverá diminuição deste direito, se o réu, absolvido (negativa de autoria) for aquele em condições de suportar a ação reparatoria”.

6. Na espécie em foco, ter o promotor de justiça se manifestado, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pugnado pelo não conhecimento do recurso não tem, a meu ver, o condão de excluir o direito da assistente de acusação de recorrer contra a sentença absolutória.

A referência legal a omissão do Ministério Público significa tão somente que ele não apresentou o recurso no prazo legal, sendo irrelevante para o reconhecimento do direito do assistente de acusação ele ter se manifestado de acordo ou não com o recurso supletivo.

7. Não desconheço a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de o assistente de acusação apelar para aumentar a pena aplicada em caso de condenação.

Porém, em situações como a que se apresenta nos autos, em que houve absolvição da ré e não foi apresentado recurso pelo Ministério Público, o

2. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Recursos no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88.

entendimento tem se mantido, até aqui, pacífico no sentido de que o assistente tem legitimidade para recorrer.

8. Ademais, no art. 5º, inc. LIX, a Constituição da República assegura até mesmo o direito de ação privada nos casos de ação pública, quando esta não for intentada pelo Ministério Público no prazo legal.

Esta disposição constitucional configura direito fundamental da pessoa e, como lecionado por José Afonso da Silva, “constitucionalizou-se (o que antes estava posto apenas em norma infraconstitucional - art. 100, parágrafo 3º do Código Penal) essa norma de direito ordinário, sem vantagem alguma. Não vai dar maior eficácia ao direito subsidiário aí previsto. Nem havia, nem houve, nunca obstáculo algum à aplicação da lei ordinária a ser removido por prescrição constitucional. Apenas se pode reconhecer que nessa exigência constitucional tem-se, em certo sentido, uma forma de controle do Ministério Público que, deixando de cumprir sua atribuição, fica sujeito à substituição pelo interessado (vítima ou seu representante). Isso a lei já dava” (SILVA, José Afonso Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 166).

Tem-se, assim, que não houve qualquer mudança superveniente do sistema com a constitucionalização que permanece assegurada ao indivíduo, como seu direito fundamental, de fazer valer o direito de ação penal, mesmo nos casos em que a sua propositura seja conferida legalmente ao Ministério Público, nos casos em que ele deixar de atuar. E é na sequência desse entendimento que se tem o reconhecimento do seu direito de recorrer, quando, proposta a ação e nela comparecendo o ofendido como assistente, deixar de dar prosseguimento o Ministério Público, que tenha deixado de atuar, tal como se deu na espécie vertente.

É a lição ainda uma vez de Eugênio Pacelli, no ponto específico aqui cuidado:

“48. Nesse estágio da abordagem sobre a assistência, não poderíamos deixar de mencionar a existência, ainda muito tímida, por certo, de entendimento doutrinário no sentido da revogação do instituto da assistência pela ordem constitucional de 1988, fundado na privatividade pública da ação penal.”³

3. LIMA, Marcellus Polastri. A assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988. In Livro de estudos jurídicos. Coord. TUBENCHLAK e BUSTAMANTE. Ricardo. Rio de Janeiro: Instituto de estudos jurídicos, 1991, p. 262, no qual o autor refere-se também a um parecer da lavra do Prof. Sergio Demoro HAMILTON - Autos da Apel. 114/90, 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - no sentido da impossibilidade de recurso por parte do assistente, o que, segundo o ilustre professor, caracterizaria promoção da ação penal.

Na verdade, não vislumbramos na titularidade que se reserva ao Ministério Público acerca do juízo de propositura da ação penal o mais mínimo traço revogatório do instituto da assistência. Em um processo público, mesmo penal, do qual poderão originar-se consequências jurídicas no âmbito do interesse individual de qualquer dos membros da comunidade jurídica, parece-nos impensável a vedação absoluta da participação do titular do direito (ou de interesse jurídico que não se institua rigorosamente como direito subjetivo) no referido processo judicial. É o que ocorre em todas as formas de tutela pública dos interesses e dos direitos coletivos e difusos no âmbito civil, no qual será sempre permitida a participação daquele que puder vir a ser afetado pela decisão judicial proferida em ações civis públicas. Desconhecer a realidade da coisa julgada penal, ou, melhor, dos efeitos de uma tal decisão (penal) no âmbito dos direitos (de natureza civil) do ofendido equivale à (pretensão de) formulação de uma incontornável priorização hierárquica, abstrata e indeclinável, do público sobre o privado, que não se compadece com o sistema constitucional de um Estado Democrático de Direito. Equivale, mais, a sustentar que somente por ser pública a ação e dela se encarregar um órgão público, semelhante atividade estaria fora de qualquer alcance por parte de qualquer controle privado, o que não existe no ordenamento jurídico brasileiro em praticamente nenhum nível procedimental.

Então, seja pela necessidade de controle da atuação dos órgãos estatais, que em matéria penal vem expressamente prevista na ação penal de iniciativa do particular no caso de inércia do Ministério Público (art. 5g, LIX), seja pela existência de normas constitucionais que estabelecem, primeiro, a inafastabilidade do Judiciário na tutela de direitos subjetivos individuais (art. 52, XXXV, CF), e segundo, o direito subjetivo à reparação do dano causado pela infração penal (art. 5º, XLV), ou seja, por fim, pela exigência da unidade da jurisdição, a ser controlada pela existência de subordinação entre as instâncias (civis e penais, por exemplo), soa-nos absolutamente inconsistente a tese da impossibilidade da assistência no processo penal brasileiro. Por razões, como vimos, todas elas, situadas no mesmo plano constitucional da privatividade, ao Ministério Público, da ação penal pública” (In Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56).

9. De se encarecer que compete à legislação ordinária definir as condições para a propositura da ação penal privada subsidiária da pública.

Pode ela ser intentada, basicamente, a) pelo ofendido, b) pelo representante legal do ofendido, c) pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, no caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial; d) pelo curador especial do ofendido menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, que não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele; ou, ainda, e) pelas fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas.

Nesse sentido é que se assentou no art. 5º, inc. LIX, da Constituição da República ser “admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”; e os arts. 29, 30, 31, 33, 34 e 37 do Código de Processo Penal⁴

Ao admitir a ação penal privada subsidiária da pública nos casos de inércia do Estado, evidencia-se que a Constituição da República não acatou que o monopólio estatal no exercício da persecução penal seria absoluto, como acen-tuado na lição antes citado de José Afonso da Silva, incorrendo, pois, o apa-rente conflito, que se poderia vislumbrar, entre aquela norma constitucional constante do art. 129, inc. I, da Constituição da República e o disposto nas normas infraconstitucionais anteriores à promulgação desta.

A respeito do tema, o Recurso Extraordinário n. 331.990, DJ 3.5.2002, relator o eminente Ministro Moreira Alves, acompanhado, à unanimidade, pelos de-mais integrantes da primeira Turma:

4. Tem-se no Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

(...)

Art. 33. Se o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.

Art. 34. Se o ofendido for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal.

(...)

Art. 37. As fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas poderão exercer a ação penal, devendo ser representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes.

“EMENTA:

Recurso extraordinário. Ação privada subsidiária. Legitimidade. Art. 512, LIX, da Constituição. Inexiste a alegada ofensa ao artigo 512, LIX, da Constituição que reza: ‘será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal’. Com efeito, tendo a Constituição, em seu artigo 129, I, estabelecido como uma das funções institucionais do Ministério Público a de ‘promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei’, constitucionalizou, nos crimes de ação pública, a ação penal privada subsidiária se a ação penal pública não for intentada no prazo legal. E a legitimidade para intentar a ação penal privada subsidiária, como ocorre na ação penal exclusivamente privada, é do particular ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-la, se um ou outro vivo e presente, como preceitua o Código Penal em seu artigo 100, §§ 2º, 3º e 4º. Recurso extraordinário não conhecido”.

Apesar de não ser esse o caso dos autos, pois aqui a denúncia foi apresentada pelo órgão do Ministério Público, sem necessidade do ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública, é de se realçar a inexistência de norma constitucional que inviabilize ou restrinja o ajuizamento de ação penal privada ou a interposição de recurso subsidiário nos casos de inércia do Ministério Público.

Em razão disso, havendo disposição constitucional expressa no sentido da legitimidade até mesmo para intentar ação penal privada subsidiária, a legislação ordinária estabeleceu normas processuais diversas para dar efetividade ao mandamento constitucional, viabilizando, dessa forma, a interposição de recurso supletivo ou subsidiário pelo ofendido, pelo assistente de acusação ou “por qualquer das pessoas enumeradas no art. 31 do Código de Processo Penal”⁵ (art. 598 do Código de Processo Penal).

Tem-se como assentado, que o assistente de acusação poderá intervir em todos os termos da ação pública. “propo[ndo] meios de prova, requiere[ndo] perguntas às testemunhas, adita[ndo] o libelo e os articulados, participa[ndo] do debate oral e arrazoa[ndo] os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598” (art. 271 do Código de Processo Penal) “inclusive extraordinariamente” (Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal).

A divergência doutrinária e jurisprudencial havida é apenas sobre a possibilidade de o assistente de acusação interpor recurso de apelação para au-

5. Tem-se no Código de Processo Penal, *verbis*:

“Art. 598. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação o pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31 ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.

mentar a pena aplicada, em caso de condenação, ou para condenar o réu, em caso de absolvição com fundamento no art. 386, incs. II, III, V, VI e VII, do Código de Processo Penal⁶

Uma corrente minoritária entende que a atuação do assistente nos processos criminais seria contingente, adjunta ou adesiva, justificando-se tão somente em face de mero interesse indenizatório do ofendido, o que, por razões óbvias, impossibilitaria interposição de recurso para agravar a pena eventualmente imposta ou, como se dá na espécie vertente, para condenar o Paciente no caso de ausência de “elemento de convicção capaz de ensejar a certeza jurídica necessária a emissão de um juízo condenatório” (fl. 27).

Nesse sentido o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho:

“(…) Qual a função do assistente? Entendemos que a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença penal exerce na sede civil. Segundo dispõe o art. 91, I, do CP, é um dos efeitos da sentença penal condenatória tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Por isso mesmo dispõe o art. 63 do CPP que a sentença penal condenatória com trânsito em julgado constitui título certo e ilíquido em favor do direito à indenização.

Assim, ao que tudo indica, o Estado permitiu a ingerência do ofendido nos crimes de ação pública para velar pelo seu direito à indenização. Conclui-se, pois, que a função do assistente não é a de auxiliar a acusação, mas a de procurar defender seu interesse na indenização do dano ex delicto (…)” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. v.1 (arts. 1º a 393). 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 498).

6. Tem-se no Código de Processo Penal, *verbis*:

“Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII - não existir prova suficiente para a condenação.”

Todavia, não obstante a lição de Tourinho Filho, a doutrina majoritária não restringe a atuação do assistente de acusação à simples pretensão de obter um título executivo judicial reparação de danos.

Nesse sentido os ensinamentos de Júlio Fabrini Mirabete, Marcelo Fortes Barbosa, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Vicente Greco Filho e Eduardo Espínola Filho, este último assim sintetizado.

“(...) Ao mesmo tempo que atinge, na sua pessoa ou nos seus bens, um ou mais indivíduos, que se apresentam, assim, como ofendido ou ofendidos, o crime causa um dano social, e, apenas em homenagem à predominância do interesse social sobre o particular, é estabelecida a preferência de iniciativa do órgão público, para instauração da ação penal, somente sendo lícito à parte privada apresentar a sua queixa, se, no prazo legal, o Ministério Público deixou de manifestar-se sobre o inquérito, a representação ou a peça de informações - salvo, naturalmente, os casos em que a ação penal toma corpo, exclusivamente, com a queixa do ofendido, do seu representante legal ou de quem o substitua.

Mas, seja qual for o interesse público e social, que haja, de apurar o delito e punir o ou os autores, persiste sempre o grande e muito ponderável interesse particular na apuração do fato e na punição dos responsáveis.

Eis porque, embora movimentada, normalmente, pelo Ministério Público, a ação penal, com o oferecimento da denúncia, é permitido à parte privada tomar uma posição acusatória auxiliar; que o Código de Processo Penal encara como assistência ao Ministério Público, na ação criminal por este promovida (...)” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Comentários aos arts. 185-372. v. III. 5ª ed. Rio de Janeiro, 1976, p. 269).

A legislação processual penal vigente, por sua vez, não unificou a jurisdição civil *ex delicto* à jurisdição penal; ao contrário, garantiu meios para que o assistente da acusação buscasse, no processo penal, o título executivo judicial à reparação dos danos, estabelecendo as hipóteses nas quais a sentença absolutória, conforme o seu fundamento, elidiria a responsabilidade civil, impedindo a ação civil.

E a vinculação do juízo cível ao penal restringe-se aos casos em que se comprova inexistência do fato ou negativa de autoria, mas não se pode compelir a pessoa a ir buscar reparação em esfera cível apenas por não ter tido resposta definitiva no âmbito penal.

Não trata a presente ação de absolvição fundada no art. 386, incs. I e IV, do Código de Processo Penal, pois não se negou o fato nem a autoria, mas sim de absolvição “com base no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal” (fl. 27).

Entretanto, é de se realçar que o Tribunal de Justiça gaúcho opôs obstáculo a que uma parte devidamente habilitada no processo, a assistente de acusação, obtivesse o título executivo judicial nos estritos termos da legislação processual vigente, pelo que, tal como concluído no Superior Tribunal de Justiça, concluo ter havido no caso negativa de jurisdição, a ensejar o provimento daquele recurso especial.

Também não vislumbro ilegalidade ou abuso de poder no julgado do Superior Tribunal, objeto do presente *habeas*. Bem ao contrário, acatou-se ali a jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal, firme no sentido de que o assistente de acusação tem legitimidade recursal supletiva:

“Ementa: ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. RECURSO. IMPRONUNCIA. PRAZO. SÚMULA 210. SÚMULA 448. O ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO TEM LEGITIMIDADE PARA INTERPOR RECURSO DA SENTENÇA QUE IMPRONUNCIA O ACUSADO, EM CARÁTER SUPLETIVO, UMA VEZ QUE SE TENHA OMITIDO DE EXERCITA-LO, NO PRAZO, O ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ARTS. 271, 584, PAR-1. E 598 DO CPP; SÚMULA 210). O PRAZO PARA O ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO INTERPOR RECURSO COMEÇA A CORRER DO ENCERRAMENTO, ‘IN ALBIS’, DO PRAZO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE SUA NECESSARIA INTIMAÇÃO (SÚMULA 448, HC 50.417-RTJ 68/604. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO” (Recurso Extraordinário 104.723, Relator Ministro Rafael Mayer, DJ 21.6.1985);

“NÃO TENDO O MINISTÉRIO PÚBLICO APELADO, TEM INTERESSE LEGÍTIMO, PARA FAZE-LO, O ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO, A FIM DE OBTER O AGRAVAMENTO DA PENA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL. INICIATIVA CONCORRENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA A AÇÃO PENAL REGIDA PELA LEI N. 4.611-65. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA, DE NULIDADE DE SENTENÇA, BEM COMO DE IRREGULARIDADE DE INTIMAÇÃO PARA O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE, PARA CORREÇÃO DE ERRO ARITMÉTICO NO CÁLCULO DA PENA” (HC 66.754, Relator Ministro Octavio Gallotti, DJ 18.11.1988);

E ainda

“E M E N T A - I. Recurso extraordinário: legitimação da

ofendida - ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então" (Recurso Extraordinário 160.222, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 1.9.1995 - grifos nossos);

Por derradeiro, o enunciado da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal pacifica a questão ao estabelecer que:

"O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal".

10. De igual forma manifestou-se a Procuradoria-Geral da República:

"Inicialmente, no que tange à legitimidade da assistente de acusação, conforme artigo 598 do Código de Processo Penal, admite-se a apelação do já habilitado em caráter supletivo, ou seja, quando se omite o Ministério Público.

É possível depreender dos autos que o órgão do *parquet* não entendeu cabível a interposição do recurso de apelação, ocasião em que a acusação pode valer-se da assistência para ingressar com o pedido de revisão da sentença proferida.

Ademais, a Suprema Corte já firmou este entendimento na Súmula 210, que dispõe:

O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal.

Não há, portanto, que se falar em ilegitimidade da assistente de acusação. No caso em tela, portanto, em conformidade com a

decisão do Superior Tribunal de Justiça, deve haver o reconhecimento do apelo interposto" (fls. 49-50).

10. Pelo exposto, voto no sentido de **denegar a ordem**.

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, acompanho a eminente Relatora e a cumprimento pelo voto bastante abrangente.

Realmente o artigo 5º, inciso LIX, da Constituição admite que o ofendido, conforme disciplinado no artigo 29 do Código de Processo Penal, proponha ação privada nos crimes de ação pública se essa não for intentada no prazo legal pelo Ministério Público, na forma do artigo 129, I, da Constituição, o qual tem, privativamente, o monopólio da ação, que não é um monopólio verdadeiro, porque há a garantia constitucional de o cidadão ofendido, diretamente ou por meio de seus representantes, herdeiros, ou sucessores, promover a ação penal.

A *fortiori* também há a apelação, o recurso extraordinário, o recurso especial, os remédios processuais cabíveis, diante das circunstâncias, na omissão do Ministério Público.

Por isso, acompanho a eminente Relatora, cumprimentando-a pelo abrangente voto proferido, o qual reafirma uma jurisprudência já bastante antiga deste Tribunal.

VOTO

Senhor Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, também acompanho a eminente Relatora, cumprimentando-a pelo substancioso voto que esgotou a matéria.

Creio que, como foi bem-apontado, não só pela Relatora, como também pelo eminente Ministro Dias Toffoli, esse monopólio da ação penal previsto no artigo 129, I, da Constituição é atenuado pelo que dispõe o artigo 5º, inciso LIX, da própria Carta Magna e, mais ainda, pelo princípio da universalidade da jurisdição que está abrigado no artigo 5º, inciso XXXV, também da Lei Maior.

Portanto, com a Relatora.

VOTO

O Senhor Ministro Ayres Britto - Senhor Presidente, também cumprimento a Relatora pelo excelente voto e tenho esse caso como emblemático, como instigante, muito importante. O Supremo tem uma ótima oportunidade de se debruçar sobre ele e firmar uma posição clara. Os interesses em jogo são relevantíssimos. Também elogio a sustentação oral feita pelo Doutor João Alberto Simões Pires Franco e também a sustentação oral pela Vice-Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, mas me inclino por subscrever o voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia.

De início, me impressionou o uso do verbo promover, utilizado pela Constituição no capítulo devotado ao Ministério Público. A Constituição faz três vezes o uso do verbo promover no artigo 129: promover privativamente a ação pública, promover inquérito civil e ação civil pública, promover a ação de inconstitucionalidade. E me parece que promover, aqui, é no sentido de dar início, de impulsionar, gerar.

Nesse contexto topográfico, acho que promover tem esse sentido. Fora dessa topografia ministerial pública, o verbo promover é utilizado também em outras passagens. E aí já no sentido de atuar de ponta a ponta de uma determinada função, de uma atividade pública, por exemplo, artigo 3º, inciso IV:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Ora, promover, aí, não é simplesmente dar início a uma atividade; é atuar do modo mais abrangente possível. Em outras passagens, a Constituição usa promover com o sentido defendido pelo Ministério Público, por exemplo, no artigo 151: “... *promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País*”.

Mas, de longa data, Senhor Presidente, eu aprendi que a mesma palavra usada pela Constituição, ou a mesma expressão, costuma mudar de sentido de acordo com a sua inserção topográfica, de acordo com o conjunto normativo de que faz parte, ou seja, a mesma palavra, a mesma expressão muda de sentido a depender do conjunto, do bloco de normatividade de que faz parte. Por exemplo, a palavra poder é usada pela Constituição em diversas passagens e vai mudando de sentido. Poder público, por exemplo, é sinônimo de Estado, União, Distrito Federal, Municípios. Poder público é sinônimo de Estado. Poder é competência. A competência é um poder instrumental para a realização de uma função. E assim por diante. Então a semântica não ajuda muito, porque a Constituição não é uniforme, não é linear, não guarda muita coerência como se tivesse um compromisso em usar a palavra ou a expressão com sentido

unívoco. Não. Usa a mesma palavra, a mesma expressão com sentido plurívoco a depender da inserção topográfica da matéria.

Mas se a Procuradora da República e o eminente Defensor público impressionam bem quando fogem das coordenadas do Direito Penal do inimigo e postulam um tipo de ação penal de caráter efetivamente publicístico e não privatístico, afastando da ação penal pública qualquer traço, qualquer eiva de vingança, de vindita, de revanchismo, por outro lado, é da democracia que, seja qual for o órgão público, ele há de ser controlado, há de ser vigiado, controlado, fiscalizado, sindicado. E o fato é que o Ministério Público é um órgão público e a cidadania precisa controlar o Ministério Público, porque a democracia tem entre os seus mais eminentes conceitos este: é o regime de controle de todas as manifestações do poder público. Aí nós temos até sistemas de controle instituídos pela Constituição, seja no âmbito das relações entre os Poderes, e nós chamamos isso de sistema de freios e contrapesos, que é um sistema de controle no âmbito do próprio poder público; temos o controle difuso da cidadania, daí a ação popular, as representações, sobretudo junto aos tribunais de contas; temos o controle que sobre o poder público exerce a imprensa, com o beneplácito da Constituição. Ou seja, democracia não é só um regime de governo que se funda na soberania popular, na eleição geral dos governantes, democracia é também um regime de rígido controle do poder público, e o Ministério Público não pode trabalhar sem controle, absolutamente solto. Por isso que a Ministra Cármen Lúcia lembrou, e muito apropriadamente, a ação privada subsidiária da pública, que está no inciso LIX do artigo 5º:

“LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;”

Vale dizer, se o particular pode iniciar a ação, iniciar o processo penal, em substituição ao Ministério Público inerte, quanto mais recorrer, impulsionar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro, o caso não é de querelante, é de assistente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É, assistente. Claro que, em se tratando de assistente, a semântica desajuda o voto da Ministra Cármen, porque o assistente há de atuar nos limites da atuação do assistido, ele não pode se emancipar do assistido a ponto de impulsionar sozinho a ação quando o assistido já não o faz. Semanticamente, de fato, o argumento da Procuradora se fortalece.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência me permite fazer outra colocação?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É possível, tendo em conta a organicidade do Direito, uma ação penal pública se transformar em ação privada?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Não, ela não se transforma em ação privada, ela continua pública.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sem que o Ministério Público, o Estado acusador, figure na relação processual?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É por isso que eu disse, veja como o tema - não é, Senhor Presidente? - é nuançado, extremamente instigante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não houve a inércia, Ministro. Vossa Excelência se referiu às atribuições do Ministério Público, e, no tocante à ação penal pública, há no texto constitucional vocábulo muito importante - a atuação exclusiva. Essa regra só foi aberta, no rol das garantias constitucionais, pelo teor do inciso LIX do artigo 5º, a exigir, para tanto, a inércia do Ministério Público. Neste caso concreto, ele ofertou a denúncia, propôs a ação penal pública, não se mostrou inerte. Diante dos elementos coligidos, sim, preconizou a absolvição nas alegações finais. E essa absolvição - e costumamos dizer que a manifestação do titular da ação penal é irrecusável - foi acolhida pelo Juízo; Então, houve a interposição da apelação. Por quem? Pelo assistente da acusação. Se admitida a apelação, estará sendo transformada a ação penal pública incondicionada em ação privada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Noutras palavras, não se pode invocar o inciso LIX para uma hipótese de ação penal pública, não de ação penal subsidiária.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A única exceção aberta quanto à autonomia funcional, tomada de forma linear, do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Noutras palavras, é ação cuja titularidade continua sendo exclusiva do Ministério Público, não obstante a existência de assistente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A ação penal continua pública, não se despubliciza pelo fato de ser promovida pelo particular, porque o particular atua em substituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas sem a participação do Estado acusador? Ela continua pública?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - E mais, neste caso, homologada a presença do assistente, o assistente pediu diligências, fez requerimento inclusive de produção de provas, que o juiz indeferiu, dizendo que o caso tinha acontecido, tinha havido, como eu li, confissão parcial da ré, e, portanto, esse indeferimento foi feito para que houvesse essa busca da verdade real a que se referiu a nobre Subprocuradora. E depois o Ministério Público não recorrendo, aplicou exatamente o que previsto na legislação, ain-

da hoje até sumulado pelo Supremo, e buscou a apelação, que não foi conhecida ao argumento de que essa legislação não teria sido recepcionada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministra, se a Constituição Federal apenas abre uma exceção, podemos aditá-la numa fase subsequente, que é a recursal, para admitir verdadeira corrida de revezamento na ação penal pública?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Não é aditar, Ministro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro, eu quis trazer um argumento, parece-me um tanto quanto genérico, mas é aplicável, porque trata dos próprios fundamentos do nosso Estado democrático de Direito. Eu estava refletindo que a Constituição de 88 deu um salto qualitativo importantíssimo, qual seja, de uma democracia meramente representativa para uma democracia participativa, em que se garante a participação da cidadania em várias instâncias, colocando-se no lugar dos agentes do Estado - isso na iniciativa popular, em vários circunstâncias, na nação popular.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas há disciplina constitucional singular ...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então, como diz o Ministro Britto, o que acontece no caso? Ante a inércia do Ministério Público, a ação não se despubliciza, ela continua sendo ação pública, só que o cidadão toma o lugar do agente do Estado, dentro dos parâmetros constitucionais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas como, Ministro, se a autorização constitucional é única? O cidadão apenas pode atuar no caso de inércia. Podemos assentar inércia se o Ministério entrou com a ação?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - O Ministério Público deixou passar *in albis* o prazo; houve inércia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas a prestação jurisdicional não se esgotou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Se, diante de um contexto e considerada a autonomia dele, Ministério Público, pronunciou-se no sentido da absolvição?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Mas houve inércia quanto ao recurso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não, mas ele é o titular da ação penal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas que inércia? A inércia pelo inciso LIX do artigo 5º da Constituição Federal é quanto à propositura.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Ele deixou passar *in albis* o prazo do recurso. Daí a superveniência do recurso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, concluindo, esse inciso LIX do art. 5º - aí eu invocaria o testemunho intelectual do nosso grande penalista Celso de Mello - quando diz que "será admitida ação privada, não está despublicizando a ação pública, porque ela é feita para a ação pública.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas, nesse caso, ela nasce pública? Não, Excelência, ela nasce privada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Olha, "... nos crimes de ação pública (...)". O objeto é este: "*nos crimes de ação pública*".

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Nesse caso, ela nasce privada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - "Ação privada" aqui não pode ser tomada ao pé da letra. É iniciativa privada. Não é que a ação processualmente seja privada.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A conclusão é que nem na ação privada pode.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Não. Aqui interpreto como será admitido o impulso privado para suprir a inércia do Ministério Público, seja no plano da propositura da ação, seja no plano da continuidade da ação, deixando de dar a necessária continuidade.

Mas farei um voto, na linha do pensamento da Ministra Cármen Lúcia, e aguardo o pronunciamento da Ministra Ellen Gracie, dos demais Ministros e, notadamente, vou me permitir dizer isso, sem desdouro para ninguém, o voto do Ministro Celso de Mello.

Acompanho, portanto, a eminente Relatora.

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Senhor Presidente; creio que o caso não facilita muito o nosso posicionamento, porque - a mim pelo menos - repugna um tanto, autorizarmos uma empresa de factoring, que vive da compra de cheques, e que, portanto, dentro do seu negócio, deve fazer previsão para os eventuais inadimplementos, prossiga na persecução criminal.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski - O caso, em si, não é bom.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - O caso, em si, não é bom para fixar jurisprudência, mas o princípio é importante.

O Senhor Ministro Ayres Britto - O caso não é bom.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - O princípio que estamos aqui estabelecendo é exatamente o que enfatizou o Ministro Lewandowski: da vigilância constante dos cidadãos, mesmo quando se omite, em qualquer momento, seja no momento inicial ou numa etapa posterior do processo, o órgão competente do Ministério Público.

Mais ainda me convence o argumento que, aqui, *a latere*, me trazia o Ministro Celso de Mello ao invocar o art. 387, inciso IV, do CPP, segundo o qual:

"(...) "

Art. 387. O juiz - essa é a preocupação justamente da ordem jurídica na atualidade -, "ao proferir sentença condenatória:

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;"

Ou seja, há, um entrelaçamento das ordens jurídicas penal e cível, permitido e introduzido recentemente pela Lei 11.719/2008.

Com essas considerações, acompanho o voto da Ministra Cármen Lúcia e ressalto, mais uma vez, que a hipótese, em si, não é muito boa, mas a tese, sim, deve ser mantida.

EXPLICAÇÃO

O Senhor Ministro Ayres Britto - Senhor Presidente, apenas uma corrigenda técnica muito rápida.

Não se pode falar de inércia do Ministério Público no plano recursal, porque ele não é obrigado a recorrer. Agora, no plano da propositura da ação, sim.

O Senhor Ministro Aurélio - Presidente, eu não sei qual é a postura mais condenável: de quem lança mão de um título de crédito que implica pagamento a vista e o adota pós-datado, ou de uma pessoa jurídica que, estando no comércio, aceita um cheque pós-datado, um cheque para liquidação futura. Mas não cabe solucionar a pendência sob esse ângulo.

O que nos vem da Carta de 1988 Todos sabemos que se deu ênfase muito grande à atuação do Ministério Público na defesa da sociedade. Há diversos incisos no artigo 129 a versar a propositura de ações. No tocante à atividade precípua do Ministério Público - a de propor ação penal pública -, o texto legal refere-se à atuação privativa, ao contrário do que ocorre no tocante, por exemplo, ao inquérito civil, à ação civil pública e à ação de inconstitucionalidade.

Então o próprio constituinte abriu exceção única à regra da promoção privada em substituição à ação penal pública do Estado acusador. Fê-lo, de forma exauriente, mediante o preceito do inciso, já muito referido, LIX, do artigo 5º, que revela o principal rol das garantias constitucionais dos cidadãos. Apenas versou não a propositura da ação penal pública incondicionada, mas, em substituição, ante a inércia do Ministério Público, a da privada:

“Art. 5º (...)

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada” - está em bom vernáculo, em bom português - “no prazo legal;”

Foi ou não intentada? Foi, mas, ante o contexto, manifestou-se o Ministério Público, em alegações finais, pela absolvição. Será que, diante desses dois dispositivos, é possível ter-se a transmutação da ação penal pública que existiu em ação penal privada? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Uma ação que nasce pública incondicionada não pode, na fase recursal, transformar-se em uma ação penal privada. Essa transformação ocorrerá, vingando a óptica majoritária, a partir do momento em que não se conte mais, na fase recursal, na angularidade processual, com a participação do titular da ação, o Ministério Público.

Por isso, Presidente, tenho que a Carta de 1988 não recepcionou o artigo 598 do Código de Processo Penal, que é uma norma bem anterior àquela, apontada como cidadã. A rigor, nunca entendi muito essa figura do assistente quanto ao Estado acusador, porque se se tem como premissa que a ação é pública e incondicionada, direciona-se à atividade de um órgão equidistante, de um órgão que atuará com independência maior, não estando sujeito às paixões a que o cidadão e a iniciativa privada estão.

Peço vênias à Relatora e àqueles que a acompanharam para entender não caber o que aponte como corrida de revezamento, a transmutação da ação penal pública em ação penal privada. No caso de haver a regência sob o ângulo, sob a natureza da ação penal pública, somente é possível surgir uma ação penal privada, como está autorizado pela Carta de 1988, se ocorrer a inércia do Ministério Público e, no caso, não existir.

Por isso, concedo a ordem.

VOTO

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente) - Vou pedir vênias à douta Relatora e à douta maioria pelos brilhantes votos, para acompanhar a divergência. Vão as razões.

A Constituição vigente foi claríssima, em primeiro lugar, ao definir velha regra que datava de alguns séculos e que, após o Estado ter assumido o monopólio da jurisdição, não se poderia compadecer com nenhuma ideia, ou resíduo da ideia, de justiça privada. Por isso, deferiu ao Ministério Público, em caráter privado e exclusivo, a titularidade da ação penal. Para quê? Para a defesa de interesse estatal específico, que é o de punir criminosos, isto é, pessoas a que se atribua a prática de crime e, portanto, de atentado contra as condições básicas da coexistência social. De modo que nem sequer se pode cogitar de que haja, nisso, algum interesse estatal em defender interesses patrimoniais do ofendido.

Em segundo lugar, porque, costuma acontecer, como em qualquer instituição, que os agentes estatais às vezes falhem, nos casos em que eventualmente o Ministério Público se omita, dada a relevância do mesmo interesse estatal, a Constituição atribuiu a titularidade da ação ao particular ofendido, mas em caráter de exceção e apenas na hipótese de omissão.

Ora, o problema todo está em saber em que consiste a ação, não importa se é cível ou penal, mas o instituto jurídico da ação. Em primeiro lugar, quando se fala em ação, titularidade da ação, legitimidade para agir, etc., sempre se esquece de que a palavra “ação” é substantivo pós-verbal, que significa o resultado da conjugação prática do verbo “agir”. E o que significa, portanto, ação processual? É a ação que, antes de o Estado assumir o monopólio estatal da jurisdição, o particular podia exercer, como faziam, no Direito Romano, por exemplo, os credores que executavam de mão própria os devedores, até esartejando-os “trans Tiberim”, após o Rio Tibre. Isto é, para satisfazer interesse patrimonial, naquela época, o particular agia por si para realização do seu direito subjetivo. Num momento histórico definido, o Estado assume: o particular já não pode, para realizar os seus direitos, agir de mão própria. Como faz, então? Ele age em juízo, mas agir em juízo não é apenas dar início à ação, é continuar a exercer a ação. Por isso, Chiovenda dizia, com toda a razão: “a ação pertence tanto ao autor como ao réu”, porque ambos agem, já não de mão própria, mas, através do diafragma do Judiciário, em juízo, até o término da ação.

A extinção do processo é a extinção da ação, e, pois, enquanto dure o processo, há ação. Portanto, a ação processual significa, tecnicamente, praticar todos os atos a que correspondem os ônus reconhecidos aos titulares da ação. Assim sendo, tanto o autor como o réu são autores da ação e, como tais, podem continuar agindo, praticando todos os atos processuais correspondentes aos ônus que o sistema judicial, que o sistema normativo lhes reconhece.

Ora, diante desse quadro, quando se fala em exercício de ação penal, a pergunta é: quem pode recorrer, noutras palavras, quem pode praticar um ato específico ou uma ação específica no curso da ação processual? Quem tem direito de ação. Noutras palavras, só pode agir em termos de recurso quem tem direito de ação, direito de agir. Ora, quem tem direito de agir? O Ministério

Público, como regra, e o querelante, como exceção, não o assistente. O assistente não exerce direito de ação, nem na concepção do processo criminal, nem na concepção, muito mais generosa, da ação civil. O assistente simplesmente adere ao titular da ação. O titular da ação ou será o autor ou será o réu, em termos gerais, e, no processo penal, o assistente pode apenas aderir ao autor da ação, que é o Ministério Público.

Daí por que, a meu ver, isso nada diz respeito à questão civil de satisfação dos interesses patrimoniais do ofendido. Não está em jogo, aqui, questão de interesses patrimoniais. Por quê? Porque esse não é o meio adequado para a satisfação desses interesses, pois há via própria. É por isso que, segundo o Código Civil, torno a repetir, a jurisdição penal é relativamente independente da jurisdição civil e vice-versa. Noutras palavras, ainda que absolvido o réu, salvo em hipóteses específicas no cível, por exemplo, por falta de provas, nada impede que a questão seja suscitada no cível. Há, portanto, uma separação absoluta entre os dois campos, de modo que o interesse civil, de caráter patrimonial do ofendido, não pesa nada na solução da questão posta, a meu ver, neste **habeas corpus**.

Daí por que, com o devido respeito, a mim me parecendo que recorrer é apenas uma etapa da ação, a qual é um estado contínuo de prática de atos, recorrer só pode ser reconhecido como direito de quem seja titular da ação. Ora, o assistente penal, não sendo titular de ação nenhuma, senão assistente de quem o é, a meu ver não pode recorrer, donde, com todas as vênias, mais uma vez, ao brilhante voto da Relatora e aos não menos brilhantes votos que compuseram a maioria, dou interpretação conforme ao art. 584, § 1º e ao art. 598 do Código de Processo Penal, editado ao tempo do Estado-novo. Não é diploma que veio consolidar o sistema democrático da Constituição de 88, mas concebido com os olhos postos no Código dos irmãos italianos, dos irmãos Roccas, não os do filme, mas Alfredo e Arturo. De modo que esse Código de Processo Penal não pode ser invocado como conquista da democracia regrada pela Constituição de 88; é, antes, código que tem de ser interpretado com todos os cuidados possíveis.

Dou interpretação, portanto, àqueles dois artigos, no sentido de reconhecer que a possibilidade de recurso é apenas assegurada ao querelante, não a quem seja assistente de acusação.

É o que me parecia devesse ser pontuado nesta oportunidade, reiterando, mais uma vez, todo o meu respeito aos votos divergentes que compuseram a ilustrada maioria.

EXTRATO DA ATA

Decisão: A Turma decidiu afetar ao Tribunal Pleno o presente *habeas corpus*. Unânime. Falou o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público Fede-

ral, pela paciente. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 04.05.2010.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, indeferiu a ordem de *habeas corpus*, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, neste julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes e, justificadamente, o Senhor Ministro Eras Grau. Falaram, pelo paciente, o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor-Público Federal e, pelo Ministério Público Federal, a Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Plenário, 10.06.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, proferidos os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento de recurso de habeas corpus, em favor de Maria da Glória de Jesus, em razão de erro material no registro de identidade, com oitiva de prisão em flagrante, pelo Ministério Público Federal, pela paciente, o Dr. Pedro Paulo Castro de Mello, Advogado, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, vinte agosto de 2010 – Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Lido o relatório da relatora, de fls. 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

RECURSO EM HABEAS CORPUS 94.451 – GO

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Recorrente: Willer da Silveira ou Wiler da Silveira

Recorrido: Ministério Público Federal

Ação penal. Processo. Tráfico de entorpecentes. Procedimento especial. Inobservância. Adoção, porém, do rito comum ordinário, mais amplo e benéfico aos réus. Prejuízo inexistente. Nulidade processual não caracterizada. Inteligência dos arts. 38, *caput*, e 41, *caput*, da Lei 10.409/02, e dos arts. 395 e seguintes do CPP. Recurso improvido. A inobservância do rito previsto no art. 38, *caput*, da Lei 10.409/02, não implica nulidade do processo, quando lhe tenha sido adotado o procedimento comum ordinário, mais amplo e benéfico ao réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Pedro Paulo Guerra de Medeiros. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 5 de agosto de 2008 – Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: 1. Trata-se de recurso de *habeas corpus*, interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, proferido nos autos do HC 46.337, denegou a ordem em favor de *Willer da Silveira* ou *Wiler da Silveira*.

O Recorrente foi condenado pela prática dos delitos previstos nos artigos 14 e 18, I, da Lei 6.368/76, à pena de 7 (sete) anos e 5 (cinco) meses de reclusão. Impetrou *writ* perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que lhe denegou a ordem, por unanimidade, nos seguintes termos:

Processual Penal. Habeas corpus. Tráfico internacional de entorpecentes. Organização criminosa – “operação diamante”. Ausência de defesa preliminar ao recebimento da denúncia. Ausência de prejuízo.

Variedade de infrações. Utilização do rito ordinário. Denúncia acompanhada de inquérito policial. Inexistência de nulidade.

1. O campo das nulidades, no Processo Penal brasileiro, é regido pelo princípio *pas de nullité sans grief*, que afasta a nulidade por preterição de forma legal quanto não haja prejuízo para qualquer das partes (art. 563 do Código de Processo Penal).

2. Para que a nulidade da ação penal seja reconhecida, por descumprimento da formalidade prevista no art. 38 da Lei nº 10.409/02, imprescindível seria, portanto, a demonstração de prejuízo à defesa, que não foi feita.

3. A utilização do rito ordinário se justifica pela variedade de infrações penais e, em tese, favorece a defesa, em vez de prejudicá-la.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a falta de oportunidade para defesa preliminar não é causa de nulidade se a denúncia vem acompanhada de inquérito policial.

5. Ordem denegada.

(Fl. 925.)

Contra essa decisão, impetrou novo pedido de *writ*, desta vez junto ao Superior Tribunal de Justiça, que também denegou a ordem, em ato aqui reputado configurador de constrangimento ilegal:

Processo Penal. Habeas corpus. Operação Diamante. Tráfico. Lavagem de dinheiro. Falsidade ideológica. Delitos sujeitos a procedimentos diversos. Art. 38 da Lei 10.409/02. Adoção do procedimento ordinário. Nulidade. Inexistência. Denegação da ordem.

1. Imputados aos réus delitos sujeitos a procedimentos diferentes, é possível a adoção do procedimento ordinário previsto para os delitos apenados com reclusão, pois é o mais abrangente, próprio a garantir ao Paciente e aos co-réus a forma mais irrestrita de ampla defesa.

2. Operação irrompida pela Polícia Federal, conhecida por 'Operação Diamante', em que se deflagrou o cometimento de inúmeros delitos, por organização criminosa complexa e que se estenda por vários países, o que justifica a adoção do procedimento ordinário.

3. A concessão da delação premiada não está atrelada à existência ou inexistência da defesa preliminar, prevista no art. 38 da Lei n. 10.409/2002, eis que pode ser concedida em razão do acordo ou proposta do Ministério Público, atendidos os requisitos legais.

4. Ordem denegada.

(Fl. 1128.)

Alega o Recorrente que o juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás,

condenando o ora Paciente a pena privativa de liberdade, o processou sem que fosse observada ampla defesa e o contraditório, ofendendo sobremaneira o devido processo legal, pois não se oportunizou ao Paciente ser interrogado preliminarmente, e da mesma forma foi impedido de apresentar sua defesa preliminar, tal como previsto no artigo 38 da Lei nº 10.409/02

(Fl. 1147.)

Alega, ainda, que a inobservância do rito processual adotado impossibilitou a concessão da delação premiada, pois não se ensejou ao recorrente manifestação a respeito.

Requer a anulação dos procedimentos já realizados até a data imediatamente posterior ao recebimento da denúncia, para que se realize a defesa preliminar, preconizada pelo art. 38 da Lei 10.409/02.

Não há pedido de liminar.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 1240-1244).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): 1. Sustenta o Recorrente que o processo padece de nulidade absoluta, porque, em respeito ao rito previsto na Lei 10.409/02, deveria ter-se realizado interrogatório antes do juízo de recebimento da denúncia (art. 38, *caput*), permitindo, assim, concessão da delação premiada.

O caso diz respeito a processo oriundo da chamada Operação Diamante, que, realizada pela Polícia Federal, resultou na denúncia de 37 pessoas. As imputações constantes da denúncia do Ministério Público Federal (fls. 40-189) incluem associação para a prática de tráfico internacional de entorpecentes, tráfico internacional de entorpecentes, lavagem ou ocultação de bens oriundos do narcotráfico, nos termos do art. 14 da Lei 6.368/76, além da imputação, a alguns dos réus, da prática dos delitos tipificados no art. 12, c/c o art. 18 da Lei 6.368/76, art. 1º, I, da Lei 9.613/98, e art. 229 do Código Penal. Trata-se, portanto, de feito algo complexo.

Verifica-se que o ora recorrente, com mais 15 denunciados, apresentou, além de outras, preliminar de nulidade absoluta do processo no juízo de pri-

meiro grau, em razão da não observância do rito previsto pelo art. 38 da Lei 10.409/02 (fl. 237).

Mas a preliminar foi rejeitada em decisão assim fundamentada:

A preliminar não procede, em razão dos seguintes fundamentos. Conforme se depreende da fl. 149 da peça inaugural, nos presentes autos houve não apenas a imputação dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, mas, também, irrogou-se ao denunciado *Leonardo Mendonça* a responsabilidade pela prática do delito de falsidade ideológica, tipificado no art. 299 do Código Penal.

Assim é que, **diante da diversidade de ritos procedimentais em tese aplicáveis à espécie, optei pelo que entendi mais benéfico aos denunciados, isto é, o rito comum ordinário**, disciplinado nos arts. 395 e seguintes do Código de Processo Penal.

Embora aceitável, do ponto de vista doutrinário, a tese de que o novo rito procedimental disciplinado na Lei 10.409/2002 está em pleno vigor, entendi, desde o começo, que o rito especial não é, na sua essência, mais benéfico aos denunciados.

Com efeito, se é certo que o art. 38 da Lei 10.409/2002 determina que se dê o acusado a oportunidade para, no prazo de 10 (dez) dias, “responder à acusação por escrito”, antes do recebimento da exordial, não é menos certo, entretanto, que o art. 40 da referida lei preconiza que, com o recebimento da exordial, o juiz designará data para a audiência de instrução e julgamento.

Na audiência de instrução e julgamento, proceder-se-á, de forma contínua e sucessiva, ao interrogatório do acusado e à inquirição das testemunhas, oferecendo-se às partes, em seguida, o prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por outros 10 (dez), se necessário, para a produção de alegações finais orais (art. 41 da Lei 10.409/2002).

De se notar que a eventual vantagem decorrente da notificação para resposta escrita é mera falácia, haja vista que, recebida a denúncia, o processo passaria imediatamente à fase (extremamente concentrada, e de contraditório meramente formal) de instrução e julgamento.

Foi justamente pretendendo oportunizar aos denunciados um contraditório efetivo e diferido que, em vista da imputação ao denunciado Leonardo Dias Mendonça da prática de fatos descritos no art. 299 do Código Penal, optei pela adoção do procedimento comum ordinário.

Aliás, importante destacar que o rito comum ordinário, como sabido e ressabido, além de estabelecer datas distintas para o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, institui o prazo de 03 (três) dias para a apresentação da defesa prévia, além de oferecer aos acusados a oportunidade – extremamente relevante,

benéfica e eficaz – de juntar documentos imprescindíveis à defesa (art. 499 do CPP), estabelecendo, outrossim, prazo muito mais vantajoso para a produção das alegações finais – 03 (três) dias – o que se faz pela forma escrita (art. 500 do CPP).

Por essas razões é que a adoção do rito comum ordinário, sobretudo em casos como o dos presentes autos, que é extremamente complexo, oferece, concretamente, maiores oportunidades ao exercício da ampla defesa, estando, por conseguinte, mais de acordo com o espírito dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos abrigados pela Carta Política.

(Fls. 277-278. Grifos nossos.)

Esta Corte reconhece que a inobservância do rito previsto no art. 38 da Lei 10.409/02 implica nulidade de caráter absoluto (HC 88.836, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 6-10-06; RE 515.427, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 14-9-07; HC 93.779, Rel. Min. Eros Grau, DJE de 18-4-04).

Ressalva, entretanto, que não há nulidade sem prejuízo (ainda que presumido) ao réu, posto tratando-se de casos de nulidade absoluta. Nesse sentido:

O âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as nulidades absolutas (...)

(HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-4-02.)

Denota-se dos bons argumentos do juízo de primeiro grau que o procedimento adotado não acarretou prejuízo a nenhum dos denunciados, tampouco ao ora recorrente. O juiz, diante da diversidade de ritos em tese aplicáveis à espécie, optou pelo que entendeu mais amplo e benéfico aos denunciados, isto é, o rito comum ordinário, disciplinado nos arts. 395 e seguintes do Código de Processo Penal.

Não pode, pois, queixar-se o Recorrente.

3. Diante do exposto, **nego provimento ao recurso.**

EXTRATO DA ATA

RHC 94.451/GO – Relator: Ministro Cezar Peluso. Recorrente: Willer da Silveira ou Wiler da Silveira (Advogados: Pedro Paulo Guerra de Medeiros e outros). Recorrido: Ministério Público Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Pedro Paulo Guerra de Medeiros. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento a Ministra Ellen Gracie.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Brasília, 5 de agosto de 2008 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 651.364 – RJ

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Agravante: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda.

Agravada: Rosilene Medeiros do Nascimento França

Agravo regimental no agravo de instrumento. Juizados Especiais. Turma Recursal. Remissão aos fundamentos da sentença. Lei 9.099/95. Possibilidade.

1. Não viola a exigência constitucional de motivação a fundamentação de turma recursal que, em conformidade com a Lei 9.099/95, adota os fundamentos contidos na sentença recorrida.

2. Agravo regimental desprovido.

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 unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de agosto de 2008 — Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. interpõe agravo regimental contra decisão de fls. 165/166, que negou provimento ao agravo de instrumento, com a seguinte fundamentação:

Vistos.

Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade aos artigos 5º, inciso LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão da Turma

Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro que manteve, por seus próprios fundamentos, a sentença de 1º grau que entendeu devida indenização por danos morais em virtude de acidente ambiental configurado no vazamento de material poluente que causou prejuízo à atividade de pesca exercida pela agravada.

Opostos embargos de declaração (fls. 130 a 135), foram rejeitados (fl. 138).

Decido.

Anote-se, primeiramente, que o acórdão dos embargos declaratórios, conforme expresso na certidão de fl. 138v, foi publicado em 24-11-06, não sendo exigível, conforme decidido no AI 664.567-QO, Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 6-9-07, a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário.

A irresignação não merece prosperar.

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional ou violação do art. 5º, inciso LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal. A Agravante teve acesso aos recursos cabíveis na espécie e a jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão da recorrente, tendo o Tribunal de origem justificado suas razões de decidir.

Além disso, o acórdão atacado se limitou a aplicar a legislação infraconstitucional pertinente ao caso. A alegada violação dos dispositivos constitucionais invocados seria, se ocorresse, indireta ou reflexa, o que não enseja reexame em recurso extraordinário. Nesse sentido, anote-se:

“Agravamento regimental no agravamento de instrumento. Ação de cobrança. Despesas condominiais. Agravamento regimental ao qual se nega provimento. 1. Impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional e do reexame de provas na via do recurso extraordinário. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, podem configurar apenas ofensa reflexa à Constituição da República”.

(AI 594.887-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJ de 30-11-07.)

“Agravamento de instrumento – Alegação de ofensa ao postulado da

motivação dos atos decisórios – Inocorrência – Ausência de ofensa direta à Constituição – Recurso improvido. O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes”.

(AI 360.265-AgR/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 20-9-02.)

Nego provimento ao agravo.

Intime-se.

Insiste a agravante na violação dos arts. 5º, inciso LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, uma vez que a Turma Recursal “pronunciou-se no sentido de simplesmente manter a sentença proferida pelo juiz de Primeiro grau por seus próprios fundamentos, servindo conseqüentemente a súmula do julgamento como acórdão, a teor do que determina o art. 46 da Lei 9.099/95” (fl. 171). Desse modo, “em nenhum momento restou apreciada, e conseqüentemente fundamentadas as matérias elencadas pela agravante em seu recurso inominado, bem como nos embargos de declaração, não tendo aquele Órgão Julgador apresentado a prestação jurisdicional de forma mais completa e convincente possível” (fl. 171).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Não merece prosperar o inconformismo.

Reafirmo que não houve violação dos arts. 5º, inciso LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, uma vez que a agravante teve acesso aos recursos cabíveis na espécie e a jurisdição foi prestada mediante decisão suficientemente motivada, tendo o Tribunal de origem justificado suas razões de decidir, sendo certo que não viola a exigência constitucional de motivação a fundamentação de turma recursal que, em conformidade com a Lei 9.099/95, adota os fundamentos contidos na sentença recorrida. Sobre o tema, anote-se:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa. Juizado especial. Remissão aos fundamentos da sentença. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Reexame de provas. Impossibilidade em recurso extraordinário. 1. Controvérsia decidida à luz de legislações infraconstitucionais. Ofensa indireta à

Constituição do Brasil. 2. O § 5º do art. 82 da Lei 9.099/95 faculta ao Colégio Recursal do Juizado Especial a remissão aos fundamentos adotados na sentença, sem que isso implique afronta ao art. 93, IX, da Constituição do Brasil. 3. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 649.140-AgR/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. **Eros Grau**, DJ de 17-8-07.)

Decisão – Turma recursal – Fundamentação. A Lei 9.099/95 viabiliza a adoção pela turma recursal dos fundamentos contidos na sentença proferida, não cabendo cogitar de transgressão do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

(AI 453.483-AgR/PB, Primeira Turma, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJ de 8-6-07.)

Nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

AI 651.364-AgR/RJ – Relator: Ministro Menezes Direito. Agravante: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. (Advogados: Cláudio Fernandes Duarte da Silva e outros e Antônio Rufino Neto e outros). Agravada: Rosilene Medeiros do Nascimento França (Advogados: Alex Daflon dos Santos e outros).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 26 de agosto 2008 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 88.027-MG (2007/0171806-1)

Relator: Ministro Og Fernandes

Autor: Justiça Pública

Réu: Márcia Silva de Oliveira

Suscitante: Juízo de Direito da 1a Vara Criminal de Governador Valadares-MG

Suscitado: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG

EMENTA

Conflito de competência. Penal. Juizado Especial Criminal e Juiz de Direito. Crime com violência doméstica e familiar contra mulher. Crime contra honra praticado por irmã da vítima. Inaplicabilidade da Lei n. 11.340/2006. Competência do Juizado Especial Criminal.

1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei n. 11.340/2006, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica.

2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

3. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei n. 11.340/2006.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG, o suscitado.

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, A Se-

ção, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Paulo Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 18.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Cuida-se de conflito negativo de competência, em que são partes o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Governador Valadares-MG, suscitante, e o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG, suscitado, que se declararam incompetentes para o processar e julgar do feito.

Depreende-se dos autos que Marilza Silva de Oliveira ingressou com representação contra Márcia Silva de Oliveira, alegando ter sido ofendida verbalmente à porta de sua casa, sendo vítima de constrangimento moral, uma vez que, em virtude do acontecido, foi-lhe pedido que se retirasse do imóvel em que residia pelo proprietário do mesmo. Consta que a autora do suposto delito (arts. 139 e 140 do CP) seria irmã da vítima e que as duas estariam constantemente em atrito.

O Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG, acolhendo o parecer ministerial, manifestou-se no sentido de que o caso se enquadra na hipótese da Lei n. 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo que a competência para julgamento seria de uma das Varas Criminais da Comarca, uma vez que a referida lei retirou dos Juizados Especiais Criminais a competência para o processo e julgamento dos delitos desta natureza. Isto posto, encaminhou os autos à 1ª Vara Criminal de Governador Valadares-MG.

O Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Governador Valadares-MG entendeu que o caso não se enquadra nos termos do art. 5º da Lei n. 11.340/2006. Desta forma, suscitou o conflito de competência e determinou a remessa dos autos a esta Corte Superior.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 13/17 pela competência do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): O caso dos autos não evidencia a ocorrência de crime da Lei n. 11.340/2006, como bem asseverou o Ministério Público Federal em seu parecer.

A Lei n. 11.340/2006 definiu os crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura-se violência doméstica e familiar contra mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (com detalhes)

A nova Lei refere-se a crimes praticados com violência familiar contra a mulher, deixando de prever delitos da mesma natureza praticados contra homem ou contra qualquer outro tipo de pessoa. Infere-se, desta forma, que o legislador tem em conta a mulher, numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais.

O escopo da lei é a proteção da mulher em situação de fragilidade diante do homem (ou mulher) em decorrência de qualquer relação íntima, com ou sem coabitação, em que possa ocorrer atos de violência contra esta mulher.

O sujeito ativo da violência doméstica tanto pode ser o homem, quanto a mulher, em virtude de o parágrafo único do art. 5º estabelecer que as relações pessoais independem de orientação sexual.

Segundo a corrente defendida por vários juristas, dentre eles Sérgio Ricardo de Souza (SOUZA, Sérgio Ricardo de. Comentários à Lei de Combate à Violência Contra a Mulher, 2ª Edição, Juruá Editora, Curitiba, 2008), a ênfase principal da lei não é a questão de gênero, tendo o legislador dado prioridade à criação de mecanismos que coíbam e previnam a violência doméstica e familiar contra a mulher, sem importar o gênero do agressor que tanto pode ser homem quanto mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

Para Luiz Flavio Gomes:

Sujeito ativo da violência pode ser qualquer pessoa vinculada com a vítima (pessoa de qualquer orientação sexual, conforme o art. 5º, parágrafo único): do sexo masculino, feminino ou que tenha qualquer outra orientação sexual. Ou seja: qualquer pessoa pode ser sujeito ativo da violência; basta estar coligada a uma mulher por vínculo afetivo, familiar ou doméstico: todas se sujeitam à nova lei. Mulher que agride outra mulher com que tenha relação íntima: aplica a nova lei. A essa mesma conclusão se chega: na agressão de filho contra mãe, de marido contra mulher, de neto contra avó, de travesti contra mulher, empregador ou empregadora que agride empregada doméstica, de companheiro contra companheira, de quem esta em união estável contra a mulher etc. (GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Aline. Competência Criminal da Lei de Violência contra a Mulher II. Disponível no sítio <www.lfg.com.br>).

O sujeito passivo é a mulher, uma vez que a violência perpetrada pressupõe uma relação caracterizada pelo poder e submissão sobre a mulher. Resguarda-se a primazia da mulher apenas enquanto vítima, uma vez que seria inaceitável que, no mesmo ambiente doméstico ou familiar, o neto que agride a avó esteja sujeito às regras da Lei Maria da Penha, enquanto que a neta, que pratique os mesmos atos não se submeta às mesmas regras.

É evidente, no caso, que a troca de ofensas entre irmãs não se insere na hipótese de incidência examinada. Se assim fosse, qualquer briga entre parentes daria ensejo ao enquadramento na Lei n. 11.340/2006. Além do mais, a situação dos autos não demonstra qualquer relação de vulnerabilidade, hipossuficiência, inferioridade física ou econômica entre autora e vítima.

Fica evidente, pela análise do caso, que o delito supostamente praticado não encerra qualquer motivação de gênero, tendo havido apenas discussões e ofensas entre duas irmãs com problemas de relacionamento preexistentes, conforme narrado na própria representação:

A vítima relata que a autora é sua irmã e que constantemente estão em atrito. Que no dia 28.02.2007, a autora foi até a casa da vítima buscar a filha da vítima para levá-la para casa da autora. Que a vítima não tinha autorizado sua filha ir para casa da tia. Pelo fato da filha da vítima não ir, a autora começou a buzinar e gritar na porta da sua casa e ainda agredindo verbalmente a vítima dizendo: 'prostituta, vagabunda, você não é gente de morar na ilha', causando constrangimento moral para a vítima. Relata ainda que o proprietário do imóvel onde a vítima mora pediu para que a mesma se retirasse do imóvel, em virtude do acontecimento.

Diante de tais considerações, conheço do conflito de competência e declaro competente para processamento e julgamento do feito o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares-MG, ora suscitado.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Suprema Corte do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e, por maioria, dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Nancy Andrighi e Srs. Ministros Rensselar e Castro votaram com o Sr. Ministro Relator. Votando em parte, o Sr. Ministro Manoel de Oliveira, que entende de que a data-base total previdenciária, suscitada no presente recurso, é a devida ao Sr. João da Silva.

Brasília, 26 de Agosto de 2008 (data da prolação).

Ministro do Poder Judiciário, Ministro

RECURSO ESPECIAL N. 1.063.304-SP (2007/0236532-9)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: B S S

Advogado: Bruno Salla Squilar

Recorrido: Empresa Folha da Manhã Ltda

Advogado: Mônica Filgueiras da Silva Galvão e outro(s)

EMENTA

Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Reportagem de jornal a respeito de bares frequentados por homossexuais, ilustrada por foto de duas pessoas em via pública. A homossexualidade, encarada como curiosidade, tem conotação discriminatória, e é ofensiva aos próprios homossexuais; nesse contexto, a matéria jornalística, que identifica como homossexual quem não é, agride a imagem deste, causando-lhe dano moral. Recurso especial conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e, por maioria, dar-lhe parcial provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrigli e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Massami Uyeda, que conhecia do recurso e dava-lhe total provimento. Sustentou oralmente pelo recorrente o Dr. Bruno Salla Squilar.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 13.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que B. S. S. ajuizou ação de indenização por danos morais contra Empresa Folha da Manhã - Ltda., responsável pelo Jornal Folha de São Paulo, alegando que no dia 27 de maio de 2001 foi publicada no Jornal Folha de São Paulo uma matéria com o título "Bairros de São Paulo atraem vizinhança homossexual" com fotografia do Autor cumprimentando um amigo na Rua Haddock Lobo, ao lado do Fran's Café que, segundo a matéria, é local destinado a encontro do público GLS na cidade de São Paulo; a forma como foi tirada a fotografia demonstra claramente a maldosa intenção de insinuar um possível beijo entre dois homens; a atitude da Ré causou-lhe um profundo abalo de ordem emocional porque a sua imagem ficou vinculada ao público homossexual; além de constrangimentos diante de amigos e familiares, a matéria trouxe-lhe inúmeros aborrecimentos na vida profissional, pois no exercício da advocacia passou a ser motivo de chacota por parte de advogados e servidores públicos do Poder Judiciário; além disso, o Autor passou a conviver com a desconfiança dos amigos, familiares e clientes do escritório de advocacia acerca de uma possível homossexualidade (fls. 18/33).

A MM. Juíza de Direito Dra. Maria Laura de Assis Moura Tavares julgou procedente o pedido, condenando a Ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) - fls. 404/411.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o Desembargador Morato de Andrade, negou provimento à apelação do Autor e deu provimento em parte à apelação da Ré para reduzir o valor da indenização para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) - fls. 492/498.

Opostos embargos de declaração pelas partes (fls. 501/513 e 514/518), foram acolhidos os do Autor sem efeitos modificativos (fls. 522/525).

B. S. S. interpôs, então, recurso especial com base na violação do artigo 186 do Código Civil e na divergência jurisprudencial, pedindo a majoração do valor da indenização (fls. 528/598).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): No dia 27 de maio de 2001 (domingo), o Jornal Folha de São Paulo publicou a matéria "Bairros de São Paulo atraem vizinhança homossexual", abordando o tema da frequência do chamado público GLS (Gays, Lésbicas e Simpatizantes) em determinada região da cidade de São Paulo, onde bares, cafés, restaurantes, discotecas e lojas atraem, dia e noite, os homossexuais.

A matéria de meia página foi ilustrada com uma fotografia do Autor, sem sua autorização, abraçando um amigo em frente ao Fran's Café, constando da legenda nomes fictícios:

Renato, 28, e Rodrigo, 35, se abraçam na frente do Fran's Café, destinado ao público GLS da cidade (fl. 35).

A teor da matéria jornalística:

A primeira parada para a noite é no Fran's Café, na rua Haddock Lobo, quase esquina com a avenida Paulista. O café é o local preferido para os blind dates, ou encontro às escuras, marcados pela internet entre pretendentes que ainda não se conhecem pessoalmente (fl. 35).

Segundo o acórdão recorrido, "o autor estava na calçada logo ao lado desse bar. Na fotografia, aparece apenas a metade de seu rosto, numa fotografia relativamente escura, mas o suficiente para algumas pessoas de seu conhecimento identificarem-no" (fl. 496).

É incontroverso que a fotografia retrata o abraço de dois homens e ilustra uma reportagem sobre determinado local, na cidade de São Paulo, freqüentado por gays, lésbicas e simpatizantes.

A fotografia, associada ao teor da reportagem, leva a crer que as duas pessoas do sexo masculino presentes naquele local indicado como encontro de homossexuais representam esse público.

Sem dúvida, a publicação da fotografia desrespeitou os valores do Autor, sua vida íntima, familiar e profissional, prejudicando sua imagem no meio social em que vive, trabalha e se relaciona.

A intervenção do Superior Tribunal de Justiça no arbitramento do valor indenizatório a título de danos morais só se dá por exceção, quando o valor arbitrado na instância ordinária for irrisório ou abusivo.

Na espécie, a indenização fixada pelo tribunal *a quo* em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) é irrisória à vista dos prejuízos morais sofridos pelo Recorrente, justificando a intervenção excepcional do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento em parte para fixar o valor da indenização por danos morais em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), corrigido monetariamente a partir desta data.

VOTO-VENCIDO, EM PARTE

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, quanto ao mérito do recurso especial, estou inteiramente de acordo com o posicionamento do eminente Relator e da eminente Ministra Nancy Andrighi e, mormente diante do depoimento pessoal que a parte trouxe, que, na verdade, é o advogado em causa própria, e

considerando também esse precedente que participamos, em que havia esse aleijão e essa dor, observando que a dor física é uma situação vivenciada e a dor moral algo que pertence ao universo interior de cada qual e, por isso, na verdade, a lesão da dor moral tem efeitos deletérios não só para quem está vivenciando esse problema, pois isso depende da sensibilidade de cada um, mas, embora o venerando acórdão não tenha descido a essas minúcias que o ilustre advogado aqui particulariza, é natural as conseqüências de uma irrefletida e irresponsável conduta de um profissional do jornalismo, pois a imprensa tem não somente o direito e o dever de informar, mas é preciso ter responsabilidade; ao publicar uma fotografia sem prévia autorização, colocando nomes fictícios, expondo a imagem, estamos diante de uma agressão ao patrimônio moral, e o patrimônio moral é tão valioso quanto a própria vida. Talvez diria mais, o seguinte: alguém que sofra uma agressão moral enxovalhado em sua honra, nome e imagem, e estando vivo - pode até não estar vivo - sofre uma conseqüência de que passa aquele quadro traçado por Dante: "O inferno em vida".

Quer dizer, na verdade são situações que devemos sopesar. A dor física, o aleijão também causam sofrimento físico e moral, o abatimento, tanto que a própria doutrina estabelece a distinção do dano estético, muito ligado ao conteúdo do dano moral. São situações que devemos realmente analisar e fazer, digamos, um debate em termos de valoração. É realmente algo muito difícil, porque passará pelo subjetivismo de cada qual de nós. Mas, a circunstância, como também acentuada da Tribuna, do *pretium doloris*, a *pecunia doloris*, na verdade temos que fazer com que as nossas decisões sejam propedêuticas, no sentido de traçar uma orientação para o corpo social da qual uma das missões institucionais do Tribunal é exatamente uniformizar a jurisprudência, dar adequada interpretação à legislação infraconstitucional e nós, aqui, estamos enfrentando claramente os arts. 186 e o antigo 159, uma lesão que causa.

Não ficaria nada constrangido em manter essa solicitação que o recorrente faz e majorar isso. Aí é uma questão que, depois, as partes podem se compor, ou alguma coisa, mas, na verdade, é uma forma de poder fazer com que todos nós sejamos realmente responsáveis pelos nossos atos. É preciso respeitar a dignidade humana, um dos fundamentos basilares da nossa Constituição no Brasil, que é um Estado democrático de direito, uma República, cujo fundamento está no respeito à dignidade humana.

Dou integral provimento ao recurso especial.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.870-DF (2007/0124760-8)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: Maria de Fátima Monteiro Ribeiro Carrapatoso

Advogada: Heloísa de Magalhães Novaes e outro(s)

Impetrado: Ministro de Estado das Relações Exteriores

EMENTA

Mandado de segurança. Plano de saúde. Transferência da impetrante para outro seguro médico. Ausência de credenciamento da equipe médica na qual deposita sua confiança há mais de 15 anos.

Impetrante idosa portadora de câncer. Reintegração ao plano anterior. A novel legislação não tem eficácia desconstitutiva da situação jurídica que se consolidou em tempo anterior à sua vigência. Ordem concedida.

1. Nos termos do art. 5º, XXXVI da CF e do art. 6º da LICC, não deve a lei nova retroagir para atingir fatos e efeitos já consumados sob o império da normatividade anterior, sob pena de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito ou à coisa julgada.

2. A revogação do inciso IV do art. 2º do Decreto n. 99.525/1990, pelo art. 1º do Decreto n. 2.801/1998, que excluiu os Auxiliares Locais do Programa Complementar de Assistência Médica do Ministério das Relações Exteriores, não tem o condão de excluir a impetrante do plano de saúde a que está filiada há mais de 15 anos, tendo em vista a incorporação desse direito ao seu patrimônio jurídico.

3. Tratando-se de uma pessoa idosa (78 anos) e portadora de câncer, a impetrante já estava afeiçãoada ao tratamento dispensado pelos médicos credenciados no Plano Aetna, e a mudança da empresa prestadora do seguro pode vir a acarretar sérios problemas à sua saúde, em flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana que, considerada a centralidade desse princípio fundamental, deve sempre preponderar no caso concreto.

4. Ordem concedida para determinar a reintegração da impetrante ao seguro médico prestado pela empresa Aetna Global Benefits.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do

voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Nilson Naves, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 19.09.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por Maria de Fátima Monteiro Ribeiro Carrapatoso, Auxiliar Administrativa do Escritório Financeiro do MRE, nos EUA, contra ato praticado pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores, consubstanciado no desligamento da impetrante do seguro médico-hospitalar-odontológico prestado pela empresa norte-americana Aetna Global Benefits (AGB).

2. Alega a impetrante que por motivos alheios à sua vontade, foi desligada do referido seguro, com a justificativa de que poderia ser incluída em outro plano de seguro médico, contratado junto à empresa Cigna's Health Insurance para os demais Auxiliares Administrativos, o qual não conta com o mesmo leque de benefícios oferecidos pela anterior seguradora. Assevera, ainda, que, por ser idosa e portadora de câncer desde 1986, necessita de exames permanentes para manter a doença sob controle.

3. Em suas informações, o Ministro de Estado das Relações Exteriores aduz que a impetrante não é Servidora Pública Federal, mas é contratada local ocupante do emprego de Auxiliar Administrativo junto ao Escritório Financeiro do Ministério em Nova York. Assim, por força da revogação do disposto no art. 2º, inciso IV do Decreto n. 99.525/1998, (que admitia a inclusão dos auxiliares locais no Programa Complementar de Assistência Médica do Serviço Exterior), tornou-se ilegal a permanência da impetrante no referido plano de saúde.

4. O pedido de liminar foi indeferido às fls. 165/168.

5. Parecer ministerial opinando pela denegação da segurança, uma vez que a impetrante não logrou demonstrar a existência de direito líquido e certo capaz de amparar a pretensão mandamental deduzida na espécie.

6. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Maia Filho (Relator): 1. De acordo com as informações prestadas pela autoridade coatora, a impetrante foi excluída do plano de saúde do qual era participante desde 1973, por força da revogação do dispositivo que incluía os Auxiliares Locais no Programa Complementar de Assistência Médica do Serviço Exterior.

2. Sustenta que o Decreto n. 99.525/1998 admitiu, até 1998, a inclusão dos Auxiliares Locais no PCAMSE; no entanto, a revogação de seu inciso IV, em 13.10.1998, pelo Decreto n. 2.801/1998, tornou ilegal a permanência e/ou inclusão desses prestadores de serviço.

3. Ocorre que, a revogação do inciso IV do art. 2º do Decreto n. 99.525/1990, pelo art. 1º do Decreto n. 2.801/1998, não tem o condão de excluir a impetrante do plano de saúde que lhe assiste há mais de 15 anos, tendo em vista a incorporação desse direito ao seu patrimônio jurídico. Com efeito, a novel legislação não tem eficácia desconstitutiva da situação jurídica que se consolidou em tempo anterior à sua vigência, por tratar-se de direito adquirido, ou seja, incluído definitivamente ao patrimônio de seu titular e exercitável por sua vontade.

4. Ora, conforme o art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, logo, não deve a nova norma retroagir atingindo fatos e efeitos já consumados sob o império de lei anterior, mais benéfica. Atento ainda ao que foi mencionado, o art. 6º da LICC reforça a proteção ao direito adquirido, ao dispor que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

5. Destarte, não obstante a revogação do inciso IV do art. 2º do Decreto n. 99.525/1990, seus efeitos devem permanecer, persistindo as relações constituídas sob sua égide, ante a previsão constitucional de resguardo do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. Por conseguinte, o ato praticado pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores configura uma ofensa ao direito líquido e certo da impetrante de se manter assistida pelo seguro médico da Aetna.

6. Outrossim, tratando-se de uma pessoa idosa (78 anos) e portadora de câncer, a impetrante já estava afeiçãoada ao tratamento dispensado pelos médicos credenciados na Aetna, e a mudança da empresa prestadora do seguro pode vir a acarretar sérios problemas à sua saúde, em flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana que, considerada a centralidade desse princípio fundamental, deve sempre preponderar no caso concreto.

7. A alteração dos médicos assistentes da paciente, à essa altura, certamente lhe causaria significativos impactos e efeitos psicológicos e emocionais adver-

sos, ao se ver privada de ser atendida pelo seu médico, em quem vinha depositando sua confiança por 15 anos. Resta evidente, portanto, que tais modificações representam graves riscos à qualidade de vida da impetrante.

8. Ante o exposto, voto pela concessão da ordem, para determinar a reintegração da impetrante ao seguro médico prestado pela empresa Aetna Global Benefits.

9. É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1.009.647-RS
(2008/0019944-8)**

Relator: Ministro Ari Pargendler
Agravante: Hospital Mãe de Deus
Advogado: Charles Luís Barbosa e outro(s)
Agravado: Leticia Gobbi
Advogado: Cláudio Caldeira Antunes e outro(s)
Interes.: Sandra Lúcia Cocaro de Souza

EMENTA

Civil. Responsabilidade civil. Hospital. A alta do paciente, imprudente e negligente, autorizada, sem avaliação médica, por enfermeira do hospital, acarreta a responsabilidade civil deste. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 28.10.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O agravo regimental ataca a decisão de fl. 224, *in verbis*:

1. O recurso especial ataca acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Dano moral. Erro médico e hospitalar. Videolaparoscopia. Perfuração de alça intestinal. Peritonite. Responsabilidade do cirurgião assentada na falha do dever de informar, associada à conduta do hospital, ambos assentando em alta da paciente com indicações de instalação de quadro infeccioso.

Erro médico. Falha no dever de informar. Negligência do pós-operatório. Falha na prestação dos serviços hospitalares.

Ausência de consentimento informado. Dever de informar inerente à realização de procedimentos médicos de risco.

Conquanto a perfuração de alça intestinal se insira nos riscos do procedimento a que foi submetida a autora, o que não tipificaria imperícia, houve falha na não identificação prévia.

Conduta agravada pela negligência na seqüência do procedimento, em face da sintomatologia apresentada pela autora, a quem foi dada alta precoce, propiciando o agravamento do quadro e instalação de peritonite.

Responsabilidade do cirurgião e do Hospital.

(...) (fl. 20).

Lê-se do voto condutor:

O que se viu dos documentos juntados, principalmente do documento de fl. 33, é que a alta hospitalar estava condicionada, às condições da paciente. Textualmente assim está escrito: '(...) Alta agora pela manhã se em condições

(fl. 26).

De qualquer sorte, como destacou o douto magistrado, a responsabilidade mais se acentua com a negligência posterior ao procedimento, e aqui - reforça-se - também da entidade hospitalar, permitindo a alta da paciente que ainda manifestava queixas compatíveis com um quadro de peritonite, que, como sustentam, seria decorrência natural de perfuração de alça intestinal, possível de ocorrer em procedimentos de videolaparoscopia, o que, por óbvio, exigia um melhor acompanhamento e valorização da sintomatologia apresentada (fl. 29-verso).

E do voto proferido nos embargos de declaração:

De um lado, foi reconhecida a culpabilidade da médica-ré por erro na execução da cirurgia e em face da negligência no acompanhamento pós-operatório, bem como pela insuficiência (ou ausência) de informações prestadas acerca dos riscos do procedimento. De outro, restou consignada a responsabilidade do hospital-demandado pela negligência na alta precoce, assim por autorizar a realização de cirurgia em paciente que desconhecia os riscos a que estava suscetível.

(...)

A título de argumentação, não se pode olvidar que, mesmo sem culpa por parte do hospital, poderia haver sua responsabilidade objetivamente reconhecida, seja em face das normas do CDC, seja porquanto o médico atuou como preposto do nosocômio (fl. 34-verso).

As razões do recurso especial dizem violados os artigos 460 e 535 do Código de Processo Civil e os artigos 1.518 e 1.521, III, do Código Civil de 1916.

2. Reconhecida que fosse a contradição entre o acórdão proferido no julgamento da apelação e o acórdão prolatado no julgamento dos embargos de declaração, o primeiro admitindo que a médica e o hospital foram escolhidos pelo paciente, e o segundo decidindo que a médica atuou como preposta do hospital, subsistiria no julgado um fundamento suficiente para a respectiva manutenção: o de que o hospital foi responsável pela alta do paciente, *in verbis*:

No momento em que o hospital tomou para si a averiguação das condições da paciente para justificar sua alta hospitalar, através de seu corpo de enfermagem, trouxe também a responsabilidade pelas consequências de uma alta imprudente e negligente, sem avaliação médica e que mais tarde se mostrou imprudente e negligente, conforme nesta fundamentação asseverei (fl. 26).

Nego, por isso, provimento ao agravo.

A teor das razões:

Como visto, restou patente que o tribunal *a quo*, contrariando a remansosa e uníssona jurisprudência aplicável à espécie, sustentou que a responsabilidade da recorrente residiria no fato de que a médica teria atuado na condição de sua preposta, fato que vai refutado pelos próprios autos, pois incontroverso.

Conquanto restasse superado tal argumento, pelo fundamento esgrimido pela douda decisão vergastada, a conclusão não tiraria das razões deduzidas pela recorrente a pertinência de seu pleito recursal.

Se restou definido que a alta se daria dependendo das condições da paciente, ora recorrida, e a alta foi dada com consentimento da sua médica assistente (detentora da prerrogativa de liberar a sua paciente), não soa legal e justo que o Hospital reste responsabilizado por tal ato médico.

Insta ressaltar que, ao corolário do que sustentou o Tribunal *a quo*, o Hospital não tornou pra si a responsabilidade para justificar a

alta hospitalar, mas, isto sim, cumpriu as determinações médicas (fl. 243).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): As razões do recurso não foram capazes de afastar o fundamento da decisão agravada, qual seja, o de que "No momento em que o hospital tomou para si a averiguação das condições da paciente para justificar sua alta hospitalar, através de seu corpo de enfermagem, trouxe também a responsabilidade pelas conseqüências de uma alta imprudente e negligente, sem avaliação médica e que mais tarde se mostrou imprudente e negligente, conforme nesta fundamentação asseverei" (fl. 26)" - fl. 224.

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

Procurador-Geral de Justiça participa da sessão do Governador Sérgio Córdia

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Cláudio Soares Lopes, participou do expediente da sessão do Governador Sérgio Córdia, realizada em sua residência. A reunião, de natureza no âmbito do Poder Judiciário, teve o objetivo de discutir a legislação do Rio de Janeiro (RJ) e, em 17 de janeiro, a reunião teve 2.300 convidados.

O PGJ, Cláudio Soares Lopes, integrou a sessão de trabalho do Conselho Superior do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, sob a presidência do Presidente do Conselho Superior do Poder Judiciário, o Ex. Sr. Celso de Figueiredo, e do Presidente do Tribunal de Justiça, Luiz Roberto.

Cláudio Soares Lopes é nomeado para o cargo de Procurador-Geral de Justiça

O Governador Sérgio Córdia, do Rio de Janeiro, nomeou para o cargo de Procurador-Geral de Justiça, Cláudio Soares Lopes, para o período de mandato de 1º de janeiro de 1987 a 31 de dezembro de 1990. A nomeação foi publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, em 17 de janeiro. Com a nomeação, Cláudio Soares Lopes assume a chefia do Poder Judiciário durante o biênio 1987/1988.

Cláudio Soares Lopes é advogado, formado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em 1964. Foi juiz de Direito no Rio de Janeiro, em 1965, e em 1966, foi nomeado para o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde permaneceu até 1971. Em 1971, foi nomeado para o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde permaneceu até 1977. Em 1977, foi nomeado para o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde permaneceu até 1987.

Cláudio Soares Lopes ingressou no MPRJ em dezembro de 1967. Antes, foi titular do cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 1965, e em 1966, foi nomeado para o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde permaneceu até 1971. Em 1971, foi nomeado para o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde permaneceu até 1977. Em 1977, foi nomeado para o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde permaneceu até 1987.

Constituinte religiosa no cargo de MPRJ

Cláudio Soares Lopes, titular do cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 1987, foi nomeado para o cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde permaneceu até 1990.

Procurador-Geral de Justiça participa da posse do Governador Sérgio Cabral

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, participou da solenidade de posse do Governador *Sérgio Cabral*, reeleito em outubro. A cerimônia ocorreu no Plenário *Barbosa Lima Sobrinho* da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (ALERJ), no dia 1º de janeiro, e reuniu cerca de 1.200 convidados.

O PGJ, *Cláudio Soares Lopes* integrou a mesa de honra ao lado do Senador *Francisco Dornelles*; do Vice-Governador *Luiz Fernando Pezão*; do Prefeito do Rio, *Eduardo Paes*; do Presidente da ALERJ, Deputado Estadual *Jorge Picciani* e do Presidente do Tribunal de Justiça, *Luiz Zweiter*.

Cláudio Soares Lopes é nomeado para o cargo de Procurador-Geral de Justiça

O Governador *Sérgio Cabral* nomeou, no dia 3 de janeiro, o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, para o segundo mandato à frente do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ). O Ato de Nomeação foi publicado no Diário Oficial do Estado do dia 4 de janeiro. Com a recondução ao cargo, *Cláudio Soares Lopes* chefiará a Instituição durante o biênio 2011/2013.

“Fico feliz que o Governador tenha optado por escolher o candidato mais votado. Sei das minhas responsabilidades para com a Instituição e para com a sociedade e prometo trabalhar ainda mais no próximo biênio. Agradeço à Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), em especial, que, desde o dia da votação, encaminhou ofício ao chefe do Executivo solicitando minha nomeação”, afirmou o Procurador-Geral.

Cláudio Soares Lopes ingressou no MPRJ em dezembro de 1987. Atuou nas comarcas de Campos dos Goytacazes e São João da Barra. De janeiro de 1995 até julho de 2001, foi Titular da Promotoria de Justiça junto à 36ª Vara Criminal da Capital. Desde 2001, atua como Procurador de Justiça, já tendo exercido funções de Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal, Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça e Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento e Modernização Organizacional, além de Procurador-Geral de Justiça no biênio 2009/2011.

Cerimônia religiosa na capela do MPRJ

Cerca de 50 pessoas participaram, no dia 11 de janeiro, da Missa de Ação de Graças e Bênção do Ano Novo, realizada na capela ecumênica do Ministério

Público do Estado do Rio de Janeiro, no 4º andar da sede da Procuradoria-Geral de Justiça. O culto foi conduzido pelo Padre *Marcos Lázaro*.

Durante a cerimônia religiosa, Membros e funcionários do MPRJ receberam velas, que representavam a Chama Divina, e rosas brancas, simbolizando a Paz. O sacerdote pediu que a Instituição seja “iluminada para que honre com dignidade a sua missão no ano que se inicia”.

O Padre fez questão de relembrar, ao falar sobre o ano de 2010, a retomada do Complexo do Alemão e da Vila Cruzeiro pelas forças de segurança do Estado. “Deus abençoou o Rio com uma oportunidade de recomeço e nos trouxe a esperança de mais sossego social”, disse.

Uma homenagem especial foi dedicada à Procuradora de Justiça *Vera de Souza Leite*, que completou 70 anos. O religioso também pediu bênçãos a outros aniversariantes do mês, como a Procuradora de Justiça *Marija Yrneh Rodrigues de Moura* e a Promotora de Justiça *Rosana Barbosa Cipriano Simão*.

Tragédia das chuvas na região serrana (I)

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) integrou a força-tarefa, constituída nos municípios da Região Serrana atingidos pelas chuvas, para auxiliar no reconhecimento e no sepultamento das vítimas fatais das enchentes em Nova Friburgo, Teresópolis e Petrópolis. Ao lado da Defensoria Pública, do Poder Judiciário e da Polícia Civil, o MPRJ se empenhou no “mutirão” para agilizar a identificação dos corpos e os procedimentos de liberação para os enterros.

O Procurador-Geral de Justiça mobilizou toda a Instituição para o auxílio às vítimas da chuva e a seus parentes. Participam dessas ações os Centros de Apoio Operacional (CAOp's) das Promotorias de Tutela Coletiva, da Infância e Juventude e Cível, o Grupo Especial de Atuação Integrada Regional, a Secretaria-Geral de Administração, a Subprocuradoria-Geral de Administração, o Núcleo de Apuração Criminal (NAC) e a Coordenadoria de Segurança e Inteligência (CSI).

O GATE Saúde (Grupo de Apoio Técnico Especializado) encaminhou dois médicos legistas para auxiliar no reconhecimento dos corpos das vítimas em Teresópolis.

O MPRJ recebeu doações de toda a população para os desabrigados das enchentes na Região Serrana.

Tragédia das chuvas na região serrana (II)

A Amperj enviou no primeiro dia de vigência da campanha de arrecadação de donativos para as vítimas das chuvas que atingiram a Região Serrana do Estado, foram arrecadados R\$ 15.311,00.

Assim, foi possível adquirir gêneros de primeira necessidade indicados como prioritários pela Cruz Vermelha, que se encarregará de sua distribuição aos atingidos pela calamidade.

Sob orientação da referida entidade, a AMPERJ efetuou a compra dos seguintes produtos, que foram doados:

Gêneros alimentícios:	1 tonelada de macarrão; 1 tonelada de feijão; 1 tonelada e 20 quilos de arroz
Gêneros diversos:	300 quilos de leite em pó; 4.080 fraldas descartáveis;

O custo dos gêneros referentes a esta primeira doação foi de R\$ 10.391,00.

Posteriormente, contribuiu com a entrada de novos recursos na conta corrente aberta em favor das vítimas da tragédia climática que atingiu a Região Serrana do Estado, assim sendo foi possível efetuar mais uma doação às vítimas da calamidade.

Sob a orientação da Cruz Vermelha, a AMPERJ adquiriu e doou mais os seguintes produtos, no valor de R\$ 22.489,86:

Gêneros alimentícios:	720 latas de salsicha; 2.160 litros de leite longa vida; 504 latas de legumes; 819 pacotes de sopa instantânea; 240 latas de milho; 240 latas de ervilha; 500 latas de sardinha; 342 papinhas de neném; 6.000 litros de água mineral
Gêneros diversos:	984 fraldas geriátricas; 720 fraldas descartáveis; 349 colchonetes; 48 chupetas; 114 mamadeiras;

Posse do PGJ

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, foi reempossado, no dia 17 de janeiro, para um novo mandato de dois anos à frente do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Na cerimônia, realizada no auditório da Procu-

radoria-Geral de Justiça, Lopes pediu um minuto de silêncio em memória das vítimas das chuvas na Região Serrana. Em discurso, o PGJ incluiu o enfrentamento das ocupações irregulares em áreas de risco como uma das prioridades de sua gestão no biênio 2011/2013.

A Sessão Solene de Recondução e Posse reuniu cerca de 400 pessoas, entre Membros do MPRJ, autoridades e convidados. O discurso do PGJ foi realizado após o juramento e a leitura, pelo Secretário do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, Procurador de Justiça *Walberto Fernandes de Lima*, do termo de posse.

O PGJ usou da palavra nos seguintes termos:

“Bom dia a todos ainda! Eu gostaria de iniciar, solicitando a todos um minuto de silêncio pelas nossas vítimas da tragédia aqui na nossa região serrana. Por favor! Vou fazer uma saudação mais rápida aos integrantes da mesa, saudar todos na pessoa do nosso Governador **SÉRGIO CABRAL FILHO**, porque já agradeço desde logo, porque eu sei que está aqui com compromisso para viajar para o interior, para a região serrana e não pode tardar muito em razão de teto, essas coisas. Então, eu vou ser um pouco mais breve, mas então eu saúdo todos os integrantes da mesa que muito me honram com a presença. Queria fazer uma saudação também aos integrantes do Egrégio Órgão Especial do Colégio de Procuradores, na pessoa do nosso decano, Dr. **CARLOS ANTÔNIO NAVEGA**, aos integrantes do Conselho Superior do Ministério Público aqui presentes, os integrantes do nosso Conselho de Decanos, que é uma honra muito grande tê-los aqui também. Aos meus colegas Procuradores Gerais aqui presentes, que estão me honrando, nesta oportunidade, com a presença. Colegas do Ministério Público, Procuradores de justiça, Promotores, colegas do Ministério Público Federal, Desembargadores, os Juízes presentes... Estou vendo aqui o presidente **MURTA**... Autoridades Cíveis e Militares, Parlamentares de todas as esferas, Secretários de Estado, Advogados, Membros da Defensoria Pública, Procuradores, Presidentes das Associações, em especial da nossa CAMPERJ, COOMPERJ, CEPROJUS, ASSEMPERJ, serventuários do Ministério Público, amigos, familiares, minhas senhoras e meus senhores. Eu tinha iniciado um esboço de um discurso escrito, acho que é até mais fácil, falar de improviso é sempre um pouco perigoso e complicado, mas optei por não fazer isso, anotei uns tópicos apenas que eu gostaria de falar aqui hoje. Uma posse... uma posse, qualquer posse, ainda mais de natureza pública, é uma formalidade, que em geral, tem um caráter festivo, mas realmente neste momento, que nós estamos vivendo aqui, nós não conseguimos ter esse sentimento de alegria em razão desse passamento na nossa cidade, no nosso Estado, no interior, na região serrana, onde quase 700 pessoas morreram, então realmente nós não temos essa empolgação, de falar assim

com alegria, mas é um fato realmente muito triste, todos nós estamos cientes, talvez tenha sido um evento de proporções nunca antes acontecidas em nosso estado, talvez o maior do Brasil, talvez o maior da história... Acho que nesse momento exato não devemos ter a preocupação de apontar eventuais culpados, as causas são muitas numa tragédia dessa dimensão, mas acho que o importante neste momento é o que exatamente está sendo feito, todas as esferas empenhadas em resgatar, lamentavelmente, os corpos das vítimas, em dar assistência aos sobreviventes, às famílias, às crianças, aos idosos, a reconstrução, essa parceria que é o que acho que deve acontecer. Acho que esse é um momento importante. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, dentro desse quadro, está procurando ajudar de várias maneiras, nós encaminhamos para lá, além dos Promotores todos da região, vários colegas que integram a própria administração, setores e centros de apoio, outros, estão lá auxiliando os colegas, auxiliando, infelizmente, na identificação de corpos, na liberação de corpos para sepultamento. Está havendo uma agilidade neste particular, junto com outras instituições, como a Defensoria e o Judiciário. Estamos trabalhando bastante numa mini prestação de contas, mas que a sociedade saiba qual é o nosso papel num momento desses, que é um pouco mais limitado diante da grandiosidade da tragédia. Enfim, nós todos temos então a consciência que temos que trabalhar para isso. Então estamos trabalhando no registro de desaparecidos, estamos trabalhando, cuidando, fiscalizando os abrigos onde têm crianças, idosos. Estamos trabalhando em outra frente também, que é importante, que é junto aos órgãos técnicos na identificação de áreas de risco para, se for o caso, o Ministério Público ingressar com medidas para que as pessoas sejam retiradas desses locais. Então, eu acho que dentro desse quadro nós realmente estamos procurando fazer o melhor que compete ao Ministério Público neste momento. Mas, queria aqui também fazer uma saudação ao nosso Ministro **MARCO AURÉLIO**, Ministro **CARVALHIDO**, que estão aqui em especial, estão nos honrando muito com a presença, mas, retornando aqui ao tema, da solenidade, que é a minha posse, eu gostaria de dizer, em primeiro lugar, que é uma felicidade grande para mim, que Deus está me conferindo a oportunidade de chefiar mais uma vez, pela segunda vez, uma instituição da magnitude do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com os seus desafios. Realmente não é uma missão fácil, já aprendi nesses primeiros dois anos, que não é uma missão muito fácil. Somos uma instituição muito grande, com cerca de 900 membros, mais de 2000 funcionários, diversas sedes, um orçamento pomposo, enfim, muitas e muitas atribuições, mas eu quero crer que no primeiro biênio, nós conseguimos, eu consegui junto com valorosa equipe de colegas que integraram o meu gabinete fazer uma boa administração, trabalhamos duramente, trabalhamos arduamente e é o

meu sentir, que isso de alguma forma se refletiu no pleito eleitoral. Tive a honra de ser o mais votado numa eleição interna e isso possibilitou figurar em primeiro lugar da lista e o Excelentíssimo Senhor Governador optou pela minha recondução, então isso é o que devo falar neste momento, que posso dizer, por outro lado, que apesar de muito trabalho, apesar de ter me dedicado muito, apesar de todas as agruras, posso dizer que me senti extremamente feliz no cargo, me senti extremamente feliz no cargo porque creio e tenho certeza que consegui realizar todos os compromissos que havia assumido. Todos os sonhos que tinha para minha instituição, tudo aquilo que imaginei que poderia implementar na qualidade de Procurador-Geral de Justiça, tenho certeza que eu, junto com meus colegas, com os integrantes do meu gabinete, nós conseguimos implementar essas conquistas. Portanto, como falei, acho que isso culminou por resultar na aprovação pela maioria da classe. É importante também, depois de um pleito eleitoral, que o Procurador-Geral, aquele que se vê eleito e reconduzido, como é o meu caso, tenha a consciência de que tem que ser o Procurador-Geral de todos. Então, eu tenho convicção absoluta, que para tranquilidade interna, e assim eu procurei ser no primeiro mandado, e quero ser mais ainda com a experiência adquirida um pouco nesse primeiro mandado, num segundo momento, quero ser o Procurador-Geral de todos, quero estender as mãos para todos os seguimentos internos, porque o Ministério Público precisa de unidade, unidade interna, e tenho toda certeza que esse será o meu propósito, maior ainda, na minha segunda gestão. Estar junto com todos os colegas independente do seguimento político que participa, integra e vamos efetivamente fazer com que isso ocorra num segundo mandado. Há dois anos atrás, eu tive, por exemplo, como um lema de campanha, eu falava em combatividade e qualidade institucional, esse foi meu lema de campanha há dois anos atrás e foi agora também na recondução. Os colegas aqui do Ministério Público já ouviram falar muito sobre isso. Quando falamos em combatividade, eu falo um pouco das atribuições originárias do Procurador-Geral, aqui nesse particular, eu pude contar com o apoio do meu amigo, meu Subprocurador **ANTÔNIO JOSÉ CAMPOS MOREIRA**, sempre firme na condução, uma assessoria difícil, mas que juntos, conseguimos com equilíbrio, com firmeza, ter uma atuação forte nesses primeiros dois anos, inclusive, direcionando o combate às milícias. Nós fomos os responsáveis pela denúncia e pela prisão de um vereador, que acabou culminando pela sua exclusão dos quadros da Câmara Municipal, então, é esse trabalho que nós pretendemos continuar, firmes, naqueles que por ventura, não se saiam bem nas suas funções públicas, mas eu acho que o papel maior do Procurador-Geral é estimular que os colegas tenham essa mesma combatividade, porque o Procurador-Geral detém uma pequena parcela, uma ínfima parcela de atribuições, os colegas é que detém a grande maioria delas. O quê nós procuramos nesses dois anos fazer para fomentar essa

combatividade dos colegas. Nós instituímos mecanismos que têm propiciado a eles uma atuação bastante efetiva, por exemplo, instituímos, demos efetividade ao Laboratório de Combate a Lavagem de Dinheiro, nós instituímos o Laboratório de Combate a Cartéis, criamos, senhor Governador, aqui, pioneiramente, no Rio de Janeiro, não era possível que não tivéssemos um grupo de combate ao crime organizado, não era possível um Estado como o Rio de Janeiro não ter um grupo de combate ao crime organizado. Então nós criamos uma série de mecanismos, que têm possibilitado aos colegas, nas suas várias áreas, porque esses instrumentos, como esses laboratórios, servem, não só para a área criminal, mas também para o combate a improbidade, enfim, então temos dado essa efetividade, é isso que nós pretendemos cada vez mais levar adiante. Mas, falava também, além dessa combatividade, um outro aspecto que eu realço, que me parece bastante importante é exatamente que nós possamos atingir aquilo que eu chamo de qualidade institucional. O Promotor de Justiça, o membro do Ministério Público, ele tem que ser aguerrido, mas ele, para ser aguerrido, além de ser aguerrido, ele tem que ter condições de atuar, atuar com qualidade, com excelência operacional. E nesse particular eu tive, graças a Deus, dois nortes muito importantes: o primeiro, para facilitar que os colegas pudessem atuar, que eles tivessem condições de cada vez mais de agir em prol da sociedade. Então, eu posso afirmar para os senhores, por exemplo, é que duas políticas foram adotadas: a primeira, a política de dotar as Promotorias de Justiça de assessoramento jurídico, e aí, eu até faço aqui um agradecimento público ao governador **SÉRGIO CABRAL** e ao presidente **PICCIANI**, que desde o começo, há quase dois anos atrás, eu estava ingressando ainda na instituição como Procurador-Geral, como chefe, eles foram sensíveis a esse pleito, conseguiram entender a importância dos Promotores terem esse tipo de assessoramento para que eles pudessem atuar em mutirões, como no caso, nós vamos precisar agora de mais Promotores nas regiões e que de repente não poderiam se desincumbir, não poderiam estar lá se estivessem naquela rotina. Mas, a sensibilidade do Governador e do presidente **PICCIANI**, nos auxiliaram na aprovação de uma lei que criou 220 cargos e nós criamos mais 180 por transformação, sem aumento de despesa, de cargos internos. E hoje, eles têm 400, nós temos na nossa realidade 400 assessores jurídicos, permitindo uma atuação, fomentando, por exemplo, Promotores possam esquecer, um pouquinho, da sua atribuição normal para atuar em grupos como GAECO e outras que se fazem necessárias. Mas, não tenho dúvida também, que foi a outra bandeira, que nós implementamos, foi o Planejamento Estratégico. E aqui, eu também tenho que fazer uma referência especial ao meu amigo, meu compadre, **CARLOS ROBERTO JATAHY**, que é o verdadeiro gestor desse projeto, meu braço direito na administração, e que tem nos ajudado a focar, a ter metas, a mostrar resultados para a sociedade através de projetos

em todas as áreas. Eu não tenho dúvidas que o Ministério Público, diante da inúmera gama de atribuições que detém hoje, precisa ter um foco. Então nós temos projetos hoje em todas as áreas, nós temos o projeto “Em Nome do Pai”, onde procuramos, senão erradicar, diminuir o sub-registro paterno. Nós temos projetos na área da infância, de abrigo de crianças, nós temos projetos, por exemplo, na área da saúde, fizemos, recentemente, no ano passado, o treinamento de quase 1000 conselheiros municipais de saúde. Temos projetos na área criminal, como o mapeamento da criminalidade, auxiliando, de algum forma, ao Estado também no combate ao crime. Enfim, não vou ficar enumerando aqui, porque quero ser breve. O projeto como o NAPE, Núcleo de Apoio aos Promotores Eleitorais, está aqui a Dra. **SILVANA BATINI**, que foi pioneira, onde colocamos assessores jurídicos para fazer esse mapeamento e pioneiramente conseguimos, não é, Dra **SILVANA**? Fazer mapeamento de 140 centros sociais e disso resultou varias ações penais promovidas pela Dra **SILVANA** na época. Projeto de Integração, do Ministério da União... fizemos, enfim, projetos que visam fazer com que a nossa instituição venha avançar. E esse é o nosso compromisso de manter o nosso Planejamento Estratégico durante um tempo, que esperamos que sempre exista para que possamos ter objetivos específicos, que possamos alcançar metas para que possamos mostrar resultados para sociedade. O Ministério Público precisa ter visibilidade. A visibilidade passa pela nossa ouvidoria, nós temos uma ouvidoria hoje, que após 5 anos já ultrapassou 100 mil registros, que é um marco no Ministério Público, nós temos procurado uma aproximação com a sociedade e aqui eu vejo meu amigo Subprocurador, **LEONARDO CHAVES**, um guerreiro também, defensor dos direitos humanos, encontros com a sociedade em diversas audiências públicas que temos feito. Então esse é o nosso objetivo com Planejamento Estratégico, mas os avanços aconteceram também em outras áreas. Eu acho que os avanços institucionais e administrativos foram notórios nesses primeiros dois anos. Nós temos a atuação da nossa Subprocuradora, Dra. **MÔNICA FERNANDES**, que não pôde estar presente hoje, que foi uma das revelações da nossa administração, pelas agilidades administrativas que ela implementou. Nós tivemos o projeto “Administração Presente”, onde a administração esteve sempre em contato com os colegas, com servidores, para a verificação das demandas materiais, em que o Procurador-Geral, pelo menos duas vezes, em dois anos, uma vez em cada ano, foi a todos os órgãos de execução, inclusive do interior, para conversar com os colegas, para atender as demandas, para resolver problemas institucionais. Acho que foi um grande avanço. Capacitação de membros e servidores foi outro ponto forte na nossa administração, nós triplicamos o número de cursos oferecidos aos membros do Ministério Público. Instituímos parceria com a ESAJ, eu faço um agradecimento ao presidente **ZVEITER**, que acho que não pôde chegar ainda, mas um núcleo de

capacitação de servidores, onde só em 10 meses, quase 900 servidores fizeram algum tipo de curso de capacitação. Então, foi outra meta nossa. A integração, buscamos também a integração interna, entre Procuradores e Promotores de Justiça, criamos o GAIR. Então, a experiência de Procuradores, hoje, está servindo aos Promotores na base. Em reuniões periódicas, reformulamos a nossa assessoria de recursos constitucionais, por exemplo. E hoje, com essa reformulação da nossa assessoria de recursos constitucionais, com as especializações no segundo grau, temos um grupo especial de habeas corpus, de tutela coletiva no segundo grau e mais um setor de acompanhamento de recursos. E com essa política toda, nós conseguimos então, efetivamente, aumentar sensivelmente o número de recursos constitucionais, que o Ministro **CARVALHIDO** e certamente o Ministro **MARCO AURÉLIO**, vão começar a receber mais do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para que as nossas demandas locais cheguem a Brasília, o que nos parece extremamente importante. Procuramos trabalhar com excelência operacional, criamos, fizemos algumas edições inéditas, como o nosso manual de rotinas administrativas, o nosso manual, o nosso código de organização e atribuições do Ministério Público, que nós não tínhamos no Rio de Janeiro. Nossos manuais de atuação funcional, que até alguns colegas de outros Estados, Procuradores-Gerais, têm solicitado a reprodução, para o nosso orgulho! Nosso programa PROPADI, de promotorias padronizadas, enfim, nós temos procurado atingir de alguma maneira a excelência operacional. O resgate de tradições, também acho, que foi importante nesses dois anos. Isso aqui é uma rápida prestação de contas, não precisam ficar preocupados, porque já vou terminar. Mas, o resgate de tradições, de nossas tradições, por exemplo, como a solenidade de vitaliciamento de novos Promotores foi resgatada, a posse dos nossos Procuradores de Justiça, quando promovidos, é o mais alto cargo da carreira e tem que ter a devida importância, relevância e dignidade. A instalação do Conselho de Decanos, onde Procuradores notáveis, aposentados, hoje integram de alguma maneira um organismo de aconselhamento do Procurador-Geral. Nosso Centro de Memórias, que hoje está à frente, o nosso querido professor **SÉRGIO DEMORO**, não podia estar abandonado. Em Brasília também procuramos atuar, junto aos meus colegas Procuradores-Gerais, pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, hoje temos um colega nosso integrante da Comissão de Acompanhamento Legislativo. E eu tive a honra, pelos meus pares aqui, de, por duas oportunidades, ser escolhido Vice-presidente do Conselho Nacional. Eu até aproveito esse momento, uma reflexão rápida, em que nós temos aqui integrantes da classe política, membros das nossas mais altas cortes, para fazerem uma reflexão em relação ao futuro do Ministério Público. O Ministério Público pode ter os seus desacertos e eventuais erros, erros pontuais de um outro integrante, mas é uma

instituição que vem atuando muito forte, fortemente em benefício da sociedade. Então eu chamo a atenção, a reflexão de todos os senhores, parlamentares, integrantes da imprensa. Senhores da imprensa, nós não podemos permitir retrocessos na atuação do Ministério Público, nós não podemos permitir que garantias, prerrogativas e poderes sejam diminuídos, porque uma democracia forte exige um Ministério Público forte! Sociedade... (Aplausos). Eu queria chamar a atenção dos senhores para isso, porque nós sabemos que existem dificuldades, existem alguns outros interesses, mas eu tenho certeza que a classe política, os políticos sérios, os políticos realmente valorosos, não vão permitir, não vão deixar que ocorra algum tipo de retrocesso, porque será atuar contra a vontade do povo, contra a vontade da sociedade. Eu queria fazer uma menção também importante, Governador, a esse momento, não só infelizmente nesse momento trágico que nós estamos vivendo agora, mas eu acho que é importante fazermos uma menção a atuação do Governo do Estado do Rio de Janeiro contra o crime. Vossa Excelência quando assumiu há 4 anos atrás reforçou esse compromisso, mas há 4 anos atrás se dispôs a fazer essa luta contra o crime. E o sucesso da empreitada junto com o Dr. **BELTRAME**, Dr. **ALLAN**, todos aqueles, Coronel **MÁRIO SÉRGIO**, todos aqueles que integram a sua cúpula, a notoriedade da atuação neste campo esta sendo sentido pela população carioca e o Ministério Público é parceiro nisso... (Aplausos) Vossa Excelência sabe que o Ministério Público é parceiro, quantas vezes mantivemos contato, secretário **BELTRAME**, Vossa Excelência, outros, para tentar impedir, por exemplo, que bandidos perigosos regressassem ao Rio, de presídios federais, ou articulamos para que deixassem o nosso estado, enfim, então esse seu compromisso de luta, pode ter certeza Governador, o Ministério Público através, não só do Procurador-Geral, alias, muito mais pela atuação dos Promotores de Justiça e Procuradores, vai estar ao lado nessa luta e vamos, eu tenho certeza, vencer, alias, já estamos vencendo, o que é mais importante, com as UPP's, que hoje são uma realidade, um verdadeiro sucesso na sua administração. Já finalizando, queria falar um pouquinho de alguns compromissos que acho importantes também para o futuro, falei alguma coisa rapidamente aqui da nossa administração, alguns pontos que me pareceram importantes, procurando ser breve. O principal compromisso é o trabalho, trabalho e dedicação. Acho que talvez ninguém pode fazer igual, mas ninguém fará mais do que eu. Vou trabalhar novamente com mais dedicação, com mais afinco ainda no segundo mandato. Nossa meta é continuarmos com o nosso Planejamento Estratégico como falei, informatizar a nossa instituição, nós precisamos cada vez mais informatizar a nossa instituição, hoje, todos os processos judiciais comecem a ser informatizados... os inquéritos policiais, e aqui também tenho que fazer mais um agradecimento ao Governo do Estado, ao Dr. **BELTRAME**, ao **ALLAN**, que hoje, pioneiramente, permitiram ao Ministério Público,

um acesso direto dos Promotores de Justiça aos inqueritos policiais. Isso é transparência, quem não tem o que esconder pode permitir esse acesso. E trabalhamos integrados em alguma coisa que facilita, que evita prescrição, que agiliza o andamento dos procedimentos. E acho que o nosso principal, nós temos dois pontos que são importantes, como falei, o Governador falou na posse, que eu tive a honra de estar presente, uma das prioridades é acabar com o domínio paralelo do tráfico, eu acho que o sonho é possível sim, não é fácil, ele é difícil, mas tenho certeza que unidos nós vamos trabalhar para que isso se torne realidade. Tenho certeza que os Promotores de Justiça, os Procuradores de Justiça, eles vão lutar junto com o governo para que isso possa ser uma realidade, espero que em um tempo não tão longínquo. O tráfico é nefasto, nós vamos, da nossa parte, cada vez mais, fomentar a atuação dos nossos GAECOs, e para o interior, para que Promotores de Justiça do interior tenham essa possibilidade de com esse auxílio, se dedicar, mais efetivamente, ao combate ao crime organizado. Vamos lutar juntos para que possamos combater, mas obviamente não só esse tipo de crime, as milícias e crimes do “colarinho branco” também, onde nós observamos às vezes que determinados crimes são muito graves, porque fazem sangrar os cofres públicos e nós não podemos permitir, nós não temos permitido isso. Agora, eu até posso aqui já lançar um desafio interno para os próprios colegas, com o nosso Planejamento Estratégico, que nós vamos ter na terceira etapa desse ano. Vamos discutir bastante a questão dessas ocupações irregulares. Eu acho que talvez os colegas é que tem que eleger uma prioridade, podemos tentar fomentar para que eles possam pensar nisso. Acho que as tragédias vêm acontecendo no Estado do Rio de Janeiro, foi em Angra, foi em Niterói, foi essa agora descomunal, mas espero que possamos ter um desafio, que os colegas possam a partir desse ano, e nos próximos encontros, onde nós vamos repensar e reavaliar o nosso Planejamento Estratégico, eu espero sim, que os colegas possam pensar exatamente em medidas mais concretas, em parceria, pelo menos no que diz respeito ao Ministério Público, para essa desocupação. Esse populismo realmente que tem muitas vezes essas ocupações, acho que foram anos de descaso e agora nós estamos pagando o preço por isso. Obviamente com responsabilidade, não é, Dr. LÉO? Com responsabilidade levando as pessoas para lugares dignos, tenho certeza que esse é o caminho que nós devemos trilhar, um conjunto de medidas. Bom, eu até escutei ou li em algum lugar, esse final de semana, em que são duas metas, o governo conseguiu no Estado fazer a ocupação pacífica em áreas onde havia o crime organizado ou o tráfico. E agora temos que tentar a desocupação pacífica nessas áreas de risco que é extremamente importante. Bom, eu então, encerrando, em primeiro lugar agradecer a Deus, acho que foi ele quem me colocou nesse lugar há dois anos e ele que permitiu que eu continuasse. Então, preço proteção, para que

possamos ter os nossos desafios, seguindo em frente junto com todos os membros da nossa instituição. Mais uma vez agradecer a todos os subprocuradores gerais de justiça que me ajudaram muito nesse primeiro biênio, tenho certeza que vão continuar ajudando, ao meu chefe de gabinete, Dr. **ASTÉRIO PEREIRA DOS SANTOS**, ao meu secretário geral, Dr. **JOSÉ AUGUSTO GUIMARÃES**, sempre firme na condução das nossas finanças. Quero fazer um agradecimento também aos meus dois assessores executivos, que são aqueles que despacham todos os dias comigo, os Promotores **HORACIO** e **MOLINARO**, as minhas assessoras, **RAQUEL** e **ADRIANA**. Fazer um agradecimento especial a todos os integrantes do gabinete, assessores chefes, assistentes das assessorias, coordenadores e sub-coordenadores de centros de apoio, coordenadores integrantes dos grupos, demais coordenadores, integrantes do gabinete, aos coordenadores dos centros regionais. Particularmente, quero fazer uma citação a duas pessoas que também foram muito importante nesse primeiro biênio, Dra **MARIA CRISTINA TELLECHEA**, essa dama que contribuiu bastante com suas ideias para nossa administração, ao **JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO**, nosso consultor jurídico, nossa garantia jurídica de tudo que realizamos aqui, pela sua dedicação e competência. E quero fazer um agradecimento também aqui, não vou citar todos, vou citar alguns que estiveram muito próximos: **GUILHERME SCHUELER**, **PAULO WUNDER**, **LAJOIA**, **EDUARDO ROLIM**, **JOÃO BERNARDO**, **LEONARDO MARQUES**, **SÁVIO**, **VINÍCIUS CAVALLEIRO**, **ROBERTO GOES**, **JACQUELINE EL-JAICK**, **HÉDELZINHO**, **MARCUS KAC**, **RENATA BRESSAN**, são colegas que estiveram muito próximos, desde antes e agora na nossa gestão. Agradecer também aos funcionários, servidores do Ministério Público, todos eles, ao **MAURO** do RH, sempre foi uma segurança para todos nós, a **VITÓRIA**, dos Órgãos Colegiados, a **KÁTIA**, da Logística, o **RONALDO**, **JOSÉ CARLOS**, as equipes de apoio, **DEA**, transporte, informática, o **ALESSANDRO** lá do *Pool* fundamental para mim, aos nossos policiais cedidos, que são fundamentais para a atuação do Ministério Público, nosso cerimonial, na figura da **MARIA AMÉLIA**, todas as meninas que trabalham lá, a nossa assessoria de comunicação social, minha queridíssima **REGINA LUNIERE**, enfim, nosso grupo de saúde, Dra. **CARMEM**, todos os funcionários, todos sem exceção, contribuindo para o sucesso da administração. Nossas entidades coirmãs: a **FEMPERJ**, **MENDELSSOHN**, a **COOMPERJ**, **LUIZ ANTÔNIO**, a **CAMPERJ**, Dr. **ARTHUR** e ao **CEPROJUS**, na figura do Dr. **HUGO JERKE**. E aqui eu quero fazer uma rápida homenagem ao nosso queridíssimo Dr. **ROBERTO ABRANTES**, que tenho certeza que neste momento está lá no céu, puxando uma salva de palmas como ele costumava fazer... (aplausos) Nosso Governador, mais uma vez, e ao presidente **PICCIANI**, em especial, que foram parceiros nos interesses institucionais, foram

sensíveis, em dois anos nos auxiliaram em ter um orçamento digno, orçamentos que constituem o maior orçamento na história da nossa instituição, proporcionalmente, e que estão permitindo os avanços da nossa instituição. A aprovação da lei criou os assessores jurídicos e cargos de técnicos administrativos que são importantes para que possamos tocar essa instituição. A lei de Planos de Cargos e Salários dos nossos servidores, que tenho certeza que nosso Governador vai sancioná-la. Quero fazer um agradecimento especial aos meus amigos e familiares aqui presentes. Fazer uma lembrança merecida, especial ao meu sogro, falecido recentemente, Dr. **ANTÔNIO FERNANDES DE ANDRADE**, também tenho certeza que lá no céu nesse momento, ele chorava muito, mas deve estar chorando de alegria e de orgulho, porque eu sei que ele tinha bastante orgulho do genro. Meus pais, **CASSIANO** e **COÊMA**, me criaram, e já merecem agradecimento por isso! E certamente, principalmente, me ensinaram princípios que são extremamente importantes. A minha irmã, **DENISE**, Procuradora de Justiça, **DENISE LOPES**, minha amiga fiel, companheira, guardiã, meu obrigado também! Aos meus dois amores, minhas duas paixões, meus dois garotões, **IGOR** e **RENAN**, grandes amigos do pai, orgulhos do pai, tricolores, tricampeões... (aplausos) Sou muito feliz, porque sou pai de vocês! E finalmente, a minha querida esposa, amiga, companheira, amante, o amor da minha vida, minha companheira de 20 anos de casamento, **ANA BEATRIZ**, a **BIA**, que tem sido realmente uma fantástica companheira em toda a minha vida, e eu não tenho dúvida alguma, que sucesso, se algum sucesso eu tenho tido, se tenho conseguido de alguma maneira ter forças para enfrentar as dificuldades, chegar até aqui, o seu apoio foi fundamental para mim esses anos todos, eu não tenho dúvidas, que seu companheirismo foi decisivo para mim, para eu estar nesse momento aqui. E a sua compreensão, você e dos meus filhos, por esse momento, pelas ausências... Eu sei que são, estão sendo fundamentais para ter essa força, essa tranquilidade para continuar. Obrigado, amor! (aplausos) E para finalizar eu vou ler um trecho do **RUI BARBOSA**, grande **RUI BARBOSA**, que fala em contradição, e eu vou explicar por quê. Porque talvez o meu ser, a minha maneira de ser, talvez a grande maioria conheça aqui, seja um pouco contraditória com a firmeza que nós temos que ter no cargo de Procurador-Geral. O **CLÁUDIO**, acredito, um cidadão, talvez simpático, gente boa, conta piada, brinca, isso é uma coisa, mas outra coisa é a firmeza que temos que ter com a caneta e com o cargo de Procurador-Geral, e nesses momentos não abro mão dessa firmeza. Dizia **RUI BARBOSA**: "Contraditório é o sol, porque nasce e cresce; contraditória é a maré, porque enche e vaza; o tempo, contraditório, porque arde no verão; e gela no inverno; é contraditório o vento, porque sopra do Norte e do Sul, de Leste e Oeste; contraditória a Terra, porque toda ela é sólido e líquido, montes e vales; contraditória a vida, porque é nascimento

e morte; contraditório Deus, porque na sua obra o bem e o mal andam em perpétua luta." Muito obrigado!"

Ouviu-se, então, o pronunciamento do Governador *Sérgio Cabral*: "com alegria, constato sua liderança, e sua recondução é por reconhecer seu mérito, capacidade de gestão e sua força de agir à frente de uma instituição como o Ministério Público. Como parlamentar ou como Governador, faço questão de prezar pelas garantias constitucionais a que você se referia, o que é fundamental para um Estado democrático".

O Governador também falou sobre a recente tragédia que atingiu a Região Serrana. *Sérgio Cabral* homenageou os Promotores de Justiça que auxiliaram no trabalho de socorro às vítimas e disse não ter dúvidas de que as cidades serão reconstruídas. "Conto com a capacidade gerencial e a liderança de *Cláudio Soares Lopes* para este trabalho".

Também participaram do ato de posse, o Ministro *Marco Aurélio Mello*, do Supremo Tribunal Federal (STF), e o Ministro *Hamilton Carvalhido*, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

As demais autoridades que compuseram a Mesa Solene foram: o Senador *Regis Fichtner*, o ex-Procurador-Geral de Justiça *Antônio Carlos Biscaia*; o Presidente da Assembleia Legislativa do Rio (ALERJ), Deputado Estadual *Jorge Piccini*; a Procuradora Regional Eleitoral, *Monica Campos de Ré*; a Corregedora-Geral do MPRJ, *Maria Cristina Menezes de Azevedo*; o Presidente em exercício do Tribunal Regional Eleitoral, *Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz*; o Presidente do Tribunal de Contas do Estado, *Jonas Lopes de Carvalho Junior*; o Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, o Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, *Fernando Grella*; a Procuradora-Chefe em exercício da Procuradoria Regional da República da 2ª Região, *Silvana Batini*; o Cônsul-Geral da Itália no Rio de Janeiro, *Umberto Malnati*; o Cônsul-Geral da França no Rio, *Jean Claude Moyret*; o Cônsul-Geral da Argentina no Rio, *Eduardo Mallea*; o Secretário de Estado de Segurança, *José Mariano Beltrame*; o Defensor Público-Geral do Estado, *Nilson Bruno Filho*; o Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, *César Bechara Nader Mattar Júnior*; o Vice-Presidente da AMPERJ, *Eduardo da Silva Lima Neto*; o Procurador-Geral do Município do Rio, *Fernando dos Santos Dionísio* (representando o Prefeito *Eduardo Paes*); o Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio, *Thiers Vianna Montebello*; o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio, *Wadih Damous* e o Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Rio de Janeiro, *Eduardo André Lopes Pinto*.

O Procurador-Geral de Justiça visita a região serrana

O Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), *Cláudio Soares Lopes*, sobrevoou de helicóptero, no dia 18 de ja-

neiro, as cidades atingidas pelas chuvas na Região Serrana. O PGJ observou os estragos causados pelas enchentes nos Municípios de Teresópolis, Petrópolis e Nova Friburgo. O PGJ integrou a comitiva formada pelo Governador *Sérgio Cabral*; pelos Ministros da Defesa, *Nelson Jobim*; da Justiça, *José Eduardo Cardozo*, e da Integração Nacional, *Fernando Bezerra* e pela Presidente da Caixa Econômica Federal, *Maria Fernanda Coelho*.

Após pousar em Nova Friburgo, *Cláudio Soares Lopes* esteve no Centro de Gerenciamento de Crise instalado pelo Governo do Estado e encontrou os Promotores de Justiça *Vinicius Leal Cavalleiro*, *Nestor Goulart Rocha e Silva Júnior* e *Hédel Luis Nara Ramos Júnior*, com os quais conversou sobre a atuação do MPRJ no local.

Tragédia das chuvas na região serrana (III)

Em continuidade ao esforço para prestar assistência às vítimas das chuvas na Região Serrana, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro enviou, no dia 19 de janeiro, para Nova Friburgo, Teresópolis e Petrópolis, três caminhões de donativos recolhidos ao longo da semana. O trabalho de separação, empacotamento e embarque mobilizou cerca de 30 pessoas, entre servidores e voluntários.

No total, foram transportados 1.968 garrafas de água mineral, 816 litros de suco, 108 litros de leite, 23 caixas de alimento, 36 caixas de roupa (três mil peças), 13 caixas de roupa de cama e 18 caixas de produtos de limpeza e higiene, entre outros donativos arrecadados no complexo-sede do MPRJ.

MPRJ e CREA-RJ assinam Termo de Cooperação

Um Termo de Cooperação Técnica para a fiscalização dos estádios de futebol foi assinado, no dia 25 de janeiro, pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) e o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Rio (CREA-RJ). O documento prevê a execução de um trabalho preventivo para garantir aos torcedores e esportistas a segurança necessária ao atestar a boa estrutura dos estádios. Participaram da assinatura do Termo o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*; o Promotor de Justiça *Pedro Rubim*; o Presidente do CREA-RJ, *Agostinho Guerreiro* e o Assessor Jurídico do CREA-RJ, *Renato Luiz Császár*.

O acordo é importante para que tenha o MPRJ condições de realizar fiscalizações efetivas em eventos esportivos e fazer cumprir o Estatuto do Torcedor.

A importância desse acordo é a realização de um trabalho preventivo para evitar problemas como a fatalidade ocorrida em 2007, quando a arquibancada

do Estádio da Fonte Nova, na Bahia, cedeu, ou, para citar um exemplo mais próximo, a queda do alambrado do Estádio de São Januário, em 2000.

O CREA ajudou a formular a Portaria 124/09 do Ministério dos Esportes, que incluiu o laudo de Engenharia como obrigatório para a realização de partidas, além dos laudos da Polícia Militar, do Corpo de Bombeiros e da Vigilância Sanitária.

Encontro do CNPG no Ceará

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, participou, nos dias 27 e 28 de janeiro, da primeira reunião ordinária de 2011 do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União (CNPG), no Ceará. Coordenador do Programa Nacional de Comunicação do CNPG, *Cláudio Soares Lopes* apresentou sugestões para impulsionar a atuação integrada dos Assessores de Comunicação do MP brasileiro.

Entre as propostas, que foram debatidas em reunião específica a ser programada para tratar do tema Comunicação, constaram a elaboração de uma nova vinheta sobre o Ministério Público a ser veiculada em emissoras de TV e rádio e a reformulação do site do CNPG.

Também foram discutidos temas como a aplicação do acompanhamento legislativo; o apoio e o planejamento – leis orçamentárias, orçamento dos Ministérios Públicos e recursos extra-orçamentários e as relações com o CNMP e o CNJ.

Presentes, também, a Procuradora-Geral de Justiça do Ceará, *Maria do Perpétuo Socorro França Pinto*, como anfitriã do evento; o Presidente do CNPG *Fernando Grella Vieira*, Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, bem como representantes do CNMP e do CONAMP.

Sede do MPRJ em Nova Friburgo regulariza seu funcionamento

Vinte dias depois do temporal, o Centro Regional de Apoio Administrativo Institucional (CRAAI) de Nova Friburgo, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), reiniciou, no dia 31 de janeiro, suas atividades regulares. Atendido pela inundação devido ao transbordamento do Rio Bengalas, o térreo da sede do CRAAI, que fica na Avenida Rui Barbosa, ficou coberto de água e lama.

De acordo com o Coordenador do Centro Regional, Promotor de Justiça *Hédel Luis Nara Ramos Júnior*, as chuvas danificaram móveis, equipamentos de in-

formática, instalações elétricas e telefônicas, material de consumo, procedimentos e processos de órgãos técnicos e de Promotorias de Justiça.

“Foi a atitude e a intervenção pessoal do PGJ que permitiram a retomada das atividades nesse período”, completou *Hédel Luis Nara Ramos*.

Foram realizados mutirões de limpeza formados por servidores, Promotores e funcionários de outros órgãos para reestruturar a sede no menor prazo possível. O CRAAI de Nova Friburgo também recebeu o auxílio dos Centros de Apoio Operacional (CAOps) das Promotorias de Justiça e de todos os Órgãos da Administração Superior para regularizar seu funcionamento.

Apoio aos Promotores das cidades atingidas pelas chuvas (I)

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, esteve, no dia 2 de fevereiro, pela terceira vez, no Centro Regional de Apoio Administrativo Institucional (CRAAI) Nova Friburgo para tratar do plano de ação das Promotorias de Justiça locais diante das dificuldades decorrentes das chuvas que castigaram o Município. Já no dia 3 de fevereiro, a visita se deu no CRAAI Teresópolis (Rua Francisco Sá, 343, Centro).

Na primeira fase da reunião, os Promotores do CRAAI Nova Friburgo expuseram as demandas institucionais mais urgentes referentes tanto ao esforço concentrado para o atendimento da população atingida, como para a fiscalização dos serviços prestados pelo Poder Público. À tarde, em reuniões setorializadas, os Promotores traçaram diretrizes de trabalho específicas das áreas de Infância e Tutela Coletiva. A comitiva da Procuradoria-Geral de Justiça também incluiu o Coordenador de Movimentação dos Promotores de Justiça, *Guilherme Mattos Schueler*; o Coordenador de Integração e Articulação Institucional, *Sávio Renato Bittencourt*; o Coordenador do 3º CAOp Cível, *Leonidas Filippone Farrulla*; o Coordenador do 4º CAOp da Infância e Juventude, *Rodrigo César Medina* e o Coordenador do 6º CAOp de Tutela Coletiva, *Vinícius Leal Cavalleiro*.

Participaram da reunião o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy* e os Promotores de Justiça *Murilo Bustamante* (Coordenador de Meio Ambiente), *Daniel Lima Ribeiro* (Coordenador do Grupo de Apoio Técnico Especializado), *Hédel Luis Nara Ramos Júnior* (Coordenador do CRAAI de Nova Friburgo), *Carla Carrubba* (Coordenadora de Saúde do 6º CAOp), *Simone Gomes de Souza*, *Henrique Aragão Carraro Bastos*, *Ramon Leite de Carvalho*, *Luciana Soares Rodrigues*, *Felipe Soares Tavares Moraes*, *Daniella Faria da Silva Bard*, *Carlos Gustavo Coelho de Andrade*, *José Alexandre Maximino Mota*, *Christiane de Amorim Cavassa Freire*, *Letícia Martins Galliez*, *Giuliano Seta de Souza Rocha*, *Carolina Maria Gurgel Senra* e *Ricardo Campanelle Pletsch*.

Apoio aos Promotores das cidades atingidas pelas chuvas (II)

Em sua quarta visita à Região Serrana, o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, e sua comitiva, integrada por Membros da Administração Superior do Ministério Público e Coordenadores dos Centros de Apoio Operacional (CAOps), esteve, no dia 3 de fevereiro, no Centro Regional de Apoio Administrativo Institucional (CRAAI) Teresópolis. No encontro, *Cláudio Soares Lopes* reforçou o compromisso de oferecer o suporte necessário para que os Promotores de Justiça possam exercer plenamente suas funções nos municípios atingidos pelo temporal. Sabendo da atuação do Ministério Público, 23 representantes da sociedade civil organizada foram até a sede do CRAAI e aproveitaram a presença do Procurador-Geral de Justiça para pedir a abertura de um canal de diálogo direto com os Promotores com atribuição nas questões envolvendo a tragédia.

O PGJ apresentou o novo Coordenador do CRAAI Teresópolis, o Promotor de Justiça e Assessor Executivo da Procuradoria-Geral *Rodrigo Molinaro Zacharias*, como interlocutor junto ao grupo, formado por representantes de sindicatos, da Ordem dos Advogados do Brasil, da Associação Comercial, igrejas, ONGs, entre outras entidades locais.

Cláudio Soares Lopes já havia sobrevoado o município para conhecer de perto as regiões mais afetadas e suas necessidades, ocasião em que se reuniu com os Promotores locais. Nesse novo encontro listou as demandas administrativas e institucionais atendidas e pediu relatos de novas necessidades. A Administração do MPRJ forneceu carros, equipamentos de informática e apoio de pessoal.

Na parte da tarde, reuniões setorizadas entre os Promotores traçaram diretrizes de trabalho específico nas áreas de Infância e Tutela Coletiva.

A comitiva da Procuradoria-Geral de Justiça também foi formada pelo Subprocurador-Geral de Justiça e Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*; pelo Coordenador de Movimentação dos Promotores de Justiça, *Guilherme Mattos de Schueler*; o Coordenador de Integração e Articulação Institucional, *Sávio Renato Bittencourt*; o Coordenador do 3º CAOp Cível, *Leonidas Filippone Farrulla*; o Coordenador do 4º CAOp da Infância e Juventude, *Rodrigo César Medina* e pelo Coordenador do 6º CAOp de Tutela Coletiva, *Vinícius Leal Cavaleiro*.

Também participaram da reunião os Promotores de Justiça *Murilo Bustamante* (Coordenador de Meio Ambiente), *Daniel Lima Ribeiro* (Coordenador do Grupo de Apoio Técnico Especializado), *Carla Carrubba* (Coordenadora de Saúde do 6º CAOp), *Denise Pieri Peçanha Pitta*, *Luís Fernando Ferreira Gomes*, *Anaíza Helena Malhardes Miranda*, *Daniele Medina Maia* e *Luciana de Jorge Gouvêa*.

PGJ participa da posse do novo Presidente do TJ-RJ

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, participou da solenidade de posse do novo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), Desembargador *Manoel Alberto Rebêlo dos Santos*. A cerimônia foi realizada no plenário do edifício-sede do TJ, no dia 4 de fevereiro. A transmissão do cargo pelo ex-presidente *Luiz Zveiter* ocorreu durante Sessão Solene do Órgão Especial do Tribunal.

Ao discursar em homenagem ao novo Presidente, *Cláudio Soares Lopes* disse estar honrado em ter assento “no melhor Tribunal do país” e exaltou as qualidades de *Manoel Alberto Rebêlo dos Santos*. “Pela sua trajetória de honra e caráter, não tenho dúvidas de que Vossa Excelência fará este Tribunal progredir”, afirmou.

O chefe do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) parabenizou ainda o Desembargador *Luiz Zveiter* pela gestão terminada e também pelo entrosamento institucional.

Posse no CSMP

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) realizou, no dia 7 de fevereiro, sessão solene de posse dos Membros do Conselho Superior (CSMP), eleitos para o biênio 2011/2013. Cinco integrantes do Conselho foram reconduzidos ao cargo, enquanto três novos Conselheiros tomaram posse. Os Procuradores de Justiça *Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel*, *Dirce Ribeiro de Abreu*, *Guilherme Eugênio de Vasconcellos*, *Orlando Carlos Neves Belém* e *Denise Muniz de Tarin*, que já integravam o Colegiado, foram reempossados. Os novos Conselheiros são os Procuradores de Justiça *Dennis Aceti Brasil Ferreira*, *Luiz Fabião Guasque* e *Cristina Medeiros da Fonseca*.

Cerca de 60 pessoas, entre Membros do MPRJ, convidados e familiares, acompanharam a cerimônia presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*. Para o PGJ, responsável pela Declaração de Posse, o perfil da nova composição do Conselho é de “pessoas competentes, valorosas e experientes”. O PGJ também agradeceu aos membros do MP que deixaram o colegiado.

A Secretária do CSMP, *Dirce Ribeiro de Abreu*, fez o uso da palavra em nome dos que encerraram suas atividades no Colegiado e dos que foram empossados.

Dirce Ribeiro de Abreu agradeceu aos Procuradores de Justiça que deixaram o CSMP: *José Maria Leoni Lopes de Oliveira*, *Denise Fabião Guasque* e *Julio Cesar Lima*

dos Santos, sendo que o último ficará como suplente neste próximo biênio. Os demais suplentes são *Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira* e *Fernando Galvão de Andrea Ferreira*. Também participou da solenidade a Corregedora-Geral do Ministério Público, *Maria Cristina Menezes de Azevedo*.

MP Comunitário visita comunidades

O Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Terceiro Setor, *Leonardo de Souza Chaves* e o Ouvidor-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Promotor de Justiça *Gianfilippo de Miranda Pianezzola*, visitaram, no dia 9 de fevereiro, as comunidades do Borel e da Casa Branca, na Tijuca. A visita marcou o reinício do projeto *MP Comunitário*, cujo objetivo é aproximar o MPRJ das comunidades carentes.

Esta primeira visita também serviu para que os dois representantes do MPRJ conversassem com moradores e analisassem espaços físicos adequados para receber o projeto *Ouvidoria Itinerante*. A *Ouvidoria Itinerante* tem como objetivo divulgar os projetos do Ministério Público, dando visibilidade ao trabalho desenvolvido pelos Promotores de Justiça.

Leonardo de Souza Chaves e *Gianfilippo de Miranda Pianezzola* foram recebidos pelo Comandante da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) do Borel, Capitão da Polícia Militar *Bruno Amaral*.

Depois de conhecer a UPP, os Membros do MPRJ buscaram identificar locais para a instalação da *Ouvidoria Itinerante* e no caminho, ouviram reivindicações de moradores.

Gianfilippo de Miranda Pianezzola distribuiu cartazes e panfletos para divulgar o trabalho do Ministério Público e incentivar os moradores a denunciarem problemas pelo telefone da Ouvidoria, o 127.

Posse da Procuradora de Justiça Marta Folino Proença

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, sob a Presidência do PGJ, *Cláudio Soares Lopes*, empossou, no dia 9 de fevereiro, a Procuradora de Justiça *Marta Folino Proença*. Promovida pelo critério de merecimento por decisão do Conselho Superior. Ela ficará lotada na 60ª Procuradoria de Justiça da Região Especial.

Visivelmente emocionada, a Procuradora de Justiça *Marta Folino Proença* lembrou que seu padrinho *in memoriam Roberto Abranches*, representado na cerimônia por sua viúva, a Procuradora de Justiça aposentada *Assy Mirza Abranches*, havia lhe prometido, pouco antes de morrer, que estaria ao seu lado na posse.

“É uma grande honra e alegria para mim chegar ao último degrau da carreira após, estou certa, ter envidado todos os meus esforços no sentido de cumprir meus deveres com ética, profissionalismo e independência”, discursou a empossanda.

O PGJ usou a palavra para manifestar sua confiança no trabalho da nova integrante do segundo grau de jurisdição do MPRJ.

Participaram da 1ª Sessão do Órgão Especial os Procuradores de Justiça *Walberto Fernandes de Lima (secretário do Órgão Especial)*, *Carlos Antonio da Silva Navega*, *Levi de Azevedo Quaresma*, *Júlio Cesar de Sousa Oliveira*, *Fernando Chaves da Costa*, *Márcio Klang*, *Márcia Alvares Pires Rodrigues*, *Lilian Moreira Pinho*, *Pedro Elias Erthal Sanglard*, *Nilo Augusto Francisco Suassuna*, *Maria da Conceição Lopes de Souza Santos*, *Patrícia Silveira da Rosa*, *Kátia Aguiar Marques Selles Porto* e *Leila Machado Costa*.

Reunião entre Membros do MPRJ e Conselheiros do CNMP

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) recebeu, no dia 10 de fevereiro, representantes da Comissão de Aperfeiçoamento da Atuação do Ministério Público no Sistema Carcerário e no Controle Externo da Atividade Policial, integrantes do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Os Conselheiros pediram informações sobre a atuação do MPRJ nessas áreas.

Na reunião de trabalho estiveram presentes o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*; a Corregedora-Geral do MPRJ, *Maria Cristina Menezes de Azevedo*; Membros da Administração Superior e Promotores de Justiça de Investigação Penal e de Execução Penal. Entre os Conselheiros do CNMP se encontravam o presidente da Comissão *Mário Luiz Bonsaglia*, *Adilson Gurgel de Castro*, *Taís Schilling Ferraz* e *Maria Ester Henriques Tavares*.

De acordo com os Conselheiros, as informações reunidas junto aos MPs estaduais serão levadas para encontros nacionais sobre os temas a serem realizados ainda neste semestre.

Conselho de Decanos dá posse a novo integrante

Em sua primeira reunião em 2011, e já sob nova composição, o Conselho de Decanos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deu posse, no dia 14 de fevereiro, ao seu novo integrante, o Procurador de Justiça aposentado *Renato Pereira França*, em substituição ao ex-Conselheiro *Roberto Abranches*, que faleceu no dia 18 de novembro de 2010.

Ao saudar o novo integrante, o presidente do Conselho de Decanos, Procurador de Justiça aposentado *Everardo Moreira Lima*, ressaltou que o Procurador

de Justiça aposentado *Renato Pereira França* “é um homem de gestos comedidos, sensato, com vasta experiência na atuação do MP e que estará subsituindo à altura o ex-Procurador de Justiça *Roberto Abranches*”.

Participaram também da reunião do Conselho, os membros *Sergio Demoro Hamilton*, *Celso Fernando de Barros*, *Luiz Sérgio Wigderowitz*, *Marija Yrneh Rodrigues de Moura* e *Leny Costa de Assis*.

MP na Escola

O projeto MP na Escola recebeu, no dia 15 de fevereiro, o apoio do Sindicato dos Estabelecimentos de Educação Básica do Município do Rio de Janeiro (SINEPE-RIO). O encontro foi realizado entre o Coordenador de Integração e Articulação Institucional (CIAI) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Promotor de Justiça *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva*, e o Presidente da entidade, *Victor Notrica*. A reunião, realizada na sede do SINEPE, no Centro, é o primeiro passo para estender aos estudantes do ensino médio da rede particular de ensino a divulgação das ações do Ministério Público, como já vem sendo feito nas escolas da rede estadual.

Ficou acertado, na reunião, que a Comissão de Eventos do Sindicato promoverá uma palestra de representantes do MPRJ para os diretores de escolas, visando à apresentação do projeto. *Victor Notrica* também disponibilizou o site e a revista dirigida à categoria para a divulgação da iniciativa.

É importante que os professores possam transmitir aos mais jovens, nas salas de aula, o papel do MPRJ na sociedade, salientou *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva*.

Durante o encontro, o Promotor de Justiça entregou a *Victor Notrica* a cartilha elaborada pela Assessoria de Comunicação Social do MPRJ, com texto e ilustração do escritor, chargista e técnico do Ministério Público *Marco Antônio de Carvalho*. O material explica didaticamente, por meio de uma história em quadrinhos, as atribuições do Ministério Público.

O projeto MP na Escola, da Coordenadoria de Integração e Articulação Institucional (CIAI), integra o programa Gestão Estratégica do MPRJ.

Administração Presente em Angra do Reis

O projeto Administração Presente, implementado pelo Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, em seu primeiro mandato, retomou, no dia 15 de fevereiro, o cronograma de visitas aos Centros Regionais de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAIs) e Promotorias de Justiça. O projeto tem como objetivo mapear as principais demandas e necessidades dos Membros do Ministério

Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), em termos de estrutura de trabalho, com a finalidade de aprimorar a atuação institucional. Para isso, a Administração Superior desloca-se para as comarcas e sedes regionais a fim de checar as instalações, tirar dúvidas e registrar, pessoalmente, queixas e sugestões.

Na mesma noite, *Cláudio Soares Lopes* esteve no Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional Angra dos Reis, iniciando o terceiro ano do projeto. O PGJ estava acompanhado do Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, Promotor de Justiça *João Bernardo Rodrigues*. A comitiva foi recebida pelo Coordenador do CRAAL, Promotor de Justiça *Henrique Paiva Araújo*.

A grande novidade é que há previsão de ser inaugurada, até o fim do ano, a nova sede do Ministério Público, uma demanda antiga da região, em terreno cedido pelo Prefeitura.

No encontro em Angra dos Reis também estiveram presentes os Promotores de Justiça *Erika Bastos Targino Puppim*, *Bruno Lavorato Moreira Lopes*, *Sidney Rosa da Silva Junior* e *Vinícius Winter de Souza Lima*.

Boletim Coomperj

Acaba de ser publicado o nº 13 do Boletim Coomperj, órgão de comunicação interna daquele órgão. O número em questão, relativo ao bimestre janeiro-fevereiro de 2011, põe em destaque os primeiros 10 anos da sua história de sucesso. O Boletim, que chega ao 5º ano de publicação, ressalta que a Coomperj é uma instituição que começou pequena e hoje já é notada pelo mercado como uma cooperativa atuante e sólida.

No aludido Boletim, o leitor encontrará farto noticiário a respeito das muitas realizações da Coomperj nestes 10 anos.

CSMP realiza cerimônia de vitaliciamento

Em sua segunda Sessão Extraordinária de 2011, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CSMP) realizou, no dia 17 de fevereiro, solenidade em comemoração ao vitaliciamento da Promotora de Justiça *Sandra da Hora Macedo*, do XXIX Concurso para ingresso na classe inicial da carreira no MP. A cerimônia foi presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*.

Sandra da Hora Macedo recebeu o ato de posse das mãos do Procurador-Geral de Justiça, que a parabenizou. “Este é um momento de extrema importância na carreira, momento em que Sandra assume todas as garantias constitucionais de suas atribuições no Ministério Público”, afirmou o PGJ.

Participaram da sessão os Conselheiros *Guilherme Eugênio de Vasconcellos*, *Luiz Fabião Guasque*, *Sergio Roberto Ulhôa Pimentel*, *Dennis Aceti Brasil Ferreira*, *Cristina Medeiros da Fonseca*, *Orlando Carlos Neves Belém*, *Denise Muniz de Tarin* e *Maria Cristina Menezes de Azevedo* (Corregedora-Geral do Ministério Público).

Ouvidora-Geral do MP de Mato Grosso visita o MPRJ

A Ouvidora-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, *Silvana Correa Viana*, esteve no dia 17 de fevereiro na sede do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para conhecer as instalações Ministeriais e saber mais detalhes a respeito do trabalho realizado pela Ouvidoria da Instituição. *Silvana Correa Viana* foi recebida pelo Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, e pelo Ouvidor-Geral, *Gianfilippo de Miranda Pianezzola*, que lhe deram as boas-vindas e parabenizaram-na pelo cargo.

Gianfilippo de Miranda Pianezzola também ofereceu estágio no Rio de Janeiro para as telefonistas da Ouvidoria de Mato Grosso. O treinamento serviria para transmitir às funcionárias de lá as técnicas de atendimento à população que obtiveram êxito aqui.

PGJ participa de troca de comando

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, participou, no dia 18 de fevereiro, da cerimônia de passagem do comando da Força de Pacificação dos Complexos da Penha e do Alemão, na Zona Norte do Rio. O General *Cesar Leme Justo* assumiu o cargo antes ocupado pelo General *Fernando Sardenberg*. Militares da 9ª Brigada de Infantaria Motorizada substituirão os cerca de 1,7 mil soldados da Brigada de Paraquedistas.

A cerimônia, contando com a presença do Sr. Governador do Estado, Sérgio Cabral, foi realizada na antiga Fábrica da Coca-Cola, na Rua Itaoca, espaço hoje ocupado pelas instalações do Exército e que se tornou a Base Operacional da Força de Pacificação. O apoio militar no processo de pacificação das comunidades ocorre desde dezembro de 2010, quando o Governo do Estado, o Ministério da Defesa e o Exército formalizaram parceria de organização e emprego da força-tarefa – evento que, na época, também contou com a presença do PGJ.

A presença do Ministério Público nessa troca de comando representa o apoio da Instituição às ações que vêm garantindo tranquilidade à comunidade, afirmou o PGJ.

O Comandante do Comando Militar do Leste (CML), General *Adriano Pereira Júnior*, salientou que tem recebido apoio das autoridades estaduais, do Judiciário, do MP e da população.

Também participaram da cerimônia o Vice-Governador *Luiz Fernando Pezão*; o Secretário de Estado de Segurança, *José Mariano Beltrame*; o Comandante-Geral da Polícia Militar, *Mário Sérgio Duarte*; a nova Chefe da Polícia Civil, *Martha Rocha*; o General *José Alberto da Costa Abreu*, representando o Ministro da Defesa, *Nelson Jobim*; o Corregedor-Geral de Justiça, Desembargador *Antônio José Azevedo Pinto* e o Conselheiro *Paulo Tamburini*, do Conselho Nacional de Justiça.

*Presidente da Amperj se reúne com senadores e com Ministro da Justiça **

No dia 16 de fevereiro, as atividades da Amperj em Brasília se dividiram entre o Senado Federal e o Ministério da Justiça. Na Casa Legislativa, o Presidente da Associação, *Marfan Martins Vieira*, participou de reuniões com os senadores *Demóstenes Torres* (DEM/GO) e *Pedro Taques* (PDT/MT), ambos integrantes do *Parquet*. Os encontros destinaram-se à discussão de estratégias para fortalecer a posição do Ministério Público no Congresso Nacional, onde tramitam centenas de projetos que interessam direta ou indiretamente à instituição.

Além do Presidente da Amperj, participaram dos encontros o Presidente do CNPG, *Fernando Grella Vieira*, o Coordenador da Comissão de Acompanhamento Legislativo da mesma entidade, *Jarbas Soares Junior*, e os Promotores de Justiça *Alex Sandro Teixeira da Cruz*, de Santa Catarina, e *José Renato Oliva Mattos*, da Bahia.

No mesmo dia, na parte da tarde, o Ministro da Justiça, *José Eduardo Cardoso*, recebeu em audiência os Presidentes do CNPG e da Amperj, bem como os Procuradores-Gerais de Justiça da Bahia, *Wellington César Lima e Silva*, de Pernambuco, *Aguinaldo Fenelon de Barros*, da Paraíba, *Oswaldo Trigueiro do Valle Filho*, e de Sergipe, *Orlando Rochadel Moreira*, além de representantes dos Ministérios Públicos de Minas Gerais (*Jarbas Soares Júnior*), de Santa Catarina (*Alex Sandro Teixeira da Cruz*), de São Paulo (*Fábio Ramazzini Bechara*), da Bahia (*José Renato Oliva Mattos*) e de Sergipe (*Jarbas Avelino Santos Junior*). A convite do Presidente do CNPG, a Conamp também se fez presente, na pessoa do Dr. *César Bechara Nader Mattar Junior*.

* Extraído do site da AMPERJ.

Inicialmente, o Ministro da Justiça enalteceu o Ministério Público, pela importância dos serviços que vem prestando ao país, e revelou ter grande interesse em estreitar os laços com a instituição.

Programa de Gestão Estratégica do MPRJ (Fase III)

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, e o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, reuniram-se, no dia 21 de fevereiro, com os Coordenadores dos Centros de Apoio Operacional (CAOps) das Procuradorias e das Promotorias de Justiça para a primeira reunião de definição do plano de trabalho para a execução da terceira fase do Programa de Gestão Estratégica do MPRJ (GEMPERJ).

O Planejamento Estratégico é uma exigência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para os MPs do país, sendo o MPRJ um dos pioneiros ao formatar seu plano de Gestão Estratégica, que é hoje referência nacional.

A reunião contou com a participação dos Procuradores de Justiça *Astério Pereira dos Santos* (Chefe de Gabinete); *Denise Soares Lopes* (Coordenadora de Planejamento Institucional); *Márcia Alvares Pires Rodrigues* (Coordenadora do 1º CAOp), *Katia Aguiar Marques Selles Porto* (Subcoordenadora do 1º CAOp) e *Marcos Ramayana Blum de Moraes* (Coordenador do 5º CAOp).

Também estiveram presentes os Promotores de Justiça *Cristiano dos Santos Lajoia Garcia* (Coordenador de Acompanhamento de Projetos); *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva* (Coordenador de Integração e Articulação Institucional); *Renata de Vasconcellos Araujo Bressan* (Coordenadora do 2º CAOp); *Leonidas Filippone Farrulla Júnior* (Coordenador do 3º CAOp); *Rodrigo César Medina da Cunha* (Coordenador do 4º CAOp); *Homero das Neves Freitas Filho* (Coordenador do 7º CAOp e da COESF); *Maria da Glória Figueiredo* (Coordenadora do 8º CAOp); *Rosana Barbosa Cipriano Simão* e *Cristiane Branquinho Lucas* (Subcoordenadoras do 3º CAOp); *Afonso Henrique Reis Lemos Pereira* e *Gabriela Brandt de Oliveira* (Subcoordenador e Assessora do 4º CAOp); *Andréa Rodrigues Amin* (Subcoordenadora do 5º CAOp); *Murilo Nunes de Bustamante* (Coordenador de Meio Ambiente do 6º CAOp); *Márcio José Nobre de Almeida* (Subcoordenador do 7º CAOp); *Maria Helena Ramos de Freitas* e *Vinícius Winter de Souza Lima* (que assumiram as Subordenações do 4º e 2º CAOp, respectivamente).

Câmara de Nova Friburgo congratula desempenho do MPRJ

Após a tragédia das chuvas na Região Serrana, a atuação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi reconhecida pela Câmara Municipal de Nova Friburgo, que, no dia 17 de fevereiro, entregou à Instituição Voto de

Congratulações pelos serviços prestados à comunidade. Com o intuito de minimizar os efeitos da enchente, o MPRJ orientou suas ações para o recebimento de donativos, vistoria de áreas de risco, combate a doenças, resolução de problemas sanitários, melhorias das condições de abrigos e reconhecimento de corpos através do Programa de Identificação de Vítimas (PIV).

O Coordenador do Centro Regional de Apoio Administrativo Institucional (CRAAI) de Nova Friburgo, Promotor de Justiça *Hédel Luis Nara Ramos Junior*, recebeu a congratulação, que foi aprovada por unanimidade pelos Vereadores friburguenses em 3 de fevereiro. “A Câmara Municipal manifesta, através deste Voto de Congratulações, o merecido reconhecimento pela dedicação e pelo empenho do MPRJ no exercício das suas funções em momento dramático vivido pela população desta cidade, ocasião em que a Instituição foi além das suas atribuições usuais e se colocou como autêntico pilar da ordem jurídica”.

Autor do requerimento, o Vereador *Marcos Medeiros* destacou a importância do MPRJ na força-tarefa criada para a resolução dos problemas no Município.

PGJ fala sobre ações de Comunicação no encontro do CNPG

Na segunda reunião de 2011 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e da União (CNPG), que começou no dia 22 de fevereiro e seguiu em 23 de fevereiro, em Brasília, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, também Vice-Presidente para a Região Sudeste e Coordenador de Comunicação do CNPG, falou sobre as propostas para dar maior visibilidade às ações do Ministério Público brasileiro e fortalecer a imagem institucional.

“O que pretendemos é incrementar a divulgação das atividades não só do CNPG, como também dos MPs estaduais, principalmente no que diz respeito ao que tem relevância nacional”, afirmou o PGJ do Rio de Janeiro.

O PGJ do Rio discorreu sobre a ideia de produzir uma vinheta a ser exibida nas principais redes de televisão do país e apresentou alguns temas para que se inicie a sua elaboração.

Novas UPPs em Santa Teresa e no Catumbi

O Coordenador de Integração e Articulação Institucional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), Promotor de Justiça *Sávio Renato Bitencourt Soares Silva*, representou o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, no lançamento das duas novas Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), no dia 25 de fevereiro. A 15ª e a 16ª UPPs foram inauguradas em Santa Teresa e no Catumbi pela Secretaria de Estado de Segurança para atender as comunida-

des dos Prazeres, Escondidinho, Coroa e Fallet-Fogueteiro. A cerimônia ocorreu na quadra do Morro dos Prazeres.

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva, que também é coordenador pelo MPRJ do Acordo de Cooperação para Implementação de Equipamentos Públicos de Acesso à Justiça e Cidadania nas UPPs, disse que a pacificação é o primeiro passo para a chegada efetiva dos serviços sociais do Estado. “Pelo acordo, o MPRJ levará às comunidades projetos voltados para o resgate da cidadania, como a Ouvidoria Itinerante, o Em Nome do Pai e o MP na Escola”.

Além do Governador *Sérgio Cabral* e do Secretário de Segurança, *José Mariano Beltrame*, estiveram presentes na inauguração das novas UPPs o Vice-Governador, *Luiz Fernando de Souza Pezão*; o Comandante da Polícia Militar, Coronel *Mário Sérgio*; o Secretário Estadual de Assistência Social e Direitos Humanos, *Rodrigo Neves*; o subsecretário de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, *Antonio Carlos Silva Biscaia*. O Cônsul argentino *Eduardo Mallea*; o Secretário Municipal de Fazenda, *Renato Villela*; o Secretário de Assistência Social e Direitos Humanos, *Ricardo Henriques*; o Coordenador das UPPs, Coronel *Róbson Rodrigues da Silva*, entre outras autoridades, também compareceram ao ato.

Administração Presente no CRAAI Barra do Piraí

Cumprindo agenda do projeto Administração Presente, o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, compareceu, no dia 1º de março, no Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Barra do Piraí, no Sul Fluminense. Acompanhado pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, e pelo Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, Promotor de Justiça *João Bernardo Rodrigues*, *Cláudio Soares Lopes* chegou ao CRAAI no início da noite. A comitiva foi recebida pelo Coordenador do CRAAI, Promotor de Justiça *Fernando Carlassara de Oliveira*. Outros nove Promotores, das Comarcas de Barra do Piraí, Mendes, Piraí, Rio das Flores e Valença, participaram do encontro.

Após o mapeamento realizado no primeiro mandato, o PGJ faz agora um levantamento dos pleitos atendidos e das necessidades ainda pendentes de solução. A série de encontros prevista para o ano de 2011 começou a ser realizada, em 15 de fevereiro, no CRAAI Angra dos Reis.

Também estiveram presentes os Promotores de Justiça *Patrícia Vianna Vieira*, *Gabriela Baeta Mello*, *Roberto Saad Alves da Costa*, *Cristiane de Carvalho Pereira*, *Sérgio Luis Lopes Pereira*, *Marcelo Airoso Pimentel*, *Vladimir Ramos da Silva*, *Aline Carvalho dos Santos* e *Adriana Araújo Porto*.

CSMP aprova nomes para eleição dos representantes do MPRJ a serem indicados para o CNMP e o CNJ

Em sua 3ª Sessão Ordinária de 2011, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CSMP) realizou, no dia 2 de março, a homologação das candidaturas à eleição destinada à formação das listas para escolha dos Membros do MPRJ que concorrerão às vagas reservadas aos MPs estaduais na composição do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Para a vaga no CNMP foi aprovada a candidatura do Procurador de Justiça *Marcos André Chut*. Para a do CNJ, foi homologada a candidatura do Promotor de Justiça *Leonardo Araújo Marques*. A eleição para a confirmação dos dois nomes será realizada no dia 4 de abril na sede do MPRJ. Votam Procuradores e Promotores de Justiça em atividade.

Os Conselheiros também aprovaram a indicação de três Procuradores de Justiça e dois Promotores de Justiça para integrar a Mesa Receptora e Apuradora da eleição. Para a presidência da Mesa foi indicada a Procuradora de Justiça *Dirce Ribeiro de Abreu*, o Procurador de Justiça *Guilherme Eugênio de Vasconcelos* e a Procuradora de Justiça *Cristina Medeiros da Fonseca*. Completam as indicações para a Mesa os Promotores de Justiça *Dimitrius Viveiros Gonçalves* e *Horacio Afonso de Figueiredo da Fonseca*.

De acordo com a Lei 11.372/06, formada a lista tríplice, o Procurador-Geral de Justiça escolhe um Membro para indicação ao CNMP e ao CNJ. Como foi apresentada apenas uma candidatura para cada Conselho, o resultado será referendado pelo PGJ.

Para o CNMP, os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados, em reunião conjunta, definirão uma lista tríplice dos indicados por cada Instituição para serem 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 um mandato de dois anos em cada Conselho.

A sessão foi presidida pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*. Também participaram da sessão os Conselheiros *Guilherme Eugênio de Vasconcelos*, *Luiz Fabião Guasque*, *Sergio Roberto Ulhôa Pimentel*, *Dennis Aceti Brasil Ferreira*, *Cristina Medeiros da Fonseca*, *Orlando Carlos Neves Belém*, *Júlio Cesar Lima dos Santos* e *Maria Cristina Menezes de Azevedo* (Corregedora-Geral do Ministério Público).

Reunião de Cláudio Soares Lopes e Martha Rocha

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, reuniu-se no dia 03 de março com a nova chefe da Polícia Civil, delegada *Martha Rocha*. O encontro foi

realizado no edifício sede do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) e serviu para estreitar relações e iniciar parcerias em torno de temas de interesse das duas instituições. A extinção das carceragens nas delegacias, conclusão de inquéritos antigos, fiscalizações e modernizações de processos foram os assuntos debatidos.

Martha Rocha esteve acompanhada do seu Chefe de Gabinete, *Luiz Zettermann*, e do Subchefe Administrativo, *Sérgio Caldas*. Pelo MPRJ, participaram da reunião os Procuradores de Justiça *Carlos Roberto de Castro Jatahy* (Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional); *Antonio José Campos Moreira* (Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial); *Astério Pereira dos Santos* (Chefia de Gabinete) e os Promotores de Justiça, *Paulo Wunder de Alencar* (Coordenador da Coordenadoria de Segurança e Inteligência); *Homero das Neves Freitas Filho* (Coordenador do 7º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Investigação Penal e da Coordenadoria de Combate à Sonegação Fiscal); *Renata de Vasconcellos Araújo Bressan* e *Vinícius Winter de Souza Lima* (Coordenadora e Subcoordenador do 2º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais).

Presidente da AMPERJ recebido na Liderança do Governo *

No dia 2 de março, o presidente da Amperj, *Marfan Martins Vieira*, reuniu-se com o Dr. *Lourimar Rabelo*, responsável técnico da liderança do Governo pelo acompanhamento dos projetos de lei que dispõem sobre a recomposição do subsídio do Ministério Público e da magistratura (PLs nº 7.753 e nº 7.749)

O trabalho da Amperj e das demais entidades (associações co-irmãs, Conamp e CNPG) continua firme no sentido de viabilizar a urgente aprovação dos textos originalmente enviados à Câmara, inclusive no que concerne ao mecanismo de revisão do subsídio, previsto no artigo 2º de ambas as proposições. Este dispositivo, a propósito, serviu de inspiração ao Governo para fixar a disciplina dos futuros reajustes do salário mínimo mediante decreto.

MP em Foco

Acaba de ser publicada a revista “MP em Foco”, em sua 6ª edição, relativa ao mês de fevereiro do corrente ano. Nela estão noticiados os principais eventos ocorridos recentemente, tais como a cerimônia de posse do Procurador-Geral de

* Extraído do site da AMPERJ.

Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, a solenidade de posse do Conselho Superior do Ministério Público, o Congresso de Gestão Estratégica levado a efeito em Brasília pelo Conselho Nacional do Ministério Público, justa homenagem ao decano do nosso Ministério Público, Procurador de Justiça *Carlos Antonio Navega*, a relação dos agraciados com o Colar do Mérito do M.P., o prêmio de Menção Honrosa concedido ao MPRJ na VII edição do Prêmio Innovare (2010), em solenidade realizada no Supremo Tribunal Federal, no dia 03 de dezembro, entre muitas outras notícias relevantes.

Consta, ainda, da publicação um breve editorial do Procurador-Geral de Justiça, prestando contas da sua Administração.

Com um texto leve e sintético, como convém a uma revista informativa e ilustrada com fotografias dos fatos noticiados, "MP em Foco" contribui de forma precisa para o resguardo da memória do nosso *Parquet*.

Ministro Luiz Fux no STF

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, participou, no dia 03 de março, da posse do Ministro *Luiz Fux* no Supremo Tribunal Federal. A sessão solene, realizada no plenário da Corte, foi prestigiada por cerca de quatro mil pessoas, entre convidados e autoridades.

Entre as autoridades fluminenses presentes à posse estavam também o governador *Sérgio Cabral*, o vice-governador *Luiz Fernando Pezão*, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador *Manoel Alberto Rebelo dos Santos*.

Cláudio Soares Lopes elogiou a escolha do novo Ministro do STF, que assumiu a vaga deixada pelo Ministro *Eros Grau*, aposentado em agosto do ano passado, ao completar 70 anos de idade. O Chefe Institucional do MPRJ lembrou que, entre 1979 e 1982, antes de ingressar na Magistratura, *Luiz Fux* foi Promotor de Justiça do Estado do Rio (cf. Revista de Direito da PGJ RJ, nº 09, pp. 21 e 211).

Quando Promotor do MPRJ, *Luiz Fux* atuou nas Comarcas de Trajano de Moraes, Santa Maria Madalena, Cordeiro, Cantagalo, Nova Iguaçu, Macaé e Petrópolis. Também foi Curador de Fundações.

Após a passagem pelo MPRJ, *Luiz Fux* construiu uma carreira de três décadas na Magistratura, tendo sido Juiz e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos últimos dez anos.

Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o Magistrado carioca é autor de diversos livros de Direito Processual Civil e, recentemente, presidiu a

Comissão do Congresso Nacional que elaborou a reforma do novo Código de Processo Civil.

Durante a sessão solene de posse, o novo Ministro foi conduzido ao plenário pelo Decano do STF, Ministro *Celso de Mello*, e pelo mais novo, Ministro *Dias Toffoli*.

Coube ao Ministro *Cezar Peluso* declarar o Ministro *Luiz Fux* empossado e o convidá-lo a ocupar seu lugar na bancada dos Ministros.

Planejamento estratégico nacional em Brasília

O Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, participou do lançamento do primeiro planejamento estratégico nacional do Ministério Público, no dia 14 de março. O projeto, coordenado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), envolve 14 mil Promotores e Procuradores de Justiça de todos os MPs do Brasil, tanto dos Estados como da União – Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios. Até julho serão definidas diretrizes comuns para as Instituições. *Carlos Roberto de Castro Jatahy* representou o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, no evento.

Em 2009, o MPRJ realizou diversas reuniões com a classe para elaborar o Mapa Estratégico da Instituição, lançado dia 14 de dezembro, durante as festividades do Dia Nacional do Ministério Público. Recebemos com grata satisfação o convite do CNMP para participar com maior proximidade da gestão estratégica do Conselho, por meio da designação do Promotor de Justiça *Cristiano dos Santos Lajoia Garcia*. Ele integra o colegiado como Membro auxiliar, contribuindo com a experiência do MPRJ para a consecução do planejamento estratégico nacional. O Promotor *Cristiano dos Santos Lajoia Garcia* foi convidado para ser Membro auxiliar do CNMP, em novembro passado, durante o 1º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público – Governança Institucional.

A metodologia do planejamento foi definida pelo CNMP com a participação de Procuradores-Gerais e de entidades de classe do Ministério Público – os conselhos de Procuradores-Gerais, Corregedores-Gerais, Ouvidores e as associações de Membros do MP.

Como preparação dos encontros, foi feito um levantamento de todos os planos estratégicos já existentes nas unidades do Ministério Público. Esses dados foram reunidos num sistema que foi apresentado dia 14, para facilitar a identificação de pontos em comum.

TV canadense mostra trabalho do PIV na Região Serrana

O trabalho realizado pelo Programa de Identificação de Vítimas do MPRJ após as enchentes na Região Serrana foi tema de reportagem exibida pela emissora canadense OMNI Television, em rede nacional, em 6 de março.

Entrevista com o Procurador de Justiça *Rogério Carlos Scantamburlo*, Coordenador do Núcleo de Apuração Criminal (NAC), foi exibida durante um programa especial, dedicado à situação na região. *Rogério Carlos Scantamburlo* detalha atuação das equipes dedicadas a localizar desaparecidos e identificar corpos de vítimas fatais

A OMNI é uma emissora multicultural, com programas em várias línguas, que abrange potencialmente 16,5 milhões de residências. Antes dela, a rede de televisão CNN em Espanhol já havia produzido reportagem sobre o PIV, exibida em agosto de 2010.

*IV Conferência Regional da IAP para a América Latina **

A International Association of Prosecutors (IAP) realizou, no período de 23 a 25 de março de 2011, a sua IV Conferência Regional para a América Latina, que teve como tema O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À CORRUPÇÃO.

A partir desse tema central, foram abordados importantes sub-temas, tais como a independência e a autonomia do Ministério Público, as garantias funcionais de seus membros, os poderes e instrumentos de investigação da corrupção, a eficácia do controle e da repressão à corrupção e a cooperação jurídica internacional.

O evento teve lugar no Gran Marquise Hotel, localizado na Av. Beira-Mar, nº 3.980, em Fortaleza (CE), e foi co-patrocinado pela Associação Cearense do Ministério Público.

Pacto pelo Planejamento Estratégico Nacional

O Coordenador de Modernização Organizacional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), Promotor de Justiça *Cristiano dos Santos Lajoia Garcia*, participou, no dia 14 de março, do lançamento do pacto pelo Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público. O encontro foi realizado em

* Extraído do site da AMPERJ.

Brasília com a presença do Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, além de Conselheiros do CNMP e gestores dos MPs dos Estados e dos ramos do Ministério Público da União. Na elaboração do Plano Nacional, o CNMP contou com a colaboração do MPRJ, através do trabalho de *Cristiano dos Santos Lajoia Garcia*.

O Presidente do CNMP, *Roberto Gurgel*, conclamou no evento que todos os Membros do MP participem da elaboração do planejamento estratégico com a finalidade de mostrar unidade e coesão ministerial. Para tanto, como forma de subsidiar as informações sobre os desafios que serão enfrentados em nível nacional, o CNMP lançou em seu site uma pesquisa nacional que busca colher a opinião de Promotores e Procuradores de Justiça sobre 48 temas de atuação do MP.

A Conselheira *Cláudia Chagas* destacou no evento que, com essa proposta, o CNMP busca desenvolver o conceito da unidade a partir da união de seus Membros, sempre respeitando a independência funcional.

Administração Presente visita CRAAI Campos

Em continuidade ao projeto Administração Presente, o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, esteve no dia 15 de março, no Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Campos. Acompanhado pelo Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, Promotor de Justiça *João Bernardo Rodrigues*, e pelo Coordenador de Movimentação de Promotores, *Guilherme Mattos de Schueler*, o PGJ reuniu-se com Promotores de Justiça da região, além de Membros dos órgãos de execução das comarcas de São Fidélis, São Francisco de Itabapoana e São João da Barra, que integram o CRAAI. A comitiva foi recebida pelo Coordenador do CRAAI Campos, Promotor de Justiça *Luiz Cláudio Carvalho de Almeida*.

No terceiro ano de atividades, o Administração Presente busca sanar de forma ágil as demandas e necessidades relacionadas à estrutura de trabalho dos órgãos de execução.

Os encontros têm como objetivo aferir as demandas administrativas de cada órgão e facilitar o encaminhamento das demandas pelos Promotores.

Também estiveram presentes no encontro desta terça-feira, os Promotores de Justiça *Bruno Gaspar de Oliveira Corrêa*, *Rômulo Santos Silva*, *Maria Cláudia de Medeiros Castro*, *Sandra da Hora Macedo*, *Karina Cid Finoquio Pofahl*, *Alessandra Honorato Neves Batista*, *Leandro Manhães de Lima Barreto*, *Anik Rebello Assed Machado*, *José Luiz Pimentel Batista*, *Victor Santos Queiroz*, *Luciana Longo Alves da Costa*, *Marcelo Lessa Bastos*, *Marco Antonio Moraes de Rezende*, *Patrícia Monteiro Alves Moreira*, *Olivia Motta Venâncio* e *Vinícius Lameira Bernardo*.

MPRJ inaugura restaurante

Um brinde entre membros e servidores do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) marcou a inauguração do restaurante "Café.Café", na noite do dia 16 de março, no 9º andar do edifício-sede das Procuradorias de Justiça. O restaurante, antiga demanda da classe e funcionários da Instituição, começa a funcionar das 8h às 17h, a partir do dia 17 de março, oferecendo cafés, almoço e lanches. Cerca de 100 pessoas estiveram presentes à inauguração do espaço de cerca de 220 m², entre Procuradores, Promotores de Justiça e servidores.

Sob comando da empresária *Monique Benoliel* e seu filho *Thiago Benoliel*, a empresa BG Café Bar e Restaurante Ltda foi contratada, através de licitação, por Termo de Cessão de Uso do espaço pelos próximos 60 meses. O salão foi reformado para abrigar cozinha e restaurante, que conta, também, com um espaço destacado para até 16 pessoas e que poderá ser reservado, por qualquer membro do MP ou servidor, com um dia de antecedência.

PGJ RJ coordena encontro de Comunicação organizado pelo CNPG

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) participou no dia 17 de março, em São Paulo, de encontro que reuniu 20 assessores de Comunicação dos Ministérios Públicos de todo o país, cujo objetivo é debater propostas que visam a reforçar a imagem do MP brasileiro, por intermédio de uma maior integração entre os órgãos de comunicação das Instituições.

Na abertura do encontro, o Coordenador de Comunicação do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPG), Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, Vice-Presidente do CNPG para a Região Sudeste, destacou a importância do trabalho integrado entre os assessores de imprensa dos MPs. Nosso PGJ compôs a mesa ao lado do anfitrião, o Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, *Fernando Grella Vieira*, Presidente do CNPG e do Subprocurador-Geral de Relações Externas, *Francisco Estella*.

Dentre os temas em discussão, estavam a revitalização da Rede Nacional de Comunicação Social do MP Brasileiro, a criação de campanhas institucionais em âmbito nacional e a realização de projetos e iniciativas para valorizar a comunicação do MP com a sociedade brasileira.

CNMP regulamenta inspeções em unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de adolescentes

O Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) aprovou, no dia 16 de março, resolução regulamentando as fiscalizações por Membros do

Ministério Público das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas de internação e de semiliberdade de adolescentes em conflito com a lei.

A minuta original da resolução foi proposta pelo Promotor de Justiça *Rodrigo César Medina da Cunha*, Coordenador do 4º CAOp e membro auxiliar da Comissão Permanente da Infância e Juventude do CNMP, sendo debatida por grupo de Promotores em todo país e acolhida pela conselheira *Sandra Lia*, autora do projeto, na qualidade de Presidente da Comissão.

Ministro Hamilton Carvalhido visita a Revista do Ministério Público

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça *Hamilton Carvalhido* visitou, no dia 18 de março, o Procurador de Justiça *Sergio Demoro Hamilton*, Diretor da Revista do MPRJ. Na iminência da aposentadoria, o Ministro, que é Diretor da Revista do STJ, prestou tributo a um dos baluartes do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Instituição da qual ele próprio foi Membro por mais de 30 anos, tendo exercido o cargo de Procurador-Geral de Justiça entre 1995 e 1999.

“Quero sair pela mesma porta por onde entrei. Estou aqui em visita oficial para fazer um reconhecimento público de que o Procurador de Justiça *Sergio Demoro Hamilton* foi e é o paradigma que sempre me inspirou ao longo da vida”, disse *Hamilton Carvalhido*, que completará 70 anos em maio e atualmente é Ministro do STJ, Membro da Corte Especial, do Conselho de Administração e da Comissão de Jurisprudência, além de Membro efetivo do Tribunal Superior Eleitoral.

Sergio Demoro Hamilton é escritor e doutrinador de renome – autor de “Temas de Processo Penal” (1998) e de “Estudos de Processo Penal, 3ª série” (2006) – e se dedica à tarefa de reunir dados históricos para a implantação do Centro de Memória do MPRJ. Ele também é Diretor da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de circulação nacional, que este ano completará 45 anos.

Agradecendo a homenagem e o carinho demonstrado pelo ex-Procurador-Geral de Justiça, *Sergio Demoro Hamilton* salientou a profunda amizade e admiração que nutre por ele, registrando o longo convívio que tiveram no Parquet fluminense, iniciado nos idos de 1966.

“Em todo esse período, o apreço intelectual e o profundo respeito moral pelo querido amigo só fizeram crescer”, disse.

Durante a visita à Revista do MPRJ, o Ministro foi recebido também 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*. Hamil-

ton Carvalhido visitou, também, as instalações do prédio das Procuradorias de Justiça.

CNPG indica Polastri para compor Comitê

O presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, *Fernando Grella Vieira* vem de indicar nosso colega, Procurador de Justiça *Marcellus Polastri Lima*, para compor o Comitê de Estudos e Análise das propostas para o novo Código de Processo Penal.

Integram o referido Comitê os seguintes membros:

Rodrigo Iennaco de Moraes – MPMG

Alexandra Carniel Antônio – MPRS

Ana Luiza A. Ferro – MPMA

Marcelo Augusto Rodrigues Mendes – MPMG

Marcellus Polastri Lima – MPRJ

Renato Marcão – MPSP

Rodrigo de Abreu Fudoli – MPDFT

A indicação, que enobrece nosso *Parquet*, vem de ser autorizada pelo nosso Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Cláudio Soares Lopes*.

MPRJ recebe comitiva que luta contra o avanço da tuberculose no Estado

O Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Terceiro Setor, *Leonardo de Souza Chaves*, recebeu, no dia 23 de março, comitiva liderada pelo Presidente da Frente Parlamentar pela Luta Contra o HIV/Aids e a Tuberculose da Assembleia Legislativa do Rio (ALERJ), Deputado Estadual *Gilberto Palmares* (PT). Acompanhado por representantes de diversos setores, *Gilberto Palmares* pediu o apoio do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no combate a essas doenças.

O Deputado explicou que buscou diálogo com diversas autoridades, para melhorar as condições que envolvem a falta de leitos e o precário acompanhamento de pacientes com tuberculose, mas, segundo ele, não obteve comprometimento para a realização de ações efetivas. *Gilberto Palmares* comunicou ao Subprocurador-Geral que também há problemas no treinamento de profissionais e na orientação da população, sobretudo em áreas carentes, onde é maior a incidência.

A comitiva também defendeu a necessidade de políticas públicas de assistência social. “Viemos ao MP pedir auxílio na busca e no fortalecimento do diálogo com autoridades de saúde”, disse o Parlamentar, informando que os Municípios de Nilópolis e Paracambi lideram a lista de cidades com os maiores índices de tuberculose no Estado.

Na cidade do Rio de Janeiro, a Rocinha, o Caju e o Complexo do Alemão concentram os números mais altos de casos da doença.

Leonardo de Souza Chaves disse que, em visita recente à Rocinha, constatou que muitas pessoas com tuberculose não conseguem chegar às unidades de atendimento de saúde. Desde então, tem cobrado de autoridades estaduais e municipais a adoção de programas voltados para os doentes.

Também estiveram presentes ao encontro a Coordenadora da ONG Centro de Promoção da Saúde (CEDAPS), *Wanda Guimarães*; *Carlos Basília*, representante do Fórum Estadual das ONG's na Luta contra a Tuberculose; *Roberto Pereira*, representante do Fórum Estadual das ONG's na Luta contra a Aids no Rio de Janeiro e o advogado *Marcelo Bento*.

MPRJ assina convênio com a PM

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) e o comando da Polícia Militar assinaram, no dia 23 de março, a renovação do Termo de Convênio para a cessão de Policiais Militares ao MP, ampliando de 200 para 220 agentes. O novo convênio destina parte da verba pelo MP diretamente à PM, com recursos fixos para investimentos na Corregedoria e no setor de Inteligência da Polícia. O termo foi assinado pelo Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, pelo Comandante-Geral da PM, Coronel *Mário Sérgio Duarte* e pelo Secretário de Segurança, *José Mariano Beltrame*. O novo convênio terá vigência de dois anos, ficando os PMs lotados na Coordenadoria de Segurança e Inteligência (CSI) e distribuídos nos Grupos de Apoio aos Promotores (GAPs) em todo o Estado.

“O diferencial do convênio assinado hoje de outros, anteriormente realizados, é a previsão de que a verba a ser ressarcida, referente aos salários dos policiais, será destinada diretamente à Polícia. Isso significa que a PM passará a administrar diretamente cerca de R\$ 800 mil por mês, sendo que 40% desse valor deverão ser destinados aos setores da Corregedoria e de Inteligência da PM, para que aprimorem as suas estruturas e tecnologias”, afirmou o Coordenador da CSI, Promotor de Justiça *Paulo Wunder de Alencar*.

Na cerimônia de assinatura, *Cláudio Soares Lopes* também foi homenageado com uma placa comemorativa e um livro sobre os 200 anos de atuação da PMERJ.

Se a segurança pública vem produzindo um resultado positivo, nós temos a nítida consciência da participação do MP nestas vitórias, disse *José Mariano Beltrame* com o discurso também voltado para o estreitamento das relações entre os órgãos.

Também estiveram presentes à assinatura do convênio, o Chefe de Gabinete do MPRJ, *Astério Pereira dos Santos*; o assessor do Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, *Alberto Flores Camargo*; e os Promotores de Justiça *Márcia Teixeira Velasco*, *Isabella Pena Lucas*, *Leonardo Cuña de Souza*, *Cláudio Cardoso da Conceição* e *Paulo Roberto Mello Cunha Junior*. Pela PM, compareceram o Chefe do Estado Maior Operacional, Coronel *Álvaro Garcia*; o Chefe do Estado Maior Administrativo, Coronel *Milagres*; o Chefe de Gabinete da PMRJ, Coronel *Millan*; o Corregedor da PMRJ, Coronel *Menezes*; o Chefe da Coordenadoria de Inteligência, Coronel *Sérgio*; o Comandante do BPRV, Coronel *Maurício*; o Comandante do 7º BPM, Tenente-Coronel *Cláudio*; o Comandante do 12º BPM, Tenente-Coronel *Paulo Henrique* e o Chefe da Assessoria Militar, Coronel *Lui-gi*.

Procurador-Geral de Justiça recebe visita do Defensor Público Geral do Estado

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, recebeu, em seu Gabinete, no dia 25 de março, o Defensor Público Geral do Estado, *Nilson Bruno Filho*, e o Presidente da Associação dos Defensores Públicos do Estado, *Marcelo Bustamante*. O encontro teve como objetivo intensificar o diálogo entre as duas instituições em torno de objetivos convergentes.

“É uma satisfação receber a visita dos Defensores Públicos. Temos que trabalhar de maneira cada vez mais integrada naquilo que diz respeito simultaneamente ao Ministério Público e à Defensoria Pública”, disse o PGJ.

Os Defensores Públicos propuseram novos encontros para tratar de temas nas áreas Criminal, de Infância e de Fazenda Pública, dentre outras.

Além deles, estiveram presentes os Subprocuradores-Gerais de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy* e de Atribuição Originária Institucional e Judicial, *Antonio José Campos Moreira*.

O processo eletrônico e o MP

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, em reunião realizada com Procuradores de Justiça em exercício na área criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), no dia 25 de março, criou uma comissão

que irá propor melhorias e soluções de problemas no Processo Eletrônico. A medida foi tomada após terem sido detectadas falhas no sistema que estão comprometendo a tramitação dos processos na segunda instância.

Reunidos com integrantes da Administração Superior do MPRJ, os Procuradores relataram que estão encontrando dificuldades no uso cotidiano do Processo Eletrônico.

Com o objetivo de proceder a estudos sobre o tema, *Cláudio Soares Lopes* propôs a criação de comissão composta por cinco Procuradores de Justiça. Eles vão elaborar um relatório a ser encaminhado ao Tribunal solicitando imediatas alterações no sistema e a solução de problemas técnicos. Vão compor a comissão os Procuradores de Justiça *José Roberto Paredes*, *Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves*, *Elizabeth Carneiro de Lima*, *Nilo Augusto Francisco Suassuna* e *Walberto Fernandes de Lima*.

Por meio dessa comissão, nós tentaremos, pela via do diálogo, chegar a um comum acordo com o Tribunal de Justiça quanto ao que pode ser feito para solucionar os problemas que estão afetando o trabalho do Ministério Público na esfera criminal.

Também participaram da reunião: *Maria Cristiana Menezes de Azevedo* (Corregedora-Geral do MPRJ); *Carlos Roberto de Castro Jatahy* (Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional); *Antonio José Campos Moreira* (Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial); *José Augusto Guimarães* (Secretário-Geral do MPRJ) e *Márcia Alvares Pires Rodrigues* (Coordenadora do 1º Centro de Apoio Operacional das Procuradorias de Justiça).

PGJ do Rio apresenta ao CNPG conclusões do encontro de Assessores de Comunicação

No encontro do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPG), no dia 28 de março, em Belo Horizonte (MG), o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, que é Coordenador de Comunicação do CNPG e Vice-Presidente do Conselho para a Região Sudeste, apresentou os principais pontos propostos para o Programa de Comunicação da entidade. Esses pontos foram definidos durante o *II Encontro de Assessorias de Comunicação dos Ministérios Públicos dos Estados*, ocorrido no último dia 17, em São Paulo.

O PGJ do Estado do Rio de Janeiro listou não apenas a revitalização da Rede Nacional de Comunicação (RedeComMP), mas também o incremento do site do CNPG, a produção de vinhetas sobre temas de interesse da sociedade e a criação do Prêmio Nacional de Jornalismo, dentre outros, como iniciativas para fortalecer a imagem do MP brasileiro.

O encontro do CNPG aconteceu também para a apresentação de Relatórios de Acompanhamento Legislativo e para a apreciação de duas proposições relativas a Projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados – uma contrária à flexibilização do Código Florestal e a outra sobre a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Estiveram presentes os Deputados Federais *Odair Cunha* e *Gabriel Guimarães*; o Presidente da CONAMP, *César Bechara* e os Conselheiros do CNMP *Achiles de Jesus Siquara Filho*, *Almino Afonso Fernandes* e *Luiz Moreira Gomes Júnior*. O encontro do CNPG em Belo Horizonte continuou no dia 29 de março.

Subcomissão do CNPG prepara proposta de integração tecnológica entre MP e Justiça

A Subcomissão de Interoperabilidade entre o Ministério Público e o Poder Judiciário Brasileiro, que faz parte da Comissão de Tecnologia do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPG), reuniu-se, no dia 29 de março, no Ministério Público Militar (MPM), em Brasília, para tratar da integração digital entre o MP e a Justiça. A Subcomissão é Coordenada pelo Secretário de Tecnologia da Informação e de Comunicação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Promotor de Justiça *Cláudio Tenório Figueiredo Alencar*.

A reunião permitiu aos representantes dos MPs de 12 estados, além do MPM e do MPDF, apresentarem as informações coletadas ao longo do mês de março sobre o estágio atual da troca eletrônica de informações e do Processo Judicial Eletrônico.

Além do MPRJ e do MPM, estiveram presentes representantes dos MPs do Rio Grande do Sul, Pernambuco, Maranhão, Bahia, Tocantins, Minas Gerais, Distrito Federal, Pará, Ceará, Santa Catarina, Paraná e Rondônia.

Vitalicciamento

No período compreendido entre 1º de janeiro e 31 de março de 2011, foi vitaliciada na carreira do Ministério Público a seguinte colega:

Sandra da Hora Macedo

Aposentadoria

No período compreendido entre 1º de janeiro e 31 de março de 2011, aposentou-se na carreira do Ministério Público a seguinte colega:

Vera de Souza Leite

Falecimento

A Direção da Revista do Ministério Público/RJ cumpre o doloroso dever de registrar, durante o período de 1º de janeiro e 31 de março de 2011, o falecimento do seguinte colega:

Carlos de Novaes Vianna

**Ministro do Superior Tribunal de Justiça
oriundo do Ministério Público do Estado
do Rio de Janeiro
(Em 31.03.2011)**

Hamilton Carvalhido

**Desembargadores do Tribunal de Justiça
oriundos do Ministério Público do Estado
do Rio de Janeiro
(Em 31.03.2011)**

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 Muiños 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



