ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Órgão Cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado
de jurisprudência dos Egrégios

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
e
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rev. Minist. Público Rio de Janeiro n. 35 jan./mar. 2010

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº 25/99, de 22/04/1999
DJU nº 72, de 16.04.1999, p. 1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Superior Tribunal de Justiça
Registro nº 37
Portaria nº 1, de 26/10/1998
DJU de 05/11/1998, p. 137
Registro retificado
Portaria nº 9, de 14/06/1999
DJ 22/06/1999

CIRCULAÇÃO NACIONAL

Os acórdãos estampados reproduzem integralmente o material coligido na *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* e na *Revista do Superior Tribunal de Justiça*

Tiragem: 3.000 exemplares

Catalogação na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

Trimestral

ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ISSN 1413-3873

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. 35 jan. /mar. 2010

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Fundador
Hamilton Carvalhido

Procurador-Geral de Justiça
Cláudio Soares Lopes

Diretor da Revista do Ministério Público
Sergio Demoro Hamilton

Quadro Funcional

Antonio Cordeiro Filho - Técnico Superior Administrativo
Cláudia Maria Martins Campochão - Técnico Administrativo
Agnaldo Alves da Silva - Assistente
Luiz Henrique de Figueiredo Souza - Secretário II

Editoração Eletrônica
Antonio Cordeiro Filho

Revisão ortográfica
Nanci da Costa Batista - Técnico Superior Administrativo

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 31.03.2010)

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

Corregedor-Geral do Ministério Público
Cezar Romero de Oliveira Soares

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

Secretário-Geral do Ministério Público
José Augusto Guimarães

Nota: Dados colhidos no *Diário Oficial* em 31-03-2010.

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça (Em 31.03.2010)

CLÁUDIO SOARES LOPES
Presidente

CEZAR ROMERO DE OLIVEIRA SOARES
Corregedor-Geral

Membros natos

Cezar Romero de Oliveira Soares
Carlos Antonio Navega
João Baptista Lopes de Assis Filho
Vera de Souza Leite
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Levi de Azevedo Quaresma
Dalva Pieri Nunes
Maria Amélia Couto Carvalho
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho

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 31.03.2010)

CLÁUDIO SOARES LOPES
Presidente

CEZAR ROMERO DE OLIVEIRA SOARES
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Sérgio Roberto de Ulhôa Pimentel
Dirce Ribeiro de Abreu
Denise Freitas Fabião Guasque
Guilherme Eugênio de Vasconcellos

Pelos Promotores de Justiça

Denise Muniz de Tarin
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
Julio Cesar Lima dos Santos
Orlando Carlos Neves Belém

Nota: Composições fornecidas pela Secretaria dos Órgãos Colegiados.

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

Mendelssohn Erwin Kieling Cadorna Pereira
Diretor-Presidente

Centro dos Procuradores de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro

Roberto Abranches
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 31.03.2010.

SUMÁRIO

DOUTRINA

Antônio José dos Reis Júnior – O âmbito de atuação do assistente de acusação: fiscal do fiscal da lei? 3

Arnoldo Wald – A prescrição no Código Civil de 2002 11

Damásio de Jesus – Sonegação fiscal não é delito antecedente da lavagem de dinheiro 15

Emerson Garcia – Ministério Público: essência e limites da independência funcional 19

Fernando Tourinho Filho – Crimes contra a liberdade sexual, em face da nova lei 41

Jorge Miranda – Os partidos políticos, estruturas sociais e a reforma do sistema político 47

Juary C. Silva – A vintenária Constituição de 1988 e a saga da implantação do Estado de Direito na sociedade dual 59

Luís Roberto Barroso – Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil 71

Marcellus Polastri Lima – A nova sistemática da admissibilidade da imputação no processo penal brasileiro: recebimento da inicial e possibilidade de julgamento antecipado do processo 89

Nanci da Costa Batista – Do nheengatu ao novo acordo ortográfico..... 103

PARECERES E RAZÕES

– Desapropriação – Desistência da ação por procurador do ente público – Necessidade de prévia desconstituição do decreto de desapropriação (**Ertulei Matos**) 111

– Remoção de presos para presídio federal. Ato de natureza complexa que é aperfeiçoado por decisão da justiça estadual e da justiça federal. Inteligência do artigo 4º da lei nº. 11.671/08. Regime de execução de pena em presídio federal. Distinção entre regime

disciplinar diferenciado e regime ordinário fechado. (**Glícia Pessanha Viana Crispim**) 115

– Embargos infringentes em ação rescisória. Limites da cognição. Matéria de ordem pública que não pode ser apreciada de ofício. Decisão rescindenda que julgou procedente ação civil pública proposta por associação de consumidores versando matéria tributária. Pedido de rescisão fundado em violação a dispositivo legal. Possibilidade jurídica do pedido e legitimidade ativa determinada pela pertinência temática. Consumidor não é contribuinte, porém as normas relativas ao processo coletivo do CDC se aplicam a outras relações que não as de consumo. Cabimento da ação civil pública em matéria tributária, sendo a demanda ajuizada antes de 2001. Controvérsia jurisprudencial que descaracteriza a violação legal, hipótese prevista no art. 485, V do CPC. Súmula do STF v. 343. Provimento do recurso. (**Heloísa Carpena**) 121

– Autoinsolvência - Alienação fraudulenta do próprio patrimônio pelo devedor - Improcedência do pedido por ausência de requisito subjetivo da boa-fé. (**Mario Moraes Marques Junior**) 129

– Infância e Juventude. Ação Civil Pública. Conselho tutelar. Contrarrazões de apelação. (**Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos**) 135

– Conflito positivo de competência. Danos ambientais provocados em terreno de marinha. Impacto ambiental de âmbito local. Competência da justiça estadual para processamento e julgamento de ação civil pública objetivando a recuperação do ecossistema degradado. (**Vinicius Lameira Bernardo**) 173

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

– Ação penal. Homicídio doloso e lesões corporais de natureza grave. Julgamento pelo Tribunal do Júri. Condenação. Leitura, no plenário, durante a sessão, de cópia ou extrato de sentença condenatória proferida noutro processo contra o réu. Surpresa e prejuízo

inexistentes. Peça já constante dos autos do processo, em certidão de antecedentes. Inexistência de nulidade. *Habeas corpus* denegado. Não ofende o disposto no art. 475 do Código de Processo Penal, nem outra norma qualquer, a leitura, durante sessão do Tribunal do Júri, de cópia ou extrato de sentença condenatória do réu noutro processo, se tal documento, já constava dos autos na certidão de antecedentes.
(*Habeas Corpus* 85.682 – PR, Segunda Turma, *RTJ 201*, pp. 1.014/1.016) 193

– *Habeas corpus*. 2. Homicídio culposo. 3. Causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4°, do Código Penal. 4. Inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Aplicabilidade. 5. *Habeas corpus* indeferido.
(*Habeas Corpus* 86.969 –RS, Segunda Turma , *RTJ 199*, pp. 1.162/1.165) 197

– Crime contra a ordem econômica (Lei 8.176/91). Inquérito policial instaurado com base em apreensão ilícita de documentos. Trancamento pretendido.
1. *Eventual vício na primeira apreensão, que foi desconstituída judicialmente, não contamina a segunda apreensão, que foi precedida de prévia autorização judicial. Discutível, ademais, cogitar-se de apreensão ilícita, uma vez que a comunicação de possível crime ao Ministério Público não configura afronta ao sigilo fiscal (CTN, art. 198, § 3°, I).*
2. Habeas corpus *indeferido.*
(*Habeas Corpus* 87.654-PR, Segunda Turma, *RTJ* 199, pp. 727/735) 201

– Ação penal. Sentença condenatória. Condenação. Pena privativa de liberdade. Cálculo. Dosimetria. Crimes contra relações de consumo. Crime continuado. Causa especial de aumento prevista no art. 12, III, da Lei 8.137/90. Aplicação sobre a pena-base. Consideração ulterior da causa geral constante do art. 71 do CP sobre a pena-base já aumentada. *Habeas corpus* denegado. Precedentes. Na aplicação de pena privativa de liberdade, o aumento decorrente de concurso formal ou de crime continuado não incide sobre a pena-base, mas sobre a pena acrescida por circunstância qualificadora ou causa especial de aumento.
(Recurso em *Habeas Corpus* 86.080–MG, Primeira Turma, *RTJ 201*, pp. 624/626) 211

– I - Supremo Tribunal Federal: competência originária: CF, art. 102, I, *n*: reconhecimento: hipótese em que, dos sete desembargadores que integram o Tribunal de Justiça, três deles se declaram impedidos, por terem sido arrolados como testemunhas do Querelado, e outro juiz afirma suspeição por motivo de foro íntimo.

II - Queixa-crime que imputa a Promotor de Justiça a prática de crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria), por ter, na qualidade de agente do Ministério Público, subscrito representação eleitoral contra o Querelante: atipicidade do fato: rejeição: falta de justa causa para a queixa.
1. O Querelado, atuando no exercício de suas atribuições funcionais, ofereceu representação, com fundamento em fatos noticiados em denúncia anônima, na qual levantou, em tese, suspeitas em torno da independência funcional do magistrado para o exercício da judicatura na esfera eleitoral.
2. Não houve atribuição, pelo Querelado, de nenhum fato específico que se revelasse apto a caracterizar a prática de crime contra a honra do Querelante.
(Ação Originária 1.402 – RR, Primeira Turma, *RTJ 201*, pp. 57/62) 215

Jurisprudência Cível

– Ato administrativo: ilegalidade: anulação e ressarcimento de danos morais. Súmula 473. CF, art. 37, § 6º.
A administração pública pode anular seus próprios atos, quando inquinados de ilegalidade (Súmula 473); mas, se a atividade do agente público acarretou danos patrimoniais ou morais a outrem – salvo culpa exclusiva dele –, eles deverão ser ressarcidos, de acordo com o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.
(Recurso Extraordinário 460.881 – MA, Primeira Turma, *RTJ 201*, pp. 1.182/1.184) 223

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência Criminal

– EMENTA: Processual Penal. *Habeas corpus*. Violência doméstica. Lesão corporal simples praticada contra mulher no âmbito doméstico. Proteção da família. Proibição de aplicação dos ditames da Lei n. 9.099/1995. Ação penal pública incondicionada. Ordem denegada.
1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Inteligência do artigo 226 da Constituição da República.

2. As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, de forma que os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato.
3. Somente o procedimento da Lei n. 9.099/1995 exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve ou culposa para a propositura da ação penal.
4. Não se aplicam aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, os ditames da Lei n. 9.099/1995. Inteligência do artigo 41 da Lei n. 11.340/2006.
5. A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do artigo 129, § 9º do Código Penal e se disciplina segundo as diretrizes desse diploma legal, sendo a ação penal pública incondicionada.
6. Ademais, sua nova redação, feita pelo artigo 44 da Lei n. 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos à lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando, por mais um motivo, a exigência de representação da vítima.
7. Ordem denegada.
(*Habeas corpus* n. 106.805-MS, Registro n. 2008/0109328-3, Sexta Turma, *RSTJ* 214, pp. 435/447, *DJe 09.03.2009*) 227

– Ementa: Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Quadrilha. Realização de interrogatório por juiz durante a fase inquisitória, antes do oferecimento da denúncia. Artigo 2º, § 3º, da Lei de Prisão Temporária. Ausência de procedimento que permita ao magistrado proceder à investigação preliminar. Retorno ao sistema inquisitório. Estado Democrático de Direito e garantias do cidadão. Recurso provido.
1. Hipótese em que o Juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da Lei n. 7.960/1989.
2. A Lei de Prisão Temporária permite ao magistrado, de ofício, em relação ao preso, determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito. Em relação à autoridade policial o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.
3. A Lei n. 7.960/1989 não disciplinou procedimento em que o Juiz pode, como inquisidor, interrogar o réu.
4. O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal,

eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional.
5. O sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes.
6. No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem.
7. Recurso provido.
(Recurso em *Habeas corpus* n. 23.945-RJ, Registro n. 2008/0142326-4, Sexta Turma, *RSTJ 214*, pp. 483/491, *DJe 16.03.2009*) 241

– EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1. SONEGAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. RETENÇÃO DE MISSIVAS NA PORTARIA DE CONDOMÍNIO RESIDENCIAL E DEVOLUÇÃO AOS CORREIOS DE CARTAS COM AVISO DE RECEBIMENTO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. 2. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
1. A despeito de envolver o caso discussão sobre existir ou não dever por parte dos Correios, empresa pública, na entrega de correspondência no domicílio dos moradores ou na Portaria, fato é que não é apontado qualquer dano aos Correios, a indicar lesão a bens, serviços ou interesses da União, mas tão somente aos particulares, afastando a competência da Justiça Federal.
2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de CampinasD SP, juízo suscitado.
(Conflito de Competência n. 95.877 - SP, Registro n. 2008/0106043-0, Terceira Seção, *acórdão retirado do site do STJ*, Documento: 4675185, *DJ 20.02.2009*) 249

– EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO A BENS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL,
1. Compete à Justiça Estadual Comum julgar e processar suposto delito de interceptação telefônica sem autorização judicial, pois não se evidencia ofensa a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias, ou empresas públicas.
2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de OsascoD SP, ora suscitado.

(Conflito de Competência n. 98.890 - SP, Registro n. 2008/0211673-7, Terceira Seção, *acórdão retirado do site do STJ*, Documento: 4622010, *DJ 20.02.2009*) 255

Jurisprudência Cível

– EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética.

2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.

3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.

4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente).

6. Recurso especial a que se nega provimento.
(Recurso Especial n. 236.708 - MG, Registro n. 1999/0099099-4, Quarta Turma, acórdão retirado do site do STJ, Documento: 4377955, DJ 18.05.2009) 259

– EMENTA: Processual Civil. Prisão. Alimentos. Paciente que necessita de tratamento fisioterápico. Cumprimento do decreto prisional em seu domicílio. Possibilidade.
- *Necessitando o paciente de tratamento fisioterápico, e constatando-se a impossibilidade do estabelecimento prisional suprir essa necessidade, faculta-se, em caráter excepcional, o cumprimento do decreto prisional no próprio domicílio do devedor de pensão alimentícia.*
Ordem concedida para possibilitar ao paciente o cumprimento do decreto prisional em seu domicílio.
(*Habeas corpus* n. 114.356 - RJ, Registro n. 2008/0189348-6, Terceira Turma, acórdão retirado do site do STJ, Documento: 4690113, DJ 17.02.2009) 271

NOTICIÁRIO

– MPRJ na Imprensa fluminense 277
– Ministério Público e Prefeitura se unem na proteção a idoso 277
– OECPJ empossa Procuradora de Justiça 278
– MPRJ realiza "Encontro de Trabalho sobre Metas e Projetos Estratégicos" 278
– Instituição do Prêmio "Ideias Inovadoras" para servidores do MP .. 279
– Presidente do CNPG destaca atuação do Assessor de Assuntos Parlamentares do MPRJ 280
– Conselhos Municipais do Idoso 280
– MP comunitário visita o Chapéu Mangueira e a Babilônia, no Leme 281
– Cursos de Capacitação de Servidores 281
– MP cria cargos para aprimorar a atuação institucional e reduzir custos 282

– Imprensa fluminense destaca projeto de Gestão Estratégica do MPRJ 282
– MPRJ recebe o Secretário Nacional de Justiça dos Estados Unidos 283
– Sede própria do MP em São Gonçalo 284
– Atuação do MPRJ resulta no desligamento de 948 crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional no Estado 284
– GEMPERJ divulga primeiros resultados 285
– Lançada em Barra do Piraí a segunda fase do projeto "Administração Presente" 286
– Deflagrado o Projeto de Reengenharia Institucional 286
– PGJ apresenta a Procuradores o projeto do Grupo Especial de Atuação Integrada Regional 287
– PGJ visita o NAC e promete reforçar estrutura investigativa 287
– MP debate a atuação dos Conselhos Tutelares do Município do Rio de Janeiro 288
– CSMP: cerimônia de vitaliciamento 289
– Ouvidoria-Geral do MP busca interação com Corpo de Bombeiros 289
– NCCO é transformado em GAECO, integrando-se aos MPs de outros Estados 290
– DACAR-RJ intensifica combate a ilícitos civis e penais 291
– MPRJ inicia a segunda fase do projeto Gestão Estratégica 291
– CNPG e Entidades Associativas dos MPs reúnem-se com parlamentares para discutir acompanhamento legislativo de matérias de interesse institucional 291
– Eleição no CEPROJUS 292
– MPRJ apoia luta do Estado contra a emenda Ibsen 294
– Projetos prioritários para o MP 294
– Inaugurada nova sede do Ministério Público em Campos dos Goytacazes 295
– CRAAI Campos dos Goytacazes recebe o "Administração Presente" 296
– Procurador-Geral reúne-se com Presidente do TJ para tratar de temas da Infância e da Juventude e da área Criminal 296
– "Administração Presente" chega ao CRAAI Volta Redonda 297
– O MPRJ na Eleição 2010 298

– Procurador-Geral de Justiça assina com Suderj e diário *"Lance!"* adesão à campanha nacional contra a corrupção 299
– Atuação Integrada do MP 299
– Paulo Rangel é o primeiro Promotor de Justiça empossado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio 300
– "Administração Presente" retorna ao CRAAI Itaperuna 301
– Ouvidoria Itinerante visita a comunidade do Chapéu-Mangueira ... 302
– Nova Procuradora de Justiça 302
– Vitaliciamentos 303
– Aposentadorias 303
– Exoneração 304
– Falecimentos 304
– Ministro do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro 305
– Desembargadores do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro 305

DOUTRINA

O ÂMBITO DE ATUAÇÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: FISCAL DO FISCAL DA LEI?

ANTÔNIO JOSÉ DOS REIS JÚNIOR *

Inicialmente, vejamos o que dispõem os artigos 268 e 271, ambos do Código de Processo Penal:

> **"Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31."**

> **"Art. 271. *Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598."***

Todavia, parte da doutrina e da jurisprudência, ao interpretar esses dispositivos, entende que a atuação do assistente nos processos criminais justifica-se tão somente em face do interesse por uma futura indenização.

Assim, o assistente teria uma participação reduzida no processo penal, limitando-se à prática dos atos tendentes a garantir sua reparação pelos danos sofridos.

Ipso facto, não poderia, por exemplo, interpor recurso para agravar a pena imposta ao acusado.

Neste sentido, aliás, é 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.**

---

* Procurador do Estado de Rondônia, lotado na Procuradoria Regional de Vilhena (RO), pós-graduando em Direito Constitucional.

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*[1]

Não parece retratar, *data vênia*, tal posicionamento, a melhor exegese do sistema processual.

Ora, da simples leitura do disposto no artigo 268 do CPP, acima transcrito, constata-se que o termo assistente, por si só, demonstra que o sujeito passivo pode atuar de forma ampla, eis que significa auxiliar, ajudar, etc.

Além do que, se a vítima é detentora de legitimidade para propositura da própria ação penal, qual seja, a privada subsidiária da pública (CPP, art. 29), por qual razão não poderia ter uma ampla atuação no processo, equiparada àquela que o próprio Ministério Público desenvolve?

Esta questão fora detalhadamente analisada por FÁBIO RAMAZZINI BECHARA e, pela importância, pede-se *vênia* para transcrevê-la parcialmente:

"Qual o interesse que move a vítima no processo penal? Essa questão tem por base a dúvida suscitada em torno da possibilidade de o assistente recorrer para agravar a pena do réu já condenado. Parte da doutrina e dos tribunais sustenta que a presença da vítima no processo penal se justifica única e tão-somente em razão do interesse por uma futura indenização, o que acaba por limitar suas ações na relação jurídica processual, não podendo, portanto, recorrer para agravar a pena imposta ao acusado.

Todavia, tal raciocínio apresenta-se incompleto e simplista. E por uma razão bem evidente. Na hipótese de a vítima promover a ação penal privada subsidiária da pública, que na essência é uma ação penal pública, a sua atuação é tão ampla quanto se o MP estivesse no pólo ativo da demanda. Ou seja, goza de ampla liberdade para recorrer e para produzir provas. Logo, não se pode afirmar que o interesse da vítima é de natureza meramente econômica, na medida em que faz as vezes do Estado-Administração, que num dado momento

---

1. Fernando da Costa Tourinho Filho. *Código de Processo Penal Comentado*. v.1 (arts. 1º a 393). 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 498.

mostrou-se omisso dada a ausência de pronunciamento pelo MP no momento em que deveria fazê-lo. E no caso do assistente? Poderia sim apelar, uma vez que o recurso supletivo do assistente, tal qual a ação privada subsidiária, busca coibir e evitar as conseqüências maléficas provocadas pela omissão ou desídia do MP. Com efeito, qual seria a razão a justificar o tratamento diferenciado entre a vítima enquanto parte principal, na ação privada subsidiária, e a vítima enquanto assistente de acusação? Não há justificativa legalmente aceitável. A única restrição que se põe é que a atuação como assistente tem por finalidade complementar a atividade do MP na relação processual, ao passo que, enquanto titular da ação, a atuação mostra-se mais ampla. Tanto é verdade que se o MP atuar eficazmente, o assistente se posicionará na condição de mero coadjuvante"[2].

No mesmo sentido os Professores JÚLIO FABRINI MIRABETE, INVOCANDO MARCELO FORTES BARBOSA E VICENTE GRECO FILHO:

BARBOSA: **"A assistência de acusação, em nosso Direito Processual Penal não é um mero correlativo direito do direito à reparação do dano, eis que o ofendido intervém para reforçar a acusação pública, figurando em posição secundária o interesse mediato na reparação do dano causado pelo delito".**

MIRABETE: **"É o que deixa entrever a escolha do termo "assistente" pela lei nos artigos 268 e ss. Do CPP. Sua função é *auxiliar, ajudar, assistir o Ministério Público a acusar e, secundariamente garantir seus interesses reflexos quanto à indenização civil dos danos causados pelo crime*"**[3] (grifei).

VICENTE GRECO FILHO: **"O assistente é o ofendido, seu representante legal ou seu sucessor, auxiliar da acusação pública. O fundamento da possibilidade de sua intervenção é o seu interesse na reparação civil, mas o assistente *atua, também, em colaboração com a acusação pública no sentido da aplicação da lei penal*"**[4] (grifei).

Ademais, não se pode negar que a vítima, além de pretender um ressarcimento pelo dano sofrido, tem, também, o justo interesse de ver efetivamente punido aquele que lhe ofendeu com a prática da conduta delituosa, o que o autoriza, na ação penal, um desempenho colaborativo com a acusação pública, podendo, inclusive, suprir eventuais omissões, a exemplo do que ocorre quando da propositura da ação penal privada subsidiária da pública.

---

2. Fábio Ramazzini Bechara. *Da Assistência no Processo Penal.* São Paulo, 2002. Disponível em *http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm* – Acessado em 24.10.2004.
3. Julio Fabrini Mirabete. *Processo Penal.* 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 348-371.
4. Vicente Greco Filho. *Manual de Processo Penal.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 223.

A esse respeito, vale trazer ao proscênio a opinião de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO:

> **"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"**[5] (grifei).

Também merece transcrição, as opiniões de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES:

> *"O assistente também intervém no processo com a finalidade de cooperar com a justiça, figurando como assistente do MP "ad coadjuvantum". Assim, com relação à condenação, o ofendido tem o mesmo interesse-utilidade da parte principal na justa aplicação da pena"*[6 7] (grifei).

Frise-se, ainda, que a assertiva de que a intervenção deve ser correspondente àquela desenvolvida pelo Ministério Público, decorre, também, da interpretação teleológica ou sociológica que se deve aplicar aos dispositivos legais pertinentes (CPP, artigos 268 e 271), à vista de que aquele que imediatamente sofrera as consequências do ato ilícito, visando, não só futura indeni-

---

5. Eduardo Espínola Filho. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Comentários aos arts. 185-372.* v. III. 5ª ed. Rio de Janeiro, 1976, p. 269. Disponível em *www.tre-sc.gov.br/sj/cjd* - Citado por Pedro Roberto no texto: A assistência no processo penal eleitoral. Acessado em 10.11.2004.
6. Recursos no Processo Penal, 1998.
7. Maria Helena Diniz, *Direito Civil Brasileiro*. v. 1°, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 65-66.

zação, como também, uma justa aplicação da lei em desfavor do autor do crime, aprimora, em última análise, a ação estatal em benefício do atendimento ao interesse público.

Vejam-se os esclarecimentos de MARIA HELENA DINIZ a respeito, citando IHERING e FERRARA:

> **"...E a *sociológica* ou *teleológica* objetiva, como que Ihering, adaptar o sentido ou finalidade da norma às novas exigências sociais, adaptação esta prevista pelo art. 5° da Lei de Introdução do Código Civil, que assim reza: "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Os fins sociais e o bem comum, portanto, sínteses éticas da vida em comunidade, por pressuporem uma unidade de objetivos do comportamento humano social. Os fins sociais são do direito; logo, é preciso encontrar no preceito normativo o seu *telos* (fim). O bem comum postula uma exigência, que se faz à própria sociabilidade; portanto, não é um fim do direito, mas da vida social....A interpretação, como nos diz Ferrara, não é pura arte dialética, não se desenvolve como método geométrico num círculo de abstrações, mas perscruta as necessidades práticas da vida e a realidade social"**[8].

Por isso mesmo, e até porque se trata de norma garantidora de direitos do ofendido, impõe-se que também seja aplicada ao artigo 271 do Código de Processo Penal, a interpretação extensiva ou progressiva, para se considerar o rol de medidas à disposição do assistente ali constantes, apenas exemplificativa e não taxativa.

Sobre a aludida interpretação no processo penal, as lições do Professor MIRABETE:

> **"A interpretação extensiva, referida expressamente pelo art. 3° do CPP, ocorre quando é necessário ampliar o sentido ou alcance da lei... Fala-se, ainda, em interpretação progressiva para se abarcarem no processo novas concepções ditadas pelas transformações sociais, científicas, jurídicas ou morais que devem permear a lei processual estabelecida"**[9].

Ao lecionar acerca da interpretação das normas, MARIA HELENA DINIZ adverte:

> **"A interpretação é uma, não se fraciona; é, tão-somente, exercida por vários processos que conduzem a um resultado final: a**

---

8. Christiano F. Fragoso. *Assistente: a condição de vitima como limite à sua atividade.* Publicado em Boletim do IBCCrim n° 117, 2002. Disponível em *http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos/arquivo54.pdf* - Acessado em 31.10.2004.
9. Sergio Demoro Hamilton. *A Queixa Subsidiária - Questões Controversas. Op.cit.*

descoberta do alcance e sentido da disposição normativa. Há hipóteses em que o jurista ou o juiz devem lançar mão da *interpretação extensiva* para complementar uma norma, ao admitir que ela abrange certos fatos-tipos implicitamente. Essa interpretação ultrapassa o núcleo do sentido norma, avançando até o sentido literal possível desta, concluindo que o alcance da lei é mais amplo do que indicam seus termos"[10].

A propósito, como afirmam os Professores SERGIO DEMORO HAMILTON e CHRISTIANO FRAGOSO, respectivamente, a vítima, no processo penal, funciona, na verdade, como fator de *controle externo do Ministério Público:*

"Salutar a presença do particular no processo penal, quer atuando como legitimado extraordinário para agir, quer como simples assistente de acusação. Vislumbro na presença do particular, naqueles casos, uma eficiente forma de *controle externo do Ministério Público*"[11]. (grifo nosso).

"É altamente democrática a participação da vítima no processo criminal, *constituindo fator de transparência para a Justiça e de controle da atividade ministerial*, devendo ser mantida. A admissão de terceiros no processo constitui um dos mais eficazes modos de garantir o acesso à justiça (M. Cappelletti/B.Garth)"[12] (grifei).

CONCLUSÃO

Essa linha evolutiva permite, pois, inferir não só que ao assistente de acusação é permitida uma ampla atuação no processo criminal, como também que tal atuação é, em última análise, a de *fiscal do fiscal da lei.*

Elaborado em 11.2005.

---

10. Maria Helena Diniz, *Direito Civil Brasileiro. Op. cit.*
11. Sergio Demoro Hamilton. A Queixa Subsidiária - Questões Controversas. *Op. cit.*
12. Christiano F. Fragoso. *Assistente: a condição de vitima como limite à sua atividade. Op. cit.*

BIBLIOGRAFIA

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado.* v.1 (arts. 1° a 393). 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Da Assistência no Processo Penal.* São Paulo, 2002. Disponível em *http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm* - Acessado em 24.10.2004.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal.* 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Comentários aos arts. 185-372.* v. III. 5ª ed. Rio de Janeiro, 1976, p. 269. Disponível em *www.tre-sc.gov.br/sj/cjd* - Citado por Pedro Roberto no Texto: A assistência no processo penal eleitoral. Acessado em 10.11.2004.

DINIZ, Maria Helena, *Direito Civil Brasileiro.* v. 1°, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRAGOSO, Christiano F. *Assistente: a condição de vitima como limite à sua atividade.* Publicado em Boletim do IBCCrim n° 117, 2002. Disponível em *http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/artigos/arquivo54.pdf* - Acessado em 31.10.2004.

HAMILTON, Sergio Demoro. *A Queixa Subsidiária - Questões Controversas.* Disponível em *www.humbertodalla.pro.br/colaboradores/artigo_36.*htm - Acessado em: 18.04.2005.

A PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

ARNOLDO WALD

1. O vigente Código Civil não se limitou a alterar os prazos prescricionais estatuídos no diploma de 1916. Inseriu na disciplina da prescrição várias alterações geradoras de relevantes consequências, inclusive para a matéria objeto da consulta.

2. Desde logo, deve-se ressaltar que o texto do art. 189 do Código Civil vigente deixa agora patente que a prescrição afeta a pretensão do titular do direito, remanescendo este no mundo jurídico carente de condições para provocar a atividade jurisdicional. Mais ainda, superando questionamentos a respeito, definiu, no seu art. 190, o prazo para a prescrição da exceção, equiparando-o ao da ação. Sendo assim, como pondera **Yussef Said Cahali**, *"pelo sistema do novo Código Civil, porém, prescrita a pretensão de direito material que poderia ser exercitada por meio de ação, toda defesa que se poderia deduzir contra essa pretensão também estará prescrita, como decorre do art. 190"*[1].

3. Por sua vez, **Moreira Alves**, a respeito da mesma matéria, ressalta que:

> *"a disposição visou suprir uma omissão do antigo Código: o artigo quer evitar que, prescrita a pretensão, o direito com a pretensão prescrita possa ser utilizado perpetuamente a título de exceção como defesa. Assim, no caso de compensação, esta somente poderá se basear em crédito ainda não prescrito"*[2].

4. Tal significa que, mantido esse entendimento, reconhecida a prescrição da pretensão dos beneficiários do DPVAT relativamente à Consulente, não poderá o titular da pretensão prescrita invocar o direito a ela correspondente como exceção em eventual litígio com a Consulente.

5. A prescrição, na vigência do Código Civil revogado, era considerada uma exceção substancial, ou seja, matéria de defesa que poderia ou não ser alegada pela parte a quem interessasse. Essa característica de deixar ao alvedrio da

---

1. **Yussef Said Cahali**, Prescrição e Decadência, São Paulo, RT, 2008 p. 41.
2. **José Carlos Moreira Alves**, Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, *apud* Cahali, *cit.*, p. 42.

parte a sua utilização havia sido mantida na redação do Código vigente até o advento da Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006.

6. Referido diploma legal revogou indiretamente o art. 194 do Código Civil, que mantinha a prescrição como exceção substancial suscitável por iniciativa do interessado, quando versasse sobre direitos patrimoniais disponíveis, na medida em que passou a autorizar ao juiz, de ofício e, pois, independentemente de provocação da parte, decretá-la, pondo fim ao litígio *sub judice*.

7. Muito embora a prescrição seja um instituto de direito material, a sua invocação na tela processual era, mesmo antes da promulgação daquela Lei nº 11.280/2006, disciplinada também pelo Código de Processo Civil, que vedava ao juiz dela conhecer, quando cuidasse de direitos patrimoniais. Essa anterior redação do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil veio ser alterada pelo diploma legal mencionado (de 2006) direcionado ao processo, mas repercutindo no plano material.

8. As modificações impostas à disciplina da prescrição pelo novo Código Civil não se limitaram àquelas acima mencionadas. Houve alteração também no que concerne aos prazos prescricionais, com sensível redução em vários deles. Assim é que o prazo geral para a prescrição, ou seja, quando outros especificamente não forem estatuídos, foi reduzido para dez anos. Por sua vez, o prazo para a prescrição das pretensões de reparação civil, também até então sujeito ao prazo comum, foi reduzido para três anos, nos termos do inciso V do § 3º do art. 206 do Código Civil.

9. Como esclarece **Wilson Rodrigues Alves**:

> *"a reparação civil de que se ocupa o Código Civil, artigo 206, parágrafo 3º inciso V, funda-se nessa responsabilidade civil sem o que não se pode aludir à obrigação de reparação mesma. Em se dando violação jurídica preexistente, com lesividade a outrem, há em princípio ato ilícito, como estatui o art. 927 do Código Civil"*[3].

10. No mesmo sentido, o Professor **Junqueira de Azevedo**, em parecer datado de 2008, a respeito dos prazos prescricionais no Código Civil escreve:

> *"No direito brasileiro anterior ao atual Código Civil, a* ***reparação civil*** *era entendida como a resultante do ato ilícito, prevista no antigo art. 159. Veja-se o verbete 'reparação civil' da Enciclopédia Saraiva: 'Reparação civil: Ressarcimento em favor de quem teve o seu direito prejudicado, feito por aquele que praticou o ato ilícito ofensivo a tal direito. No direito civil brasileiro a reparação civil ocorrerá sempre que, por ação ou omissão voluntária, negligência*

---

3. **Wilson Rodrigues Alves**, Da Prescrição e da Decadência no Código Civil de 2002, Servanda Editora, Campinas, 2008, p. 378.

ou imprudência, alguém cause prejuízo a outrem (CC, art. 159)".

Entretanto, a evolução doutrinária e legislativa bem como os próprios princípios hermenêuticos tornam impossível, hoje, o entendimento de que a prescrição da ação de reparação civil esteja limitada ao ato ilícito do atual art. 186, correspondente ao anterior art. 159. O inciso V do § 3º do art. 206 do atual Código Civil é **novo**, *isto é, não tem correspondente no direito anterior. Ele tem que ser entendido com autonomia em relação ao passado. Em primeiro lugar, a expressão ampla 'reparação civil' não permite ao intérprete distinguir onde a lei não distingue. Segue-se daí que também as ações resultantes, por exemplo, de responsabilidade objetiva, em que há fato e não ato ilícito, estão incluídas naquela disposição.*

Em segundo lugar, o inciso V, do § 3º do art. 206 do Código Civil é disposição genérica, de aplicação subsidiária, permanecendo inaplicável aos casos específico. Segue-se daí, por exemplo, que as ações de indenização por avaria de mercadoria transportada por estrada de ferro (Dec. 2.681, de 1912) e as ações por danos relativos a contratos de transporte (Lei 11.2, de 2007) têm ambas prescrição de um ano. Continuando: é de dois anos a prescrição geral das ações fundadas no Código Civil Brasileiro de Aeronáutica; é de cinco, a prescrição das ações dos consumidores; ***idem****, as de direitos autorais, as de propriedade industrial, etc. etc. São disposições específicas.*

Por outro lado, se não há prazo especial e a ação é de reparação de danos, qualquer que seja sua fonte, o prazo é o de que estamos tratando, ou seja, de três anos. Não importa se a responsabilidade é extra-contratual ou contratual; sendo a ação de reparação civil, o prazo é o da lei, três anos"[4].

11. Também o professor **Rui Stocco**, no seu Tratado de Responsabilidade Civil esclarece que:

"A jurisprudência nascida em período anterior ao Código Civil de 2002 fica superada, pois assentada com supedâneo no Código Civil revogado.

Como o Código Civil de 2002 reservou previsão expressa para a pretensão de reparação civil, sem fazer distinção entre ação direta e ação regressiva, para a hipótese de a pessoa condenada voltar-se contra o responsável mediato pelo dano, quer parecer que o prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, aplica-se às duas espécies.

Não prevalece, portanto, a regra comum do caput do art. 205, pois o inc. V do § 3º do art. 206 estabelece prazo menor."[5]

---

4. **Junqueira de Azevedo**, parecer em vias de publicação.
5. **Rui Stocco**, Tratado de responsabilidade civil, 7ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 716.

12. Finalmente, os professores GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOZA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES reconhecem que:

> *"Inova o CC ao dispor, nos prazos especiais de prescrição, sobre a pretensão de reparação civil. Na ausência de prazo específico no CC/1916, o prazo prescricional para a pretensão por perdas e danos decorrente da responsabilidade civil era vintenário, salvo lei especial dispondo sobre a matéria, consoante disposto no art. 177 do CC/1916. Verifica-se, com isso, uma redução brutal do prazo prescricional que antes era de vinte anos, e agora passa a ser de apenas três anos. Importante notar que o dispositivo tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito*[6].

13. Verificamos, pois, que esse prazo de 3 anos aplica-se a todas as pretensões de responsabilidade civil que não são contempladas em leis especiais. A redução do prazo para o exercício de pretensão à reparação civil ensejou críticas infundadas, considerando-se que a redução de prazos prescricionais atende ao dinamismo do direito, provocado pela evolução constante da sociedade e inserida naquilo que se denominou civilização de urgência.

14. Não há mais como se manter uma escala de prazos prescricionais que foram adequados quando da promulgação do Código Civil hoje revogado, e que não mais atendem aos interesses da sociedade que aspira a uma rápida solução de conflitos e, consequentemente, uma limitação do tempo de pendência de pretensões inatendidas. Até porque, a prescrição se apresenta como forma de eliminação desses conflitos pelo decurso do tempo acoplado à inatividade do titular da pretensão. A redução dos conflitos pela incidência da prescrição, provoca indiretamente o desafogo dos Tribunais, o que também justifica, ainda que de forma oblíqua, a redução dos prazos prescricionais.

15. Fixado o prazo prescricional para a reparação civil, preponderantemente decorrente de ilicitude de condutas, o legislador de 2002, resolveu inovar no plano dos prazos especiais para a prescrição de pretensões. Ao inserir, no elenco do § 3º do art. 206, o inciso IX, que cuida de prazo da prescrição de pretensões lastreadas em seguro obrigatório de responsabilidade civil, o legislador pretendeu parificar situações essencialmente parelhas no que concerne às pretensões de natureza indenizatória. Assim, fixou o prazo de três anos para a prescrição de pretensões do beneficiário contra o segurador e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

---

6. **Gustavo Tepedido, Heloisa Barbaza e Maria Celina Bodin de Moraes,** Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 407.

SONEGAÇÃO FISCAL NÃO É DELITO ANTECEDENTE DA LAVAGEM DE DINHEIRO

DAMÁSIO DE JESUS

No Brasil, o crime de lavagem de dinheiro, que contém em sua definição a elementar referente a delito anterior, está definido no art. 1.º da Lei n. 9.603/98, alterada pelas Leis n. 10.467/2002, n. 10.683/2003 e n. 10.701/2003.

Conforme anotam EDÍLSON M. BONFIM e MÁRCIA M. M. BONFIM, "quanto ao crime antecedente, três são os sistemas conhecidos no Direito Comparado: 1) *sistema de numerus clausus*: são enumerados diversos crimes que servem de base para a lavagem; 2) *sistema de classes*: considera uma categoria de delitos, *v.g.*, os crimes graves; 3) *sistema misto*: mescla um rol taxativo de delitos com um grupo genérico (como todos aqueles praticados por organizações criminosas). Nosso legislador optou por um sistema misto..."[1]. Além destes, pode-se acrescentar o sistema que abarca todo o leque de ilícitos penais como fatos antecedentes de lavagem; tal modelo é adotado, por exemplo, nos Estados Unidos da América, na Bélgica, na França, na Suíça e na Itália[2].

Dos vários sistemas encontrados nas legislações alienígenas que incriminam o fato, o Brasil optou pelo sistema do *rol taxativo* de crimes antecedentes.

De acordo com o mencionado art. 1.º da Lei n. 9.603/98, constitui "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores:

"Art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo e seu financiamento;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

---

1. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 56.
2. BARROS, Marco Antônio. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 94.

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa;

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal)."

Pune-se, ainda, quem: "para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros" (§ 1.º).

A Lei incrimina, ademais, a conduta de quem:

"I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei" (§ 2.º).

Estamos seguramente convencidos de que o crime de sonegação fiscal, descrito na Lei n. 8.137/90, *não está inserido no rol de crimes antecedentes*. Por esse motivo, não há crime de lavagem de dinheiro por parte de quem "oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de sonegação fiscal".

Segundo Nelson Jobim, ex-Ministro da Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e atual Ministro da Defesa, apreciando Projeto de alteração da lei, "[...] a 'lavagem' de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso, o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de

sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não-pagamento da obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o Projeto viesse a incluir no novo tipo penal - 'lavagem' de dinheiro - a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito (Souza Netto, 2002, p. 72)"[3].

Correta a lição. Crime de *efetiva* lesão jurídica, a sonegação fiscal atinge a consumação com a produção do resultado *jurídico*, quando o sujeito "suprime ou reduz tributo" (art. 1.º da Lei n. 8.137/90), sem que ao seu patrimônio seja acrescido qualquer bem ou valor: este já o integra. Sonegar, no caso, é esconder o que já tem, não entregar o que já possui. Ora, na lavagem de dinheiro, o tipo exige que o bem ou valor tenha sido obtido por uma conduta anterior que, na hipótese, *deveria* ser a sonegação fiscal. Esta, porém, não satisfaz esse requisito.

Fevereiro/2008

3. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9917. Acesso em 12/11/2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO: ESSÊNCIA E LIMITES DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

EMERSON GARCIA *

SUMÁRIO: 1. Delimitação do plano de estudo. 2. O princípio da independência funcional e o seu caráter normativo. 3. A independência funcional e os seus limites. 3.1. Identificação da situação fática ou jurídica. 3.2. Verificação da atribuição do agente e exercício da atividade funcional. 4. Independência funcional e recurso contra decisão lastreada em parecer favorável do Ministério Público. Epílogo.

1. DELIMITAÇÃO DO PLANO DE ESTUDO

Independência deriva do radical latim *pendeo*, depender de, acrescido do prefixo *in*, relacionado à partícula negativa *ne*, e do sufixo *(e)ncia*, indicando ação ou efeito. Etimologicamente, indica a ação livre. No plano puramente jurídico, é signo linguístico nitidamente polissêmico, abarcando conceitos distintos, como são os de *soberania*, *autonomia* e *independência stricto sensu*. Esses conceitos, conquanto tenham um núcleo comum, centrado na idéia de ação livre[1], costumam veicular distintos graus de liberdade, que variam conforme a intensidade dos balizamentos existentes.

O Estado de Direito, em seu conceito clássico, é a instância suprema no âmbito do seu território, possuindo uma *"força de dominação originária"*[2], da qual derivam e para a qual convergem todas as estruturas de poder que ali atuam[3], fenômeno que veio a ser identificado, por JEAN BODIN, em 1576, com a

---

* Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela mesma Universidade. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça (2005-2009). Assessor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da International Association of Prosecutors (The Hague - Holanda).

1. O *Black's Law Dictionary* conceitua a independência como *"[o] estado ou condição de ser livre de dependência, sujeição ou controle"* (St. Paul: West Publishing Co., 1990, p. 770).
2. JELLINEK., Georg. *Teoría General del Estado (Allgemeine Staatslehre)*, 1ª ed., 2ª imp., México: Fondo de Cultura Econômica, 2002, p. 399-400.
3. Cf. CRISAFULLI, Vezio . *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. I, 2ª ed., Verona: CEDAM, 1970, p. 63-64; e RUFIA, Paolo Biscaretti di., *Diritto Costituzionale*, 15ª ed., Napoli: Jovene Editore, 1992, p. 58.

cunhagem do conceito de soberania. Segundo BODIN[4], a soberania é um poder perpétuo e absoluto que permite a independência em relação aos poderes internos e aos externos. Quanto aos primeiros, indica a desnecessidade de consentimento dos súditos para a validez e a eficácia das normas, já a independência frente aos poderes externos demonstra a igualdade entre os Estados. Essa independência perante outros Estados foi considerada, por HEGEL[5], como *"a primeira liberdade e a honra mais alta de um povo"* (*"die erste Freiheit und die höchste Ehre eines Volkes"*). Como resultado da consolidação do poder e da supremacia daí decorrente, a soberania seria necessariamente ilimitada[6] e indivisível[7].

A evolução do Estado de Direito e o estreitamento das relações internacionais, em especial com o surgimento das organizações internacionais de integração, como a União Européia e, em estado ainda embrionário, o Mercosul, culminaram com o redimensionamento da noção de soberania. O Estado deixou de ser uma partícula isolada e passou a ser integrado numa sociedade internacional sistemicamente ordenada e balizada por certos referenciais, como a busca incessante da paz e a proteção dos direitos humanos. A partir do segundo pós-guerra, criminosos de guerra, ainda que atuando com estrita observância da ordem jurídica interna, têm sido responsabilizados, por tribunais internacionais, nos casos de massivas violações aos direitos humanos[8].

---

4. *Los seis libros de la república* (*les six livres de la Republique*, de 1576), 3ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1997, Livro I, p. 47.
5. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 4ª ed., Hamburg: Verlag von Felix Meiner, 1967, p. 278.
6. Cf. BODIN. *Los seis...*, Livro I, p. 49.
7. Cf. BODIN. *Los seis...*, Livro II, p. 89.
8. O Tratado de Londres, celebrado em 8 de Agosto de 1945 pelos Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha e URSS, Estados vencedores na Segunda Guerra Mundial, reconheceu que os indivíduos têm direitos e obrigações internacionais e assentou a possibilidade de serem penalmente responsabilizados no plano internacional. O seu art. 1º instituiu o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para o julgamento dos principais criminosos de guerra dos Países Europeus do Eixo, tendo o art. 6º definido os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. A instalação de Tribunais Penais Internacionais tem se mostrado necessária à prevenção e à repressão de inúmeros crimes de extrema lesividade aos direitos humanos, afastando, assim, os efeitos deletérios da impunidade em situações de extrema gravidade. Nesse particular, cabe ao Conselho de Segurança das Nações Unidas decidir sobre a sua instalação, posição já adotada em relação aos conflitos verificados na (1) antiga Iugoslávia - Resolução nº 808, de 22 de Fevereiro de 1993, *in Revue Générale de Droit International Public*, vol. 97, nº 2, pp. 534 a 538, 1993; o Conselho de Segurança, na Resolução nº 764 (1992), de 13 de Julho (*in Revue Générale de Droit International Public*, vol. 96, nº 4, pp. 1051 a 1053, 1992) já reconhecera a responsabilidade individual pelos crimes de guerra praticados na antiga Iugoslávia; e (2) no Ruanda - Resolução nº 955, de 8 de Setembro de 1994, *in Revue Générale de Droit International Public*, vol. 98, nº 4, pp. 1066 a 1068, 1994. Observa Eduardo Correia Baptista que o Tribunal Penal Especial para a Serra Leoa, previsto na Resolução nº 1315 (2000), de 14 de Agosto, não pode ser considerado um terceiro Tribunal das Nações Unidas, pois resultou de um acordo bilateral entre a Serra Leoa e essa Organização, não de uma criação do Conselho de Segurança, sendo o primeiro acordo dessa natureza celebrado entre as Nações Unidas e um Estado membro (O Poder

A transferência, as organizações internacionais, de poderes tradicionalmente enquadrados sob a epígrafe da soberania[9], ao que se soma a possibilidade de as decisões de órgãos supranacionais terem eficácia direta no território do Estado, são claros indicativos de que a soberania há muito deixou de ser "*una, indivisível, inalienável e imprescritível*"[10] [11].

Enquanto a soberania se manifesta com igual intensidade nos planos externo e interno, a autonomia costuma ser vista e contextualizada no âmbito exclusivamente interno. Nas sempre lúcidas considerações de CONSTANTINO MORTATI[12], autonomia, "*segundo o seu significado (do grego: autos – si próprio, nemein – governar), quer indicar a liberdade de determinação consentida para um sujeito, traduzindo-se no poder de estabelecer para si a lei reguladora da própria ação, ou, mais compreensivamente, o poder de prover os interesses próprios e, portanto, de gozar e dispor dos meios necessários para obter uma harmônica e coordenada satisfação dos mesmos interesses*".

A ideia de "*liberdade de determinação consentida*" indica que a autonomia não é inata, mas outorgada, normalmente pela ordem jurídica, sendo exercida nos limites dessa outorga. É nesse sentido que se fala na autonomia do Poder Judiciário ou do Ministério Público: podem exercer livremente as competências, funcionais ou não, que a ordem jurídica lhes outorgou, sem qualquer influência de fatores exógenos nos juízos valorativos que venham a realizar, o que não exclui, obviamente, a aferição de sua compatibilidade com o referencial de juridicidade[13].

Em linha de princípio, não haveria distinção substancial entre autonomia e independência, já que ambos os signos seriam indicativos de uma ação livre, à margem do dirigismo exógeno. A semelhança, no entanto, não avança até a identidade. Etimologicamente, autonomia deriva da união das palavras gregas *auto*, que indica aquilo que é próprio, e *nomia*, que significa regra, nor-

---

Público Bélico em Direito Internacional: o Uso da Força pelas Nações Unidas em Especial, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1144, nota 3190). Trata-se de Tribunal misto com competência para julgar os crimes internacionais e os crimes tipificados no Direito interno de Serra Leoa, o que é um considerável diferencial em relação aos Tribunais da Iugoslávia e do Ruanda, adstritos à aplicação do Direito Internacional. Cf. Micaela Frulli, *The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments, in European Journal of International Law* vol. 11, nº 4, p. 857 (858), 2000.

9. O art. 24, 1, da *Grundgesetz* alemã é bem sugestivo: "*[a] Federação poderá transferir poderes de soberania, por lei, a instituições internacionais.*"
10. DUGUIT, Léon . *Manuel de Droit Constitutionnel*, 4ª ed., Paris: E. Boccard, 1923, p. 85.
11. Sobre os aspectos qualitativo e quantitativo da soberania, vide, de nossa autoria, Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 10-15.
12. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, 7ª ed., Pádua: Cedam, 1967, p. 694.
13. Vide GARCIA, Emerson . A autonomia financeira do Ministério Público, *in Revista dos Tribunais*, vol. 803, setembro de 2002, p. 59.

ma. Nessa linha, enquanto a autonomia também abarcaria a prerrogativa de estabelecer as próprias normas a serem seguidas, a independência se limitaria aos atos de execução abrangidos pela esfera de atuação funcional do órgão ou agente. Haveria, assim, uma relação de *plus* e *minus*.

Ressalte-se, no entanto, que qualquer tentativa de delineamento conceitual desses signos linguísticos sempre irá se deparar com a falta de sistematização do nosso texto constitucional, que ora lhes atribui sentidos diversos em idênticas situações, ora os considera sinônimos.

Principiando pela *soberania*, observa-se que a Constituição de 1988 tanto a emprega em seu sentido clássico[14], relacionado com a incontrastabilidade do poder estatal, como no de independência *stricto sensu*, vale dizer, como liberdade de ação[15]. A soberania ainda é associada às raízes do princípio democrático, isto ao situá-la no povo, origem de todo o poder estatal[16]. O signo autonomia, conquanto seja normalmente empregado como atributo das instituições que têm reconhecida a sua liberdade de gestão, também é utilizado no sentido de independência *stricto sensu*[17], indicando, nesse último caso, a liberdade na prática de atos de execução afetos às suas atividades finalísticas[18]; é empregado, igualmente, num sentido que bem se afeiçoa ao conceito de soberania, indicando que o País não deve ser tecnologicamente dependente do

---

14. CR/1988, art. 1º, I (a soberania como fundamento da República Federativa do Brasil); art. 5º, LXXI (o mandado de injunção se destina a regular as prerrogativas inerentes à soberania); art. 17, *caput* (conquanto seja livre a criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, deve ser resguardada a soberania nacional); art. 91, *caput* (o Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta em assuntos relacionados à soberania nacional); art. 170, I (a ordem econômica deve observar o princípio da soberania nacional); 231, § 5º (a remoção de grupos indígenas só pode ocorrer em situações específicas, como no interesse da soberania nacional).
15. CR/1988, art. 5º, XXXVIII, c (é reconhecida a instituição do júri, assegurada a soberania dos veredictos).
16. CR/1988, art.14, *caput* (a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto).
17. CR/1988, art. 17, § 1º (é assegurada a autonomia dos partidos políticos); art. 34, VII, c (a União poderá intervir nos Estados para assegurar a autonomia municipal); art. 37, § 8º (poderá ser ampliada, por contrato, a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta); art. 99, caput (ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e fi-nanceira); art. 103-B, § 4º, I (o Conselho Nacional de Justiça deve zelar pela autonomia do Poder Judiciário); art. 127, § 2º (ao Ministério Público é assegurada autonomia adminis-trativa); art. 130-A, § 2º (o Conselho Nacional do Ministério Público deve zelar pela autonomia do Ministério Público); art. 134, § 2º (às Defensorias Públicas estaduais é assegurada autonomia administrativa); art. 207, *caput* (as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial); art. 217, I (o Estado deve fomentar as práticas desportivas observando a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto à sua organização e funcionamento).
18. CR/1988, arts. 127, § 2º e 134, § 2º (ao Ministério Público e às Defensorias Públicas estaduais é assegurada autonomia funcional).

estrangeiro[19]. O signo *independência*, por sua vez, tanto é utilizado como sinônimo de soberania[20], como de independência *stricto sensu*[21].

Não obstante a ausência de uniformidade conceitual, é factível que cada um dos conceitos integrantes da noção mais ampla de independência reflete um aspecto da liberdade de ação, que necessariamente deve coexistir com certos padrões de correção refletidos no conceito mais amplo de juridicidade. Nenhum deles, portanto, indicará uma liberdade ilimitada, livre de balizamento ou sindicação. A independência funcional do Ministério Público, objeto principal dessas breves linhas, não fugirá à regra. Na medida em que a Constituição de 1988, no que é acompanhada pela legislação infraconstitucional, a considera um *princípio* da Instituição, parece relevante tecer algumas considerações a respeito dessa espécie normativa e de sua relevância na atuação funcional dos seus órgãos de execução.

2. O PRINCÍPIO INSTITUCIONAL DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E O SEU CARÁTER NORMATIVO

O § 1° do art. 127 da Constituição de 1988 enuncia, como "*princípios institucionais do Ministério Público*", "*a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional*"[22]. A independência, como se percebe pela literalidade do texto, é contextualizada no âmbito da Instituição, coexistindo com a "*autonomia funcional e administrativa*" expressamente assegurada, ao Ministério Público, pelo § 2° do art. 127[23]. Ao associar os signos da *autonomia* e da *independência* ao adjetivo *funcional*, afigura-se evidente que ambos se projetam sobre os atos de execução afetos à atividade finalística do Ministério Público. A diferença, no entanto, é que enquanto a autonomia é diretamente associada ao "*Ministério Público*", verdadeira individualidade existencial, a independência é considerada um princípio institucional, permeando toda e qualquer atividade de cunho funcional desenvolvida no âmbito da Instituição, daí decorrendo a sua

19. CR/1988, art. 219 (o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incen-tivado de modo a viabilizar a autonomia tecnológica do País).
20. CR/1988, art. 4°, I (o princípio da independência funcional deve reger a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais); art. 78, caput (o Presidente e o Vice-Presidente da República devem sustentar a independência do Brasil); art. 91, § 1°, IV (o Conselho de Defesa Nacional deve estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas ne-ces-sárias a garantir a independência nacional).
21. CR/1988, 127, I (a independência funcional é princípio institucional do Ministério Público).
22. Vide, no mesmo sentido, Lei n° 8.625/1993, art. 1°, parágrafo único; e Lei Complementar n° 75/1993, art. 4°.
23. Vide, no mesmo sentido, Lei n° 8.625/1993, art. 3°, *caput*; e Lei Complementar n° 75/1993, art. 22, *caput*.

frequente contextualização na esfera jurídica dos membros da Instituição, que estariam livres de pressões exógenas no exercício das suas funções.

A autonomia funcional, assim, é mais específica, dizendo respeito à própria Instituição; a independência funcional, por sua vez, face ao seu caráter principiológico, possui maior generalidade e pode ser vista como fruto dessa autonomia, acompanhando toda a atividade finalística desenvolvida pelos membros da Instituição.

A Constituição de 1988, como se percebe, circundou o Ministério Público de garantias institucionais[24] que buscam assegurar o exercício independente de suas relevantes funções, possibilitando uma proteção adequada contra as retaliações que seus membros certamente sofreriam sempre que contrariassem os detentores do poder, político ou econômico, ou, mesmo, os adeptos do tráfico de influência.

Como já tivemos oportunidade de afirmar[25], o princípio da independência funcional permite que os membros do Ministério Público (1) atuem livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e à ordem jurídica, não estando vinculados às recomendações expedidas pelos órgãos superiores da Instituição em matérias relacionadas ao exercício de suas atribuições institucionais; (2) impede que sejam responsabilizados pelos atos praticados no estrito exercício de suas funções, gozando de total independência para exercê-las em busca da consecução dos fins a que se destinam.

A independência funcional dos membros do Ministério Público recebeu especial atenção da Constituição de 1988, a qual, além de consagrá-la no art. 127, § 1º, considerou crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos que atentem contra o *livre exercício* do Ministério Público (art. 85, II).

Tratando-se de matéria de índole administrativa, voltada à organização interna da Instituição e à inter-relação entre seus órgãos, não há que se falar em independência funcional, sendo ampla e irrestrita a incidência do princípio hierárquico. Nesse caso, recai sobre os membros do Ministério Público o dever de obediência e sobre os órgãos competentes da Administração Superior os poderes de direção e controle, bem como o poder dispositivo de competência, que autoriza a resolução de conflitos de competência, a delegação de competência e a substituição primária (o superior substitui-se ao subordinado)[26]. É graças à independência funcional que os membros do Ministério Pú-

---

24. Sobre a *ratio essendi* das garantias institucionais, inseridas no plano dos direitos-garantia, insuscetíveis de supressão via reforma constitucional, vide Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 537.
25. Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 63.
26. Cf. OTERO, Paulo. Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 107-188.

blico "*podem, ao mesmo tempo, estar integrados em uma organização rigidamente hierarquizada e conservar uma ampla margem de liberdade nas decisões jurídicas cotidianas, que não podem ser revistas por seus superiores*"[27] [28].

O caráter principiológico da independência funcional, longe de comprometer a imperatividade e a força protetora que dela defluem, as reforçam. Trata-se de princípio explícito que, acaso suprimido, seria igualmente obtido a partir da abstração da autonomia funcional assegurada ao Ministério Público. A sua previsão, no entanto, longe de configurar mera superfetação de termos, reflete nítido comprometimento axiológico, por parte da ordem constitucional, com o livre exercício das funções afetas à Instituição.

Rompendo com os alicerces estruturais do positivismo clássico, a doutrina contemporânea não mais tem visto os princípios como meros instrumentos de interpretação e integração das regras, que esgotariam o conteúdo das normas, identificando-se com elas. Atualmente, os princípios deixaram de ser estudados como complementos das regras, sendo concebidos como formas de expressão da própria norma, que é subdividida em regras e princípios[29].

Aqueles que se opõem ao caráter normativo dos princípios normalmente acenam com sua maior abstração e com a ausência de indicação dos pressupostos fáticos que delimitarão a sua aplicação, o que denotaria uma diferença substancial em relação às normas, que veiculam prescrições dotadas de mai-

---

27. LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel . *El Ministerio Fiscal Español. Principios Orgánicos y Funcionales*, Madrid: Editorial Colex, 2001, p. 155.
28. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu que "*goza o órgão do* ***Ministério Público*** *da prerrogativa de* ***independência funcional*** *(art. 127, § 1º, CF/88), caracterizada pelo direito de atuar de acordo com a sua consciência e a lei, não havendo subordinação hierárquica no desempenho de suas funções. Incabível, pois, a punição de promotor de Justiça que requer, fundamentadamente, o arquivamento de inquérito policial por entender se tratar de fato atípico*" (6ª T., RMS nº 12479/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 21/08/2007, DJ de 19/11/2007. p. 290). O caso concreto versava sobre Promotor de Justiça que, visualizando a atipicidade de condutas envolvendo o porte de entorpecentes, requerera o arquivamento dos procedimentos inquisitoriais e, em razão desse entendimento jurídico, recebeu punição disciplinar no âmbito da Instituição. O acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça de São Paulo, tinha a seguinte ementa: "*Promotor de Justiça que, reiteradamente, requer arquivamento de inquéritos policiais instaurados por autos de prisão em flagrante, por porte de entorpecentes. Princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, que, no entanto, não é absoluto. Impossibilidade de o Promotor de Justiça fazer prevalecer sua posição doutrinária sobre o texto da lei. Pena disciplinar imposta e mantida. Mandado de segurança denegado.*" Em situações desse tipo, restará a remoção compulsória do membro do Ministério Público, por razões de interesse público, com a sua conseqüente lotação em órgão de execução onde o seu entendimento jurídico não comprometa o bem comum.
29. Nesse sentido: BOBBIO, Norberto . *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasilia: UNB, 1989, p. 158-159; ALEXY, Robert . *Theorie der Grundrecht*, Baden-Baden: Suhrkamp, 1994, p. 123; GOMES CANOTILHO, J. J. , *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 5ª reimp., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.159 e segs.; e GARCIA, Emerson . *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177-195.

or determinabilidade, permitindo a imediata identificação das situações, fáticas ou jurídicas, por elas reguladas[30]. Em nosso entender, tais elementos não são aptos a estabelecer uma distinção profunda o suficiente para dissolver a relação de continência existente entre normas e princípios. Inicialmente, observa-se que o maior ou o menor grau de generalidade existente em duas normas, a exemplo do maior ou do menor campo de aplicação, é parâmetro incapaz de estabelecer distinções de ordem ontológica entre elas. Os princípios - incluindo o da independência funcional do Ministério Público - a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo (*dever ser*). Por ser cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, consequência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja reverência é obrigatória.

Em razão do seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um *dever positivo* para o agente, que deve ter o seu atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio, e um *dever negativo*, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste desses valores. Constatada a inexistência de regra específica, maior importância assumirão os princípios, servindo de norte à resolução do caso apreciado.

Os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando consequências jurídicas que se implementam automaticamente com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede sejam previstas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação[31]. Enquanto as regras impõem determinado padrão de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, ordenando que algo seja realizado na melhor medida possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida do seu cumprimento dependerá das possibilidades reais e jurídicas subjacentes ao caso[32].

Por não veicularem mandados definitivos, os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus. Assim, o comando que deles inicialmente deflui pode ser afastado por razões opostas, não sendo a solução desse conflito identificada *a priori*, variando gradativamente conforme os valores em jogo no caso concreto.

---

30. Cf. BELADIEZ ROJO, Margarita . *Los Principios Jurídicos*, Madrid: Tecnos, 1994, p. 75 e segs.
31. Cf. DWORKIN, Ronald . *Taking Rights Seriously*, Massachussets: Harvard University Press, 1980, p. 24.
32. Cf. ALEXY, *Theorie ...*, p. 75-77.

À luz dessas breves considerações, conclui-se que os princípios contemplados no art. 127, § 1º, da Constituição da República e no art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.625/1993 são normas de conduta, sendo cogente a sua observância pelo legislador infraconstitucional, pela Administração Superior do Ministério Público e por tantos quantos se relacionem com o Ministério Público no exercício de sua atividade finalística. Observa-se, ainda, que possíveis ponderações envolvendo o princípio da independência funcional somente poderão ocorrer no âmbito interno da Instituição, não propriamente em suas relações com o *extraneus*, isto porque, nessa seara, incide a autonomia funcional da Instituição.

3. A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E OS SEUS LIMITES

Em qualquer que seja a seara do saber, o delineamento responsável de uma vertente argumentativa pressupõe que ao objeto da pesquisa seja dispensado um enfoque, se não completo, ao menos amplo o suficiente para alcançar o seu alicerce estrutural e teleológico, o que possibilitará o clareamento de sua individualidade e o seu enquadramento em determinado sistema. Com isto, serão aproximados os conceitos de realidade existencial e existência harmônica.

O tema proposto, independência funcional dos membros do Ministério Público, em que pese ser uma garantia indispensável ao exercício das funções ministeriais, é fonte de inevitável preocupação. Afinal, essa independência é absoluta ou está sujeita a algum balizamento? A primeira proposição deve ser de logo afastada, pois é inconcebível seja divisada a existência, num Estado de Direito, de princípios institucionais insensíveis à realidade e ao bem comum; são frequentes os pontos de tensão entre valores de indiscutível relevância no contexto constitucional, o que, *ipso factum*, torna imperativo o estabelecimento de critérios para a solução de tais colisões. Acresça-se, ainda, que os membros do Ministério Público são agentes públicos, e estes, como todos sabem, somente podem atuar em harmonia com o ordenamento jurídico, nele auferindo o fundamento de validade de sua atuação.

Nas palavras de KELSEN[33], "*um indivíduo atua como órgão do Estado apenas na medida em que atua baseado na autorização conferida por alguma norma válida. Esta é a diferença entre o indivíduo e o Estado como pessoas atuantes, ou seja, entre o indivíduo que não atua como órgão do Estado e o indivíduo que atua como órgão do Estado. Um indivíduo que não funciona como órgão do Estado tem permissão para fazer qualquer coisa que a ordem jurídica não o tenha proibido de fazer, ao passo que o Estado, isto é, um indivíduo que funciona como órgão do Estado, só pode fazer o que*

33. Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 376.

a ordem jurídica o autoriza a fazer. É, portanto, supérfluo, do ponto de vista da técnica jurídica, proibir alguma coisa a um órgão do Estado. Basta não autorizá-lo. Se um indivíduo atua sem autorização da ordem jurídica, ele não mais o faz na condição de órgão do Estado." Acrescenta, ainda, que *"é preciso proibir um órgão de efetuar certos atos apenas quando se deseja restringir uma autorização prévia"*[34]. Essa constatação, por si só, é um indiscutível limite oposto à independência funcional. Não há independência funcional a montante da juridicidade.

O princípio da independência funcional está diretamente relacionado ao exercício da atividade finalística dos agentes ministeriais, evitando que fatores exógenos, estranhos ou não à Instituição, influam no desempenho de seu *munus*. Evita-se, assim, que autoridades integrantes de qualquer dos denominados "Poderes do Estado", ou mesmo os órgãos da Administração Superior do próprio Ministério Público, realizem qualquer tipo de censura ideológica em relação aos atos praticados. O Supremo Tribunal Federal, aliás, já proferiu decisão do seguinte teor: *"Ação penal pública. Denúncia que não inclui um dos indiciados no inquérito policial. Recebimento da mesma, sem que o juiz da causa tivesse se valido do art. 28 do CPP. Acórdão que, em julgamento de habeas corpus, anulou a denúncia e determinou que outra fosse apresentada, incluindo o paciente como co-autor. Decisão que afronta a independência funcional do Ministério Público e contraria a orientação firmada no verbete 524 da Súmula do Excelso Pretório. Habeas corpus deferido"*[35].

A estrutura organizacional do Ministério Público, é importante frisar, em nada arrefece a independência funcional de seus membros. A superioridade hierárquica do Procurador-Geral, Chefe da Instituição, cinge-se ao âmbito administrativo - regido pelos princípios gerais que disciplinam essa seara - não guardando qualquer similitude com uma aberrante *hierarquia funcional*. Fosse outra a conclusão, violado seria o texto constitucional, pois independência e hierarquia não podem ocupar um único plano existencial: enquanto a primeira afasta a intervenção superior, a segunda a atrai, o que justifica a dicotomia de tratamento dispensada às esferas funcional e administrativa.

O ofício ministerial deve ser livremente exercido, somente rendendo obediência ao ordenamento jurídico e à consciência do membro do Ministério Público. A importância dessa garantia é indiscutível. As regras de experiência, no entanto, são pródigas em ensinar que qualquer *força*, natural ou não, tende a avançar até que um óbice lhe seja oposto: o evolver de um rio somente é contido por obstáculos que impeçam o avanço de suas águas ou até que chegue ao extremo de suas forças, o encontro com o mar; à mingua de mecanismos de contenção, o agente que exerce um poder é inconscientemente levado a dele abusar; até mesmo o exercício de determinados direitos, muitos deles

---

34. KELSEN. Teoria Geral..., p. 377.
35. STF, HC nº 62.110/RJ, rel. Min. Oscar Corrêa, j. em 14/12/1984, *DJ* de 22/02/1985.

fundamentais, deve ser cercado de cautelas, isto porque o abuso certamente se manifestará. Também aqui, como não poderia deixar de ser, são frequentes os excessos, o que torna imperativo o estabelecimento de diretrizes básicas - e certamente não-exaurientes - para a densificação do princípio da independência funcional, com o consequente afastamento da indesejável semente do arbítrio.

Em um primeiro plano, cumpre observar que o princípio da independência funcional não é um fim em si mesmo. Não é, igualmente, uma prerrogativa que se incorpora à pessoa dos membros do Ministério Público no momento em que tomam posse em seus cargos. Trata-se de mero instrumento disponibilizado aos agentes ministeriais com vistas à consecução de um fim: a satisfação do interesse público, sendo esta a razão de ser do Ministério Público, a exemplo do que se verifica em relação a qualquer órgão estatal. A partir dessa singela constatação, é possível afirmar que o principal prisma de análise desse importante princípio deve ser a sua associação à atividade finalística da Instituição, pressuposto de concretização do interesse público. Com isto, o plano de aferição deve ser afastado da pessoa do agente, sendo irrelevantes os sentimentos e aspirações, legítimos ou não, a ele inerentes, não devendo ser confundida a vaidade pessoal com a prerrogativa do cargo por ele ocupado. Esta é indispensável, aquela não. A independência funcional orna o cargo, que se destina ao exercício da atividade ministerial, elemento de concretização do interesse público.

O ponto de partida para a atuação ministerial há de ser a identificação e posterior valoração da situação, fática ou jurídica, que justificará e direcionará a atuação do Ministério Público. Nessa linha, a independência funcional se projetará em quatro fases distintas: *a*) identificação da situação fática ou jurídica pelo órgão cuja atribuição é presumida; *b*) necessidade de o Ministério Público intervir em determinado feito; *c*) fixação definitiva da atribuição do órgão; e *d*) exercício da atividade ministerial. Com base nesses elementos, que, como dissemos, não são exaurientes, poderemos estabelecer um esboço do balizamento desse princípio.

3.1. IDENTIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA OU JURÍDICA

Qualquer acontecimento passível de percepção pelos sentidos assume contornos eminentemente objetivos, refletindo-se no espírito humano e sendo por ele apreendido. Esta apreensão pode se manifestar de diferentes formas, variando conforme o referencial, o grau de percepção e a capacidade intelectiva do agente. Na lição de MALATESTA[36], *"é assim que, recapitulando, o espírito huma-*

36. A Lógica das Provas em Matéria Criminal, trad. de Waleska Girotto Silverberg, São Paulo: Conan Editora Ltda., 1995, p. 20.

no, relativamente ao conhecimento de um dado fato, pode encontrar-se no estado de ignorância, ausência de todo conhecimento; no estado de credulidade em sentido específico, igualdade dos motivos pelo conhecimento afirmativo e pelo negativo; no estado de probabilidade, prevalência do conhecimento afirmativo; no estado de certeza, conhecimento afirmativo triunfante". As conclusões que serão geradas, por sua vez, têm feição eminentemente subjetiva, sendo direcionadas por fatores outros, especialmente ideológicos. Em conseqüência, o fato, como acontecimento da realidade fenomênica, será eminentemente objetivo; a sua reprodução pela mente humana, no entanto, terá um contorno subjetivo, nem sempre coincidente com o matiz de ordem objetiva.

A percepção de determinado acontecimento pelo membro do Ministério Público é elemento imprescindível à *fixação de sua atribuição* e ao correto *exercício de sua atividade funcional*. De forma correlata a essa dicotomia de efeitos, tem-se uma diversidade de tratamento da matéria conforme o prisma de análise se direcione a um ou ao outro. A mera percepção de determinada situação, fática ou jurídica, *para fins de fixação da atribuição do agente*, em regra, apresentará contornos eminentemente objetivos, em muito se afastando da nebulosa esfera do subjetivismo. Com efeito, sendo a atividade do Ministério Público normalmente associada à qualidade da parte ou à natureza da matéria, a simples verificação da presença destes apresentará contornos invariáveis, independendo da formação humanística e da concepção ideológica do agente. É importante frisar que a realidade é uma só, ainda que múltiplas conclusões sejam extraídas a partir de sua percepção. Norberto Bobbio[37], discorrendo sobre o positivismo jurídico, assim se pronunciou sobre a distinção entre juízo de fato e juízo de valor: "*o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (Por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: 'o céu é rubro', formulo um juízo de fato; se digo 'este céu rubro é belo', formulo um juízo de valor).*"

A necessidade de intervenção do Ministério Público e a consequente fixação da atribuição do órgão de execução em determinado procedimento serão divisadas sempre que as situações previstas em lei forem objeto de discussão (*v.g.*: CPC, art. 82), ainda que, ao final, seja verificada a sua inexistência. Em casos tais, inadmissível será a invocação do princípio da independência funcional para justificar o não exercício das atividades ministeriais. Especificamente em relação às causas em que há "*interesse público*" (CPC, art. 82, III),

37. O Positivismo Jurídico, São Paulo: Editora Icone, 1995, p. 135.

delas trataremos adiante, pois a mera verificação da existência da base fática não importará na imediata fixação da atribuição do agente, sendo exigida a sua valoração - necessariamente impregnada de grande subjetivismo - para que seja aferida a presença do interesse público, pressuposto da própria atuação ministerial. De qualquer modo, ainda aqui, o agente não tem liberdade na identificação do fato, mas, tão somente, na aferição dos efeitos que dele advirão.

No que concerne à identificação e à valoração dos fatos quando do *exercício da atividade funcional*, diversa será a solução. Neste caso, não será possível falar em objetividade, já que a operação mental do agente não se limitará à mera verificação da presença de determinada situação fática ou jurídica no seio da discussão. Sua atividade será mais ampla, alcançando a valoração da efetiva existência de tal situação, de sua exata delimitação e das consequências que daí advirão. Aqui, sua liberdade deve ser ampla, sendo este um dos pontos nodais do princípio da independência funcional. O simples ajuizamento de uma ação penal de iniciativa privada é fator determinante para a intervenção do Ministério Público no processo, ainda que, ao final, seja demonstrada a inexistência do crime descrito. A propositura de uma ação cujo objeto possa gerar reflexos na esfera jurídica de um incapaz torna imperativa a atuação do agente ministerial, situação que permanecerá inalterada até que se demonstre que tal nunca ocorreu. Nestes singelos exemplos, a natureza da matéria e a qualidade da parte são suficientes para fixar a atribuição do agente, tornando cogente a sua atuação. No entanto, a forma em que se desenvolverá a sua atuação é insuscetível de qualquer controle, sendo ampla a liberdade de valoração. É justamente por este motivo que é plenamente legítima a atuação de membros do Ministério Público que, em um mesmo processo, chegam a conclusões distintas sobre um mesmo fato, *verbi gratia*: em uma ação penal, um deles pede a absolvição e o outro, ao tomar ciência da sentença absolutória, recorre pleiteando a condenação. Nesse caso, ambos atuaram por versar o processo sobre uma infração penal, o que é um fator objetivo e que não pressupõe o exercício de valoração dos fatos; a verificação da real existência da infração penal, no entanto, exige uma ampla liberdade de valoração do contexto probatório, tratando-se de atividade norteada pela lei e impregnada de amplo subjetivismo, o que a situa nos estreitos limites da independência funcional.

3.2. VERIFICAÇÃO DA ATRIBUIÇÃO DO AGENTE E EXERCÍCIO DA ATIVIDADE FUNCIONAL

Em linha de princípio, é outorgada ao próprio membro do Ministério Público a tarefa de verificar se determinada situação, fática ou jurídica, está englobada pelos preceitos legais que delimitam a sua esfera de atribuições. Essa verificação, por óbvias razões, há de ser antecedida pela fixação da premissa, de índole eminentemente provisória, de que o membro do Ministério Público responsável por ela ocupa um órgão com atribuição para intervir no

caso. Tal será feito a partir de uma análise meramente perfunctória da situação, fática ou jurídica, o que possibilitará a deflagração do processo de identificação do órgão com atribuição.

Essa verificação será relativamente simples nas hipóteses em que a fixação da atribuição for mera derivação da existência de determinado fato, já que, regra geral, envolta em elementos eminentemente objetivos (*v.g.*: CPC, art. 82, I e II). No entanto, em sendo exigida a interposição de um juízo de valoração, de natureza essencialmente subjetiva, entre determinada situação e a correlata atribuição do agente, maiores controvérsias surgirão. Tal ocorrerá nos casos em que a intervenção do Ministério Público for justificada em razão da forte carga de interesse público que deflui do objeto sob discussão (*v.g.*: CPC, art. 82, III). Aqui, a fixação da atribuição não é imediata, pressupondo que, após a identificação dos fatos, seja verificado se destes efetivamente resulta o interesse público justificador da intervenção ministerial.

Trata-se de operação que refletirá as concepções sociais, ideológicas e culturais daquele por ela responsável, não raro ocorrendo que um único fato gere conclusões distintas entre múltiplos agentes. Em casos tais, questiona-se: estará a deliberação do agente, no sentido de que não deve exercer suas atividades laborativas em determinada situação, sujeita a algum tipo de controle? Ou será ele o senhor absoluto de seu destino? Com a devida vênia daqueles que pensam em sentido diverso - diga-se de passagem, a grande maioria - entendemos que, em matéria de *fixação de atribuições*, tal liberdade não é absoluta, estando sujeita ao controle da Chefia da Instituição[38].

Fosse a questão situada no âmbito do Direito Administrativo, a solução certamente seria simples. Como se sabe, a concepção de hierarquia é correlata à ideia de função administrativa, permitindo, com o escalonamento vertical dos órgãos integrantes da Administração, que os agentes superiores, além de emitir comandos aos inferiores, possam rever os atos destes. O poder de revisão permite, assim, que os atos praticados em harmonia com a lei sejam revogados, por razões de conveniência e oportunidade, e que os atos ilegais sejam anulados. Em que pese inexistir, sob o aspecto funcional, hierarquia entre o Chefe da Instituição e os demais membros, afigura-se evidente que o atual estágio da ciência jurídica não se coaduna com concepções que se afastem da satisfação do interesse público e que em muito se aproximem da semente indesejada do arbítrio. Em não sendo admitido tal controle, o que fazer caso todos os Promotores de Justiça de determinada comarca ou de certa região

38. A tese, que já sustentávamos nos idos de 2003 (*Ministério Público*. Organização..., 1ª ed., p. 59 e segs.), começa a encontrar ressonância na doutrina. Vide: JATAHY, Carlos Roberto de Castro. Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 134.

entendam que o Ministério Público não deva intervir ou que eles não têm atribuição para atuar em uma causa em que seja patente a presença do interesse público aos olhos do *homo medius*? Seria possível invocar a independência funcional em casos tais? Deixar ao livre arbítrio do agente decidir se irá, ou não, exercer suas atividades laborativas, é levar longe demais o princípio da independência funcional. Nas palavras do ABADE SIEYÈS[39], *"para mostrar o vício de um princípio, é permitido levar as conseqüências até onde elas podem ir... Quando um princípio leva a conseqüências absurdas, é porque ele é falso"*.

Os membros da Magistratura, que encontram na independência funcional um instrumento imprescindível ao próprio exercício de sua atividade finalística, estão indiscutivelmente sujeitos a múltiplos meios de controle, dentre os quais se incluem aqueles destinados a tornar cogente o próprio exercício da atividade jurisdicional(*v.g.*: a correição parcial e o conflito de competência). Nesses casos, não se determinará ao agente que exerça as suas atividades desta ou daquela forma, mas tão somente que as exerça, o que afasta qualquer argumento de que sua independência restou maculada. No que concerne aos membros do Ministério Público, a legislação há muito contempla a figura do conflito de atribuições (*v.g.*: Lei nº 8.625/1993, art. 10, X; e LC nº 75/1993, art. 49, VIII), que pode ser de natureza positiva, quando dois ou mais agentes entendem possuir atribuição para adotar determinada providência, ou negativa, quando entendem não possuir tal atribuição. Nesses casos, compete ao Procurador-Geral de Justiça, Chefe da Instituição, dirimir o conflito e declarar o órgão com atribuição, o que tornará cogente a sua atuação, ainda que contra a sua vontade – no entanto, livres serão suas manifestações no exercício da função. Ao que sabemos, o princípio da independência funcional não costuma ser trazido à baila na tentativa de invalidar a decisão do Procurador-Geral. Se o Procurador-Geral detém autonomia para indicar, em caso de conflito, qual o órgão do Ministério Público que deve atuar, não vislumbramos qualquer justificativa idônea a embasar a tese de que não pode declarar a atribuição de determinado agente nas hipóteses em que inexista conflito, mas simples negativa.

Por certo, muitos dirão que, no caso de conflito de atribuições, a necessidade de intervenção do Ministério Público é incontestável, cingindo-se a discussão ao órgão responsável por ela, ao passo que, ao reconhecer a inexistência de interesse público que pudesse justificar a atuação do Ministério Público, o agente situou a questão em outro plano, inalcançável pela deliberação do Procurador-Geral. A nosso ver, o argumento peca pela ausência de integração com o sistema. Se não vejamos: se o agente não tem o poder de invocar o princípio da independência funcional para afastar suas próprias atribuições,

---

39. *Qu'est-ce que le Tiers État?*, trad. de Norma Azevedo sob o título *A Constituição Burguesa*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 17.

devendo curvar-se ao que for decidido pelo Procurador-Geral no âmbito do conflito de atribuições, como pode ser assegurado a ele o poder de afastar não apenas a sua atuação, mas a intervenção do próprio Ministério Público? Entendendo que essa hipótese consubstancia uma forma de manifestação da independência funcional, não seria legítimo sequer o ato do Procurador-Geral que reconhecesse a presença do interesse público e designasse outro agente para atuar, pois tal importaria em flagrante violação a outro relevante princípio, o do Promotor Natural, que, apesar da recalcitrância do Supremo Tribunal Federal em acolhê-lo[40], visa a afastar os agentes de exceção[41]. A declaração de atribuição é um *minus* em relação ao conflito, inexistindo qualquer distinção axiológica entre ambas, mas tão somente a presença de uma única manifestação ministerial ao invés de duas.

Outro exemplo poderá contribuir para a demonstração do acerto dessa conclusão: suponhamos que determinado Promotor de Justiça encaminhe os autos de um inquérito civil ou de uma ação civil pública ao Chefe da Instituição sob o argumento de ser deste a atribuição em razão da especial qualidade dos envolvidos (*v.g.*: Lei nº 8.625/1993, art. 29, VIII). Em não sendo acolhida a linha de argumentação apresentada, certamente não será o caso de o Procurador-Geral suscitar o conflito negativo de atribuição, pois é inconcebível que um agente que ocupa o ápice do escalonamento funcional entre em conflito com outro que esteja em um plano inferior. Nesse caso, o Procurador-Geral limitar-se-á a afirmar que a situação, fática ou jurídica, não se enquadra nos preceitos legais que delineiam sua atribuição e a declarar a atribuição do órgão de origem, devolvendo-lhe os autos. Com isto, é fixada a atribuição do agente fora do âmbito de um conflito de atribuições.

Negando-se o agente a atuar e chegando a questão ao conhecimento da Chefia da Instituição, o que normalmente se dará com a aplicação, direta ou analógica, do art. 28 do Código de Processo Penal, poderá o Procurador-Geral reconhecer a presença do interesse público justificador da intervenção do Ministério Público e *declarar* a atribuição do agente que se negara a atuar.

Falamos em aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal em homenagem à práxis, já que o preceito é constantemente invocado para justificar o encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral em situações afe-

---

40. Vide STF, 1ª T., RE nº 387.974/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 14/10/2003, Infs. nº 326 e 328; e 2ª T., HC nº 67.759/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 04/06/2004. Para maior desenvolvimento do tema, vide Garcia. *Ministério Público*. Organização..., pp. 231-238.

41. Do mesmo modo, seria inconstitucional a regra do art. 28 do Código de Processo Penal, que permite ao Procurador-Geral, em sendo provocado pelo órgão jurisdicional, rever as razões do pedido de arquivamento e designar outro membro do Ministério Público para oficiar no procedimento inquisitorial. Com isto, os membros do Ministério Público estariam imunes a todo e qualquer tipo de controle, o que é absolutamente incompatível com o Estado de Direito.

tas ao processo civil. Como se sabe, o sistema delineado pelo Código de Processo Civil alcança todos os demais ramos que buscam disciplinar a relação processual, o que inclui o processo penal (CPP, art. 3º: "*A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*"), permitindo o preenchimento das lacunas existentes. A recíproca, no entanto, não é verdadeira. Apesar disso, entendemos que o praxismo em nada prejudica a compreensão do tema, pois, a partir do momento em que sustentamos a legitimidade da atividade do Procurador-Geral nesta seara, devemos admitir, por via reflexa, a sua deflagração. Assim, independentemente do preceito legal invocado (*in casu* o art. 28 do CPP) ou do *nomen iuris* atribuído, afigura-se possível e correta a sua provocação.

Não nos impressiona o argumento de que a independência funcional, por ser uma garantia do livre pensamento jurídico do membro do Ministério Público, tornaria imunes de controle as manifestações razoavelmente fundamentadas. Com a devida vênia, em matéria de fixação de atribuições e de definição da própria atuação do Ministério Público, a questão não se superpõe ao aspecto funcional, mas tão somente o tangencia. Considerando que a garantia de livre pensamento jurídico cinge-se ao aspecto funcional, não ao administrativo, incidirá na espécie o princípio da unidade, que fundamenta a unicidade de comando no âmbito institucional e direciona a própria autonomia administrativa do Ministério Público. Situando-se a definição da atribuição no plano administrativo-funcional, não se poderá falar em violação ao princípio da independência funcional mesmo na hipótese de o membro do Ministério Público ter se pronunciado pela inexistência de situação fática ou jurídica que justificasse a sua intervenção. A aparente razoabilidade dos fundamentos deduzidos, por sua vez, também não afasta a possibilidade de o Procurador-Geral declarar a atribuição[42], pois o simples fato de se admitir a sindicação destes já é indicativo de que o pronunciamento do membro do Ministério Público, em matéria de atribuições, não assume contornos absolutos. A questão, ademais, na medida em que se busca um fundamento jurídico para a sua solução, não poderia permanecer atrelada ao teor do pronunciamento, já que não é a profundidade deste que define a sua natureza administrativa ou funcional.

A independência funcional, em última *ratio*, é prerrogativa afeto à missão institucional do Ministério Público, destinando-se a assegurar o livre exercício da função, não a prestigiar os agentes que simplesmente não desejem

---

42. Conforme proposição de nossa autoria, formulada na condição de integrante da Comissão responsável pela elaboração do anteprojeto da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o art. 11, XVII, da Lei Complementar Estadual nº 106/2003 outorgou ao Procurador-Geral de Justiça a atribuição de "*declarar a atribuição de membro do Ministério Público para participar de determinado ato ou atuar em procedimento judicial ou extrajudicial*".

exercê-la. Reconhecendo a Chefia da Instituição que a recusa é legítima, *tollitur quaestio*. Com a devida vênia daqueles que pensam em sentido diverso, entendemos que a despropositada e reiterada recusa do agente em atuar não deve ser resolvida sob o aspecto meramente disciplinar. Esse argumento, aliás, não deixa de apresentar certa incongruência. Se não é dado ao Procurador-Geral fixar a atribuição do agente, sob pena de macular a sua independência funcional, como seria possível puni-lo, em virtude de conduta relacionada ao (não)exercício de sua função? Também aqui não haveria violação à independência funcional?

Frise-se, ainda, que à satisfação do interesse público é desinfluente a punição do agente, importando tão somente a sua efetiva atuação, isto porque a rotina funcional certamente será prejudicada com negativas desprovidas de amparo legal. Evidentemente que, em sendo demonstrada a má-fé do agente, desbordando a sua atuação da legítima valoração dos fatos e da exteriorização de sua posição jurídica, além da declaração da atribuição, será ele passível de punição.

Afigura-se legítima, ainda, a iniciativa do Procurador-Geral em editar atos que visem a orientar os membros do Ministério Público quanto à posição a ser seguida em determinadas situações em que é ordinariamente divisada a presença do interesse público justificador da atuação ministerial[43]. Acaso não seja seguida a recomendação e sendo o Procurador-Geral instado a se pronunciar a respeito, tornar-se-á cogente a atuação do agente caso assim seja deliberado. É importante repetir que fixar a atribuição não guarda similitude com a conduta de interferir no exercício das atribuições. Aquela é admissível, esta não. Fixada a atribuição do agente, somente poderá ele se escusar a atuar nas hipóteses previstas em lei: impedimento e suspeição, as quais em nada se confundem com a negativa de exercer suas atribuições ante a ausência de interesse público que o justifique. A atuação funcional encontra-se relacionada ao cargo e à própria Instituição, enquanto que o impedimento e a suspeição estão vinculados à pessoa do agente.

4. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E RECURSO CONTRA DECISÃO LASTREADA EM PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como desdobramento da garantia da independência funcional, não há qualquer óbice a que determinado agente assuma posicionamento contrário àquele adotado pelo seu antecessor na mesma relação processual.

---

43. Lei nº 8.625/1993, art. 10, XII.

A jurisprudência, aliás, é recorrente quanto à possibilidade de dissenso entre os membros da Instituição: "*Habeas Corpus*. Recurso do MP. Alegação de falta de interesse do MP para recorrer da sentença absolutória, porque, nas alegações finais, o Promotor de Justiça que interveio pedira a absolvição. Recurso interposto por outro membro do Ministério Público, que foi provido, com a condenação do ora paciente, em fundamentado aresto. Hipótese em que não cabe ver violação ao parágrafo único do art. 577 do CPP. Independência funcional dos membros do Ministério Público. Funções do "*custos legis*" e "*dominus litis*". A manifestação do MP, em alegações finais, não vincula o julgador, tal como sucede com o pedido de arquivamento de inquérito policial, nos termos e nos limites do art. 28 do CPP. *Habeas Corpus* indeferido"[44]; "Ministério Público: sucumbência no provimento da apelação da defesa, apesar de com ele se ter posto de acordo o Promotor de Justiça. A independência funcional dos agentes do Ministério Público é, de fato, incompatível com a pretensão de que a concordância do Promotor com a apelação vinculasse os órgãos da instituição que oficiam junto ao Tribunal, de modo a inibi-los de interpor recurso especial contra a decisão que, provendo o recurso da defesa, desclassificou a infração"[45]; "*Habeas corpus*. Apelação. Ministério Público. Legitimidade. Sentença que homologara a transação com base no art. 76 da lei nº 9.099/1995. A sentença homologatória da transação penal é apelável (§ 5º do art. 76 e art. 82 da Lei nº 9.099/1995). Não há que se falar em intempestividade do recurso, já que aviado no prazo legal, ou em ilegitimidade do Ministério Público, tendo em vista que, como *custos legis*, tem legitimidade para recorrer, e, em face do princípio da independência funcional, "mantém independência e autonomia no exercício de suas funções, orientando sua própria conduta nos processos onde tenha de intervir, podendo haver discordância entre eles, inclusive no mesmo processo." (Júlio Fabbrini Mirabete, *Código de Processo Penal Interpretado*, 3ª Edição, pág. 302). *Habeas corpus* indeferido"[46], e "Processual Penal. Ministério Público. Princípio da unidade e indivisibilidade. Alcance. Vinculação de pronunciamentos de seus agentes. Inexistência. O princípio da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público não implica vinculação de pronunciamentos de seus agentes no processo, de modo a obrigar que um promotor que substitui outro observe obrigatoriamente a linha de pensamento de seu antecessor. Se um representante do Ministério Público manifestou-se na fase de alegações finais em prol da exclusão de qualificantes, o que foi acolhido na sentença de pronúncia, um outro membro do '*parquet*' que o substitui no processo pode interpor recurso

44. STF, 2ª T., HC nº 69.957/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 25/03/1994, p. 5.996.
45. STF, 1ª T., HC nº 80.315/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 13/10/2000.
46. STF, 1ª T., HC nº 77.041/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 26/05/1998, *DJ* de 07/08/1998, p. 22.

pugnando para que preserve a acusação inicial, não merecendo abrigo a tese de falta de interesse processual. Recurso especial conhecido e provido"[47].

Em sentido contrário: "Recurso especial. Processual Penal. Decisão recorrida fundada em parecer ministerial. Recurso do Ministério Público em sentido contrário. Falta de interesse. Integra o nosso sistema jurídico-processual a subordinação do direito de recorrer à existência de um interesse direto na revisão do julgado. Se, como no caso, o Ministério Público, por um de seus órgãos, manifestou-se, em parecer, favorável à concessão do *habeas corpus*, manifestação em que se louvou o aresto recorrido, falta interesse ao Ministério Público para interpor recurso contra essa decisão a que emprestou contribuição. Interesse haveria se, com a atuação precedente do órgão ministerial, ocorresse manifesto comprometimento do interesse público ou da ordem jurídica, capaz de reclamar essa branda intervenção. A prevalecer, importaria em mitigada remoção compulsória, que atenta contra o postulado constitucional da independência funcional do Ministério Público. Princípios da unidade e da indivisibilidade que se devem observar e preservar. Recurso não conhecido"[48], e "Concedida a suspensão condicional do processo (L. 9099/1995, art. 89) proposta pelo MP, não pode outro Promotor de Justiça apelar para reanalisar a prova e obter a integral procedência da ação. A busca da condenação precluiu quando da oferta da proposta de suspensão condicional do processo"[49].

Dissentimos desse último entendimento por duas razões. De acordo com a primeira, o interesse em recorrer deve ser analisado em harmonia com o princípio da independência funcional, o que impede que a manifestação de vontade de um agente venha a vincular toda a Instituição. Não fosse assim, o Ministério Público nunca poderia pleitear a absolvição ou recorrer em benefício do réu, pois, com o oferecimento da denúncia e a formulação do pedido de condenação, estaria vinculada a sua atuação em toda a relação processual. Por não ser possível à lei ordinária mitigar um princípio constitucional, o interesse processual do Ministério Público não se projetará em uma linha de indissolúvel uniformidade, podendo sofrer variações em conformidade com o entendimento jurídico dos agentes oficiantes. As concepções subjetivas dos agentes devem ser preteridas pela objetividade dos fatos, ainda que sua percepção possa sofrer variações no decorrer da relação processual.

---

47. STJ, 6ª T., REsp. nº 92.666/RJ, rel. Min. Vicente Leal, *DJ* de 04/08/1997, p. 34.901. No mesmo sentido, as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça: 3ª T., HC nº 8.321/GO, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 20/04/1999, *DJ* de 07/06/1999, p. 101; 4ª T., REsp. nº 41.590/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 07/12/2000, *DJ* de 05/03/2001; e 5ª T., REsp .nº 132.951/DF, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 13/10/1998, *DJ* de 1º/03/1999, p. 357, *RSTJ* nº 123/378.
48. STJ, REsp. nº 132.951/DF, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 13/10/1998, *DJ* de 1º/03/1999.
49. STF, 2ª T., HC nº 77.463/SP, rel. Min. Nélson Jobim, j. em 06/04/1999, *DJ* de 19/11/1999.

O Ministério Público está vinculado aos fatos e à busca de uma decisão justa, não à peremptória opinião pessoal de determinado agente. Essa peculiaridade, aliás, foi realçada pelo Superior Tribunal de Justiça ao decidir que *"pode o Ministério Público recorrer da decisão favorável ao réu, inobstante tenha o juízo acolhido as razões ministeriais, eis que 'a utilidade a que tende o impugnante deve ser comprovada sobre a base de uma valoração objetiva, e não segundo a opinião pessoal do sujeito' (Giovanni Leone, Tratado de Derecho Processual Penal, Volume III, pág. 95, Europa-América, 1963, Buenos Aires)"*[50].

Como desdobramento desse entendimento, alicerçado no princípio da independência funcional e na incessante busca do bem comum, móvel indissociável da atuação do Ministério Público, parece-nos legítimo que o próprio agente melhor reflita sobre seus atos e venha a assumir, em atos posteriores, posição diametralmente oposta àquela por ele defendida em suas manifestações pretéritas. Isto, aliás, já é feito com frequência, sendo comum que o agente subscritor da denúncia direcione a sua manifestação, em sede de alegações finais, para a absolvição do réu. Além disso, somente é possível falar em preclusão lógica sob a ótica de determinada fase processual, não em relação a atos que se sucedem em fases distintas. Nesse último caso, quando muito, seria possível suscitar a ausência de interesse processual, nunca o advento da preclusão lógica.

Em segundo lugar, deve-se observar que, apesar de o recurso ter sido interposto pelo Procurador-Geral, se a lei estadual lhe confere atribuição concorrente para recorrer, não há que se falar em violação ao Princípio do Promotor Natural.

EPÍLOGO

Não obstante a riqueza da temática, que tangencia, igualmente, a possibilidade de os membros do Ministério Público virem a ser punidos em consequência de atos praticados no exercício da função[51], essas breves considerações bem realçam a instrumentalidade da independência funcional e a impossibilidade de que ela seja transmudada em panaceia do ócio e do arbítrio. Toda e qualquer garantia institucional deve ser contextualizada no plano da juridicidade, não subsistindo quando utilizada para afrontar o próprio fundamento de sua existência.

---

50. STJ, REsp. nº 184.943/DF, rel. Min. Hamílton Carvalhido, *DJ* de 27/08/2001, p. 419.
51. Vide GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco , *Improbidade Administrativa*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 322-324; e GARCIA, Emerson , *Ministério Público. Organização...*, p. 462 e ss.

CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL, EM FACE DA NOVA LEI

FERNANDO TOURINHO FILHO *

A matéria aqui enfocada a princípio pareceu-nos muito simples pela fusão dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, daí por que, numa primeira manifestação sobre o assunto, julgávamos que a prática da conjunção carnal e de outros atos libidinosos que ultrapassassem os *praeludia coiti* pudessem gerar um concurso material. É até provável que no 1º volume do nosso *Curso e no Manual*, edição 2010, houvéssemos deixado registrado esse entendimento. Penitenciamo-nos do equívoco, malgrado haja inúmeros autores de renome que adotaram também aquela primeira visão.

Antes da vigência da Lei n. 12.015/2009, os crimes contra a liberdade sexual eram de ação penal privada, exceto nas seguintes hipóteses: *a*) se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; *b*) se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador; *c*) se da violência empregada resultasse lesão corporal grave ou morte.

Tínhamos, ao lado do estupro, o atentado violento ao pudor. Aquele definido no art. 213 e este no art. 214. Hoje, o art. 214 foi revogado e o seu texto foi acrescido ao do art. 213, dando origem a duas condutas com o *nomen juris* de estupro. Assim, a pena cominada àquele que, com violência, passa a mão nas partes pudendas de alguém é a mesma cominada àquele que constrange alguém (não é apenas a mulher, mas o homem também, como sugeria Magalhães Noronha, *Direito Penal*, v. 3, p. 110), mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal, coito anal ou à *immissio penis in os ou fellatio in ore*. O Código Penal italiano, à maneira do que dispunha até há pouco tempo nossa legislação, distingue o crime da violência carnal do ato libidinoso cometido com violência. De fato. No art. 519 cuida da *"violenza carnale: chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale..."*, *e no art. 521 trata*

* Promotor de Justiça aposentado e Prof. de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Araraquara.

dos "atti di libidine violenti": Quando, mediante violência ou grave ameaça, alguém pratica *"atti di libidine diversi dalla congiunzione carnale"*. E aí se insere uma série de atos luxuriosos.

O nosso art. 213, parece-nos, tornou-se uma aberração, tratando com igualdade situações desiguais. A doutrina já começa a indagar se constitui um só crime ou dois o fato de alguém, mediante violência, após o coito anal manter, logo em seguida, cópula vaginal. Haveria unidade delitual? Há, atualmente, no corpo do art. 213 duas condutas: "o constranger alguém mediante violência ou grave ameaça à conjunção carnal" e "o constranger alguém a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". O núcleo verbal é o mesmo: "constranger". A nosso juízo, os atos de lascívia praticados por força de desordenado apetite sexual que podem preceder à conjunção carnal, inclusive o *cunnilingus*, todos eles, incluindo o coito vaginal, formam uma só e única figura delitual, visto que os desígnios guardam a mesma homogeneidade. Tudo se entrelaça, tudo se reúne no mesmo contexto do depravado, do licencioso... E se, após ou antes do coito vaginal, o agente obriga a vítima a ser *fellator* ou com ela comete coito anal? Haverá concurso de crimes? O novo texto do art. 213 reza:

> "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
>
> Pena: reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos."

A doutrina distingue os delitos **de um só ato** ou **de vários atos**. Exemplo do primeiro é o homicídio e do segundo, o roubo impróprio (furto e violência empregada para assegurar a subtração da coisa alheia). Entre essas duas classes, ensinam **Jescheck** e **Thomas Weigend,** está a dos delitos "mistos alternativos". Nestes há várias condutas opcionais que se encontram submetidas à mesma cominação penal. Assim, cometendo o autor uma, várias ou todas as ações alternativas previstas na disposição legal, deverá ser considerado um só crime e não um concurso de delitos integrado por aquelas condutas (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. Miguel Olmedo Caradenete, Granada, Comares, 2002, p. 285).

Embora **Edmund Mezger**, analisando esses tipos mistos, falasse de "lei mista alternativa" e de "lei mista cumulativa", dando como exemplo deste último o crime de lesão corporal, que, entre nós, está redigido tal qual no Código alemão - ofender a integridade corporal *ou* a saúde de outrem -, deixou entrever não existir, na hipótese, concurso. *Verbis: "En el § 223 (maltratar en el cuerpo o perjudicar la salud) se deberán admitir dos variedades de un caso solo y no dos casos independientes"* (*Derecho Penal, Parte General*, trad. Dr. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958, p. 153). Vale dizer: no art. 129 há duas condutas no mesmo tipo, e não dos tipos independentes. A prática de qualquer uma das condutas constitui crime. E se o agente, ao ofen-

der a integridade corporal acarreta dano à saúde da vítima, o crime continua o mesmo. Bem diversos os exemplos dados por Heleno Fragoso: arts. 135, 180, 242, etc. todos do Código Penal (*Lições de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Bushatsky, 1978, p. 178), uma vez que nessas disposições legais há várias figuras típicas, ensejando, assim, o concurso material.

Analisando o art. 213 do CP, observamos que se trata de tipo misto alternativo. É indiferente para o mundo fenomênico que o agente cometa uma só conduta ou as duas. O núcleo verbal de ambas está em "constranger" (constranger à conjunção carnal e constranger alguém a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso). Se houver apenas o coito (vagínico ou anal) violento, haverá estupro. Se for tão somente outro ato libidinoso cometido com violência, ainda haverá estupro. E se o agente, perdido na sua escomunal luxúria, praticar ambas as condutas? O crime é o mesmo, como é o mesmo crime o importar, o transportar, o guardar e, após, vender a substância entorpecente.

Eventualmente pode haver a continuidade delitiva, ainda que a conduta seja a mesma. Meditando sobre o tema, achamos que no estupro não se pode exigir do sátiro comedimentos, e sim descomedimentos. Com desbragada luxúria, o impudente pode, com a sua vítima subjugada, no mesmo dia ou em dias diferentes, não se contentar apenas com os atos que preludiam a cópula vaginal e com o próprio coito, e com esta sua desvairada lubricidade, repetir duas , três ou mais vezes as condutas recriminadas.

No que tange à ação penal, o legislador dispôs no art. 225 do CP que, nos crimes definidos nos Capítulos I e II, a ação penal depende de representação, salvo se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. O Capítulo I compreende os crimes definidos nos arts. 213 (estupro), 215 (posse sexual mediante fraude), 216-A (assédio sexual) e 217-A (estupro de menor de 18 e, obviamente maior de 14 anos ou de vulnerável) e o Capítulo II os previstos nos arts. 218, 218-A e 218-B (dos crimes sexuais contra vulnerável).

Vulneráveis são as pessoas que os italianos denominam "persone handicappate", objeto de proteção especial pela lei de 5 de fevereiro de 1992: "È persona handicappata colui che presenta una minorazione física, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione.

La persona handicappata ha diritto alle prestazione stabilite in suo favore in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale resídua e alla efficacia delle terapie riabilitative".

Daí a majoração da pena nos delitos sexuais cometidos contra essas pessoas mentalmente enfermas ou impossibilitadas de resistir em razão das próprias condições de inferioridade psíquica ou física.

E se da violência empregada no estupro cometido contra alguém maior de 18 anos resultar lesão grave ou morte? Qual seria a ação penal? Pela redação do art. 225, *caput*, a ação penal ficaria subordinada à representação. É verdade que, nesse caso, o crime seria complexo, à dicção do art. 101 do CP. *Verbis*: "Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público".

Realmente, se da violência empregada na prática do estupro resultar lesão grave ou morte, tal circunstância constitui um fato cuja ação penal é pública incondicionada; logo, na hipótese do art. 213, §§ 1º e 2º do CP, a ação penal será pública incondicionada. ALOYSIO DE CARVALHO FILHO falava, até, em "crime circunstância" e "crime resultado". *Verbis*:

> "A ação pública, cabível no crime elemento ou no crime circunstância, prevalece, por essa forma, no crime resultado absorvendo a ação privada, se for o caso (grifo nosso). Realmente, se para fatos que integram ou agravam determinado crime adotou o legislador a ação pública, quando considerados em si crime, não se justificaria que o delito-síntese fosse perseguível por iniciativa particular" (*Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1955, v. IV, p. 39).

É a mesma disposição contida no art. 131 do Código Penal italiano:

> "Art. 131. **Reato complesso. Procedibilità di ufficio**. Nei casi preveduti dall' articolo 84, per il reato complesso, si procede sempre di ufficio, se per taluno dei reati, che ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti se deve procedere di ufficio".

De fato, se da violência empregada no estupro resultar lesão grave ou morte, a ação penal será pública incondicionada, à dicção do art. 101 do CP.

Por outro lado, nesses 69 anos de vigência do nosso Código Penal a regra contida no art. 103 (primitivo art. 101) jamais foi invocada, porquanto nas hipóteses de crime complexo, a ação penal já vem prevista na própria parte especial. Vejam-se e a propósito os crimes de injúria real (art. 140, § 2º c/c o art. 145 *caput*), de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 c/c o respectivo parágrafo único), de alteração de limites (art. 161 c/c o seu § 3º), de dano (art. 163 c/c o art. 167), de latrocínio (art. 157 c/c o seu § 3º), todos do Código Penal. Por isso mesmo, nossos doutrinadores, sem discrepância, sempre disseram que a regra do art. 101 era inócua, uma vez que a solução já vinha traçada na parte especial do estatuto penal. A propósito, dentre outros, Rogério Greco, Curso de Direito Penal, Parte geral, Rio de Janeiro, Impetus, 2002, p. 682 e Paulo José da Costa Júnior, Código Penal Comentado, São Paulo, DPJ, 2007, p. 305). Realmente, a disposição do art. 101 é inócua diante do próprio sistema adotado pelo Código, especificando quando a ação é pública incondicionada (regra geral), condicionada ou de iniciativa privada.

Não se invocava a regra do art. 101 no crime de estupro, quando da violência resultava lesão grave ou morte, porquanto o art. 223 solucionava a questão, dizendo que a ação seria pública incondicionada.

Agora, com a revogação expressa do art. 223 do CP, outro caminho não nos resta senão invocarmos a disposição pertinente ao crime complexo, a menos que se dê nova redação ao art. 225 do CP.

O grande Ruy dizia: "se a lei não for certa, não pode ser justa. Para ser, porém, certa, cumpre que seja precisa, nítida, clara" (*Escritos e discursos seletos*, Rio de Janeiro, Ed. José Aguilar, 1960, p. 1.052).

Observou CARLOS MAXIMILIANO que "o conceito de clareza é relativo: o que a um parece evidente, antolha-se obscuro e dúbio a outro, por ser este menos atilado e culto, ou por examinar o texto sob um prisma diferente ou diversa orientação". E mais adiante acrescentou: "Dia a dia, no Foro e nas Câmaras, se acaloram os debates sobre textos de uma clareza meridiana, e os próprios juízes, em sua maioria tradicionalista, discutem e afinal decidem sobre a verdadeira exegese de normas aparentemente perfeitas" (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 37).

Note-se que a própria Procuradoria-Geral da República ingressou até com uma ADIN, contra os desacertos do citado diploma, sendo relator o eminente Ministro Joaquim Barbosa.

O novo diploma criou perplexidade. Até mesmo membros do Ministério Público e Juízes sentiram a mudança. E ficamos pensando: e como agirão as Autoridades Policiais, Juízes e membros do Ministério Público desses brasis afora? Por isso mesmo, para evitar que os usufrutuários de dúvida entrem em ação, o Senador ANTÔNIO CARLOS JR., da Bahia, apresentou projeto ao Senado, propondo nova redação art. 225 do CP. Deverá ficar assim:

> **Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II somente se procede mediante representação, salvo se a vitima for menor de 18 anos, pessoa vulnerável, se da violência empregada resultar lesão corporal grave ou morte ou se o autor da conduta punível for ascendente, descendente, colateral até o 3° grau, tutor, curador ou pessoa que conviva com a vítima sob o mesmo teto.**

E se da violência empregada resultar lesão corporal leve? A nosso sentir, há de prevalecer a Súmula 608 do STF. Fácil de entender: antes da Lei n. 12.015/2009, o crime de estupro era de ação penal privada ou pública condicionada se a vítima fosse pobre. Por outro lado, mesmo após a promulgação da Lei n. 9.099/95, cujo art. 88 transmudou a ação penal de pública incondicionada para condicionada nos crimes de lesões corporais leve e culposa, a referida Súmula continuou vigendo. E com razão: a Suprema Corte, ciente de que nos crimes de estupro normalmente da violência resulta lesão corporal leve, e querendo dar maior proteção às vítimas desses crimes, em

geral meninas pobres, e até mesmo para evitar transações vergonhosas, elaborou a Súmula 608. Permitiu, inclusive, nos demais crimes sexuais, quando a vítima era pobre, que a representação pudesse ser feita pelos tios, avós ou até mesmo pela pessoa sob cujo teto convivesse. Fez mais: permitiu que prova da pobreza pudesse ser feita a qualquer momento, admitiu a pobreza presumida (caso de empregadas domésticas) e aboliu, quanto a esses crimes, o entendimento de não se admitir a figura do Assistente da Acusação.

Se assim é, com maior razão deve continuar o preceito sumular, uma vez que o crime de estupro passou a ser de ação publica condicionada.

Insta observar que os processos por crimes contra a liberdade sexual cuja ação penal era privativa da ofendida devem continuar, por ser esta mais benigna. Apenas em relação aos fatos que ocorreram após a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009 é que se deve invocar o novo diploma. Por óbvio, no que respeita aos processos instaurados contra ascendentes, tutores e curadores cuja ação penal era pública incondicionada, ninguém ousará arguir a necessidade de representação. A uma porque não haveria quem pudesse fazê-la; a duas, pela imoralidade.

Em relação àqueles que cometeram, em concurso material, estupro e atentado violento ao pudor, antes do advento do novo diploma, observar-se-á a regra do parágrafo único do art. 2º do CP.

OS PARTIDOS POLÍTICOS, ESTRUTURAS SOCIAIS E A REFORMA DO SISTEMA POLÍTICO *

JORGE MIRANDA **

1 - É um enorme prazer estar aqui, pelo ambiente humano, pelo ambiente natural, pela sensação maravilhosa que é estar aqui a falar com vista para o mar através dos pinheiros.

Por isso e pela gentileza do convite, aceitei vir hoje, de novo, substituindo quem não pôde vir, falar sobre partidos políticos em complemento da intervenção de ontem.

Não sendo sociólogo, não poderei versar sobre estruturas sociais, na perspectiva da ciência sociológica. Mas atrevo-me a pensar que valerá a pena trazer algumas reflexões sobre reforma do sistema político não só pela importância e actualidade do assunto como ainda pelas conexões com as próprias estruturas sociais (sociopolíticas, socioculturais, socioeconómicas).

São reflexões muito pessoais. Não pretendem ter nenhum ar científico. É mais uma reflexão de um cidadão entre cidadãos, entre compatriotas, tendo em conta um pouco daquilo que é a situação do nosso país e partindo da perspectiva que eu tenho, e que sempre tive, de uma defesa da democracia.

2 - Aquilo que todos podemos sentir, sem cairmos em pessimismos exagerados nem climas depressivos, como eu às vezes vejo ou sinto em algumas pessoas, tendo em conta os vinte e sete anos a seguir ao 25 de Abril, é que nós hoje estamos numa situação de uma democracia jovem, mas já envelhecida. Prematuramente envelhecida.

Temos no nosso sistema factores negativos, vícios, sinais de envelhecimento que outras democracias com duzentos anos também têm, mas essas têm duzentos anos e nós em pouco tempo, com vinte e sete anos, ficámos muito velhos. Há casos patológicos, pessoas com 20 anos que são velhas, outras que nunca são jovens. No nosso caso, há alguns sintomas de envelhe-

---

* Reprodução da exposição oral. Texto em português europeu.

** Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

cimento prematuro da democracia portuguesa, sinais negativos que me preocupam. Aliás, não vêm só de agora, vêm já desde finais dos anos 70 e princípios dos anos 80.

Que sinais são esses, que eu considero negativos, de envelhecimento, por um lado, e, por outro lado, de degenerescência do sistema político?

Aquilo que nós quisemos fazer com a Constituição de 1976 foi uma Constituição democrática, uma Constituição assente na participação política dos cidadãos, uma Constituição em que houvesse fluidez na comunicação das ideias, das correntes de opinião, em que o Parlamento, depois de cinquenta anos de ausência, fosse o centro da vida política e em que houvesse um controlo de poder.

A Assembleia Constituinte procurou erguer uma democracia que, rompendo com vícios muito antigos de Portugal, fosse centralizada, não girando em torno do Terreiro do Paço, como se diz na gíria, mas com forte vida local, uma forte vida municipal e depois também com manifestações várias em todas as áreas da vida social. Foi aquilo que se pretendeu fazer. E a Constituição, até em artigos que, por vezes hoje nos parecem redundantes ou repetitivos, vai sempre apelando à participação, ao envolvimento dos cidadãos na vida política, na vida colectiva em geral.

Aquilo que podemos verificar é que há esses sinais de envelhecimento, de degenerescência, que poderíamos recensear, mas podemos também tomá-los em linha de conta e considerar alguns aspectos fundamentais, como as eleições, o referendo, outras formas de participação política, os partidos, o Parlamento e, finalmente, a vida local.

Eu vou indicar, na minha maneira de ver, quais são esses sinais negativos.

3 - Antes de mais em relação às eleições. Há um fenómeno, que ressalta à vista desarmada, que é a tendência abstencionista. Essa tendência abstencionista pode ser encarada por dois prismas. Pode ser encarada no sentido muito negativo, de as pessoas não quererem saber da política, não quererem participar, estarem totalmente desinteressadas, voltadas para dentro para os seus problemas, e pode ser encarado também noutra perspectiva que é a das pessoas não estarem satisfeitas com o desenvolvimento da vida política e particularmente com as opções que lhe são propostas através dos partidos, e portanto, não indo lá, estão dizendo que querem outra coisa e que não querem este sistema de partidos ou estas opções à volta dos partidos. Há estas duas interpretações. Julgo que elas não devem ser excluídas, elas acumulam-se.

Há um fenómeno geral, penso não ser só português, que se verifica em quase todas as sociedades europeias, que é o fenómeno abstencionista. Está ligado ao tipo de sociedade em que estamos mergulhados - o materialismo, o consumismo, o domínio do dinheiro, o lucro, a ideia da sociedade de sucesso

ligada a dinheiro e mais dinheiro - e que leva a esse abstencionismo e, em geral, à falta de participação.

O que é para mim espantoso é a vida académica nas Universidades. Os jovens, que podiam ter formas de participação com muita importância para os seus problemas directos, imediatos, exactos, como avaliação e disciplinas, não participam.

Há um envolvimento sociocultural, se quisermos, socieconómico, que leva a isso e, portanto, isso traduz-se muitas vezes, numa crise de valores democráticos, de valores republicanos.

Não participar ou não querer participar é também uma forma de egoísmo, de um individualismo desenfreado, no qual se tem vindo a cair.

Portanto, há esse aspecto de envolvimento geral da sociedade, há essa crise da sociedade que também se irá projectar na participação política. Mas também penso que há, da parte dos eleitores, um sentimento de "dejà vu" em relação aos partidos. Os dois partidos centrais, praticamente, são iguais e os outros dois grandes partidos não parecem oferecer alternativas suficientes de poder.

A prática partidária eleitoral, e todo o conjunto de factores da centralização, não favorecem o aparecimento ou manifestação de outros partidos.

Até agora tem havido um fechamento (desculpem a expressão) relativamente a outras formas de participação política, de maneira que o resultado é o abstencionismo.

Há quem a propósito desta questão das eleições considere que a culpa de tudo está no sistema eleitoral, no sistema eleitoral proporcional que temos para a eleição da Assembleia da República e também para as outras eleições, e há quem tenha vindo a apregoar a substituição do sistema eleitoral (esta matéria do sistema eleitoral será melhor desenvolvida por um especialista nesta matéria que aliás é sociólogo e muito melhor do que eu), mas é recorrente ouvir-se, desde há muitos anos, que toda a solução estaria em se passar do sistema eleitoral que temos - o sistema eleitoral proporcional e método de Hont - para um sistema maioritário, uninominal. Diz-se que só assim é que se conseguiria interessar as pessoas pelas eleições, porque as pessoas iriam escolher um deputado seu, iriam depois pedir contas a esse deputado, esse deputado estaria mais próximo delas, não seria uma figura abstracta como é agora o candidato que aparece nas listas partidárias.

Esta é uma tese recorrente que tem vindo a ser proposta desde há vinte anos, embora, curiosamente, sem se ter até agora chegado a qualquer modificação, porque os dois grandes partidos dizem que querem esse contacto entre cidadãos eleitores e deputados, mas não foram ainda capazes ou quiseram fazer essa reforma.

Qual é a minha opinião a respeito desta questão do sistema eleitoral para a Assembleia da República?

Eu sou um defensor, devo dizer, do sistema proporcional. Sempre fui partidário do princípio da representação proporcional. Portanto, a meu ver, o problema não deve ser resolvido pondo em causa o princípio da representação proporcional, que de resto é um limite material da revisão constitucional. Sempre fui partidário da representação proporcional porque só ela, pelo menos em sociedades como a portuguesa, garante minimamente o pluralismo, a participação de um conjunto de forças no Parlamento.

Nós hoje, mesmo com representação proporcional, já temos um sistema partidário tão reduzido que pergunto o que seria se fossemos para um sistema uninominal. Teríamos, provavelmente, a Assembleia da República reduzida a dois partidos, aos dois grandes partidos, e depois pequeninas franjas correspondentes aos outros dois; qualquer outro nunca mais lá entraria. Caíríamos, portanto, num rotativismo como no século XIX.

Isto não quer dizer que eu não note que no actual sistema - não tanto no sistema quanto na prática do sistema - existem vícios profundos.

Em primeiro lugar, reconheço que o modo como os partidos apresentam os candidatos ou como são feitas as listas é extremamente antidemocrático.

Depois, o sistema que existe de substituição praticamente ilimitada dos deputados durante o mandato também contribui para todo esse afastamento. Nós nunca sabemos, em concreto, quais são os deputados que estão na Assembleia da República. Penso que isso tem de acabar. O sistema correcto é o da Constituinte em que uma pessoa, se não podia por qualquer motivo continuar a exercer, renunciava. Poderia, quanto muito, admitir-se a substituição em caso de doença grave prolongada e nunca por algum motivo de ordem pessoal, partidária, profissional, etc. O que hoje existe contribui para um afastamento tremendo das pessoas em relação aos deputados e para, uma degenerescência da vida parlamentar.

Quando ao sistema eleitoral, é possível manter a representação e adoptar formas de comunicação ou de contacto dos deputados, dos cidadãos com os deputados. Há sistemas que têm sido experimentados e que o permitem. Sem entrarmos em sistemas mistos, um é o sistema alemão, dito de representação proporcional personalizada; outro é o sistema, grosseiramente chamado, dinamarquês, de círculos ou circunscrições de candidatura. Isto já foi, mais ou menos, proposto pelo Governo em 1998.

Em 1998 houve um importantíssimo debate còm invervenção até das Universidades. O Governo pediu pareceres às Universidades sobre a reforma do sistema eleitoral e houve um grande colóquio, em Coimbra, sobre essa matéria e depois, a pretexto da redução do número de deputados, essa reforma eleitoral não foi para a frente.

Portanto, um sistema de circunscrições de candidatura é um sistema que permite manter a representação proporcional e fazer uma aproximação dos eleitores em relação aos deputados.

Há outro sistema, que é um sistema muito complicado usado na Irlanda, na Tasmânia, que é o chamado sistema de Hare, de voto único transferível.

Outro, é o sistema usado no Brasil, de representação proporcional, mas de voto único não transferível, em que cada pessoa vota num partido e depois dá-se a distribuição dos mandatos em relação aos votos obtidos pelos partidos; mas cada pessoa só tem de votar num candidato a deputado sendo que os deputados eleitos são os candidatos mais votados dentro dos vários partidos.

Há, pelo menos, quatro possibilidades de manter a representação proporcional e fazer uma qualquer forma de aproximação entre deputados, ao contrário do que, por vezes se diz, sustentando que a representação proporcional conduz ao total desligamento dos deputados relativamente aos eleitores.

Julgo que, se se fizesse isto, conseguir-se-ia, em prejuízo da representação proporcional, obter alguma aproximação dos eleitores relativamente aos deputados.

Ainda em relação às eleições, voltando um pouco atrás, o ideal seria que os candidatos no interior dos partidos fossem designados pelos militantes desses partidos e, na medida do possível, até por simpatizantes, e não impostos, de cima para baixo ou por grupos de pressão, sem saber bem como é que esses candidatos aparecem. Temos visto, nesta pré-campanha para as eleições autárquicas, cenas nada edificantes acerca do modo como surgem os canditados. Considero isso altamente negativo.

Ainda em matéria eleitoral, há também um ponto que considero muito importante e que é o princípio da limitação dos mandatos.

O princípio democrático, o princípio republicano, é o princípio de que o titular de um cargo político é um cidadão, não é mais do que um cidadão, que durante certo tempo exerce certa função, mas não para a vida. Não para todo o tempo.

Eu, na Assembleia Constituinte propus, mas não chegou a ser aprovada, uma fórmula nesse sentido. Era o art.° 121 inicial, hoje, art.° 118. Tem em epígrafe o princípio da renovação. Em epígrafe ainda ficou, mas só uma parte daquilo que eu propus. Ficou no art.° 118: "ninguém pode exercer um cargo político a título vitalício". Mas havia uma segunda parte que era a seguinte: "nem por períodos sucessivos indefinidamente renováveis". Isso não foi aprovado.

O que consegui que fosse aprovado foi que na eleição para Presidente da República ninguém pudesse ser reeleito para um terceiro mandato consecutivo ou durante o quinquénio subsequente ao segundo mandato consecutivo.

O princípio da limitação dos mandatos, a meu ver, é um princípio fundamental.

A nível da Assembleia da República verifica-se que ainda há deputados do tempo da Constituinte, mas são muito poucos e não têm poder efectivo.

A nível de Autarquias Locais e de Regiões Autónomas a situação chega a ser escandalosa. Não vale a pena dizer mais, até porque os poderes a nível regional e a nível local, como estão mais próximos, e as pessoas estão em circunscrições mais pequenas e muitas vezes com problemas imediatos, são mais esmagadores do que os poderes de um ministro ou de um deputado.

A nível local e regional as formas de controlo, por paradoxal que seja, são bem menores do que as formas de controlo a nível nacional.

Penso que um aspecto fundamental, em matéria de eleições, seria a revisão da lei eleitoral para estabelecer limites à renovação dos mandatos. Dois mandatos, quanto muito três mandatos, e não mais.

4 – Um segundo aspecto de participação política tem que ver com o referendo.

O referendo, como todos sabem, tem uma má memória em Portugal. Surgiu, a nível local, na Constituição de 1911, depois voltou a aparecer, a nível local, em 1982. Houve muitos projectos de referendo a nível local que o Tribunal Constitucional, numa visão restritiva, travou ou impediu; portanto, tem havido poucos referendos a nível local. E é pena, porque se deveria ter começado pelo nível local em vez de se ter começado pelo nível nacional.

A nível nacional, a tal má memória vem do plebiscito constituinte de 1933 em que, para além de todas as pressões e manipulações do regime ditatorial, as abstenções contaram como votos a favor.

Também é sabido que, em 1980, aquando das eleições presidenciais, um dos candidatos apareceu a defender o referendo como forma de rever a Constituição, o que era manifestamente contra a Constituição. A Constituição só permite a sua revisão através da Assembleia da República. Teria sido uma espécie de golpe de Estado fazer um referendo de revisão constitucional ultrapassando as formas constitucionais. Por causa disso é que o referendo só foi consignado em 1989 e em termos fortemente restritivos.

Desde logo, o referendo para ser realizado pressupõe o acordo entre a maioria parlamentar e o Presidente da República. Quem pode propor é a Assembleia da República ou o Governo e quem decide é o Presidente da República.

Desde 1997, admite-se que grupos de cidadãos, (como eu no outro dia referi aqui, em número de 75 000), o possa propor à Assembleia da República, mas não directamente ao Presidente da República, nem ter o direito protestativo de provocar um referendo a nível nacional.

Podia haver aí um certo arejamento do referendo admitindo formas mais flexíveis da realização, embora com todo o cuidado para evitar que através do referendo venha qualquer dirigente carismático pôr em causa aquilo que é a decisão do órgão representativo, o Parlamento.

Um dos factores negativos, que se verificou na realização dos dois referendos que houve até agora, foi o envolvimento dos partidos. A ideia que eu tenho é a seguinte: aquilo que é objecto de decisão pelo referendo não deve estar dependente de intervenção partidária, porque se são os partidos a dominar as opções referidas no referendo, então não vale a pena haver referendo, porque já há o lugar próprio dos partidos para o fazer que é a Assembleia da República.

Deveria haver uma definição mais clara das matérias susceptíveis de referendo e aí os partidos deveriam ter uma certa autocontenção deixando os cidadãos decidir. Deveria, pois, proceder-se também aqui a uma divisão de poder.

5 — A nossa Constituição aponta outras formas de participação política: o direito de petição, o direito da acção popular, em geral formas de democracia participativa através das associações de moradores, de associações de defesa do ambiente, de associações de consumidores. Aqui, tem-se verificado algum desequilíbrio.

Em questões de defesa do ambiente, tem havido uma forte participação e, até em alguns casos, manifestações de direito de resistência colectiva.

Já noutros níveis vejo as associações muito restritas, com pouca actividade, com poucas pessoas entrando nelas.

O sistema de petição através da Assembleia da República precisa de ser fortemente corrigido, porque funciona muito pouco e mal.

Aquilo que eu já uma vez sugeri foi que quando houvesse um projecto de lei sobre determinada matéria objecto de uma petição, a petição fosse apreciada conjuntamente com a discussão do projecto ou da proposta de lei.

A revisão constitucional de 1997 introduziu também uma iniciativa legislativa popular. O que é certo é que, quatro anos depois, ainda não está regulamentada. Também tenho receio que essa iniciativa legislativa popular venha a ser apropriada pelos partidos políticos em vez de ser uma iniciativa legislativa aberta à sociedade.

A Constituição tem formas de participação, muitas formas de participação, que não estão sendo aproveitadas e usadas. Muitas vezes, porventura, até os cidadãos não conhecerão essas formas de participação.

Eu ensino Direito Constitucional e Direito Internacional e digo sempre aos alunos de Direito Internacional que o primeiro elemento de estudo do Direito Internacional é a leitura diária dos jornais. Porque uma coisa boa que os

nossos jornais portugueses têm, e até no tempo da Ditadura isso acontecia, é conterem muito noticiário internacional, ao contrário do que acontece com jornais doutros países, exceptuando um ou outro jornal de grande referência.

Um aluno que leia todos os dias um jornal está perfeitamente em condições de compreender os grandes problemas, depois é só fazer um enquadramento jurídico. E há alunos universitários que não abrem um jornal. É uma coisa que me causa um espanto enorme, uma vez que se poderia supor que, sendo jovens, estariam mais abertos e interessados.

Já no outro dia eu aqui referi alguns aspectos da problemática dos partidos. Julgo que é indispensável uma nova lei dos partidos pelos motivos que referi e julgo que é também de pensar o problema do sistema partidário estar muito fechado, porque o sistema eleitoral que nós temos, tal como está neste momento, embora seja de representação proporcional, favorece demasiado os grandes partidos, os dois grandes partidos.

Nós não temos, em Portugal, a chamada cláusula da exclusão que existe em alguns países e que consiste em que um partido que não tenha determinada percentagem de votos não possa eleger deputados. Mas temos uma enorme desigualdade nos círculos eleitorais. No fundo, só temos dois círculos eleitorais em que funciona a representação proporcional. Na maior parte dos círculos eleitorais não funciona a representação proporcional. O resultado é, nesses círculos, só ganharem, só poderem eleger deputados, com muito poucas excepções, os grandes partidos.

6 — Outro ponto de reforma do sistema político tem a ver com Parlamento. E a esse respeito gostaria de frisar três ideias.

A primeira ideia é de que o essencial do trabalho parlamentar se faz em comissões, não em plenário, mas em comissões. O plenário deve ficar para grandes debates políticos e não para o trabalho parlamentar quotidiano.

A segunda ideia é a ideia do privilegiar os grupos parlamentares em relação aos directórios partidários, como sucede agora, e que constitui um dos motivos principais de degenerescência do sistema. A experiência que eu tive na Assembleia Constituinte era que os grupos parlamentares é que decidiam as questões e não havia instruções vindas de fora. Houve vários episódios que podia contar, de um grupo parlamentar a que eu então pertencia, e que foram bem reveladores disso mesmo.

O que é que se tem estado a verificar progressivamente? Começou a verificar-se logo em finais dos anos 70 e ao longo dos anos 80 que os grupos parlamentares votam segundo as instruções dos dirigentes partidários, seguem as instruções dos directórios partidários. E até chega acontecer que o presidente de um grupo parlamentar é escolhido pelo secretário-geral ou pelo presidente do partido. Acho isso uma coisa perfeitamente espantosa. Na Assembleia

Constituinte isso seria impensável. Reparem no que tem de contraditório com o princípio democrático.

Admitindo que nos partidos tudo corre maravilhosamente, que as eleições são realmente democráticas, com todas as garantias, o que se verifica é que os partidos políticos, em Portugal, têm um número restrito de membros e que os congressos partidários funcionam sem plenas garantias de democraticidade.

Nesses congressos há uma forma de representação corporativa que estranhamente contraria os princípios da democracia representativa assente no sufrágio individual. De facto, neles, há os eleitos pela bases, pelas secções, mas há depois os representantes das juventudes partidárias, representantes dos trabalhadores, representantes das mulheres, representantes da emigração e depois os membros por inerência, de maneira que, à partida, quando se vai para um Congresso, as possibilidades de escolha livre são muito reduzidas. Assim como, a nível nacional, pão há voto corporativo, o voto é directo e individual, também a nível dos partidos devia ser assim.

Admitindo, ainda assim, que tudo se passasse maravilhosamente, teriam então um Congresso representativo de 50 000 ou 100 000 militantes, que elege a direcção partidária, os dirigentes nacionais, etc., etc. Mas ao mesmo tempo, temos um Parlamento que é eleito por todos os cidadãos, por milhões de cidadãos e nos grandes partidos, por vezes, são dois milhões de cidadãos a votar. Então, temos esta situação paradoxal de deputados eleitos, de um grupo parlamentar com 100 deputados que teve 1 500 000 ou 2 000 000 de votos e é condicionado nas suas opções por dirigentes eleitos por 50 000. Portanto, os 50 000 membros do partido mandam nos deputados eleitos pelo conjunto dos cidadãos. Há aqui um paradoxo que me causa uma grande perplexidade.

Claro está que, sendo livre o acesso à filiação partidária, as pessoas que não querem ser membros dum partido sofrem as consequências, mas o grupo parlamentar, uma vez formado, deveria agir com liberdade relativamente aos dirigentes partidários. O ideal seria que houvesse ali uma forma qualquer de comunicação entre os dirigentes partidários externos e os dirigentes partidários internos, dentro do Parlamento.

Um terceiro ponto, que eu considero fundamental, a nível de Parlamento, a nível de partidos e de Parlamento, tem que ver com a circunstância de, ao contrário do que acontece noutros países, a realidade dos grandes debates políticos ser escassíssima. A presença do Governo no Parlamento ou mesmo a presença dos grandes dirigentes nacionais dos partidos no Parlamento, ter sido muito reduzida.

Muitas vezes o que se verifica é que é através da comunicação social, à margem do Parlamento, que são anunciadas as questões políticas, as posições políticas, as decisões políticas, o que é negativo.

7 – Há também outro factor que, mesmo que tivéssemos um Parlamento a funcionar já da melhor maneira, contribui para uma diminuição do peso político dos parlamentos, que é um factor que está ligado à integração europeia. Esse é um problema que se tem posto em vários países e que é uma das causas daquilo a que se tem chamado um défice democrático na integração europeia.

A nossa Constituição, como as Constituições da generalidade dos países comunitários, dá ao Parlamento o primado da função legislativa. O Parlamento é o órgão legislativo principal. E daí haver uma lista numerosa de matéria reservadas ao Parlamento, umas vezes a título de reserva absoluta, outras vezes a título de reserva relativa, admitindo que possa haver uma autorização ao Governo.

Ora o que se tem verificado com a integração comunitária é um dilatar constante da produção normativa comunitária através dos regulamentos e das directivas. Produção normativa que vem invadindo áreas crescentes. No início, era só no domínio económico, mas hoje tem vindo a atingir quase todas as áreas, o ambiente, o consumo e até o ensino. Numerosíssimas matérias vão sendo ocupadas pela "legislação comunitária".

Quem produz esta legislação comunitária é, basicamente, a Comissão e depois há um Conselho de Ministros, em razão das matérias, formado por Ministros da Agricultura, umas vezes, outras vezes das Finanças, outras vezes disto ou daquilo.

O Conselho de Ministros aprova, basicamente, não digo que seja sempre assim mas basicamente, a Comissão elabora, propõe e depois o Conselho de Ministros aprova. Quer dizer que esta produção normativa comunitária é uma produção de tipo executivo. No fundo, são os Governos dos Estados comunitários, juntos, que decretam e os eurocratas que vão elaborando tudo isto. Depois chegamos a coisas de uma uniformização que nem sequer num Estado federal se verificam.

A Assembleia da República vai sendo desalojada, paulatinamente, de decisão em matérias que, segundo a Constituição, deveriam ser suas, do seu foro.

Isso talvez seja inelutável, mas, para que a Assembleia não fique desprovida de qualquer poder, exige-se que a própria Assembleia da República participe na produção normativa comunitária.

Se há uma produção normativa comunitária vinda de órgãos executivos, porque o Parlamento Europeu não tem poder normativo, então os parlamentos nacionais devem participar nos procedimentos tendentes à feitura dessas normas comunitárias.

Em alguns países têm-se conseguido resultados satisfatórios. É o caso da Dinamarca, da Holanda e, de certo modo, da Grã-Bretanha. Nos outros, há

soluções constitucionais e legislativas, mas os resultados não são muito animadores. Em Portugal, curiosamente, desde a entrada do país nas Comunidades, foi feita uma lei tendente à participação e ao acompanhamento, na Assembleia da República, da integração comunitária, mas essa lei tem funcionado muito pouco.

Na revisão constitucional de 1992, ficou considerado, mesmo na Constituição, o princípio da participação do Parlamento. Na revisão de 1997, ficou na Constituição que a Assembleia teria de se pronunciar sobre projectos normativos comunitários que versassem matéria a ela reservada.

No entanto, não ficou aquilo que, eu na altura defendi, que era a pronúncia da Assembleia ser vinculativa. Não podendo ser a Assembleia a legislar sobre certa matéria, então a Assembleia devia ter uma pronúncia vinculativa e depois das duas uma: se a questão tivesse que ser decidida por unanimidade, isso significaria um veto, se a questão pudesse ser decidida por maioria, Portugal votaria contra, mas não por decisão só do Governo, por decisão do Parlamento. Não ficou na Constituição essa natureza vinculativa. Mas ainda mais grave é que, quatro anos depois da revisão constitucional, ainda não tinha sido feita a lei a regulamentar esta matéria.

8 — Em última análise, todas ou quase todas as pessoas reconhecem que não há alternativa à democracia representativa, mas esse talvez seja o drama maior, porque noutros tempos, quando parecia haver alternativas, outros sistemas políticos, alternativa à democracia representativa, as pessoas podiam lutar por esses outros sistemas.

Hoje, tendo em conta a experiência histórica, não se vê outro sistema que substitua a democracia representativa. Mas, ao mesmo tempo, vêem-se todos estes factores negativos, todos estes vícios, todas estas deficiências, sendo que a única coisa a fazer é corrigir. Embora, muitas vezes, com a ideia de que não será fácil consegui-lo porque, voltando às questões dos partidos, estes, mesmo quando apregoam a reforma do sistema político, não estão muito interessados nesse processo.

A única forma que eu vejo de se dar uma reforma política, só pode ser através da criação de movimentos de cidadãos. Poderá levar mais tempo, mas, talvez ainda na minha vida, se consiga encontrar um arejamento do sistema político que neste momento não parece existir.

A VINTENÁRIA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A SAGA DA IMPLANTAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA SOCIEDADE DUAL

JUARY C. SILVA *

SUMÁRIO: I. Introdução. II. O Estado de Direito. III. Geografia e história como determinantes do espírito de cada povo. IV. Idéia-força do regime militar: o conceito de segurança nacional. V. Modelos e características formais da Constituição de 1988. VI. Virtude maior da Constituição de 1988: reconhecimento da força normativa de suas disposições. VII. Objetivo da constituição de 1988: a desmontagem do regime militar. VIII. A prodigalização de direitos subjetivos a mancheias. IX. A frequência de cláusulas indeterminadas. X. uma incongruência flagrante: o voto facultado ao menor com 16 anos (art. 14, § 1°, *c*), que é penalmente inimputável (art. 228). XI. Observações gerais: autoritarismo e burocracia no país real. XII. Conclusões.

I. INTRODUÇÃO

Decorridos quase 21 anos de sua promulgação, a Constituição de 1988 - denominada de cidadã por Ulysses Guimarães, em decorrência de seu esperado efeito taumatúrgico sobre o fomento das liberdades e garantias fundamentais - está a merecer estudos por parte de todos aqueles que tenham tido trato doutrinário com a seara ingente, complexa e inçada de dificuldades, como é o nosso Direito Público, dentre os quais nos incluímos, dentro da pequenez de nossas forças.

Como seria de todo impossível abarcar num singelo estudo a totalidade do tema, cingir-nos-emos ao campo de repercussão da nova Carta Política sobre o Estado de Direito. Escolhê-mo-lo por vislumbrar, primeiro empiricamente, e, ao depois, racionalmente, mercê de aturadas considerações sobre a matéria, que, a despeito do tempo decorrido, o conotativo do Estado de

---

* Procurador de Justiça aposentado.

Direito ainda forceja por se implantar no País, inobstante os esforços dos operadores do Direito em geral, máxime magistrados e membros do Ministério Público, diuturnamente a braços com a magna tarefa de infundir vida a esse conceito. Mais que diuturnamente, isso sucede até de minuto a minuto, por isso que o Estado de Direito se perfaz mediante concrecção amiudada, à semelhança da formação de estalactites e estalagmites no obscuro interior das cavernas ancestrais.

À base desse raciocínio, o presente opúsculo se divide em duas partes, que se imbricam, interdisciplinarmente: o Estado de Direito, assente na área jurídica, e o dualismo societário, com sede no campo social. Logicamente, haveria que partir dessa última perspectiva, porquanto o direito exsurge dos fatos, à guisa de emanação destes, consoante o proclama a vetusta parêmia ex facto oritur ius. Todavia, em vista de o estudo ter por objeto precípuo o Estado de Direito, entendemos por bem antepô-lo à consideração sediada nas Ciências Sociais.

II. O ESTADO DE DIREITO

Conquanto se possa falar de Ciência do Direito desde a antiguidade romana, o que implica dizer, desde o séc. II a.C., quando editada a lei Aebutia, o conceito de Estado de Direito veio a lume tão-só no séc. XIX, quando empregado, pela primeira vez, no livro de KARL THEODOR WELCKER, Die letzten Gruenden Von Recht, Staat ünd Strafe (em vernáculo: Os Últimos Fundamentos do Direito, do Estado e da Pena). Sua divulgação deve-se ao jurista germânico ROBERT VON MOHL, notadamente na obra Polizeiwissenschaft nach den Grundsaetzen der Rechtstaates, que se traduz por: Ciência da Polícia Conforme aos Princípios Básicos do Estado de Direito, de 1832[1].

Estado de Direito é aquele que se sotopõe ao ordenamento jurídico, e, em o fazendo, confere aos súditos direitos e garantias ditos fundamentais. Sob sua égide, o poder passa a exercitar-se dentro de limites normativos, inscritos na constituição. Obviamente, antes a França não tinha constituição, senão apenas as chamadas Leis Fundamentais do Reino, onde disciplinadas umas poucas relações entre o monarca e certos grupos sociais influentes. Pouco depois surgia a primeira cátedra de Direito Constitucional, por iniciativa de GUIZOT, ministro da Instrução Pública, que a criou em 1834, cometendo-a ao professor italiano PELEGRINO ROSSI.

A partir daí o Estado de Direito passou a espraiar-se no solo europeu, mas sem nunca impor-se uniformemente. Sua história ocorreu, sempre, em avan-

1. Cf. nosso A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos, Ed. Saraiva, 1985, pp. 142 e 143.

ços e recuos, ao sabor das vicissitudes políticas de cada povo. Por outras palavras: no Velho Continente passaram a coexistir regimes estatais de Direito e sistemas absolutistas. O Brasil veio a constitucionalizar-se em 1824, quando D. Pedro I outorgou a primeira Constituição do país, que limitou o poder, mas sem instituir um lídimo Estado de Direito. O poder autocrático ressurgiria com o Estado Novo (1937-1945) e com o chamado Regime Militar, período de exceção (1964-1985).

Conquanto agora firmemente assentado, a ponto de poder afirmar-se ser praticamente impossível o retorno à autocracia, no Brasil o Estado de Direito está a sofrer absconsa hostilização, em decorrência de fatores psicossociais originários da colonização lusa, absolutista e autoritária por excelência. Isso, ademais, no interior de uma sociedade dual, formada sob o guante da colonização ibérica.

III. GEOGRAFIA E HISTÓRIA COMO DETERMINANTES DA IDEOLOGIA NACIONAL

Assim como os arqueólogos reconstituem a vida de povos extintos, mercê do estudo de restos de sua civilização material e da análise de documentos escritos, os pensadores sociais explicam a origem das instituições de cada povo hodierno através da análise dos respectivos fatores geográficos e históricos. Em nosso país, o solo nativo foi ocupado por colonizadores lusitanos, que viviam sob rígido absolutismo. A ocupação da terra fez-se ao deus-dará, sem nunca apartar-se do autoritarismo, conatural à mentalidade portuguesa. Daí formar-se aqui uma sociedade *dual*, bem analisada pelo pensador francês JACQUES LAMBERT, no conhecido livro Os Dois Brasis, onde analisada a coexistência, na mesma base territorial, de dois sistemas de organização econômica e social, um arcaico e atrasado, outro, novo e próspero; separa-os, não uma diferença de natureza, mas de idade[2]. A seu turno, assinala JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES que no Brasil "sempre existiu divórcio entre o Poder e a Sociedade, e que ainda existe, porque é um fenômeno da estrutura socioeconômica brasileira"[3].

O historiador BORIS FAUSTO assim elucida a formação absolutista do estado no país:

> "O Estado português na época da colonização é um Estado absolutista. Em teoria, todos os poderes se concentram por direito divino na pessoa do rei. O reino – ou seja, o território, os súditos e seus bens – pertence ao

2. JACQUES LAMBERT, Os dois Brasis, Cia. Editora Nacional, 9ª ed., 1976, p. 101.
3. JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, Conciliação e Reforma no Brasil, Ed. Nova Fronteira, 2ª ed., 1982, p. 54.

rei, constitui seu patrimônio. Daí o uso da expressão "Estado patrimonialista" para definir o estado absolutista, utilizada por muitos autores, a partir da conceituação do sociólogo alemão Max Weber"[4].

Pautando-se pelo mesmo diapasão, refere J. O. DE MEIRA PENNA que "o Brasil é o país do 'você sabe com quem está falando?', onde domina nas elites não a obediência à Lei, igual para todos, mas a reivindicação de tratamento especial"[5]. Esse mesmo Autor adita que "o brasileiro é homo ludens ao invés de homo sapiens ou homo faber, no sentido de que sua atividade vital se configura como jogo (...) levamos a sério aquilo com que nos divertimos e fazemos brincadeira com coisa séria"[6].

Por outro lado, acresce que a sociedade brasileira é essencialmente dual, vale dizer, dividida entre a camada superior, que detém o comando do país, e aquelas subordinadas, que obedecem a contragosto. Tudo isso conspira no sentido de obstar a plena realização do Estado de Direito. JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, com apoio nos ensinamentos de JACQUES LAMBERT, afirma, outrossim, que os brasileiros estão divididos em duas sociedades, diferenciadas pelos níveis e modos de vida: uma é particularmente rural e conserva seus quadros tradicionais (Nordeste, especialmente), e a outra urbana, no resto do país; a primeira é uma sociedade arcaica, e a segunda, o Brasil novo. Disso promana que "a conciliação, que domina essencialmente toda a política brasileira no séc. XIX (...) não quer reformas sociais e econômicas"[7].

Ora, numa sociedade dual afigura-se apodíctico que o Estado de Direito não opera de modo uniforme nos dois segmentos distintos, sendo a sua eficácia maior naquele desenvolvido.

Dentro de uma visão mais sombria, tudo se passa como se o Estado de Direito, albergado no art. 1º da Carta de 1988, esteja sendo desmontado, à sorrelfa, porém metodicamente, por sequazes do sistema antecedente. Há que ter muita perspicácia e paciência, ademais de boa vontade, para entender certos movimentos estranhos, que vez por outra, irrompem na vida nacional. Para repetir um pensamento do filósofo marxista italiano ANTONIO GRAMSCI, observa-se uma situação fática em que "o velho ainda não desapareceu de todo, e o novo ainda não se impôs integralmente". Típico período de incerteza intelectual.

---

4. BORIS FAUSTO, História do Brasil, Ed. da Universidade de São Paulo, 11ª ed., 2003, p. 62.
5. J. O. DE MEIRA PENNA, Em Berço Esplêndido - Ensaios de Psicologia Coletiva Brasileira, Livraria José Olympio Editora, 1974, p. 190.
6. J. O. DE MEIRA PENNA, idem, p. 224.
7. JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, id., p. 67.

IV. IDÉIA FORÇA DO REGIME MILITAR: O CONCEITO DE SEGURANÇA NACIONAL

Por sem dúvida, a ideia força do regime militar era a de segurança nacional, conceito impreciso como poucos, definido pela doutrina da Escola Superior de Guerra como a "tranqüilidade da Nação perante óbices de qualquer sorte, externos ou internos". A Carta de 1988 substituiu-o pelo de segurança pública, a ser prestada por órgãos policiais (art. 144). Às Forças Armadas foi cometida tríplice tarefa: a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Fórmula essa sutil, bem se vê, que transformou as Forças Armadas, no plano interno, praticamente em *reserva* dos organismos policiais, vale dizer, exatamente o oposto da sistemática anterior.

Pela conjugação de diversos fatores, cuja análise pertence à Sociologia, verdade é que adveio no País assombroso crescimento da criminalidade, que a converteu em ameaça de vulto à própria segurança nacional. A bipartição da segurança em externa e interna já não faz sentido, máxime em razão do narcotráfico, modalidade delituosa que não conhece fronteiras. De afirmar, pelo conseguinte, que, se o conceito de segurança nacional perdeu seu status privilegiado, em concreto os cidadãos estão padecendo diuturnamente, devido à miríade de ações criminosas cometidas, máxime aquelas que se designa como de criminalidade organizada.

V. MODELO E CARACTERÍSTICAS FORMAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta de 1988 teve por modelo a Constituição portuguesa de 1976, de orientação ideológica marxista, ao que elucida o politicólogo lusitano Adriano Moreira, professor da PUC-RJ.

Ela é sobreposse extensa, espraiando-se por 250 artigos, mais 94 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e já foi objeto de 53 Emendas, até dezembro de 2002, o que desvela um texto oscilante, à semelhança de certas camadas subterrâneas da crosta terrestre.

Em cotejo, algumas constituições do pós-II Guerra Mundial são muito mais breves e enxutas:

- França, 92 artigos, sem Declaração de Direitos, que remanesce a mesma editada em 1789;
- Itália, 139 artigos;
- Alemanha, 146 artigos, incluindo também uns poucos da ab-rogada Constituição de Weimar (1919).

A Constituição de Portugal é menor do que a nossa, porquanto ostenta 298 artigos, aí incluídos os transitórios, apenas dois. Ainda assim, parece um

exagero, para um país de 10.600.000 habitantes, ao passo que o Brasil tem 184.000.000 milhões.

A Carta de 1988 se compraz numa espécie de preciosismo jurídico, à semelhança de certas obras de arte barroca. Destaca-se, outrossim, pela preocupação detalhista, particularizada, forte na consideração de miudezas normativas. Parece um texto ideal, programático, à procura de algum país a que se aplique, como na peça teatral *Seis personagens à Procura de um Autor*, de LUIGI PIRANDELLO.

Todavia, o texto ainda não está completo: das 370 normatizações necessárias para a perfeita eficácia da Carta, através de leis, complementares ou ordinárias, tão-só 62 já foram feitas, conforme publicação recente do JORNAL DO COMMERCIO.

VI. MAIOR VIRTUDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DE SEUS PRECEITOS

A nosso aviso, situando-nos num ponto de vista estritamente jurídico, o maior mérito dos constituintes de 1988 foi o de terem ocasionado fenômeno fático-jurídico correntio em países mais adiantados do que nós na órbita constitucional, porém aqui como que relegado ao olvido.

Referimo-nos à aceitação de que os preceitos constitucionais têm, categoricamente, força normativa, muitíssimo superior àquela dos dispositivos da lei ordinária. Esse princípio não figura em qualquer disposição expressa, sim resulta, logicamente, da solene proclamação do estado de Direito (art 1°), o qual implica, por definição, a mais plena eficácia dos dispositivos constitucionais, que operam *per se*, independente de quaisquer ulteriores normatizações.

Com isso, a teor do que prelecionam J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, fica superada a ideia da Constituição como simples concentrado de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples diretivas, que o legislador iria concretizando, de forma discricionária[8]. Outrossim, advertem que também está em crise a concepção clássica da constituição restrita à limitação do poder estatal e à garantia das liberdades políticas[9]. Aditam, por último, a existência de outro princípio basilar na matéria, o de que a Constituição forma uma unidade de sentido normativo e político-axiológico, o que reforça seu caráter normativo global[10].

---

8. J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, 1991, p. 43.
9. J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, idem, p. 43.
10. J.J. CANOTILHO e VITAL MOREIRA, idem, p. 44.

O princípio da normatividade da constituição, explanado acima, representou algo assaz notável, equivalente a uma verdadeira refundação do Estado brasileiro, em patamar sublimado, muito superior ao que sucedera até o momento.

Com efeito, até que essa ideia se tornasse corriqueira entre os diversos operadores do direito, as normas constitucionais, em nosso ordenamento global, mais se assemelhavam a exemplos de alguma estranha perfumaria jurídica, criada mais ao escopo de ostentação por parte das autoridades do que para efetiva aplicação dos dispositivos.

Aberta a via, qualquer advogado poderá suscitar, perante o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição (art. 102, cabeça) alguma questão de monta, cujos contornos fáticos ele haja discernido, no interior do nefelibático mosaico constitucional brasileiro. Não se cuida de interpretar a Constituição, mas de concretizá-la. Para isso, é mister talento, e não pouco. À semelhança de qualquer lei, uma constituição se externa em proposições, que não são o mesmo que normas jurídicas. Norma, será o texto, após merecer interpretação, para o quê ninguém melhor que os advogados, de mente em geral habilidosa para lobrigar caminhos, onde ninguém os vislumbra.

VII. OBJETIVO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A DESMONTAGEM DO REGIME MILITAR

Claramente, o objetivo precípuo dos constituintes de 1988 foi a desmontagem do regime militar. Não podendo abolir as Forças Armadas, os parlamentares se esmeraram em torná-las politicamente contidas, quer no texto da Lei Magna, quer através da legislação ordinária. Criado o Ministério da Defesa, atribuído, logicamente, a um civil, a chefia do Exército ficou automaticamente alijada de sua influência tradicional, que a convertia numa espécie de poder moderador, no entendimento de diversos estudiosos pátrios.

Só assim se explica o teor do art. 2º do ADCT, que previu a realização de um plebiscito, no dia 7 de setembro de 1993, a fim de escolher a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), que devessem vigorar no País.

Fazer plebiscito quanto à forma de governo ainda vá, porém consultar o povo sobre a restauração da monarquia só pode ser entendido como uma picuinha endereçada ao Exército, que a derrubou em 1889. Até hoje, a sede do Clube Militar, na Avenida Rio Branco, é chamada de "Casa da República", como todos sabem. Uma restauração, em 1988, da monarquia, seria de todo inviável, a não ser como hipótese de teratologia política.

Nesse dispositivo, escapou à revisão grave erronia terminológica. A monarquia a ser submetida à consulta popular só poderia ser aquela constituci-

onal, nunca a absoluta, vigorante em épocas de antanho. De conseqüência, manifestamente ocioso o adjetivo constitucional, a qualificar a monarquia.

VIII. A PRODIGALIZAÇÃO DE DIREITOS SUBJETIVOS A MANCHEIAS

Em verdadeiro tour de force, os constituintes de 1988 outorgaram uma constelação de 78 direitos e garantias fundamentais, já previstos, sinteticamente, na cabeça do dispositivo, in verbis:

> "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes".

O acolhimento de dispositivos de lei ordinária no texto da Carta Política não lhes retira a pertinência que eles têm com os diversos ramos do ordenamento comum - Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, etc. - do mesmo passo que a menção constitucional a direitos dos trabalhadores (art. 7º da Constituição) não eleva ditos direitos à órbita constitucional. Ao dirimir litígios, os juízes, tanto cíveis ou criminais, como trabalhistas, aplicam sempre as respectivas normas ordinárias, nunca as previstas na Constituição. Uma disposição constitucional só vem chamada à colação se ela não figura na legislação ordinária. É o caso, por exemplo, da função social da propriedade (art. 5º, inciso XIII), conotativo este representando um plus aditado à legislação ordinária pela Carta Política. Por conseguinte, ao invocar-se numa lide a função social da propriedade, a questão assumirá, automaticamente, viso constitucional. A não entender-se assim, só haveria no Brasil jurisdição constitucional, entendimento manifestamente abstruso e injurídico.

Em verdade, o elenco de direitos e garantias fundamentais figura na Constituição como uma tessitura de injunções endereçadas ao legislador ordinário, não aos juízes. Não há, nunca, que baralhar disposições constitucionais e de legislação ordinária. As de ordem constitucional, assim como as roupas de gala, ou os primeiros uniformes dos militares, não se destinam ao uso comum, senão a ocasiões excepcionais, sob pena de decaírem de sua posição superior.

Ante essa amplíssima panóplia de direitos e garantias fundamentais reconhecidos no texto de 1988, os brasileiros estarão, agora, melhor protegidos do que antes? Modestamente, entendemos que não. Paira sobre todos nós o peso da burocracia estatal e do autoritarismo, provenientes da colonização ibérica, fatores esses que não parecem afetados, de qualquer forma, pela nova Constituição.

Hans Kelsen preleciona haver direito subjetivo, em sentido específico, todas as vezes que, dentre as condições da sanção, aparece u'a manifestação de vontade, ou direito de agir, conferido à parte atingida em seus interesses por

ato ilícito[12]. Destarte, se alguma norma jurídica previr o fornecimento gratuito de remédios aos particulares por parte de órgãos governamentais, o que sói ocorrer, na prática, é que o obrigado não o faz, a não ser após vencido em pleito judicial. Sabido que, em nosso País, o ordenamento processual favorece, enormemente, os órgãos públicos, o prejudicado só obterá o medicamento após longa e angustiante espera.

Ante essa constatação fática, de concluir que a amplíssima outorga de direitos e garantias fundamentais pelo art. 5º da Constituição significa antes uma proclamação abstrata de princípios do que uma lídima concessão de direitos, que remanescem, por assim dizer, como meros símbolos gráficos lançados no papel, ao menos nas hipóteses em que o obrigado seja algum órgão público. E o papel, como disse certa feita o ministro Delfim Netto, "aceita tudo".

IX. FREQUÊNCIA DE CLÁUSULAS INDETERMINADAS, O QUE TORNA A APLICAÇÃO DO TEXTO SUJEITA A INCERTEZAS

Cláusulas indeterminadas - também chamadas de standards jurídicos - são regras menos precisas do que as normas propriamente ditas, encontradiças no Direito Privado ou Administrativo. Cuida-se aí de dispositivos que ficam a meio caminho entre as regras de direito, que se impõem, forçosamente, ao juiz ou ao administrador, e certas linhas de conduta maleáveis, relegadas ao alvedrio destas autoridades, como, por exemplo, as noções de boa-fé, ou de bom pai de família, ao que elucida CLAUDE DU PASQUIER[13]. São também chamados de conceitos flexíveis.

Citemos uns poucos Standards jurídicos previstos na Constituição de 1988, dentre os muitos nela albergados:

- art.37, § 4º: atos de improbidade administrativa;

- art.5º, XXIII, e 170, III: função social da propriedade;

- art. 225: meio ambiente ecologicamente equilibrado;

- art.173: relevante interesse coletivo;

Exsurgindo qualquer lide em torno dessas matérias, é muito provável que o Supremo Tribunal Federal tenha de resolvê-la, a final, porquanto inexistem parâmetros firmes que supeditem qualquer decisão, de qualquer conteúdo que seja, tal a latitude hermenêutica conferida ao intérprete.

Assim, quiseram os constituintes.

---

12. HANS KELSEN, Teoria Pura del Derecho, trad. De Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1960, p. 122.
13. CLAUDE DU PASQUIER, *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*, Delachaux - Niestle, 3ª ed., 1948, p. 96.

X. UMA INCONGRUÊNCIA PATENTE: O MENOR COM 16 ANOS TEM CAPACIDADE PARA VOTAR (ART. 14, § 1°, "C"), MAS É PENALMENTE IRRESPONSÁVEL (ART. 228)

Ao leitor mediano, impossível passar despercebida a incongruência incorporada na Carta de 1988, consistente em permitir que o menor com 16 anos completos possa votar, considerando-o, todavia, penalmente inimputável. Não é mero erro de impressão; é contradição, tanto lógica como jurídica.

Para os políticos, o direito cívico mais importante é o de sufrágio, que pressupõe um mínimo de capacidade psíquica; contudo, estenderam-no ao menor, que, no entanto, é penalmente inimputável, ao que proclama o art. 228 da Carta. A contradição apresenta-se óbvia, pois se o menor é tido capaz de votar, obviamente ele não é de ser considerado inimputável, na órbita penal.

Essa questão, que a Imprensa equivocadamente refere como de maioridade penal, é própria da legislação ordinária, variando de país para país. Na Inglaterra, por exemplo, a imputabilidade surge aos dez anos de idade; na Escócia, aos oito. Nosso Cód. Penal a disciplina em seu art. 27. Foi uma cincada dos constituintes, d.v., tê-la incorporado à Constituição, no Capítulo consagrado à Família, à Criança, ao Adolescente e ao Idoso.

Típico imbróglio jurídico, bem se vê.

XI. OBSERVAÇÕES FINAIS: AUTORITARISMO E BUROCRATISMO, FRUTOS DA ERA COLONIAL

Os males apontados não são peculiares ao Brasil, mas antes conaturais à América Latina como um todo, no dizer de Michael Reid, o qual refere que, segundo o cientista político conservador Samuel Huntington, a América Latina tem uma identidade distinta que a diferencia do ocidente; sua cultura é autoritária e corporativista; as diferentes culturas nacionais representam uma mistura de elementos europeus, indígenas e africanos[14].

Aduz esse autor que a legislação na América Latina representa um mundo ideal, impossível de ser realizado; isso deu origem a uma famosa reação dos servidores coloniais: obedezco pero no cumplo; o resultado foi menos Estado de Direito e mais arbítrio, dando margem à corrupção e a uma Justiça politicamente influenciada[15].

O preclaro pensador nosso José Honório Rodrigues exprime o mesmo entendimento, assinalando que alguns traços considerados como característi-

---

14. MICHAEL REID, *O Continente Esquecido – A Batalha pela Alma Latino-americana*, Elsevier-Campus, 2008, p. 31.
15. MICHAEL REID, idem, p. 63.

cos do mundo latino-americano ocidentalizado aparecem também no Sudeste asiático; daí o círculo de ferro aqui, como lá, que mantém a estrutura histórica destas sociedades dominada por uma elite relativamente pequena, que controla toda a vida política nacional[16].

Aduz, outrossim, JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, que "a não incorporação de mais de metade da população aos benefícios da civilização revela a esterilidade dos Partidos e o esgotamento das lideranças. Uns e outros sucedem-se no comando ineficiente e incapaz, levando sempre o país ao xeque-mate político (...)"[17].

Ao que se depreende das considerações supra, a efetiva implantação do Estado de Direito em qualquer nação latino-americana encontra agudos obstáculos no passado colonial, forte em autoritarismo e burocratismo, como efeitos da colonização ibérica. . Entranhados como estão na psique coletiva, esses caracteres trabalham, silenciosa mas indefectivelmente, contra a implantação do Estado de Direito.

Exemplo entranhado e irredutível do passado arcaico é a instituição do famigerado reconhecimento de firmas, exigido a torto e a direito por qualquer pessoa, desde na hipótese de atos solenes - exemplo: requerimento para o impeachment do Presidente da República - bem assim para qualquer outro, por mais desimportante que seja. Essa formalidade podia ter sentido à época da Inconfidência Mineira, quando Ouro Preto ainda se chamava Vila Rica, porém, hoje é providência burocrática inútil, ademais de facilmente objeto de fraude. Todavia, até hoje ninguém conseguiu eliminá-lo da vida cartorial do País.

O professor estadunidense KEITH S. ROSENN, com quem tivemos esporádicos contatos na década de 1970, publicou interessantíssimo livro *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*[18], cuja essência pode resumir-se nos seguintes tópicos: sendo a cultura jurídica brasileira paternalista, legalista e formalista, como resultado da colonização lusitana, ela produziu um "imbróglio burocrático", solucionado, pelo menos em parte, pela instituição dos despachantes, intermediários entre os particulares e a burocracia estatal. Não sendo isso bastante, como óbvio, o "jeito" (ou "jeitinho") tornou-se parte integrante da cultura jurídica brasileira, descrito pelos sociólogos CHARLES MORAZÉ e GUERREIRO RAMOS como "engenhos a operação, que torna o impossível, possível; o injusto, justo; e o ilegal, legal", ou como "genuíno processo brasileiro de resolver dificuldades, a despeito do conteúdo das normas, códigos e leis"[19].

O fenômeno social que o professor ROSENN alcunhou de "jeito" é bastante conhecido dos brasileiros, embora nem sempre por esse nome, figurando, por

16. JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, idem, p. 200.
17. JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, idem, p. 247.
18. KEITH S. ROSENN, *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*, Ed. Renovar, 1998.
19. KEITH S. ROSENN, idem, p. 13.

igual, com a denominação de "quebrar o galho", pertencente à cultura popular. É ele, tipicamente, um processo social de adaptação, criado, anonimamente, por pessoas do povo, nunca por elementos da elite. Aliás, SAN TIAGO DANTAS, jurista brilhante e aristocrático, disse certa feita que, "no Brasil, o povo é melhor do que as elites", afirmação esta com a qual estamos de pleno acordo.

XII. CONCLUSÕES

1ª - O Estado Democrático de Direito representa, de longe, o princípio mais importante da Constituição de 1988;

2ª - Todavia, nem todas as autoridades se preocupam em implementá-lo, algumas até se comportando, *irrealisticamente*, como se ele não figurasse no texto;

3ª - O Brasil ostenta como características nacionais básicas o autoritarismo e o burocratismo, oriundos da colonização ibérica;

4ª - O reconhecimento da força normativa da Constituição representa o conotativo dogmático mais relevante da Constituição de 1988;

5ª - O objetivo precípuo dos constituintes de 1988 foi a desmontagem do regime militar, cuja idéia força era o conceito de segurança nacional;

6ª - Esse objetivo explica o art. 2º do ADCT, que determinou a realização de plebiscito sobre a forma de governo (república ou monarquia) e o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo);

7ª - A Constituição de 1988 teve por modelo a Constituição portuguesa de 1976, porém é mais extensa do que esta, bem assim do que as da França, Itália e Alemanha;

8ª - Foram prodigalizados 78 direitos e garantias fundamentais, que, contudo, as autoridades, comumente, não se mostram interessadas em implementar;

9ª - A frequência exagerada de cláusulas indeterminadas no texto causa bastante dificuldade à aplicação de muitas normas constitucionais;

10ª - Observa-se manifesta incongruência entre a concessão de direito de voto ao menor com 16 anos completos e a caracterização do mesmo como penalmente inimputável.

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A RECONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DO BRASIL

LUÍS ROBERTO BARROSO[1]

SUMÁRIO: I. Introdução: da vinda da família real à Constituição de 1988. II. A ascensão e o ocaso do regime militar. III. Convocação e atuação da Assembleia Constituinte. IV. O sucesso institucional da Constituição de 1988. V. Um balanço preliminar. VI. O desempenho das instituições. VII. Conclusão.

Resumo

O presente estudo procura analisar os 20 anos de vigência da Constituição Federal de 1988. Os capítulos iniciais são dedicados à análise do contexto histórico em que se deu a convocação da Assembleia Constituinte, bem como o desenvolvimento de seus trabalhos e as múltiplas circunstâncias a que esteve sujeita. No restante do texto, empreende-se um balanço dos avanços e revezes do período, com destaque para o desempenho das instituições ao longo dessas duas décadas.

Palavras-chave: Constituição, democracia, Assembleia Constituinte, direitos fundamentais e Emendas à Constituição.

Abstract

The present study aims to analyze the main aspects of the first 20 years of the Brazilian Federal Constitution of 1988. The initial chapters are dedicated to the analysis of the historical context of the time when the Constituent Assembly was convoked, as well as the development of its works and the multiple circumstances to which it was submitted. The rest of the text is dedicated to a balance of the progress and of the setbacks experienced in the

1. Professor Titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Doutor e livre-docente pela UERJ. *Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado*.

period, especially in what concerns the performance of the institutions throughout these two decades.

Key words: Constitution, democracy, Constituent Assembly, fundamental rights and Amendments to the Constitution.

I. INTRODUÇÃO: DA VINDA DA FAMÍLIA REAL À CONSTITUIÇÃO DE 1988[2]

Começamos tarde. Somente em 1808 – trezentos anos após o descobrimento –, com a chegada da família real, teve início verdadeiramente o Brasil. Até então, os portos eram fechados ao comércio com qualquer país, salvo Portugal. A fabricação de produtos era proibida na colônia, assim como a abertura de estradas. Inexistia qualquer instituição de ensino médio ou superior: a educação resumia-se ao nível básico, ministrada por religiosos. Mais de 98% da população era analfabeta. Não havia dinheiro e as trocas eram feitas por escambo. O regime escravocrata subjugava um em cada três brasileiros e ainda duraria mais oitenta anos, como uma chaga moral e uma bomba-relógio social. Pior que tudo: éramos colônia de uma metrópole que atravessava vertiginosa decadência, onde a ciência e a medicina eram tolhidas por injunções religiosas e a economia permaneceu extrativista e mercantilista quando já ia avançada a revolução industrial. Portugal foi o último país da Europa a abolir a inquisição, o tráfico de escravos e o absolutismo. Um Império conservador e autoritário, avesso às idéias libertárias que vicejavam na América e na Europa[3 e 4].

Começamos mal. Em 12 de novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa que havia sido convocada para

---

2. O presente texto é a versão condensada de artigo escrito por solicitação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, intitulado *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*, elaborado para integrar volume contendo a análise crítica das Constituições brasileiras e para publicação na *Revista de Direito do Estado* nº 10.
3. Sobre o tema, v. Oliveira Lima, *Dom João VI no Brasil*, 1945; Patrick Wilcken, *Império à deriva*, 2005; Laurentino Gomes, *1808*, 2007; Ricardo Lobo Torres, *A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*, 1991; Waldemar Ferreira, *História do direito constitucional brasileiro*, 1954; Afonso Arinos de Mello Franco, *Curso de direito constitucional brasileiro*, v. II, 1960; Marcelo Caetano, *Direito constitucional*, v. 1, 1987; Manoel Maurício de Albuquerque, *Pequena história da formação social brasileira*, 1981; Aurelino Leal, *História constitucional do Brasil*, 1915, edição fac-similar; e Paulo Bonavides e Paes de Andrade. *História constitucional do Brasil*, 1991.
4. A crítica severa não nega, por evidente, o passado de glórias de Portugal e o extraordinário Império marítimo que construiu. Não desmerece, tampouco, o grande progresso trazido ao Brasil com a vinda da família real. Nem muito menos interfere com os laços de afeto e de afinidade que ligam os brasileiros aos portugueses.

elaborar a primeira Constituição do Brasil[5]. Já na abertura dos trabalhos constituintes, o Imperador procurara estabelecer sua supremacia, na célebre "Fala" de 3 de maio de 1823[6]. Nela, manifestou sua expectativa de que se elaborasse uma Constituição que fosse digna dele e merecesse sua imperial aceitação. Não mereceu[7]. O Projeto relatado por ANTÔNIO CARLOS DE ANDRADA, de corte moderadamente liberal, limitava os poderes do Rei, restringindo seu direito de veto, vedando-lhe a dissolução da Câmara e subordinando as Forças Armadas ao Parlamento. A constituinte foi dissolvida pelo Imperador em momento de refluxo do movimento liberal na Europa e de restauração da monarquia absoluta em Portugal. Embora no Decreto se previsse a convocação de uma nova constituinte, isso não aconteceu. A primeira Constituição brasileira - a Carta Imperial de 1824 - viria a ser elaborada pelo Conselho de Estado, tendo sido outorgada em 25 de março de 1824.

Percorremos um longo caminho. Duzentos anos separam a vinda da família real para o Brasil e a comemoração do vigésimo aniversário da Constituição de 1988. Nesse intervalo, a colônia exótica e semi-abandonada tornou-se uma das dez maiores economias do mundo. O Império de viés autoritário, fundado em uma Carta outorgada, converteu-se em um Estado constitucional democrático e estável, com alternância de poder e absorção institucional das crises políticas. Do regime escravocrata, restou-nos a diversidade racial e cultural, capaz de enfrentar - não sem percalços, é certo - o preconceito e a discriminação persistentes. Não foi uma história de poucos acidentes. Da Independência até hoje, tivemos oito Cartas constitucionais: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. A Constituição de 1988 representa o ponto culminante dessa trajetória, catalizando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo, estigmas da formação nacional[8]. Nem tudo foram flores, mas há muitas razões para celebrá-la.

---

5. Curiosamente, a convocação da constituinte se dera em 3 de junho de 1822, antes mesmo da Independência, e fazia menção à união "com a grande família portuguesa". A Independência veio em 7 de setembro, a aclamação de D. Pedro como imperador em 12 de outubro e a coroação em 1º de dezembro de 1822.
6. "Como imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste império, disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com a minha espada defenderia a pátria, a nação e a Constituição, *se fosse digna do Brasil e de mim*. (...) [E]spero, que a Constituição que façais, *mereça a minha imperial aceitação*..." (grifos acrescentados). V. A fala de D. Pedro I na sessão de abertura da constituinte. In: Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 1991, p. 25.
7. Marcello Cerqueira, *A Constituição na história: origem e reforma*, 2006, p. 387.
8. Para uma densa análise da formação nacional, das origens portuguesas até a era Vargas, v. Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, 2001 (1957).

II. ASCENSÃO E OCASO DO REGIME MILITAR

O colapso do regime constitucional, no Brasil, se deu na madrugada de 31 de março para 1º de abril de 1964, quando um golpe militar destituiu o Presidente João Goulart. Veio o primeiro Ato Institucional - primeiro de uma longa série - e, na sequência histórica, tornou-se inevitável a trajetória rumo à ditadura, que duraria mais de vinte anos. Em 1965, foram canceladas as eleições presidenciais e prorrogado o mandato do Presidente Castelo Branco. Em 1966, foram extintos os partidos políticos. Em 1967, foi editada uma nova Constituição, votada por um Congresso pressionado e sem vestígio de soberania popular autêntica. Em 1968, baixou-se o Ato Institucional nº 5, que conferia poderes quase absolutos ao Presidente, inclusive para fechar o Congresso, cassar direitos políticos de parlamentares e aposentar qualquer servidor público. Em 1969, em golpe dentro do golpe, impediu-se a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo, quando do afastamento por doença do Presidente Costa e Silva, e uma nova Constituição foi outorgada pelos Ministros militares.

Nesse mesmo ano, indicado pelas Forças Armadas, toma posse o Presidente Emílio Garrastazu Médici. Seu período de governo, que foi de 30 de outubro de 1969 a 15 de março de 1974, ficou conhecido pela designação sugestiva de *anos de chumbo*. A censura à imprensa e às artes, a proscrição da atividade política e a violenta perseguição aos opositores do regime criaram o ambiente de desesperança no qual vicejou a reação armada à ditadura, manifestada na guerrilha urbana e rural[9]. A tortura generalizada de presos políticos imprimiu na história brasileira uma mancha moral indelével e perene[10]. A abertura política, "lenta, gradual e segura", teve seu início sob a Presidência do General Ernesto Geisel, que tomou posse em 15 de março de 1974[11] Apesar de ter se valido mais de uma vez de instrumentos ditatoriais[12], Geisel impôs sua autoridade e derrotou resistências diversas à liberalização do regime, que

---

9. V. Elio Gaspari, *A ditadura escancarada*, 2002. Sobre a luta armada, v. tb.: Fernando Gabeira, *O que é isso companheiro?*, 1979; Fernando Portela, *Guerra de guerrilha no Brasil: a saga do Araguaia*, 1979; Alfredo Sirkis, *Os carbonários*, 1980.
10. Sobre o tema da tortura, v. *Brasil: nunca mais*, 1985, publicado pela Arquidiocese de São Paulo, com prefácio de D. Paulo Evaristo Arns, ex-Cardeal Arcebispo de São Paulo e figura proeminente na defesa dos direitos humanos durante o regime militar.
11. Em convenção nacional realizada em 23 de setembro de 1973, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) lançou como candidatos à Presidência e à Vice-Presidência Ulysses Guimarães e Barbosa Lima Sobrinho, que se apresentaram como "anti-candidatos". Sobre o tema, v. Alzira Alves de Abreu, Israel Beloch, Fernando Lattman-Weltman e Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão (coords.), *O dicionário histórico-biográfico brasileiro*, v. III, 2001, p. 2.709.
12. Em abril de 1977, o Presidente decretou o recesso do Congresso Nacional e outorgou as Emendas Constitucionais nºs 7, de 13.04.1977, e nº 8, de 14.04.1977, que continham, respectivamente, uma reforma do Judiciário, medidas casuísticas que asseguravam a preservação da maioria governista no Legislativo e mantinham eleições indiretas para governadores. Além disso, ao longo do seu governo, Geisel cassou o mandato de vereadores, deputados estaduais e federais.

vinham dos porões da repressão e dos bolsões de anticomunismo radical nas Forças Armadas[13]. A posse do General João Baptista Figueiredo, em 15 de março de 1979[14], deu-se já após a revogação dos atos institucionais, que representavam a legalidade paralela e supraconstitucional do regime militar[15].

Figueiredo deu continuidade ao processo de descompressão política, promovendo a anistia[16] e a liberdade partidária[17]. Centenas de brasileiros voltaram ao país e inúmeros partidos políticos foram criados ou saíram da clandestinidade. A derrota do movimento pela convocação imediata de eleições presidenciais - as *Diretas já* -, em 1984, após ter levado centenas de milhares de pessoas às ruas de diversas capitais, foi a última vitória do governo e o penúltimo capítulo do regime militar. Em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral elegeu, para a Presidência da República, a chapa contrária à situação, encabeçada por Tancredo Neves, que tinha como vice José Sarney[18]. O regime militar chegava ao fim e tinha início a *Nova República*, com a volta à primazia do poder civil. Opositor moderado da ditadura e nome de consenso para conduzir a transição pacífica para um regime democrático, Tancredo Neves adoeceu às vésperas da posse e não chegou a assumir o cargo, morrendo em 21 de abril de 1985. José Sarney, que fora um dos próceres do regime que se encerrava - mas que ajudou a sepultar ao aderir à oposição -, tornou-se o primeiro Presidente civil desde 1964.

III. CONVOCAÇÃO E ATUAÇÃO DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE

Cumprindo compromisso de campanha assumido por Tancredo Neves, o Presidente José Sarney encaminhou ao Congresso Nacional proposta de con-

---

13. Sobre seu período na Presidência, v. o longo depoimento prestado pelo ex-Presidente em Maria Celina D'Araujo e Celso Castro (orgs.), *Ernesto Geisel*, 1997. V. tb. Elio Gaspari, *A ditadura derrotada*, 2003; e *A ditadura encurralda*, 2004, em que relata a parceria entre Geisel - o "Sacerdote" - e Golbery - o "Feiticeiro" - na terminologia que cunhou.
14. O MDB lançou como candidatos à Presidência e à Vice-Presidência o General Euler Bentes Monteiro e o Senador Paulo Brossard. Na eleição realizada em 15.10.1978, venceu a chapa da situação, integrado por Figueiredo e Aureliano Chaves, que obtiveram 355 votos contra 226.
15. A Emenda Constitucional nº 11, de 13.10.1978, revogou todos os atos institucionais e os atos complementares que lhes davam execução.
16. A anistia política foi concedida pela Lei nº 6.683, de 28.08.1979, que em seu art. 1º previa: "É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares".
17. Em 1979, foi reformulado o sistema partidário, com a extinção de MDB e ARENA e a implantação do pluripartidarismo.
18. Por 480 votos a 180, Tancredo Neves, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), derrotou Paulo Maluf, candidato do Partido Democrático Social (PDS), que era o partido de sustentação política do governo militar, sucessor da Aliança Renovadora Nacional (ARENA).

vocação de uma constituinte. Aprovada como Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985, nela se previu que "os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" reunir-se-iam em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana[19]. Instalada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Carlos Moreira Alves, em 1º de fevereiro de 1987, a Assembleia Constituinte elegeu em seguida, como seu Presidente, o Deputado Ulysses Guimarães, que fora o principal líder parlamentar de oposição aos governos militares. Da constituinte participaram os parlamentares escolhidos no pleito de 15 de novembro de 1986, bem como os senadores eleitos quatro anos antes, que ainda se encontravam no curso de seus mandatos. Ao todo, foram 559 membros - 487 deputados federais e 72 senadores - reunidos unicameralmente. Não prevaleceu a tese, que teve amplo apoio na sociedade civil, da constituinte exclusiva, que se dissolveria após a conclusão dos seus trabalhos[20].

A ausência de um texto que servisse de base para as discussões dificultou de modo significativo a racionalização dos trabalhos[21], que se desenvolveram em três grandes etapas: (i) das Comissões Temáticas; (ii) da Comissão de Sistematização; e (iii) do Plenário[22]. O processo constituinte teve início com a formação de oito Comissões Temáticas[23], cada uma delas dividida em três Subcomissões, em um total de 24[24]. Coube às Subcomissões a apresentação de

---

19. Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985: "Art. 1º - Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º - O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3º - A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte".
20. Relator da Proposta de Emenda Constitucional nº 43, de 1985, que previa a convocação da Assembléia Constituinte, o Deputado Flavio Bierrenbach apresentou substitutivo no qual propunha que, mediante consulta plebiscitária, o povo se manifestasse diretamente sobre dois pontos: (i) se delegava o poder constituinte originário a uma assembléia exclusiva ou ao Congresso Nacional; (ii) se os senadores eleitos em 1982 poderiam exercer funções constituintes. O substitutivo não foi aprovado. Sobre o tema, v. Flavio Bierrenbach, *Quem tem medo da constituinte*, 1986.
21. Nem o Presidente da República, José Sarney, nem tampouco o Presidente da Assembléia Constituinte, Ulysses Guimarães, quiseram encampar o Anteprojeto elaborado pela "Comissão Afonso Arinos".
22. V. José Roberto Rodrigues Afonso, *Memória da Assembléia Constituinte de 1987"88: as finanças públicas*. In: *www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1102.pdf*.
23. Para uma descrição detalhada dos trabalhos da Assembléia Constituinte, v. Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 1991, p. 449 e s. V. tb. José Adércio Leite Samapaio, "Teoria e prática do poder constituinte. Como legitimar ou descontruir 1988 - 15 anos depois". In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004, p. 36.
24. No âmbito das Subcomissões realizaram-se incontáveis audiências públicas, com ampla participação de setores econômicos, movimentos sindicais e entidades de classe.

relatórios, que foram consolidados pelas Comissões Temáticas, surgindo daí o primeiro projeto de Constituição, que foi encaminhado à Comissão de Sistematização. Na elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização, prevaleceu a ala mais progressista do PMDB, liderada pelo Deputado MÁRIO COVAS, que produziu um texto "à esquerda do Plenário"[25]: nacionalista, com forte presença do Estado na economia e ampla proteção aos trabalhadores. Em Plenário, verificou-se uma vigorosa reação das forças liberal-conservadoras, reunidas no "Centro Democrático" (apelidado de "*Centrão*"), que impuseram mudanças substantivas no texto ao final aprovado[26].

Em 5 de outubro de 1988, após dezoito meses de trabalho, encerrando um processo constituinte exaustivo e desgastante, muitas vezes subjugado pela política ordinária[27], foi aprovada, em clima de moderada euforia, a Constituição da República Federativa do Brasil. Aclamada como "Constituição cidadã"[28] e precedida de um incisivo *Preâmbulo*[29], a Carta constitucional foi promulgada com 245 artigos, distribuídos em nove títulos, e setenta disposições transitórias.

IV. O SUCESSO INSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para

25. Nelson de Azevedo Jobim, A constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004, p. 12.
26. Enviado à Comissão de Redação, o Projeto ainda sofreria acréscimos de natureza material, que obrigaram a uma nova votação em Plenário, em dois turnos e por maioria absoluta.
27. A Assembléia Constituinte, que teve a maioria de seus membros eleitos no embalo do sucesso temporário do Plano Cruzado, em novembro de 1986, teve o final dos seus trabalhos marcado pela disputa presidencial do ano de 1989 e pelos múltiplos interesses que ela engendrava.
28. *Constituição cidadã* foi o título de discurso proferido por Ulysses Guimarães, na Presidência da Assembléia Constituinte, em 27 de julho de 1988, onde afirmou: "Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria". V. íntegra do texto em *http://www.fugpmdb.org.br/frm_publ.htm*. A expressão tornou a ser por ele utilizada quando da promulgação da nova Carta, em 5 de outubro de 1988, em discurso intitulado *Constituição coragem*. V. *http://www.fugpmdb.org.br/frm_publ.htm*. Acessos em: 5 abr. 2008.
29. No texto do *Preâmbulo*, a fotografia, retocada pela retórica e pelo excesso de boas intenções, do momento histórico de seu nascimento e das aspirações de que deveria ser instrumento: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se cinco eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios poderiam ter deflagrado crises que, em outros tempos, teriam levado à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por *impeachment*, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar, sob acusações de corrupção. Mas houve outros, que trouxeram dramáticos abalos ao Poder Legislativo, como o escândalo envolvendo a elaboração do Orçamento, a violação de sigilo do painel eletrônico de votação e o episódio que ficou conhecido como "mensalão". Mesmo nessas conjunturas, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Não há como deixar de celebrar o amadurecimento institucional brasileiro.

Até aqui, a trágica tradição do país sempre fora a de golpes, contragolpes e quarteladas, em sucessivas violações da ordem constitucional. Não é difícil ilustrar o argumento. D. Pedro I dissolveu a primeira constituinte. Logo ao início do governo republicano, Floriano Peixoto, Vice-Presidente da República, deixou de convocar eleições - como exigia a Constituição - após a renúncia de Deodoro da Fonseca, permanecendo indevidamente na Presidência. Ao fim da República Velha, vieram a Revolução de 30, a Insurreição Constitucionalista de São Paulo, em 1932, a Intentona Comunista, de 1935, bem como o golpe do Estado Novo, em 1937. Em 1945, ao final de seu período ditatorial, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Reeleito em 1950, suicidou-se em 1954, abortando o golpe que se encontrava em curso. Eleito Juscelino Kubitschek, foi necessário o contra-golpe preventivo do Marechal Lott, em 1955, para assegurar-lhe a posse. Juscelino ainda enfrentaria duas rebeliões militares: Jacareacanga (1956) e Aragarças (1959). Com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, os Ministros militares vetaram a posse do Vice-Presidente João Goulart, levando à ameaça de guerra civil, diante da resistência do Rio Grande do Sul. Em 1964, veio o golpe militar. Em 1968, o Ato Institucional nº 5. Em 1969, o impedimento à posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo e a outorga de uma nova Constituição pelos Ministros militares. A enunciação é meramente exemplificativa, mas esclarecedora.

A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Nos últimos vinte anos, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

V. UM BALANÇO PRELIMINAR[30]

1. ALGUNS AVANÇOS

Em inúmeras áreas, a Constituição de 1988 consolidou ou ajudou a promover avanços dignos de nota. No plano dos *direitos fundamentais*, a despeito da subsistência de deficiências graves em múltiplas áreas, é possível contabilizar realizações. A centralidade da dignidade da pessoa humana se impôs em setores diversos. Para que não se caia em um mundo de fantasia, faça-se o registro indispensável de que uma ideia leva um tempo razoável entre o momento em que conquista corações e mentes até tornar-se uma realidade concreta. Nada obstante isso, no âmbito dos direitos individuais, as liberdades públicas, como as de expressão, reunião, associação, e direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência incorporaram-se com naturalidade à paisagem política e jurídica do país. É certo que ainda não para todos[31]. Os direitos sociais têm enfrentado trajetória mais acidenta-

---

30. Vejam-se alguns balanços anteriores, aos dez e aos quinze anos da Constituição, em: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *Uma Década de Constituição: 1988 - 1998*, 1999; Alexandre de Moraes (coord.), *Os 10 anos da Constituição Federal*, 1999; Uadi Lammêgo Bulos, Decênio da Constituição de 1988, *Revista de Processo 98*:307, 2000; Luís Roberto Barroso, Dez Anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?), *Revista Forense 346*:113, 1999; Fernando Facury Scaf (org.), *Constitucionalizando direitos:* 15 anos da Constituição brasileira de 1988, 2003; Ordem dos Advogados do Brasil, *15 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988:* comemoração: palestras: Carmen Lúcia Antunes Rocha, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva; Paulo Roberto Soares de Mendonça, A Constituição de 1988, a globalização e o futuro, *Revista de EMERJ 25*:22, 2004.

31. V. Luís Roberto Barroso, *Discurso de despedida como Conselheiro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana*, mimeografado, 2005: "O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana é uma janela privilegiada de onde se avistam imagens de um Brasil real, tristemente real. Atávico, primitivo, violento. O Brasil dos excluídos. O País dos grupos de extermínio, de ponta a ponta, tolerados, incentivados; da violência policial - mas não de uma violência policial autônoma: a polícia serve os desígnios da sociedade –; o País das chacinas variadas, de índios, de crianças, de pobres em geral; o País do sistema penitenciário sórdido. (...) Desprestigiadas, desequipadas, mal-treinadas e mal-remuneradas, as forças policiais protagonizam, rotineiramente, espetáculos desoladores de truculência. São de triste e recente memória as chacinas do Carandiru, de Eldorado dos Carajás e de Vigário Geral, ocorridas na última década do século XX. E quando estes episódios começavam a se embotar na memória, a chacina de dezenas de pessoas nos Municípios de Queimados e de Nova Iguaçu, menos de um ano atrás, vieram nos lembrar, mais uma vez, que muitos brasileiros são vítimas daqueles que deveriam protegê-los. (...) Mas o Estado brasileiro tem faltado à causa dos direitos humanos não apenas por ação, mas também por omissão. Nas grandes cidades brasileiras, parcela da população encontra-se submetida ao arbítrio do tráfico de drogas. O Estado democrático de direito ainda não alcançou as partes do nosso território onde vivem os mais humildes. A exclusão social não se traduz apenas como privação de direitos econômicos e sociais. Implica também a privação dos direitos mais básicos, como a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de locomoção. O que se nega aos favelados brasileiros não é só a igualdade. É também a liberdade, na sua dimensão mais nuclear".

da, sendo a sua efetivação um dos tormentos da doutrina[32] e da jurisprudência[33]. Nada obstante, houve avanços no tocante à universalização do acesso à educação, apesar de subsistirem problemas graves em relação à qualidade do ensino. Os direitos coletivos e difusos, por sua vez, como a proteção do consumidor e do meio ambiente, disciplinados por legislação específica, incorporaram-se à prática jurisprudencial e ao debate público[34].

A Federação, mecanismo de repartição do poder político entre a União, os Estados e os Municípios, foi amplamente reorganizada, superando a fase do regime de 1967-69, de forte concentração de atribuições e receitas no Governo Federal. Embora a União tenha conservado ainda a parcela mais substantiva das competências *legislativas*, ampliaram-se as competências *político-administrativas* de Estados e Municípios, inclusive com a previsão de um domínio relativamente amplo de atuação *comum* dos entes estatais. A partilha das receitas *tributárias*, de outra parte, embora um pouco mais equânime do que no regime anterior, ainda favorece de modo significativo a União, principal beneficiária da elevadíssima carga tributária vigente no Brasil. De parte isto, ao longo dos anos, a União ampliou sua arrecadação mediante contribuições sociais, tributo em relação ao qual Estados e Municípios não têm participação, o que colaborou ainda mais para a hegemonia federal. A verdade inegável é que os Estados brasileiros, apesar da recuperação de sua autonomia política, não conseguiram, em sua grande maioria, encontrar o equilíbrio financeiro desejável. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua

---

32. V. Ricardo Lobo Torres, A jusfundamentalidade dos direitos sociais, *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro* 12:1, 2003, e A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, 2003; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1998; e Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise, *Ajuris* 31:103, 2004; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídidica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Andreas Krell, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, 2002; Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990; e Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003.

33. V. Rogério Gesta Leal, A quem compete o dever de saúde no Direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional, *Revista de Direito do Estado* 8:91, 2007; e Luís Roberto Barroso, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, *Interesse Público* 46:31, 2007. V. o mesmo texto em *http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582* e em *http://conjur.estadao.com.br/pdf/estudobarroso.pdf*. Sobre o mesmo tema, v. Fátima Vieira Henriques, *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial – Limites e possibilidades*, mimeografado, dissertação de mestrado, UERJ, 2007; e Fábio César dos Santos Oliveira, Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário, *Revista dos Tribunais* 865:54, 2007.

34. Questões envolvendo escolhas difíceis entre bens jurídicos protegidos pela Constituição, como o desenvolvimento nacional, de um lado, e a preservação do meio ambiente, de outro, estiveram presentes na imprensa e nos tribunais, como a transposição do Rio São Francisco e a construção de usinas hidroelétricas na Amazônia.

vez, também seguiu, como regra geral, um lógica centralizadora[35]. O reequacionamento do federalismo no Brasil é um tema à espera de um autor[36].

A nova Constituição, ademais, reduziu o desequilíbrio entre os Poderes da República, que no período militar haviam sofrido o abalo da hipertrofia do Poder Executivo, inclusive com a retirada de garantias e atribuições do Legislativo e do Judiciário. A nova ordem restaura e, em verdade, fortalece a autonomia e a independência do Judiciário, assim como amplia as competências do Legislativo. Nada obstante, a Carta de 1988 manteve a capacidade legislativa do Executivo, não mais através do estigmatizado decreto-lei, mas por meio das medidas provisórias. A Constituição, juntamente com suas emendas, contribuiu, também, para a melhor definição do papel do Estado na economia, estabelecendo como princípio fundamental e setorial a livre iniciativa, ao lado da valorização do trabalho. A atuação direta do Estado, assim na prestação dos serviços públicos (diretamente ou por delegação), como na exploração de atividades econômicas, recebeu tratamento sistemático adequado.

2. ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS

O processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia - saudável euforia - de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a já referida ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos. Um texto que, mais do que analítico, era casuístico[37], prolixo e corporativo[38].

---

35. O STF exige que os Estados-membros observem o modelo federal e o princípio da simetria na maior parte dos temas relevantes, aí incluídos, por exemplo, o processo legislativo e as regras de aposentadoria.
36. V. Luís Roberto Barroso, A derrota da federação. O colapso financeiro de Estados e Municípios. In: *Temas de direito constitucional*, v. I, 2002, p. 141 e segs.
37. Para uma visão crítica severa nessa matéria, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *A revisão constitucional brasileira*, 1993, p. 5-6; e, tb., Organizações sociais de colaboração (descentralização social e Administração Pública não-estatal), *Revista de Direito Administrativo 210*:184.
38. Luís Roberto Barroso, Dez Anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?), *Revista Forense 346*:113, 1999, p. 117-8: "A Constituição de 1988 convive com o estigma, já apontado acima, de ser um texto excessivamente detalhista, que em diversos temas perdeu-se no varejo das miudezas - seja no capítulo da Administração Pública, como no título da ordem tributária ou

Esse defeito o tempo não curou: muitas das emendas, inclusive ao ADCT, espicharam ainda mais a carta constitucional ao longo dos anos[39].

Outra circunstância que merece ser assinalada é a do contexto histórico em que se desenrolaram os trabalhos constituintes. Após muitos anos de repressão política, o pensamento de esquerda finalmente podia se manifestar livremente, tendo se formado inúmeros partidos políticos de inspiração comunista, socialista, trabalhista e social-democrata. Mais organizados e aguerridos, os parlamentares dessas agremiações predominaram amplamente nos trabalhos das comissões, até a reação, de última hora, já narrada, das forças de centro e de direita. Ainda asim, o texto aprovado reservava para o Estado o papel de protagonista em áreas diversas, com restrições à iniciativa privada e, sobretudo, ao capital estrangeiro, aí incluídos os investimentos de risco. Pois bem: um ano após a promulgação da Constituição, caiu o muro de Berlim e começaram a desmoronar os regimes que praticavam o socialismo real. Simultaneamente, a globalização, com a interconexão entre os mercados e a livre circulação de capitais, impôs-se como uma realidade inelutável. Pelo mundo afora, ruíam os pressupostos estatizantes e nacionalistas que inspiraram parte das disposições da Constituição brasileira.

3. ALGUNS REVEZES

A Constituição brasileira, como assinalado, consubstanciou-se em um texto excessivamente detalhista e que, além disso, cuida de muitas matérias que teriam melhor sede na legislação infraconstitucional. De tais circunstâncias, decorrem consequências práticas relevantes. A primeira delas é que a constitucionalização excessiva dificulta o exercício do poder político pelas maiorias, restringindo o espaço de atuação da legislação ordinária. Em razão

---

no elenco de mais de 70 artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para citar apenas alguns exemplos. Não escapou, tampouco, do ranço do corporativismo exacerbado, que inseriu no seu texto regras específicas de interesse de magistrados, membros do Ministério Público, advogados públicos e privados, polícias federal, rodoviária, ferroviária, civil, militar, corpo de bombeiros, cartórios de notas e de registros, que bem servem como eloqüente ilustração".

---

39. Em prática singularíssima, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi tendo novos artigos e disposições acrescidos por emendas constitucionais, passando de 70 para 89 artigos (o art. 89 foi acrescentado pela EC nº 38, de 2002), sendo que muitos deles tiveram sua redação alterada igualmente por emenda (a EC nº 56, de 2007, prorrogava prazo previsto no art. 76 do ADCT). Sobre o ponto, v. Oscar Dias Corrêa, Os 15 anos da Constituição de 1988 (breves anotações), *Revista da EMERJ* 6:15, 2003, p. 19: "E foi o que se viu: o ADCT, ao invés de servir, como usual, de roteiro à passagem do regime velho para o novo, *normas de transição*, na verdade se transformou em espaço que passou a recolher todas as normas não transitórias que não encontrassem lugar no texto vigente, e servissem às conveniências da hora".

disso, diferentes governos, para implementar seus programas, precisaram reunir apoio de maiorias qualificadas de três quintos, necessárias para emendar a Constituição, não sendo suficientes as maiorias simples próprias à aprovação da legislação ordinária. O resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária - *i.e.*, a implementação da vontade das maiorias formadas a cada época - se faz por meio de emendas constitucionais, com todo o incremento de dificuldades que isso representa.

Chega-se, assim, sem surpresa, à segunda consequência da constitucionalização excessiva e minuciosa: o número espantoso de emendas, que antes do vigésimo aniversário da Carta já somavam 56. Houve modificações constitucionais para todos os gostos e propósitos: limitação da remuneração de parlamentares, restrições à criação de Municípios, realização de reformas econômicas, administrativas, previdenciárias, do Judiciário, prorrogação de tributos provisórios, desvinculação de receitas, atenuação da imunidade parlamentar formal, contenção das medidas provisórias, redução do mandato presidencial, admissão da reeleição e daí por diante. Há risco de se perder o fôlego, a conta e a paciência. Tudo isso sem qualquer perspectiva de inversão de tendência. Naturalmente, essa disfunção compromete a vocação de permanência da Constituição e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política.

VI. O DESEMPENHO DAS INSTITUIÇÕES

Cabe, antes de concluir, fazer uma breve anotação sobre aspectos relevantes associados ao funcionamento dos três Poderes ao longo dos vinte anos de vigência da Constituição. São examinadas, ainda que brevemente, algumas das mudanças constitucionais que repercutiram sobre a atuação de cada um deles, bem como o desempenho concreto de seus papéis constitucionais pelo Executivo, Legislativo e Judiciário.

No tocante ao *Poder Executivo*, o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT, realizado em 21 de abril de 1993, manteve, por significativa maioria, o sistema presidencialista. Dentre as emendas constitucionais aprovadas, merecem registro a que reduziu o mandato presidencial de cinco para quatro anos[40], a que passou a admitir a reeleição[41] e a que criou o Ministério da Defesa, marco simbólico relevante da submissão do poder militar ao poder civil[42]. As medidas provisórias, concebidas como um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo Executivo, tornaram-se instrumento

40. Emenda Constitucional de Revisão nº 5, de 9.06.1994.
41. Emenda Constitucional nº 16, de 5.06.1997, que passou a permitir a reeleição, para um único período subsequente, do Presidente, governadores e prefeitos.
42. Emenda Constitucional nº 23, de 3.09.1999.

rotineiro de o Presidente *legislar*. A disfunção só veio a ser coibida, ainda que não integralmente, com a edição da Emenda Constitucional nº 32, de 12.09.2001[43]. Apesar da redemocratização, não se superou integralmente o presidencialismo hegemônico da tradição brasileira, que se manifesta em domínios diversos, inclusive e notadamente, no poder de contingenciar verbas orçamentárias.

Quanto ao *Poder Legislativo*, cabe assinalar a recuperação de suas prerrogativas após a Constituição de 1988, embora permaneça visível o decréscimo de sua importância na produção de leis. De fato, além das medidas provisórias já referidas, a maior parte dos projetos relevantes resultaram de iniciativa do Executivo. Nesse cenário, a ênfase da atuação do Congresso Nacional deslocou-se para a fiscalização dos atos de governo e de administração. O principal instrumento dessa linha têm sido as comissões parlamentares de inquérito (CPIs). Por outro lado, um problema estrutural da representação política no Brasil é a desproporcionalidade da composição da Câmara dos Deputados. De fato o número máximo de setenta deputados e o mínimo de sete, determinados pelo art. 45, § 1º da Constituição, provoca a sobre-representação de alguns Estados e a sub-representação de outros[44]. Por fim, a Emenda Constitucional nº 35, de 21.12.2001, introduziu modificação substantiva no regime jurídico da imunidade parlamentar, deixando de exigir prévia licença da casa legislativa para a instauração de processo criminal contra parlamentar.

O *Poder Judiciário*, por sua vez, vive um momento de expressiva ascensão política e institucional. Diversas são as causas desse fenômeno, dentre as quais se incluem a recuperação das garantias da magistratura, o aumento da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente, a criação de novos direitos e de novas ações pela Constituição, em meio a outros fatores. Nesse cenário, ocorreu entre nós uma expressiva judicialização das relações sociais e de questões políticas. O Supremo Tribunal Federal (STF) ou outros órgãos judiciais têm dado a últma palavra em temas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, regimes jurídicos dos servidores, sistema político e inúmeras outras questões, algumas envolvendo o dia a dia das pessoas, como mensalidade de planos de saúde ou tarifa de serviço públicos. Essa expansão do papel do Judiciário, notadamente do STF,

---

43. A EC nº 32, de 2001, prevê a vigência da medida provisória pelo prazo máximo de 60 dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período, com trancamento da pauta até que haja deliberação sobre ela por parte de cada casa do Congresso Nacional.

44. Sobre a questão, v. Vandré Augusto Búrigo, Sistema eleitoral brasileiro – A técnica de representação proporcional vigente e as propostas de alteração: breves apontamentos, *RIL* 39:177, 2002; e Fabiano Santos, Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil, *Dados* 42, 1999, p. 8.

fez deflagrar um importante debate na teoria constitucional acerca da legitimidade democrática dessa atuação.

VII. CONCLUSÃO

1. O QUE FICOU POR FAZER

A comemoração merecida dos vinte anos da Constituição brasileira não precisa do falseamento da verdade. Na conta aberta do atraso político e da dívida social, ainda há incontáveis débitos. Subsiste no país um abismo de desigualdade, com recordes mundiais de concentração de renda e *deficit* dramático em moradia, educação, saúde, saneamento. A lista é enorme. Do ponto de vista do avanço do processo civilizatório, também estamos para trás, com índices inaceitáveis de corrupção, deficiências nos serviços públicos em geral - dos quais dependem, sobretudo, os mais pobres - e patamares de violência que se equiparam aos de países em guerra[45]. Por outro lado, o regime de 1988 não foi capaz de conter a crônica voracidade fiscal do Estado brasileiro, um dos mais onerosos do mundo para o cidadão-contribuinte. Sem mencionar que o sistema tributário constitui um cipoal de tributos que se superpõem, cuja complexidade exige a manutenção de estruturas administrativas igualmente custosas.

Há, todavia, uma outra falha institucional, que, por sua repercussão sobre todo o sistema, compromete a possibilidade de solução adequada de tudo o mais. Nos vinte anos de sua vigência, o ponto baixo do modelo constitucional brasileiro, e dos sucessivos governos democráticos, foi a falta de disposição ou de capacidade para reformular o sistema político. No conjunto de desacertos das últimas duas décadas, a política passou a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, desconectado da sociedade, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. As repetidas crises produzidas pelas disfunções do financiamento eleitoral, pelas relações oblíquas entre Executivo e parlamentares, bem como pelo exercício de cargos públicos para benefício próprio têm trazido, ao longo dos anos, uma onda de ceticismo que abate a cidadania e com-

45. V. Ilona Szabó de Carvalho e Pedro Abramovay, O custo da violência. In: *O Globo*, 14 mar. 2008, p. 7, Opinião. À época em que publicaram o artigo, os autores eram, respectivamente, Coordenadora do Programa de Segurança Humana do Viva Rio e Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Ao comentarem a Declaração de Genebra sobre Violência Armada e Desenvolvimento, averbaram: "O país perde cerca de 50.000 brasileiros por ano, vítimas de homicídio. Segundo o IPEA, as perdas econômicas para a nação com a violência são de mais de 90 bilhões de reais por ano. A maior concentração de violência ocorre nas periferias das grandes cidades, locais de enorme desagregação social, sobretudo em conseqüência da ausência de políticas públicas consistentes para essas regiões".

promete sua capacidade de indignação e de reação. A verdade, contudo, é que não há Estado democrático sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem parlamento atuante e investido de credibilidade. É preciso, portanto, reconstruir o conteúdo e a imagem dos partidos e do Congresso, assim como exaltar a dignidade da política. O sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem desempenhado um papel oposto ao que lhe cabe: exacerba os defeitos e não deixa florescer as virtudes.

É preciso desenvolver um modelo capaz de resgatar e promover valores como legitimidade democrática, governabilidade e virtudes republicanas[46], produzindo alterações profundas na prática política[47]. Há inúmeras propostas na matéria, apesar da pouca disposição para o debate. Uma delas defende para o Brasil, como sistema de governo, o semipresidencialismo, nos moldes de França e Portugal; como sistema eleitoral, a fórmula do voto distrital misto, que vigora, por exemplo, na Alemanha; e, como sistema partidário, um modelo fundado na fidelidade e na contenção da pulverização dos partidos políticos[48].

2. O QUE SE DEVE CELEBRAR

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que procura combinar Estado de direito (supremacia da lei, *rule of the law*, *Rechtsstaat*) e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da

---

46. A expressão "virtudes republicanas" é aqui utilizada para designar a preservação da integridade pessoal dos agentes públicos e a observância de padrões éticos de gestão da coisa pública, que levem à promoção do interesse público, e não dos interesses particulares dos governantes ou de terceiros identificados. Tais virtudes se expressam nos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da finalidade pública na ação política e administrativa. A expressão também é freqüentemente empregada, no debate político, para denotar o exercício consciente e ativo da cidadania.
47. Com efeito, é preciso: 1. em relação à *legitimidade democrática*: a) propiciar maior identificação entre sociedade civil e classe política, com aumento da coerência entre discurso e prática, e maior visibilidade e controlabilidade da atividade parlamentar; b) conferir maior autenticidade programática aos partidos políticos, fomentando a fidelidade e mitigando a pulverização partidária; c) reduzir a influência do poder econômico no processo eleitoral, com o barateamento das campanhas, a limitação dos gastos e, eventualmente, o financiamento público; 2. em relação à *governabilidade*: a) facilitar a formação de maiorias de sustentação política do governo; b) institucionalizar as relações entre Executivo e Legislativo, com predomínio dos partidos e não do poder individual atomizado de cada parlamentar; c) criar mecanismos de superação de crises políticas, que impeça a longa agonia de governos que perderam sua base de apoio no parlamento e na sociedade; 3. em relação às *virtudes republicanas*: a) eliminar o poder de barganha individual de cada parlamentar, gerador de mecanismos de troca de favores por votos; b) tornar o debate político mais programático e menos clientelista; c) esvaziar a necessidade de loteamento de órgãos públicos e de distribuição de cargos em troca de apoio.
48. V. Luís Roberto Barroso, A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil, *Revista de Direito do Estado* 3:287, 2006.

modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e - quem sabe? - até felicidade. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das ideias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade.

O modelo vencedor chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas da virada do milênio. Os últimos vinte anos representam, não a vitória de uma Constituição específica, concreta, mas de uma ideia, de uma atitude diante da vida. O constitucionalismo democrático, que se consolidou entre nós, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito. E vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo. Nos duzentos anos que separam a chegada da família real e o vigésimo aniversário da Constituição de 1988, passou-se uma eternidade.

A NOVA SISTEMÁTICA DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUTAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: RECEBIMENTO DA INICIAL E POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DO PROCESSO

MARCELLUS POLASTRI LIMA[1]

Divide a Reforma do Processo Penal de 2008 os procedimentos entre procedimentos Comuns e Especiais, sendo que o procedimento comum se subdivide em ordinário, sumário ou sumaríssimo.

Dispõe o art. 394 do CPP:

> "Art. 394. O procedimento será comum ou especial.
>
> § 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:
>
> I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;
>
> II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;
>
> III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei."

Como se vê, para se identificar se o procedimento cabível, teremos que examinar a pena máxima em abstrato cominada ao delito, não importando se esta é de detenção ou de reclusão, como era no antigo sistema.

De princípio, é de se considerar (aspecto para o qual muitos não estão atentando) que, como a admissibilidade do rito agora se faz pelo máximo da pena cominada ao delito, pode ocorrer que um delito que pela pena cominada em abstrato seria compatível com certo rito, na presença de causa de aumento geral ou especial de pena, ou mesmo de diminuição, desde que previstas na

---

1. O autor é Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor-doutor (adjunto) da UFES, na graduação e no mestrado. Procurador de Justiça no Rio de Janeiro e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

imputação, pode fazer com que implique uma mudança do rito, pois a pena em abstrato imputada será outra (*v.g.* o caso da tentativa, que pode fazer que certo delito, a princípio do rito ordinário, *venha a ser cabível* o processamento no rito sumário). É que as causas de aumento ou diminuição alteram o montante máximo do delito imputado em abstrato. Aliás, este já era o entendimento tanto da doutrina como dos Tribunais Superiores no que se referia à Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais) onde o critério de admissibilidade era o patamar máximo da pena em abstrato cominada na Lei.

Feita tal observação preliminar, *saliente-se que*, agora, o Código traz, nos seus artigos 395 a 398, normas referentes à fase instauratória do processo, normas estas aplicáveis a todos os procedimentos, mesmo aos especiais, *seja do Código ou o de Leis especiais (salvo manifesta incompatibilidade, como é o caso do Tribunal do Júri e do rito dos crimes praticados por funcionários públicos)*, a teor do § 4º do artigo 394 do CPP, trazendo uma grande novidade que é a possibilidade do juiz julgar antecipadamente o processo, após apresentação da defesa prévia, o que não afasta o poder conferido ao juiz de rejeitar de plano a denúncia ou queixa, presentes um dos motivos elencados em lei.

Na verdade, o Projeto de reforma, nº 4.207/2001, previa uma inovação (por todos esperada) para os procedimentos em geral, ou seja, a adoção da chamada *defesa preliminar*, que seria apresentada antes do recebimento da denúncia ou da queixa e, assim, o juiz iria exarar o recebimento (ou rejeição) da inicial, após a apreciação da denúncia em conjunto com a resposta preliminar apresentada pela defesa, de forma a prestigiar o sistema acusatório, mormente os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ocorre que houve modificação na Câmara dos Deputados e, apesar do Senado voltar a inserir a redação que constava anteriormente no Projeto de Lei, ao retornar o Projeto à Casa de Origem, a *Câmara dos Deputados* optou por manter sua própria redação como redação final, sendo assim sancionada a Lei 11.719/2008 pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

Assim ficou a redação final da reforma, ao cuidar da possibilidade de rejeição da inicial, *in limine*, do recebimento da mesma, e do eventual julgamento antecipado do processo:

> "Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
>
> I - for manifestamente inepta;
>
> II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
>
> III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.
>
> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§ 1° A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime;

IV - extinta a punibilidade do agente.

.....

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente".

Evidente que a redação ficou truncada, parecendo que haveria dois recebimentos da denúncia ou queixa, um antes da defesa prévia (não mais defesa preliminar como queria o Projeto de Lei) e outro depois, caso o juiz não "absolvesse sumariamente" o acusado.

A princípio houve descontentamento de parte da Comunidade Jurídica, alguns alegando que a lei, contraditoriamente, aponta "dois recebimentos", o que seria uma antinomia, e outros até defendendo que se poderia dar uma interpretação sistemática à Lei, de forma a se concluir que estaria mantida a defesa preliminar, sendo que o juiz só deveria receber a denúncia ou queixa após a apresentação e apreciação da mesma (ou seja, da defesa prévia), e parte da doutrina até defendendo que teríamos "dois recebimentos" da inicial.

Na verdade, e isto é intuitivo, a denúncia, embora possa ser rejeitada liminarmente pelos motivos previstos no artigo 395 do CPP (e pensamos que também por aqueles previstos no artigo 397 do CPP), não pode ser desde logo julgada improcedente, com uma pretendida "absolvição sumária", devendo

antes, no sistema da lei, ser recebida e respondida. Não nos parece concebível, de qualquer modo, uma "absolvição" ou, mais tecnicamente, um *julgamento antecipado do processo*, sem, antes, se dar a instauração deste mesmo processo.

Se for evidente, logo no ato do recebimento, ser caso de rejeição *in limine*, o juiz deve rejeitar a inicial, mas, caso contrário, "recebê-la-á", conforme a dicção da reforma processual (aliás, o art. 363 do CPP diz peremptoriamente *que em se completando* a citação, seja pessoal - real - ou ficta, formado está o processo).

Agora, uma vez citado o acusado e este oferecendo a defesa prévia, poderá o juiz o absolver liminarmente.

Não existem "dois recebimentos", pois o que há é uma má redação da lei. Na verdade já tendo sido "recebida a denúncia", se não for caso de "absolvição sumária", mantido está, tacitamente, o recebimento, ou, por outras palavras, recebida que foi a denúncia, ou, tendo sido recebida a denúncia sem posterior "absolvição", o juiz designará a audiência. Assim deve ser interpretado o art. 399 do CPP, pois qualquer outra interpretação foge à lógica do razoável.

Uma vez elaborada a lei, temos de interpretar a vontade do legislador, e a vontade do mesmo foi a de não aprovar a "defesa preliminar" nos moldes da proposta do Projeto de Lei, tanto assim que no procedimento do júri, ora reformado, também não a manteve na fase do *judicium accusationis*, como se pretendia no Projeto de Lei respectivo. Assim, a Reforma sancionada não adota o contraditório prévio que todos almejavam e era previsto no Projeto de Lei, apesar de continuar a manter um contraditório com uma ampla defesa prévia e a possibilidade de "absolvição sumária".

Pela redação aprovada se o juiz não rejeitar a denúncia ou queixa liminarmente irá receber a peça inicial e citar o acusado que deverá apresentar em 10 (dez) dias a defesa prévia e, uma vez apresentada esta, se o juiz se convencer das razões do acusado, poderá absolver sumariamente o mesmo, na forma do art. 397 do CPP. É isto que foi aprovado e sancionado e a única forma de ser alterado o sistema é através de uma nova lei. Por mais que se possa interpretar uma lei, não se podem fazer interpretações contrárias à mesma. Há um limite para o intérprete.

Neste ponto, assim, perfeita é a conclusão de Borges de Mendonça:

> "Caso se entendesse que a citação ocorreria antes do recebimento da denúncia, existiria uma situação esdrúxula, pois o processo estaria com sua formação completa- relação triangular- sem que o juiz tivesse recebido a denúncia ou a queixa! A interpretação em sentido contrário — de que o recebimento da denúncia ou queixa somente ocorreria após a defesa escrita — afrontaria não apenas a interpretação sistemática, mas especialmente a redação do art. 363, introduzida pela reforma. Ademais, entendemos que seria logicamente impossível a absolvição

sumária do acusado sem o anterior recebimento da denúncia. O juiz julgaria qual pretensão improcedente, se sequer houve recebimento da denúncia? Seria incoerente, em nosso sentir, uma absolvição sem que houvesse processo, sem recebimento da denúncia... Como explicar, então, o art. 399, que menciona o recebimento da denúncia, após a defesa escrita? Entendemos que o referido artigo foi omisso, pois deveria ter sido redigido da seguinte forma:"Recebida a denúncia ou queixa e *não sendo o caso de absolvição sumária*, o juiz designará dia e hora para a audiência". Esta a melhor interpretação da norma, que, inclusive, coaduna-se com a própria sistemática introduzida pela reforma"[2].

Na verdade, o chamado julgamento *in limine* do juiz (absolvição sumária, como dito no art. 397 do CPP), nada mais é do que uma forma de se estancar um processo natimorto, quando o promotor não pediu o arquivamento e o juiz não viu o defeito no momento do recebimento da inicial. Evidentemente que nem todas as hipóteses serão de "absolvição" (temos, por ex., os casos previstos de extinção da punibilidade), mas chama o legislador tal decisão de "absolvição sumária" (que não se confunde com aquela decisão intermediária do Júri) quando, talvez fosse melhor chamá-la de "julgamento antecipado do processo", ou que põe fim ao processo.

O que o intérprete tem que atentar é que o juiz pode rejeitar de plano a denúncia, *não só quando presentes as hipóteses do art. 395 do CPP, mas, também, quando presentes as hipóteses do art. 397 do mesmo diploma legal, pois, neste último dispositivo também estão previstos casos em que o processo não pode prosseguir, como é o caso de ocorrência da extinção da punibilidade, hipótese que não foi prevista no art. 395. Esta sim é uma interpretação razoável, até porque tais causas de estancamento do processo estão previstas em outros dispositivos do CPP e do próprio Código Penal. Da mesma forma a recíproca é verdadeira: o juiz, ao absolver sumariamente, poderá considerar, por exemplo, a falta de justa causa e de pressupostos processuais, previstos no art. 395 do CPP.*

Aliás, praticamente todas as hipóteses do art. 397 já foram incluídas no art. 395, já que a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato faz com que o fato seja atípico e, assim, não será crime, faltando condição da ação (possibilidade jurídica do pedido), o que se repete, inclusive, de forma atécnica, no inciso III, sendo dispensável, portanto o inciso I, pois se há excludente de ilicitude, é porque o fato não é crime ("crime é a ação típica e ilícita...")

Uma das novidades fica por conta da inexistência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente (salvo inimputabilidade), pois antes

---

2. Andrey Borges de Mendonça Mendonça. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*, São Paulo, Ed. Método, 2008, pp. 266/267.

se defendia que esta não autorizaria a rejeição da inicial, mas, agora, a presença da dirimente autoriza o arquivamento ou julgamento antecipado do processo, salvo hipótese, por exemplo, de inimputabilidade por doença mental (neste caso exige-se um processo para se aplicar a medida de segurança).

No que se refere à extinção de punibilidade do agente, também é intuitivo ser autorizada a rejeição (art. 107 do CPP).

Evidentemente que, em geral, as hipóteses que justificam a rejeição da inicial ou a absolvição sumária (arts. 395 e 397 do CPP) tangem o mérito, salvo a inépcia da inicial e extinção da punibilidade do agente. Aliás, no caso de extinção de punibilidade é evidente que não se examina o mérito e, assim, não se pode falar em absolvição, como também se dá com a hipótese de ilegimidade *ad causam*, até porque, no último caso, como ocorre também com a inépcia da inicial, o pedido pode ser refeito, desde que não extinta a punibilidade.

Os arts. 395 e 397 do CPP não se referem, especificamente, às condições de procedibilidade de caráter processual, já que citam apenas de forma genérica as condições para o exercício da ação penal, que, como é intuitivo, se referem à condições para o exercício regular da ação, a saber: possibilidade jurídica do pedido, interesse e legitimidade *ad causam*.

Porém, é evidente que serão necessárias a representação ou a requisição do Ministro da Justiça, para que se inicie a ação penal pública condicionada, na forma da parte final do artigo 24 do CPP.

Tipos existem, ainda, que exigem a presença de condições objetivas de punibilidade, sendo exemplo os delitos falimentares.

Condições objetivas de punibilidade são *condições não previstas em lei*, mas considerando que "a punibilidade, por razões de política criminal, está na dependência do aperfeiçoamento de elementos ou circunstâncias não encontradas na descrição típica do crime e exteriores à conduta"[3], o delito não deverá ser imputado ao agente, pois não se dá a punição *in casu*.

Assim, inexistindo a condição objetiva de punibilidade, o juiz também deverá rejeitar a inicial, apesar e não existir menção à tal condição nos arts. 395 e 397 do CPP.

Em outras hipóteses, a lei prevê a isenção de pena, como no caso das chamadas escusas absolutórias, onde, também por razões de política criminal, um círculo restrito de agentes, ligados à vítima ou ao acusado, por vínculo de parentesco, ou por qualquer outra razão, o legislador se abstém de punir.

---

3. Júlio Fabbrini Mirabete. *Manual de Direito Penal*, 5ª ed., vol. I, São Paulo, Atlas, 1990, p. 377.

Também nestas hipóteses (arts. 181, I e II, e 348, § 2º, do CP), a ação penal não deverá ser instaurada, se dando a rejeição pelo juiz da inicial.

Trata-se de isenção de pena, mas, obviamente, não se movimentará a máquina judicial, instaurando-se o processo para, ao final, se isentar de pena o agente, pois, visando a ação a aplicação da pena, tal seria um contrassenso.

Mas, em dois momentos bem andou o legislador processual penal da reforma, ou seja, ao mencionar expressamente os pressupostos processuais e a justa causa para que regularmente seja instaurado o processo penal, coisa que o Código de Processo Penal, na redação original, não fazia.

No que diz respeito aos pressupostos processuais, agora exigidos no art. 395, II, do CPP, estes podem ser de existência do processo ou de validade do processo.

Os pressupostos de existência, dizem respeito à própria instauração da ação penal, ou seja: existência de demanda; de órgão jurisdicional e de partes dotadas de personalidade jurídica formalmente. Já os de validade, via de regra, podem não impedir a instauração do processo (como é o caso de falta de competência territorial, que pode ser sanada pela prevenção), mas, em outros casos, se detectado, deve se dar o não recebimento ou rejeição (*v.g.* litispendência e coisa julgada).

Portanto, os defeitos que implicam na inexistência do processo, são três (*os chamados pressupostos de existência*): *a*) necessidade de demanda; *b*) necessidade de órgão dotado de jurisdição; e *c*) necessidade de partes que possam figurar no processo.

O juiz não pode, em nosso sistema, proceder de ofício e, assim, para que haja processo, necessária a provocação da parte. A necessidade de demanda consiste, assim, na imprescindibilidade de existir pedido para que o juiz instaure o processo, ou seja, há necessidade de iniciativa da parte para que se instaure a atividade jurisdicional. Em vista do princípio *nemo judex ex officio*, o juiz só poderá agir de ofício em casos extraordinários previstos em lei, não se podendo dar o início de uma relação processual através de uma provocação ou promoção judicial.

Portanto, sendo a necessidade de demanda um pressuposto processual, na verdade a falta de denúncia ou queixa não desafia propriamente nulidade (como quer fazer crer o art. 564, II, *a*, do CPP), e sim inexistência do processo.

Também a presença de órgão dotado de jurisdição é necessária para que se dê a existência do processo. A necessidade de existência de órgão dotado de jurisdição importa na imprescindibilidade de que o órgão em que se origina e desenvolve o processo seja dotado de *poder de dizer o direito no caso em espécie*. Além da condição de o juiz ser investido de jurisdição (efetivamente ser juiz), o juiz ou tribunal que atuar em um processo não tendo jurisdição

para tanto, estará atuando em processo inexistente. A sanção, nestes casos, não é a nulidade e sim a inexistência do feito.

Trata-se de coisa diversa de competência, esta sim podendo implicar em simples nulidade, pois enquanto a competência, no mais das vezes, é de cunho infraconstitucional, sendo definida comumente como a "a medida da jurisdição"[4], a jurisdição é fixada constitucionalmente, como *v.g.*, ao estabelecer a Lei Maior que os crimes militares serão julgados pela Justiça Militar.

De acordo, ainda, com a doutrina de José Barcelos de Souza:

> "É que o poder jurisdicional emana da Constituição, e esta, com relação a determinadas matérias, o retira, salvo quanto a certas pessoas, da Justiça ordinária, pra atribuí-lo a Justiças especiais, que, por sua vez, especiais que são, têm a função jurisdicional limitada, pela própria Constituição, a determinadas matérias apenas. Desse modo, o juiz ou tribunal que atuar fora do âmbito jurisdicional constitucionalmente previsto, está agindo não simplesmente com falta de competência mas, desenganadamente, com falta de jurisdição."[5]

Destarte, de um feito processado por órgão sem jurisdição, nada se aproveita, pois só se pode aproveitar ou ratificar atos nulos, ou seja, aqueles praticados por juiz incompetente (assim mesmo caso seja a nulidade relativa), e não aqueles inexistentes.

Por fim, a capacidade de ser parte também é exigida como pressuposto de existência de um processo, e, assim, os animais, pessoas que tem imunidade perante a jurisdição brasileira, como é o exemplo dos diplomatas alienígenas e, ainda, o menor de 18 anos, que não *podem* ser parte passiva no processo penal.

Daí, em consequência, o processo penal porventura instaurado em face de menor de 18 anos, não seria somente nulo, como é comum se alegar, mas, na verdade, inexistente, não se podendo falar aqui em ilegitimidade ad causam.

Parte da doutrina entende se dar, na espécie, a *ilegitimidade ad processum*, simples falta de pressuposto processual de validade[6].

Mas, como esclarece José Barcelos de Souza:

---

4. Mas, ao se falar que a competência é medida de jurisdição, não se pode entender ser esta fragmentável. A jurisdição, na verdade, é una e indivisível, não comportando, assim, divisões ou fragmentações, sendo que é o seu exercício que é distribuído, pela Constituição e leis infraconstitucionais, entre os vários órgãos jurisdicionais e, assim, consoante Liebman, "competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos".
5. Ob. cit., p. 21.
6. Nós mesmos já pensamos assim, como se vê de nossas anteriores edições de *Ministério Público e Persecução Criminal*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1ª, 2ª e 3ª eds. (1997/2002), posição que agora reformulamos nas novas edições da obra e no vol. I do presente *Curso de Processo Penal*.

"(...) vê-se que se distinguem os conceitos de capacidade de ser parte - um pressuposto processual de existência -, de legitimidade processual (*legitimatio ad processum*), ou capacidade processual como se expressa o Código de Processo Civil (art. 7º) - um pressuposto não de existência, mas de desenvolvimento válido do processo -, e de legitimação à causa (*legitimatio ad causam*) -, uma das condições da ação"[7].

Há de se distinguir, assim, a capacidade de ser parte no processo *penal* (*como é o caso do menor de 18 anos*) da capacidade processual, ou seja, de praticar validamente os atos do processo, esta última correspondente a um requisito de validade do processo, ou seja, *a legitimatio ad processum*, como é o exemplo do promotor de determinada Comarca que inicia ação em outra Comarca em que não está lotado. Neste caso, é parte ilegítima *ad processum*, pois não detinha atribuição para promover a ação, podendo, aqui sim, se dar a nulidade.

Os pressupostos de validade, por sua vez, são identificados no próprio decorrer da relação processual, e dizem respeito à regularidade dos atos processuais, sem vícios ou defeitos, e, assim, *deve haver legitimidade da parte para aquele processo (legitimatio ad processum), não deve ser o juiz suspeito ou incompetente para aquele caso em concreto e não podem estar presentes a litispendência, a coisa julgada ou a perempção, além de hipóteses outras que maculem a relação processual.*

Portanto, segundo BÜLOW, somente em relação aos pressupostos de validade é que poderia incidir a denominação exceções processuais, como na antiga doutrina alemã.

É que os pressupostos de existência, via de regra, são examinados de ofício pelo juiz, independentemente da provocação ou arguição da parte, enquanto os pressupostos de validade, apesar de poderem ser apreciados de ofício pelo juiz, são comumente arguidos pela parte.

Destarte, não estando presentes os pressupostos de existência para o processo, *o juiz não poderá proferir qualquer decisão no processo, seja de mérito ou não,* enquanto ausentes os pressupostos de validade, *o juiz só fica impedido de julgar o mérito.*

Os primeiros, ausentes, impedem a existência ou nascimento do processo como relação jurídica; já, na falta dos segundos, deve ser caso de declaração de nulidade, o que pode impedir o juiz de exarar decisão de mérito, salvo se for caso de nulidade que seja suprível *se* for, efetivamente, sanada. Na verdade, como a Reforma Processual Penal se refere genericamente a pressupostos processuais, sejam os de existência como os de nulidade serão objeto de apre-

7. Ob. cit., p. 18.

ciação pelo juiz na fase de recebimento da inicial ou de "absolvição sumária", alertando-se, entretanto, que em se tratando de pressuposto processual penal de validade, caso não haja o reconhecimento, pode se dar a sanatória ou saneamento (v.g. incompetência relativa).

Quando à *falta de* justa causa, também poderá provocar o julgamento antecipado do processo (absolvição sumária), já que, como é sabido, faltando suporte probatório mínimo pode se dar, inclusive, o trancamento do processo via *habeas corpus*. Verdade que a justa causa em sentido amplo, na forma do previsto no art. 648, I, do CPP, serve para designar a existência das condições da ação, de forma a identificar a imputação razoável, mas, por outro lado, porém, em **sentido estrito**, parte da doutrina a erige em verdadeira condição autônoma para exercício da ação penal.

Porém, tal já era refutado por José Barcelos de Souza:

> "*Também não* é a justa causa uma condição autônoma, uma quarta condição da ação... a questão da justiça do processo em face da prova, matéria que diz respeito ao processo, não pode ser tratada como condição da ação"[8].

E, em outro estudo, argumenta o autor:

> "*A justa* causa no processo penal... não é nem pode ser considerada uma condição autônoma, uma como que quarta condição da ação penal. É que, em seu sentido estrito e mais característico, de existência de um fato delituoso imputável ao acusado, quer segundo a narrativa da denúncia ou da queixa, quer no que concerne à prova apresentada, ela diz respeito sempre à matéria ligada ao mérito do pedido (isso não significando, porém, que a decisão sobre a falta dela configure sentença de mérito), não podendo, por isso mesmo, constituir uma condição da ação, por definição de questão alheia ao mérito da causa... Trata-se, em verdade, de hipótese de inadmissibilidade em razão da prova, própria do processo penal, sem correspondência no processo civil..."[9].

Para Maria Thereza Rocha de Assis Moura:

> "*Em alguns casos*, a solução será admitir que a decisão que reconhece a falta de justa causa é de natureza mista, pois contém ela, a um só tempo, características de Direito material e de Direito Processual... o ato decisório que rejeita a denúncia ou queixa, sob a fundamentação de insuficiência de prova do fato e/ou indícios insuficientes de autoria, é terminativa,

8. José Barcelos de Souza. *Doutrina e Prática do Habeas Corpus*, Belo Horizonte: Sigla, 1998, p. 206.
9. *Direito Processual Civil e Penal*, p. 78.

isto é, meramente processual; e enquanto não extinta a punibilidade, nada obsta a que seja instaurada ação penal, se surgirem novas e relevantes provas, que modifiquem a situação... esta hipótese é distinta daquela em que a denúncia ou queixa narra fato formalmente típico e o imputa a uma pessoa, mas de forma totalmente divorciada da prova até então colhida, que aponta para a inexistência do fato ou de sua autoria, ou de que o imputado não teve nele participação. Neste caso, a falta de justa causa ocorre porque, como vimos, não basta que a acusação preencha formalmente os requisitos do art. 41 do CPP. É preciso, mais, que ela guarde fidelidade para com o inquérito policial ou os elementos de informação"[10].

Assim, *quando é abortada a ação, seja pelo arquivamento ou julgamento antecipado do processo, como não há sentença final, será necessário distinguir* se há carência de provas a embasar a imputação, ou se a prova é em sentido inverso da imputação, ou seja, demonstra a não-autoria ou a não-existência do fato, neste último caso, a ação não pode ser reiterada, ao contrário do primeiro, quando, desde que não haja prescrição pode se buscar *a instauração de* um novo processo.

De qualquer modo, não é correto afirmar que, ontologicamente, seria a justa causa uma quarta condição da ação.

Agora, de forma evidente, além de pioneiramente se fazer menção aos pressupostos processuais, também se exige expressamente a presença da justa causa, sendo que adota a reforma penal a posição correta doutrinária de que *a justa causa não é uma condição* da ação, pois, ao se elencar as hipóteses que autorizam a rejeição da inicial penal, diferencia o legislador a justa causa (inciso II) das condições da ação (inciso III) no artigo 395 do CPP, *verbis:*

"Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

.....

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal."

Portanto, a justa causa se trata de um requisito especial para recebimento da inicial (ou *para estancamento do feito* na fase do art. 397 do CPP), ou seja, é erigida como condição de admissibilidade da denúncia ou queixa, que deve se lastrear em um suporte probatório mínimo (ao menos indiciário) e, daí, a exigência própria e específica do processo penal, que diferentemente do pro-

---

10. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. *Justa Causa da Ação Penal.* São Paulo, Ed. RT, 2001, pp. 200-256.

cesso civil, exige um procedimento prévio (inquérito ou outra investigação), ou ao menos, a presença de peças de informação, que embasem a postulação aduzida pela acusação em juízo. E assim deve ser, obviamente, pois o processo penal envolve restrição à liberdade individual e, um processo sem lastro algum é, sem dúvida, uma coação ilegal ao imputado (art. 648, I, do CPP) a autorizar, inclusive, impetração de *habeas corpus*.

Obviamente que o juiz, ao apreciar a existência deste lastro probatório mínimo, não fará um profundo exame de mérito, na forma do art. 386 do CPP[11], pois não se trata de se aferir procedência da imputação com juízo de mérito, e sim de se averiguar se há *suporte probatório mínimo para a imputação*, ou seja, se o fato narrado está embasado no *mínimo de prova*, ou se o fato narrado encontra correspondência o que foi apurado no inquérito ou em outra forma de investigação.

Questão referente ao ato de recebimento da inicial penal é a indagação da necessidade ou não de fundamentação, sendo que a jurisprudência e a maior parte da doutrina têm entendido ser desnecessária a fundamentação por tratar-se de "decisão interlocutória simples".

Porém, dada a carga decisória do despacho de recebimento da inicial, com múltiplos efeitos no processo, e em face do disposto no art. 93, IX, da Constituição de 1988, entendemos que deve haver a fundamentação, mesmo que de forma sucinta, fazendo-se menção ao preenchimento dos requisitos dos arts. 41 e 395 do CPP, sendo inadmissível, como se vislumbra na prática, recebimento por "carimbo" ou "etiqueta", às vezes apostos por serventuários do cartório.

Neste sentido, José Antonio Paganella Boschi:

> "*Diante* do atual regramento constitucional (inciso IX do art. 93) concluímos que a fundamentação dessa e de toda e qualquer decisão passou a ser a regra no direito brasileiro, muito embora a jurisprudência proclame o contrário, invocando o argumento de falta de prejuízo ao *réu*. *Insistimos* que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas para que se possibilite aos sujeitos processuais, através de eventual recurso, a formulação da crítica perante o órgão de instância superior."[12]

Ainda mais agora, com a reforma penal de 2008 dando a possibilidade de o juiz decidir absolvendo sumariamente o acusado após a defesa prévia (art. 397 do CPP), mais imprescindível o exame da inicial penal e a fundamentação no ato do recebimento, sob pena do juiz dar um "atestado de inoperância",

---

11. Aqui reside a objeção daqueles que não aceitam o lastro probatório mínimo a configurar a justa causa a ser examinada como condição da ação (cf. José Antonio Paganella Boschi, ob. cit., p. 61).
12. Ob. cit., p. 157.

pois se não bem examinar ou fundamentar o recebimento da inicial (averiguando os pressupostos, requisitos e condições do art. 395 do CPP), poderá ter o desagradável dever de julgar o processo antecipadamente, após ser demonstrada a falha pela defesa (falha que evidentemente deve ser atribuída ao juiz). Talvez com isto, acabe a prática maléfica do juiz "delegar" a um funcionário do cartório ou a um secretário, o recebimento "genérico" de iniciais penais, mormente a denúncia.

De se observar que o juiz, a princípio, não pode alterar o fato narrado na denúncia ou queixa para dar-lhe definição jurídica diversa (ou receber parcialmente a denúncia, em regra). Dizemos a princípio porque em casos extremos, como o exemplo do promotor *que imputa* delito que não faz jus, p.ex., à suspensão do processo (de forma a impedir a concessão do benefício ao acusado), quando é evidente que o caso é de delito que comporta aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95, o juiz poderá instar o promotor a respeito.

É que a nova redação do art. 383 trazida pela reforma processual penal ("o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave"), pode fazer parecer que é possível a modificação da qualificação da denúncia, mas é de se considerar que o art. 383 está no capítulo da *sentença* e, assim, a *emendatio* só pode se dar nesta fase.

Ademais, o Projeto de Lei do qual originou a nova redação do dispositivo, trazia um parágrafo (§ 2º) que dizia expressamente que a *emendatio* "poderia ser adotada pelo juiz no recebimento da denúncia ou queixa", mas, entretanto, tal dispositivo foi suprimido no Congresso Nacional, e a Lei final sancionada não o adota, o que demonstra o acima afirmado.

DO NHEENGATU AO NOVO ACORDO ORTOGRÁFICO

NANCI DA COSTA BATISTA *

Originária do latim falado pelos romanos na Península Ibérica, região onde hoje estão Portugal e Espanha, a Língua Portuguesa difundiu-se por todas as partes do mundo devido à expansão marítima de Portugal no século XVI.

Quando os portugueses chegaram ao Brasil, encontraram o tupi, língua das nações indígenas que aqui viviam. Rapidamente, portugueses e tupis-guaranis perceberam a necessidade de entrosamento. Com a mistura dos idiomas, veio a mistura das raças - muitas mulheres indígenas se casaram com colonizadores portugueses. Embora dominante, a língua trazida pelos portugueses foi enriquecida por inúmeros vocábulos indígenas que até hoje fazem parte de nosso léxico, como mandioca, Pindorama, Iracema, caipira, jararaca, abacaxi. Mais tarde, com a escravidão, os negros contribuíram com inúmeras palavras que também fazem parte de nosso vocabulário, dentre as quais moleque, samba, vatapá, angu e cachimbo.

No período da colonização, portugueses chegavam constantemente à colônia, vindos de várias regiões de Portugal e de diferentes classes sociais, cada qual com seu dialeto. Esses imigrantes motivaram considerável distanciamento entre o português lusitano e o português falado aqui, principalmente porque, como eram minoria, tiveram que aprender a língua indígena para poderem se comunicar. Essa mistura de idiomas e falares ficou conhecida como língua geral ou Nheengatu.

Observando a língua geral, Anchieta desenvolveu um trabalho de coleta e agrupamento de dados estabelecendo normas gramaticais que deram origem à Gramática da língua mais falada na costa do Brasil. Seu trabalho foi difundido e adotado como padrão da língua indígena permanecendo em uso até que a Lei do Diretório dos Índios (1757), iniciativa do MARQUÊS DE POMBAL, proibiu a língua geral em toda a colônia. Foi também responsabilidade de

* Professora de Língua Portuguesa, Bacharel em Direito, Técnico Superior Administrativo e Gerente de Pesquisas Institucionais do MP.

Pombal a expulsão dos religiosos do território brasileiro porque a coroa receava a formação de um estado jesuítico, com língua própria, sabedora de que os jesuítas priorizavam a língua brasílica em sua catequese e tinham domínio sobre grande número de indígenas.

A língua geral foi falada, durante os séculos XVII e XVIII, por tropas e missões que estabeleceram núcleos de povoamento no vale amazônico; usada não somente para catequese, mas no convívio diário e nas relações sociais até o século XIX. Levado principalmente pelos bandeirantes, o Nheengatu expandiu-se até a fronteira com o Peru e Colômbia e ainda hoje se mantém vivo não só como idioma usado na comunicação diária, mas como língua materna, sendo responsável, inclusive, pelo dialeto caipira que encontramos no interior do país. Por ser falado principalmente por iletrados, teima a gramática normativa em considerá-lo errôneo, mas pesquisas demonstraram que o dialeto caipira pode ser encontrado em textos arcaicos que, à época, eram considerados como as mais corretas formas do idioma.

Além do crescente número de portugueses que chegavam à Colônia, a vinda da família Real, a criação da imprensa brasileira e a fundação da Biblioteca Nacional acabaram por fomentar o uso da Língua Portuguesa no Brasil a partir da segunda metade do século XVIII, fortalecendo-a.

A política linguageira de Pombal e a expulsão dos jesuítas do Brasil propiciaram a criação da primeira rede de ensino não católica na qual era obrigatório o ensino da língua portuguesa. Como eram poucas as pessoas que podiam frequentar as escolas, presume-se que, nos lares, em reuniões informais e no dia a dia a língua geral continuava a ser falada.

Mas o sentimento nacionalista de independência política e econômica adquirido no período romântico despertou o desejo de criação de uma literatura nacional, que veio a se intensificar em 1922 com a proposta modernista.

Após a independência do Brasil, os imigrantes (alemães, japoneses, sírio-libaneses e italianos) que aqui chegavam traziam grande contribuição ao léxico e variações de pronúncia que encontramos principalmente na região sul do país.

Com o incremento da tecnologia ocorrido no século XX, alguns termos, ao se incorporarem à Língua Portuguesa, adquiriram escritas diferentes distanciando os falares de Portugal e Brasil.

Da grafia fonética (escrevia-se como se falava) que prevaleceu até o século XVI em Portugal até nossos dias, muitas modificações sofreu nosso idioma.

Em 1911, Portugal implementou a primeira reforma ortográfica. Como não houve acordo com o Brasil, a ortografia ficou bastante diferente nos dois países.

Inconformadas, a Academia das Ciências de Lisboa e a Academia Brasileira de Letras tentaram um primeiro acordo firmado em 1931. Publicada em

Portugal em 1940 e no Brasil em 1943, essa proposta apresentava acentuada diversidade entre o vocabulário do Brasil e o de Portugal. Na tentativa de amenizar o problema, a Convenção Luso-Brasileira elaborou o Acorodo Ortográfico de 1945. Como não foi ratificado pelo Brasil, nossa ortografia continuou seguindo o Formulário Ortográfico de 1943.

Novo acordo originou, no Brasil, a Lei nº 5.765 de 18 de Dezembro de 1971 aproximando as ortografias, não sendo, contudo, ratificado por Portugal. Essa padronização sanou cerca de 70% das divergências ortográficas entre os dois países. Com essa reforma, foi eliminando o acento da subtônica dos vocábulos formados com o sufixo *-mente* ou iniciados por -z (sòmente, sòzinho).

Houve outras tentativas, inclusive a descabida proposta de eliminar o acento das proparoxítonas. Caso fosse aceita, seria difícil a distinção entre alguns substantivos e verbos, como fábrica e fabrica; médico e medico; náufrago e naufrago. Como a tendência dos falantes da língua portuguesa é transformar todas as palavras não acentuadas em paroxítonas, a supressão do acento das esdrúxulas poderia ocasionar a pronúncia de palavras, no mínimo, constrangedoras.

Finalmente, no Brasil, o Decreto nº 6.583, de 29 de setembro de 2008, confirmou o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa aprovado em Lisboa em 1990.

Desde janeiro de 2009, as editoras brasileiras, bem como os meios de comunicação passaram a adotar a nova ortografia, que se tornará obrigatória a partir de 2012.

São 8 os países lusófonos, aqueles que reconhecem o português como língua oficial: Portugal, Brasil, Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor Leste.

A língua portuguesa é o quinto idioma mais falado no mundo, sendo a terceira no ocidente. Acredita-se que 250 milhões de pessoas no planeta falam Português; 80% desse total somente no Brasil. Devido a esse imenso contingente de falantes da língua portuguesa, os países do MERCOSUL estão obrigados a adotar o português como disciplina nas escolas. Há, ainda, regiões onde nosso idioma é falado por parte da população, como Macau (sul da China) e Goa (na Índia).

Timor Leste, depois da independência, passou a considerar o português como língua oficial, embora o tétum, juntamente com outras 15 línguas, seja falado pela maioria da população. O país, localizado na Oceania, ainda não ratificou o Acordo.

Embora o português seja a língua oficial de Angola, 50% da população usam paralelamente línguas nativas. Cerca de noventa dialetos são encontrados no país, sendo o umbundu, o kikongo, o chokwe-lunda e o kioko-lunda os principais. Há, ainda o pretoquês, como é conhecido um falar crioulo originá-

rio da mistura do português com as línguas nativas. Angola ainda não ratificou o Acordo, mas criou comissões para discutir as estratégias que serão usadas.

Em Cabo Verde, o português é usado para a escolarização, pelos meios de comunicação, nos documentos oficiais, mas, na comunicação diária, a população utiliza o caboverdiano, idioma nascido da mistura do português arcaico com as línguas africanas. Mesmo tendo ratificado o acordo, ainda não decidiu por quanto tempo a antiga grafia será aceita.

Também na Guiné-Bissau, metade da população se comunica por meio de dialetos, como o de Bissau e o de Cacheu. Como o país recebe imigrantes de países de língua francesa devido a sua localização geográfica, podemos considerar o francês, depois do crioulo, a língua mais falada na Guiné. É muito pequena a percentagem da população que usa o português como língua oficial, que fica restrito à zona central e comercial da capital.

Em Moçambique, outro país que não ratificou o Acordo, a população também utiliza línguas africanas na comunicação diária. As línguas do grupo Bantu, como o emakhuwa, o xichangana e o elomwe são as mais faladas. O último censo mostrou que o português é usado por quase metade dos moçambiquenses.

Assim como os demais países africanos, São Tomé e Príncipe, além do português, fala o crioulo de origem portuguesa. Os principais dialetos crioulos usados pelos são-tomenses são o forro, o angolar e o monco. O português usado normalmente pela população contém características do português arcaico, sendo o português europeu usado pelos políticos e pelas classes privilegiadas. Assim como Cabo Verde, São Tomé e Príncipe não determinaram prazo para validar a nova ortografia.

Portugal, de onde se originaram as manifestações para a mudança, não está preocupado em implementar o Acordo, talvez porque tenha prazo até 2014 para fazer a adaptação.

No Brasil, cresce o número de vozes que se levantam contra o Acordo Ortográfico. Compõem essa lista jornalistas, escritores e gramáticos. Todos concordam que a língua é do povo, que nenhum governo, nenhuma academia conseguirá impor regras que a população não aceite.

O Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa pretende unificar a ortografia dos países que têm o Português como língua oficial, porém jamais eliminará as divergências fonéticas e semânticas existentes.

Não é de agora, por exemplo, a discussão sobre o emprego do hífen, agravada pelas novas regras impostas pelo Novo Acordo. Mesmo pretendendo promover a simplificação no uso do hífen, o assunto ainda provoca rixas intestinas. O texto do novo acordo determina a exclusão do sinal em casos

especiais, quando o termo já for consagrado pelo uso. Explica que a palavra poderá ser aglutinada quando "se perdeu, em certa medida, a noção de composição". Ocorre que essa noção varia de acordo com cada país que utiliza o idioma. As regras gramaticais devem ser amparadas por critérios linguísticos objetivos para que tenham credibilidade e possam ser aplicadas sem receio de se tornarem ineficazes.

Pelas novas regras, dispensa-se o hífen nas palavras compostas por prefixo quando esse termina por vogal e o segundo elemento começa por vogal diferente (extraescolar, autoestrada). Da mesma forma, quando o segundo elemento começar por *r* ou *s*, caso em que a consoante deverá ser dobrada (minissaia, contrarregra).

Por outro lado, a nova ortografia prevê a colocação do hífen nos compostos formados por substantivos, adjetivos, numerais ou verbos (tenente-coronel, guarda-noturno). Observa, contudo, que nos casos em que se perdeu a noção de composição, essas palavras deverão ser aglutinadas (girassol, paraquedas). Difícil, para não dizer impossível reconhecer os casos em que as regras deverão ser aplicadas.

Cada país possui uma característica própria para o uso do idioma, utilizando dialetos ou palavras adquiridas de outras línguas.

A proposta de uma nova ortografia traz a incerteza de sua aplicabilidade. Se a maioria da população brasileira ainda não assimilou as antigas regras ortográficas, certamente ignorará as novas e o Novo Acordo será apenas mais uma tentativa de unificação.

A decisão de Portugal querer impor sua língua deveria nos incentivar a corrigir a injustiça praticada contra o nheengatu e consagrarmos nosso falar como língua brasileira, idioma só nosso, com total independência linguística. Uma língua com a cara do Brasil, que retrate nossa realidade sociocultural e que seja fiel ao falar que o brasileiro escolheu. Nenhum país evolui de forma idêntica. As diferenças ortográficas entre os dois idiomas são visíveis e tornar-se-ão cada vez mais distintas a despeito de qualquer tentativa de aproximá-las.

Pareceres e Razões

Desapropriação – Desistência da ação por procurador do ente público – Necessidade de prévia desconstituição do decreto de desapropriação

1ª Câmara Cível

Apelação Cível nº 2009.001.25858

Apelante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Apelado 1: Estado do Rio de Janeiro

Apelado 2: Durval Sanzi Cardoso

Apelado 3: Mario Matheus da Silveira e s/esposa Idalina Hilária da Silveira, rep/p/Curadoria Especial e Outro

Origem: 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital

Relator: Desembargador Camilo Ribeiro Ruliere

MINISTÉRIO PÚBLICO: Procurador ERTULEI MATOS PARECER Nº 152/2009

Apelação. Ação de desapropriação movida pelo Estado (SURSAN), em 1969. Inconformismo do Ministério Público quanto à sentença de fls. 125, que homologou a desistência da ação, manifestada pelo Autor. Parecer no sentido do conhecimento do recurso e, ultrapassando-se a prejudicial de ilegitimidade do órgão fiscal, argüida pelo Estado, que, no mérito, seja dado provimento ao apelo para cassar a sentença e ordenar venha aos autos ato administrativo (decreto), se houver, de revogação, do Decreto 1512 de 9 de maio de 1967, posto que a desistência válida da desapropriação não prescinde de ato administrativo - Decreto - da autoridade competente, no caso o Governador.

Relatório

Cuidam os autos de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO contra a sentença de fls. 125, proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, nos autos da Ação de Desapropriação que o ESTADO DO RIO DE JANEIRO move em face de MÁRIO DA SILVEIRA e OUTROS.

A sentença de fls. 125 homologou a desistência da ação requerida pelo Autor, extinguindo o feito sem o exame do mérito.

Apelação do Ministério Público, a fls. 127/131, pugnando pelo recebimento e provimento, *in verbis*,

> **"para o fim de cassar a r. sentença de fls. 125, determinando-se a intimação do Estado do Rio de Janeiro para esclarecer a atual situação do bem e informar o fundamento para a ausência superveniente do interesse pelo imóvel".**

O recurso foi recebido no duplo efeito (fls. 132).

Contra-razões do Estado a fls. 135/145.

É o relatório.

Passo à fundamentação.

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público de primeiro grau, cabível, porque ataca sentença, embora homologatória, isenta de preparo e tempestiva, apta ao conhecimento.

A questão é singular.

Processo de desapropriação instaurado em 24 de março de 1969, por autarquia estadual - A SURSAN – que, no curso do processo, foi extinta, tendo sido sucedida na relação processual pelo Estado do Rio de Janeiro.

Sentença de mérito, concessiva da desapropriação, **às fls. 72/73**, da lavra do Juiz de Direito João Bosco Cavalcanti Lana, cujo dispositivo acolheu o valor sugerido no laudo do perito oficial, Cr$3.702,00, moeda em circulação na época (23/04/73).

Apelação da SURSAN, fls. 76/78, conhecida e parcialmente provida pelo v. acórdão de fls. 95, lavrado em 20/11/1980 mantida, contudo, a desapropriação decretada.

O acórdão foi registrado e, ocorrido o trânsito em julgado, os autos foram devolvidos à vara de origem, onde permaneceram arquivados até fevereiro de 1992.

E, finalmente, em 26/06/2008, por sentença de fls. 125, o juiz de primeiro grau homologou a desistência da desapropriação, requerida pelo Estado, de cuja sentença o Ministério Público recorreu, por Apelação, pedindo a cassação, observadas as razões expendidas no apelo.

O Estado alega em preliminar, nas contra-razões, que o MP não teria legitimação para recorrer, porque não lhe caberia atuar em ação desapropriatória e, no mérito, alega que não houve o pagamento do valor fixado pelo acórdão transitado em julgado e, tampouco, o bem sofrera, no período, alteração substancial, irreversível, que inviabilizasse a desistência.

Examino a prejudicial de ilegitimidade do MP.

O argumento não é correto. Na ação de desapropriação a atuação se dá por força da lei de desapropriação, no particular compatível com o artigo 127 da CF, razão porque recebida pela ordem constitucional instaurada.

E a tal "Carta de Ipojuca", utilizada como reforço de argumentação pelo Estado, não integra o arcabouço normativo do Ministério Público, por absoluta ausência de poder normativo do ente que a emitiu: simples associação civil, privada, que congrega Corregedores dos Ministérios Públicos dos Estados e da União.

A "Carta de Ipojuca" nada mais contém que pura manifestação - indébita, diga-se, por absoluta falta de atribuição legal dos que a enunciaram - de intenção, sem qualquer valor legal ou mesmo jurídico.

A rejeição da preliminar de ilegitimidade recursal ativa do MP se impõe.

Passo ao mérito.

Quanto ao mérito o recurso merece provimento.

É certo que a jurisprudência dominante do STJ admite a desistência da desapropriação mesmo após julgada, desde que o preço não haja sido pago e o bem não tenha sido alterado substancialmente pelo expropriante.

Vê-se que a regra é a possibilidade da desistência.

Porém neste caso há obstáculo à homologação do pedido, obstáculo esse que o ilustre juiz não se apercebeu.

Explico. A ação de desapropriação foi precedida de título hábil, qual seja o Decreto E-1512 de 9 de maio de 1967, título esse que instruiu a demanda, doc. fl. 07.

E não há, nos autos, instrumento que prove a revogação ou a desconstituição do Decreto E-1512/67.

Se não há prova nos autos de que foi editado decreto de revogação do ato administrativo de desapropriação, o Decreto E-1512/67, a desistência requerida pelo Procurador do Estado, sem a exibição de ato administrativo pertinente, não poderia ser homologada.

E não poderia porque a desistência - que em rigor seria da desapropriação, ato de direito material, e não meramente da ação - só se viabilizaria uma vez demonstrada a efetiva desconstituição, pelo agente político competente, do Decreto que declarou desapropriado o bem imóvel objeto da demanda.

Não entro em considerações sobre se o procurador do Estado detém, ou não, poderes para desistir de ações, se pode transigir, enfim, porque aqui neste caso a relevância está na questão de direito material, que é a existência e persistência da eficácia do Decreto de desapropriação que, não tenho dúvidas, somente pode ser revogado pelo agente político que o editou: o Governador do Estado.

Enquanto o decreto de desapropriação existir ele produzirá efeitos inibidores da desistência do processo respectivo, cujo requerimento, para alcançar o resultado pretendido, dependerá da exibição de ato administrativo - de hierarquia igual ao que decretou a desapropriação - que tenha desconstituído o decreto de desapropriação.

O recurso do Ministério Público visa à nulidade, à cassação da sentença homologatória.

E embora os argumentos da ilustre Promotora de Justiça que firma as razões estejam fincados basicamente na impossibilidade da desistência por fundamentos de ordem processual - coisa julgada - e aperfeiçoamento da desapropriação, por considerar exaurido o processo e, portanto, não mais passível de desistência, não há qualquer dúvida que ao afirmar a nulidade do ato judicial devolveu ao Tribunal a verificação integral da ocorrência, ou não da nulidade, ainda que por fundamentos diversos dos expostos, isso porque nulidade constitui questão de ordem pública e, com a devolução plena, propiciada pelo recurso de Apelação, autorizado o Tribunal - é como penso - a declará-la sem ater-se aos limites estreitos da argumentação do recorrente.

Diante do exposto, **o parecer é no sentido do conhecimento e do provimento da apelação de fls. 127/131**, interposta pelo Ministério Público de primeiro grau.

Rio de Janeiro, 02 de junho de 2009.

Procurador ERTULEI MATOS

MINISTÉRIO PÚBLICO

Remoção de presos para presídio federal. Ato de natureza complexa que é aperfeiçoado por decisão da justiça estadual e da justiça federal. Inteligência do artigo 4º da lei nº. 11.671/08. Regime de execução de pena em presídio federal. Distinção entre regime disciplinar diferenciado e regime ordinário fechado

RECURSO DE AGRAVO

Agravante: Isaías da Costa Rodrigues

CONTRARRAZÕES DE AGRAVO

Egrégio Tribunal
Colenda Câmara Criminal
Douta Procuradoria de Justiça

Irresignado com a r. decisão monocrática que prorrogou o prazo de sua permanência na penitenciária federal de Catanduvas/PR pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, insurge-se o apenado, ora agravante, buscando a sua desconstituição.

A nobre defesa de Isaías da Costa Rodrigues apresentou suas razões às fls. 04/18, nas quais requer, em preliminar, seja declarada a nulidade do *decisum* agravado e, no mérito, o provimento do recurso para determinar o retorno do agravante a este Estado, diante de inexistência de provas de que ele participou de algum ato contrário à segurança pública e, subsidiariamente, declaração do período de duração de sua permanência no presídio federal.

Tais razões, contudo, não merecem acolhida, como adiante se demonstrará.

Questões Prévias

Inicialmente, o Ministério Público vem apresentar duas questões prévias que devem ser analisadas por essa Colenda Câmara.

A primeira questão consiste na prevenção que possui a 8ª Câmara Criminal para decidir sobre a questão da remoção do referido preso para a penitenciária federal.

Como inclusive afirmado pela douta defesa, a 8ª Câmara Criminal decidiu o recurso de agravo nº. 2007.076.01314, determinando a prorrogação do prazo de permanência do agravante e de mais dez presos de altíssima periculosidade no Presídio Federal de Catanduvas, até o dia 05 de maio de 2008.

Dessa forma, firmou-se a competência da 8ª Câmara Criminal para decidir sobre qualquer questão atinente à transferência dos presos para aquele presídio federal.

Já a segunda questão reside na incompetência da Justiça Estadual para decidir o recurso a respeito da decisão de deferimento da transferência dos presos para Penitenciária Federal.

A assertiva acima é respaldada pelo artigo 4º da Lei 11.671/08, que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima. No mencionado dispositivo é dito que *a admissão do preso, condenado ou provisório, dependerá da decisão prévia e fundamentada do juízo federal competente.*

Assim, o ato judicial estadual de transferência de preso para o sistema penitenciário federal depende do aceite da Justiça Federal. Vale dizer: o Juízo estadual competente para a execução penal, ao verificar a necessidade e a presença dos requisitos autorizadores da medida, encaminha os autos da transferência do preso ao Juízo federal, o qual, por seu turno, decidirá, prévia e fundamentadamente, acerca de sua admissão.

Como se vê, a decisão final que aperfeiçoa o ato de transferência está inserida na competência do Juízo federal. Por tal motivo, a competência para análise, processo e julgamento de eventual recurso contra essa decisão resta afeta à Justiça Federal – e não à Justiça Estadual.

No caso vertente, a decisão que acolheu o pedido de prorrogação de permanência dos presos – dentre eles o agravante – no precitado presídio federal foi proferida pelo Juízo Federal da Seção de Execução Penal de Catanduvas da Seção Judiciária do Paraná, nos autos do Incidente de Transferência entre Estabelecimentos Penais nº. 2007.70.00.001569-3/PR, consoante se depreende dos documentos anexados a este arrazoado.

Evidenciada, pois, a incompetência absoluta da Justiça Estadual para examinar o presente recurso de agravo.

Ainda nesse diapasão, releva notar, por oportuno, que hipótese diversa ocorreu nos autos do agravo nº. 2007.076.01314. Nesse processo, o pedido do Ministério Público de encaminhamento dos autos para a Justiça Federal (para lá ser analisada a prorrogação do prazo de permanência dos presos em Catanduvas) restou indeferido à época pelo Juízo estadual. Assim, eventual recurso deveria e, de fato, foi analisado pela Justiça Estadual.

Como dito, convém frisar, o presente caso é diverso, visto que o Juízo estadual entendeu pela necessidade de transferência do preso, medida ratificada pelo Juízo federal competente.

Mérito

Caso superadas as questões prévias suscitadas, no mérito também não assiste razão ao recorrente. Senão vejamos.

As preliminares argüidas pela defesa devem ser rechaçadas, eis que obedecidos os princípios constitucionais informadores do processo, todos consubstanciados no devido processo legal, bem como devidamente fundamentada a douta decisão atacada, consoante se depreende da mera leitura dos autos.

No que concerne à alegação de parcialidade do magistrado, nota-se que a defesa fez somente alegações genéricas, doutrinárias e teóricas. Não suscitou nenhum ato concreto apto a ensejar a pretendida declaração de nulidade. Argumentou que seria parcial o nobre magistrado por ter deferido o prazo de 360 dias de permanência dos presos no presídio federal.

Ora, nada mais fez o magistrado que o seu papel: aplicou a lei que rege a matéria – que define o prazo máximo de permanência do preso no presídio federal de acordo com a sua periculosidade – ao caso concreto.

No mérito, cumpre frisar que a decisão originária acerca da transferência dos presos para o presídio federal de Catanduvas foi prolatada em decorrência dos atos criminosos ocorridos na cidade do Rio de Janeiro, em dezembro de 2006, amplamente noticiados pela imprensa, período esse denominado "Natal sangrento" (cópia da decisão de transferência originária e dos fatos noticiados pela imprensa em anexo).

Ou seja, o motivo determinante da transferência dos presos se traduziu na necessidade de solucionar a situação de instabilidade e violência que vivenciava o sistema penitenciário fluminense e a própria cidade do Rio de Janeiro à época.

Nesse contexto se enquadra a transferência do apenado Isaías, em virtude de sua alta periculosidade e por ter sido apontado como um dos mandantes de uma série de atos criminosos praticados pela facção criminosa Comando Vermelho. Neste ponto, deve se salientar que qualquer decisão de maior vulto da referida organização, dependia do aval do apenado Isaías.

Assim, diante da periculosidade do agravante, ficou demonstrada a real necessidade de sua remoção para penitenciária federal, fato esse concretizado com fulcro nos permissivos insculpidos nos artigos 86, parágrafo 1°, da LEP e 3° da Lei n°. 8.072/90, bem como no artigo 3° do Decreto n°. 6049/07.

Tais normativas, impende frisar, determinam que a remoção de presos é autorizada em razão do interesse da segurança pública quanto aos presos classificados como perigosos pela autoridade administrativa.

Trata-se, portanto, de questão eminentemente administrativa, existente no Direito Penitenciário, que admite a execução da pena longe do Estado natal do apenado, por motivo de segurança pública.

E, no caso em tela, o Governo do Estado do Rio de Janeiro, através da Procuradoria-Geral do Estado, da Secretaria de Estado de Segurança Pública e da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, foi categórico ao afirmar e reafirmar a premente necessidade de manutenção dos apenados, inclusive o agravante, no sistema prisional federal (conforme documentação em anexo).

É notório, releva frisar, o acerto da decisão de transferência, diante do enfraquecimento das organizações criminosas nas unidades prisionais do Estado, bem como do período de tranqüilidade atualmente vivenciado no sistema penitenciário. Saliente-se, neste ponto, que o sucesso da medida de remoção se dá, justamente, pela ausência de novos ataques organizados pelo apenado, que, atualmente, tem o seu poder minado pelos rigores do Presídio Federal e pela distância de sua organização criminosa.

Noutro pólo, a remoção dos presos para o sistema penitenciário federal não implica em inclusão automática no regime disciplinar diferenciado.

Nesse mister, importante abrir parênteses para esclarecer que o instituto da remoção para penitenciária federal está previsto nas normativas anteriormente citadas. Delas, destaca-se o Decreto nº. 6049/07, que prevê, em seu artigo 6º, que as unidades prisionais federais são destinadas ao acautelamento de presos do regime fechado. Essa mesma norma prevê ainda a existência de duas possibilidades de execução da pena: no regime disciplinar ordinário e no regime disciplinar diferenciado.

Deste modo, inexiste obrigatoriedade de inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado para cumprir pena em unidade penitenciária federal. Ao revés - repita-se - é suficiente a comprovação da periculosidade do preso e da manifestação da autoridade estadual competente a respeito.

Importante destacar, ainda, que, a despeito do que afirmado pela defesa, a permanência dos presos no presídio federal foi, sim, prorrogada pela 8ª Câmara Criminal, em grau recursal, nos supracitados autos do processo nº. 2007.076.01314.

De notar-se, no que respeita ao fato de ser o apenado portador do vírus HIV, que, nos dias atuais, tal enfermidade não mais pode ser encarada como letal, diante do avanço em seu tratamento. Prova disso é a vida do próprio apenado, que declarou ter sido diagnosticada a sua doença há aproximados 10 (dez) anos. E mais: não há qualquer alegação acerca da inexistência, falta ou

inadequação do tratamento médico ou medicamentos recebidos pelo apenado em virtude de sua condição física. Dessarte, dúvida não há, não restou comprovado um motivo sequer que pudesse dar azo à pretensão do apenado.

Por derradeiro, quanto à declaração do período de duração de sua permanência no presídio federal, temos que esse pedido perdeu o objeto, visto que tal questão foi enfrentada e decidida na douta decisão atacada e já existe decisão expressa a respeito proferida pelo Juízo Federal da Seção de Execução Penal de Catanduvas da Seção Judiciária do Paraná - cópia em anexo.

Por tais fundamentos, postula o Ministério Público seja reconhecida a prevenção da 8ª Câmara Criminal, bem como a incompetência da Justiça estadual para julgar o presente recurso e, no mérito, acaso superadas as questões anteriormente suscitadas, seja negado provimento ao recurso, mantendo-se íntegra a respeitável decisão atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 2008.

GLÍCIA PESSANHA VIANA CRISPIM

Promotora de Justiça

Embargos infringentes em ação rescisória. Limites da cognição. Matéria de ordem pública que não pode ser apreciada de ofício. Decisão rescindenda que julgou procedente ação civil pública proposta por associação de consumidores versando matéria tributária. Pedido de rescisão fundado em violação a dispositivo legal. Possibilidade jurídica do pedido e legitimidade ativa determinada pela pertinência temática. Consumidor não é contribuinte, porém as normas relativas ao processo coletivo do CDC se aplicam a outras relações que não as de consumo. Cabimento da ação civil pública em matéria tributária, sendo a demanda ajuizada antes de 2001. Controvérsia jurisprudencial que descaracteriza a violação legal, hipótese prevista no art. 485, V do CPC. Súmula do STF v. 343. Provimento do recurso

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO n.º 2009.009.00276

Embargos Infringentes na Ação Rescisória n.º 276/09

Relatora: Des. Elisabete Filizzola

Embargantes: Associação Nacional de Assistência ao Consumidor e ao Trabalhador ANACONT e outra

Embargado: Município de Volta Redonda

Parecer do Ministério Público

Embargos infringentes na ação rescisória. Repetição de indébito tributário. Limites da divergência: legitimidade da associação para propositura de ação coletiva em matéria tributária. Controvérsia jurisprudencial à época do *decisum* rescindendo. Descaracterização da violação a dispositivo legal. Descabimento da ação rescisória. Provimento dos embargos.

Trata-se de embargos infringentes opostos contra decisão que julgou procedente rescisória proposta pelo Município de Volta Redonda em face de

associação de consumidores, autoras de ação civil pública ajuizada para tutelar interesses individuais homogêneos de contribuintes, buscando repetição de indébito com fundamento em declaração de inconstitucionalidade da norma tributária. O acórdão se encontra assim ementado (fls. 379):

> "Tributário. Ação Civil Pública. Associação cujo objeto é a defesa do consumidor. Procedência do pedido na ação originária, ao fundamento de inconstitucionalidade do IPTU progressivo. Prejudicial de decadência que se afasta. "O direito de propor ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa" (EREsp 409.777). Não constitui, portanto, "dies a quo" para a rescisória o acórdão anterior que, reconhecendo a legitimidade da ANACONT, desconstituiu a sentença e determinou o regular prosseguimento do feito.Ofensa à coisa julgada, com fulcro em julgado do Supremo Tribunal Federal. Inocorrência. A decisão proferida pelo STF, em sede de mero agravo em agravo de instrumento, não tem o condão de fazer coisa julgada senão entre as partes litigantes no processo perante aquela Corte.Violação do artigo 102, III a da Constituição da República. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Inocorrência. Não se cogita de usurpação da competência do STF se a declaração de inconstitucionalidade não é o pedido, mas a causa de pedir da demanda.Reconhecimento, no acórdão rescindendo, da legitimidade ativa "ad causam" da associação ora ré para defender interesses de verdadeiros contribuintes. Associação que tem por finalidade defender interesses de consumidores, os quais não se confundem com contribuintes. Ausência de pertinência temática entre a finalidade da associação e o interesse defendido por meio da ação coletiva em tela.Enunciado nº 343 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade na espécie. Pacífica jurisprudência especificamente quanto ao tema em questão.Não versando o debate, propriamente, acerca do controvertido tema da viabilidade do manejo da Ação Civil Pública em matéria tributária, mas sim sobre a legitimidade da associação de defesa do consumidor para aquela causa, incorreu o "decisum" em violação à literalidade dos artigos 3º e 267, VI do CPC (art. 485, V do CPC).Inicial que considera violados dispositivos outros, do Código de Defesa do Consumidor, que não foram efetivamente vulnerados. Irrelevância. Se se pode extrair da inicial que o fundamento primordial para o pleito rescisório reside no indevido reconhecimento da legitimidade de uma parte, é desinfluente que o autor tenha apontado dispositivos aos quais não se negou vigência."Iudicium rescindens": rescisão do aresto. "Iudicium rescissorium": extinção da Ação Civil Pública, sem resolução do mérito (art. 267, VI do CPC)."

O voto vencido está às fls. 391 e expressa a divergência entre os membros do Órgão Especial no julgamento. A corrente vencida acolhia a tese de que "a matéria da ilegitimidade ativa (...) continua sendo de aplicação controvertida nos Tribunais", ficando assim descaracterizada a violação a dispositivo legal, conforme entendimento sumulado (STF v. 343). Ademais, "o reconhecimento *ex*

officio da ilegitimidade ativa da associação (art. 267 î 3°. do CPC) estaria vedado". Estes os limites da divergência.

Foram opostos embargos de declaração, desprovidos por decisão de fls. 406.

Embargos infringentes oferecidos pela Ré e pela assistente - CSN, às fls. 416. Situam a divergência em dois pontos, a saber: a incidência da súmula 343 e a possibilidade de decidir matéria de ordem pública, sem requerimento da parte, em sede rescisória. Trazem à colação arestos dos Tribunais Superiores, proferidos à época do julgamento da ação coletiva, para demonstrar a controvérsia existente sobre a questão da legitimidade (fls. 423/426). Quanto ao conhecimento *ex officio* da matéria de ordem pública, afirma que "não haverá preclusão para o exame das questões enquanto pendente o processo", não podendo ser reapreciada a matéria nesta sede.

O Município apresentou contrarrazões, às fls. 443. Insiste na tese da falta de pertinência temática, que conduziria à ilegitimidade da associação para ações versando direitos não "alcançados por seus fins institucionais". Quando ao segundo ponto, alega que a questão da decadência foi decidida à unanimidade, não cabendo o reexame da matéria na via dos embargos infringentes.

É o relatório.

Merece provimento o recurso.

Como é cediço, vigora no Direito Processual o princípio dispositivo, segundo o qual, em regra, a parte pode limitar os termos de sua demanda, e, por outro lado, ao julgador incumbe o dever de julgar nos limites do pedido (art. 2°, 128 e 460 do CPC). Em sede rescisória, esse princípio assume contornos ainda mais restritos, pois, como também se sabe, respeito à coisa julgada é um imperativo constitucional.

Assim, ainda que se esteja diante de matéria de ordem pública - como ocorre na questão da legitimidade ativa - o julgador não pode decidir além dos limites da impugnação do autor, determinando, *ex officio*, a rescisão do julgado por fundamento diverso daquele invocado pela parte.

A questão da pertinência temática, acolhida no juízo rescindendo como violação a dispositivo legal, não foi deduzida pela parte, tendo sido apreciada *ex officio* pelo acórdão embargado. Como se vê da inicial da rescisória, o Município de Volta Redonda fundamenta o pedido de rescisão em violação a vários dispositivos legais, sob alegação de que descabia a veiculação de matéria tributária via ação coletiva. A redação, porém, é ambígua, confira-se (fls. 19):

> *"... o primeiro requisito que se deve exigir, de quem propõe a ação, é serem consumidores as pessoas naturais cujos direitos e interesses seja o objetivo final da demanda coletiva."*

Qual seria então a tese do Município: que a autora, associação de consumidores, somente poderia demandar sobre interesse de que seus associados fossem titulares na condição de consumidores; ou, que a ação civil pública não poderia versar sobre matéria tributária, por estar fundada em dispositivo "inserido numa lei que dispõe sobre a defesa dos direitos do consumidor" (inicial - fls. 19)? A diferença é sutil, porém significativa.

O voto condutor percebeu e destacou estas circunstâncias, como consignado às fls. 384, no entanto, equivocou-se ao considerar que a ilegitimidade da associação decorreria de ambas. O descabimento da ação civil pública versando matéria tributária é questão relativa à possibilidade jurídica do pedido e não à qualidade de parte. Embora sejam ambas condições da ação, a falta de pertinência temática é o único aspecto que poderia conduzir à extinção do processo por ilegitimidade ativa e esta questão, precisamente, não foi ventilada pelo autor da rescisória. Não há, na inicial da rescisória, uma palavra sobre "a previsão, no seu estatuto social, da possibilidade de defesa do interesse controverso", como decidido pelo acórdão rescindendo, à unanimidade (fls. 94).

Não se trata, portanto, de mera falta de indicação dos dispositivos legais supostamente violados, ou de indicação errônea, que autorizaria o conhecimento da matéria de ofício pelo julgador. Realmente, "em tema de condições da ação, o tema não preclui para o juiz", como aponta de forma correta o voto condutor, no entanto, a regra vale para o processo em curso, jamais para autorizar a rescisão do julgado sem que haja requerimento da parte. Embora seja "desimportante a indicação deste ou daquele dispositivo violado", como afirma a decisão majoritária, não se extrai da inicial desta demanda o fundamento adotado para rescindir o acórdão que, confirmando a sentença, julgou procedente a ação civil pública.

O fundamento invocado pelo autor, permita-se insistir, diz respeito ao cabimento de ações coletivas em matéria tributária e conduz à extinção por impossibilidade jurídica do pedido. A legitimidade da parte, embora seja matéria de ordem pública, não pode ser conhecida de ofício, conforme já proclamou o STF, em julgamento de ação rescisória versando questão semelhante à tratada nestes autos. Vale trazer à colação:

> Agravo regimental em Agravo de Instrumento. 2. Recurso Extraordinário. Ação Rescisória. 3. Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor Ação Civil Pública na defesa de direitos individuais homogêneos. Matéria devidamente prequestionada. **Questão relativa às condições da ação não pode ser conhecida de ofício.** 4. Empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis. Qualificação dos substituídos como contribuintes. 5. Inexistência de relação de consumo entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte). 6. Precedentes do STF no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impugnar a cobrança de tributos. 7. Da mesma forma, a associação de defesa do consumidor não

tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de contribuintes. 8. Agravo regimental provido e, desde logo, provido o recurso extraordinário, para julgar procedente a ação rescisória. (AI 382298 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/05/2004, DJ 28-05-2004 PP-00053 EMENT VOL-02153-7 PP-01373) (grifou-se)

A possibilidade de serem conhecidas de ofício questões que, supostamente, constituam violação à lei e possam fundamentar a rescisão do julgado é rechaçada também em doutrina. Confira-se, por todos, a lição de Pontes de Miranda:

> "Não há ação rescisória, de ofício. As discussões em torno de casos em que o juiz poderia, excepcionalmente, restituir ao estado anterior, de ofício, são, hoje, sem qualquer pertinência. Aliás, seria contra os princípios que o juiz pudesse atacar o que transitou em julgado, ou pudesse desatender à *res iudicata*, na suposição de haver rescindibilidade." (*Tratado da ação rescisória*. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 104/105)

No mesmo sentido leciona o eminente processualista da USP, Prof. Flavio Luiz Yarshell, valendo citar:

> "O argumento de que a matéria 'trasladada' ao tribunal é de ordem pública (e, como tal, pode e deve ser conhecida de ofício) é relevante, mas só pode ser entendido no contexto do que se devolveu em extensão e, por isso, escapou à preclusão. Aceitar-se que a matéria de ordem pública atinja a parte da sentença ou do acórdão já preclusos seria o mesmo que dizer que sentenças ou acórdãos dados em violação a normas de ordem pública simplesmente não transitam em julgado; o que seria simplesmente desconsiderar a regra do art. 485 do CDC." (*Ação Rescisória – juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 67)

A natureza de ordem pública da matéria não afasta todo e qualquer impedimento à preclusão, como reconhece em uníssono a jurisprudência do STF, ao rejeitar sua apreciação em recurso extraordinário, quando não tenha havido prequestionamento. Permita-se trazer à colação o recentíssimo aresto, dentre tantos:

> 1. Apreciação do apelo extremo que envolve análise da legislação infraconstitucional (CDC, Decreto nº 87.497/82 e Portaria 1.886/94), em que se baseou o Tribunal a quo para decidir pela ilegalidade da cobrança de estágio curricular obrigatório por universidade particular. Precedente. 2. **O prequestionamento é requisito de admissibilidade recursal na via extraordinária, ainda que a questão suscitada seja de ordem pública.** 3. Agravo regimental improvido. (Segunda Turma, AI 473456 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julg. 26/05/2009, DJe-108 DIVULG 10-06-2009 PUBLIC 12-06-2009 EMENT VOL-02364-02 PP-00372) grifou-se.

O único aspecto a ser considerado, visto que constitui fundamento do pedido de rescisão, é o do cabimento da ação civil pública para veicular pretensões de natureza tributária, isto é, que não sejam relativas a consumo. Note-se que a própria decisão embargada reconhece que este ponto "poderia ser considerado controvertido" (fls. 384) à época da prolação da decisão rescindenda, tendo sido objeto de modificação legislativa posterior.

Por este fundamento, não está caracterizada a violação que autorizaria a rescisão do julgado, pois, conforme assentado na jurisprudência do colendo STJ, é preciso que a interpretação dada pelo *descisum* rescindendo seja manifestamente violadora do dispositivo legal, em sua literalidade. A esse respeito:

> "Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo 'decisum' rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos." (RSTJ 93/416)

Tratando-se de questão, à época, objeto de controvérsia jurisprudencial, não está caracterizada a violação. Cabe invocar, na espécie, o verbete n. 343 da Súmula do STF, para concluir pelo descabimento da rescisória se havia, como na época da decisão impugnada, efetiva divergência da interpretação do texto legal, ainda que o entendimento adotado na jurisprudência tenha se consolidado em sentido contrário à decisão rescindenda.

Para demonstração da controvérsia sobre o cabimento da ação civil pública, vale trazer à colação arestos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, ambos proferidos antes da modificação legislativa que excluiu a matéria tributária do objeto da ação civil pública (art. 1°.,î 1°. da Lei n. 7.347), os quais enfrentam o problema da possibilidade jurídica do pedido. Confira-se:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PUBLICA. EMPRESTIMO COMPULSORIO (DEL 2.288/1986). INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Interesses individuais homogêneos. Impropriedade da tutela, na espécie, contribuinte e consumidor. Diferença. Falta de legitimidade ativa do autor. I - O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) não tem legitimidade ativa para ingressar com ação civil publica de responsabilidade civil, por danos provocados a interesses individuais homogêneos, contra a União Federal, objetivando obrigar a esta indenizar todos os contribuintes do empréstimo compulsório sobre combustíveis, instituído pelo DEL 2.288/1986. II - Os interesses e direitos individuais homogêneos somente hão de ser tutelados pela via da ação coletiva, na hipótese em que os seus titulares sofrerem danos como consumidores. III - O contribuinte do empréstimo compulsório sobre o consumo de álcool e gasolina não é consumidor, no sentido da lei,

desde que, nem adquire, nem utiliza produto ou serviço, como destinatário (ou consumidor) final e não intervem em qualquer relação de consumo. Contribuinte é o que arca com o ônus do pagamento do tributo e que, em face do nosso direito, dispõe de uma gama de ações para a defesa de seus direitos, quando se lhe exige imposto ilegal ou inconstitucional. IV - Quando a Lei 7.347/1985 faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor, pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil, quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos consumidores. Vale dizer: **não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente.** V - Recurso provido, sem discrepância. (STJ, Primeira Turma, Resp 97.455/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julg.10/12/1996, DJ 10/03/1997 p. 5903)

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, **nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III)**, nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis." (C.F., art. 127, caput). IV. - R.E. não conhecido. (STF, Tribunal Pleno, RE 195056, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julg. 09/12/1999, DJ 30-05-2003 PP-00030 EMENT VOL-02112-02 PP-00279 REPUBLICAÇÃO: DJ 14-11-2003 PP-00018) (grifou-se)

Nos limites da divergência, portanto, concluímos que, quanto ao cabimento da ação coletiva em matéria tributária, não há violação em virtude da existência de controvérsia jurisprudencial e, quanto à legitimidade ativa, trata-se de matéria não ventilada no pedido de rescisão e, como tal, não pode ser conhecida de ofício pelo órgão julgador.

O Ministério Público opina pelo provimento dos embargos, para reformar a r. decisão de fls. 379 e julgar extinto o processo sem julgamento de mérito, pelo descabimento da rescisória na espécie.

Rio de Janeiro, 3 de setembro de 2009.

Heloisa Carpena

Procuradora de Justiça

Assistente da Subprocuradoria-Geral de

Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Aprovo.

Antonio José Campos Moreira

Subprocurador-Geral de Justiça de

Atribuição Originária Institucional e Judicial

Autoinsolvência - Alienação fraudulenta do próprio patrimônio pelo devedor - Improcedência do pedido por ausência de requisito subjetivo da boa-fé

APELAÇÃO CÍVEL

INSOLVÊNCIA CIVIL

Apelante: RUBEM DA FONSECA OLIVEIRA FILHO

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Apelação Cível. Insolvência Civil. Sentença que julgou improcedente o pedido de autoinsolvência sob o fundamento de que o requerente agira de má-fé, alienando seu patrimônio com o escopo de frustrar o pagamento de suas obrigações em prejuízo dos credores, para, em seguida, ingressar em juízo com o pedido de sua própria insolvência. A instauração da execução coletiva regulada pelo Código de Processo Civil, prevista para as hipóteses de insolvência do devedor não empresário é instaurada em benefício dos credores. Tratando-se de pedido de autoinsolvência manifestamente maculado de má-fé, que levaria à instauração de execução coletiva fraudada já no nascedouro, impõe-se a improcedência do pedido, em prestígio aos princípios gerais do Direito, especialmente ao princípio da boa-fé. Impossibilidade de se admitir possa o apelante se beneficiar da própria torpeza. Sentença que merece confirmação.

Parecer pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

Egrégio Tribunal,

Colenda Câmara.

RUBEM DA FONSECA OLIVEIRA FILHO ajuizou pedido de declaração de **autoinsolvência** perante o r. Juízo da 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, afirmando na peça vestibular que suas dívidas excedem muito o seu patrimônio e fazendo um histórico da sua situação financeira, concluindo pela sua total impossibilidade de saldar seus compromissos e encargos, caracterizando o estado de insolvabilidade.

A requerimento desta Promotoria de Massas Falidas (fls. 44), foi instruído o feito com os documentos de fls. 49/50, que comprovam a inexistência atual

de bens imóveis no patrimônio do autor, bem como a alienação de seus imóveis pouco tempo antes do ingresso em juízo do pedido de autoinsolvência.

Parecer opinando pela procedência do pedido foi ofertado pela Promotoria de Massas Falidas, às fls. 56/57.

Procedeu-se, após, à juntada de escrituras comprobatórias da dilapidação do patrimônio imobiliário do requerente pouco tempo antes do ajuizamento do pleito de autoinsolvência (fls. 65/75).

Foi, então, prolatada sentença às fls. 77/79, julgando improcedente o pedido, sob o fundamento de que o requerente agira de má-fé, alienando seu patrimônio com o escopo de frustrar o pagamento de suas obrigações em prejuízo dos credores, para, em seguida, ingressar em juízo com o pedido de sua própria insolvência.

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação, tempestivo e próprio, batendo-se em suas razões pela reforma da r. sentença guerreada, uma vez comprovado o seu déficit patrimonial e por não ter, ao tempo das alienações, nenhuma execução singular em curso movida pelos credores, pelo que, não haveria qualquer evidência de fraude em sua conduta. Sustenta, ainda, que o bem imóvel mais valioso alienado poderia se considerar bem de família e, portanto, impenhorável.

Em seguida, vieram os autos com vista a este órgão do *Parquet*.

É o relatório, em síntese. Segue parecer recursal.

Presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade do recurso, opina o Ministério Público seja conhecida a apelação, interposta tempestivamente, sendo inequívoco o interesse e legitimidade recursais.

Não merece reforma, no entanto, a r. sentença vergastada, vez que analisou com percuciência o conjunto fático-jurídico dos autos, afigurando-se irretorquível em seus fundamentos e conclusão.

Ab initio, impõe-se uma análise mais acurada quanto à natureza jurídica da atividade judicial em relação à insolvência requerida pelo próprio devedor, também chamada de autoinsolvência.

O devedor que não tenha em seu patrimônio bens suficientes para saldar as suas dívidas, nos termos do art. 759 do CPC, pode requerer a declaração judicial do seu estado de insolvência.

Tal pedido tem a natureza jurídica de mera faculdade, não havendo que se falar em direito subjetivo do devedor ao reconhecimento judicial deste estado.

Neste sentido é a lição de Alexandre Freitas Câmara:

> "o devedor que não tenha em seu patrimônio bens suficientes para saldar todas as suas dívidas não está obrigado a pedir a declaração de

insolvência. Tal requerimento é mera faculdade".

(*Lições de Direito Processual Civil*, p. 299, Lumen Juris, 3ª ed., 2000)

A respeito das faculdades, como situações jurídicas, impende lembrar Francesco Carnelutti, para quem "a faculdade não é outra coisa senão, de harmonia com o próprio significado da palavra, liberdade de fazer, e por isso mesmo - tendo em conta a fusão do elemento psicológico e do elemento econômico, de que resulta a juridicidade - liberdade de exercer o próprio interesse" (*Teoria Geral do Direito*, p. 254, Âmbito Cultural Edições, 2006)

Tal digressão se faz necessária, visto que não tem o devedor, ao deduzir a sua pretensão de ver declarado o seu estado de insolvabilidade, qualquer direito subjetivo a exercitar, visto que o provimento jurisdicional favorável será instituído em benefício dos credores e não do devedor insolvente.

Não há que se falar em direito subjetivo do devedor, quando pleiteia a declaração judicial de insolvência, posto que, conforme ensina Miguel Reale, "direito subjetivo, no sentido específico e próprio deste termo, só existe quando a situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem" (*Lições Preliminares de Direito*, p. 259, 27ª ed., Saraiva, 2009). Tal exigibilidade, como é intuitivo, inexiste na faculdade de pleitear a declaração de autoinsolvência, visto que, em relação aos credores, nenhuma prestação é exigível pelo devedor, justo ao contrário.

Na hipótese do pleito de autoinsolvência, o devedor exerce mera faculdade, e somente pode ver atendido seu pedido, quando estiver presente, além dos requisitos objetivos enumerados nos arts. 748 e seguintes do CPC, um elemento subjetivo essencial, consistente na boa-fé com que deduz a pretensão.

O instituto da autoinsolvência pressupõe que o devedor não empresário, exercitando um dever moral e de honradez, ao verificar que não poderá saldar suas dívidas com seus credores e, no intuito de evitar o prejuízo de uns em favorecimento dos outros, busca o provimento judicial de declaração do seu estado de insolvabilidade para permitir, desta forma, que se inicie a execução concursal, à qual concorrerão todos os credores, em igualdade de condições e tratamento.

O requisito da boa-fé não passou despercebido por Humberto Theodoro Junior, em magistral obra sobre a insolvência civil:

> "Contrariamente ao que dispõe a Lei de Falências, a respeito do devedor comerciante, o Código de Processo Civil não impõe ao devedor civil o dever de denunciar a própria insolvabilidade.
>
> O que instituiu o art. 759 da lei processual civil é apenas uma *faculdade*, que, ao critério de sua boa-fé, será utilizável "a todo tempo". Nada na lei obriga o devedor civil a requerer a autoinsolvência, nem para evitar

execução singular ruinosa iminente, nem tampouco para frustrar resultados danosos de execução já pendente".

(*A insolvência civil*, p. 154, Forense, 4ª ed., 1997)

Assim, ainda que presentes os requisitos legais estatuídos pelo art. 759 e seguintes do CPC, não estando o devedor imbuído de boa-fé ao exercer a faculdade de confessar o seu estado de insolvabilidade e, estando demonstrado, ao revés, que sua iniciativa revela intuito fraudulento e de prejudicar seus credores, há que se impedir a manobra ardilosa, denegando-se o pedido de declaração de insolvência.

Exatamente esta é a hipótese revelada pelas provas coligidas aos autos, conforme bem anotado na r. sentença objurgada, visto que se verifica pela farta documentação carreada, em especial pelo exame das escrituras de fls. 70/75, que as alienações dos bens imóveis do apelante ocorreram poucos meses antes do ajuizamento da presente ação.

Através de doações e vendas de seus bens imóveis, o apelante voluntária e maliciosamente se desfez de todo o seu patrimônio imobiliário, colocando-se intencionalmente em situação de insolvência, frustrando, destarte, a possibilidade de êxito das execuções singulares de seus credores, que foram em seguida ajuizadas.

Após cuidar de frustrar qualquer possibilidade de satisfação dos credores, pelo esvaziamento intencional de seu patrimônio, o apelante ingressou com o pedido de reconhecimento de sua insolvência.

Tal manobra revela inequívoca má-fé do apelante e manifesto propósito de impedir o prosseguimento das diversas execuções singulares contra ele já instauradas pelos credores, sendo certo que, em cada processo executivo instaurado, poderia haver o reconhecimento da fraude à execução e a ineficácia das alienações fraudulentas.

A declaração de insolvência, na hipótese *sub examine*, seria prejudicial ao interesse dos credores, visto que diversamente do que ocorre na falência, não cuidou o legislador, no que concerne ao processo de insolvência, de instituir figuras penais análogas aos crimes falimentares para o devedor civil, nem previu a existência de um período suspeito que possibilitasse o manejo de ação revocatória, também inexistente na insolvência civil.

Assim, além de tolher a ação dos credores que já executam seus créditos singularmente, a decretação de insolvência forçosamente levaria à nomeação do Administrador da Massa Insolvente, com restritos instrumentos para coibir a fraude, donde se conclui que a instauração da execução coletiva seria muito mais gravosa para os credores, o que não se pode admitir.

Ademais, a procedência do pedido de autoinsolvência premiaria o apelante, que se beneficiaria da própria torpeza com que agiu ao esvaziar fraudulentamente o seu patrimônio pouco antes de ingressar com a ação, violando o princípio da boa-fé.

A execução coletiva já estaria frustrada e fraudada no seu nascedouro, por inexistência de bens a serem arrecadados, justamente porque alienados previamente pelo devedor e se instauraria apenas para beneficiar o apelante e não os seus credores, especialmente pela possibilidade de extinção das obrigações prevista no art. 778 do CPC, que estabelece prazo bem inferior ao prescricional da lei civil.

Versando sobre o *thema*, merece ser novamente trazida à colação a precisa análise de Humberto Theodoro Junior:

> "Se o devedor age com malícia ou fraude, com o intuito de obter uma abertura de concurso incabível ou perniciosa, pode perfeitamente o credor prejudicado intervir no procedimento e apresentar a prova da ilicitude cometida em seu detrimento, para impedir a instauração do concurso".
>
> (Op. cit., p. 161)

Insta acentuar, por derradeiro, que nenhuma prova há nos autos de que a alienação do patrimônio imobiliário do apelante tenha revertido em favor de qualquer de seus credores, como sustenta em suas razões, sendo certo que todo o patrimônio imobiliário do apelante foi alienado, e não somente o alegado imóvel residencial, tido como bem de família.

Ex positis, opina esta Promotoria de Justiça de Massas Falidas pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelo, para que este Eg. Tribunal mantenha a r. sentença hostilizada, agregando-se os fundamentos ora expostos.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 2009.

MARIO MORAES MARQUES JUNIOR

PROMOTOR DE JUSTIÇA DE MASSAS FALIDAS

Infância e Juventude. Ação Civil Pública. Conselho tutelar. Contrarrazões de apelação

origem: 1ª Vara Regional da Infância, da Juventude e do Idoso da Capital
processo nº 2004.710.000371-1
Ação Civil Pública
Recorrente: Município do Rio de Janeiro
Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro

EGRÉGIO TRIBUNAL
COLENDA CÂMARA
DOUTO PROCURADOR DE JUSTIÇA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através da 1ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude da Capital, vem, através do presente, apresentar suas

CONTRARRAZÕES

ao Recurso de Apelação interposto pelo Município do Rio de Janeiro, nos termos abaixo:

PRELIMINARMENTE

A Apelação do Município do Rio de Janeiro é **intempestiva**, eis que o prazo para interposição do recurso findou-se na data de 18 de dezembro de 2007, 20 (vinte) dias após a intimação pessoal da sentença proferida, ocorrida em 28 de novembro de 2007 (fls. 880), bem antes da data de 14 de janeiro de 2008, data do protocolo do recurso - fls. 881.

Os prazos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) são especiais, ressaltando a regra do art. 198, inciso II, que assim dispõe:

"em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de 10 (dez) dias."

As regras previstas no Código de Processo Civil são subsidiárias, e, por força do art. 188 do CPC, o prazo de 10 dias previsto no ECA para o recurso ou sua resposta computar-se-á em dobro quando se tratar da Fazenda Pública ou do Ministério Público. Assim, o prazo, tanto do Município quanto do Minisitério Público, para interpor recurso de apelação ou para responder ao recurso **será de 20 (vinte) dias.**

O Município do Rio de Janeiro foi intimado da sentença pessoalmente na data de 28 de novembro de 2007, uma quarta-feira (fls. 880). O prazo começou a correr na quinta-feira seguinte, ou seja, 29 de novembro de 2007 **e terminou na data de 18 de dezembro de 2007**, antes do recesso forense.

O Ministério Público, por sua vez, foi intimado pessoalmente para apresentar resposta ao recurso (contra-razões) em 11 de fevereiro de 2008, conforme consta às fls. 908verso. O prazo do Ministério Público termina no dia 2 de março de 2008, um domingo, estendendo-se para a segunda feira seguinte (dia 3 de março de 2008). Tempestiva, portanto, a presente resposta.

MÉRITO DO RECURSO

Trata-se de Recurso de Apelação contra sentença proferida em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro em face do Município do Rio de Janeiro para inclusão orçamentária visando a estruturação do Conselho Tutelar de Madureira.

Alega o Apelante, em síntese, que haverá danos irreparáveis com a decisão, que foram impostas multas excessivas, que foram ultrapassados os limites da tripartição dos poderes, invadindo a discricionariedade administrativa do Poder Executivo, que houve violação aos princípios orçamentários porque a iniciativa da Lei Orçamentária é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo e que a ação civil pública não tem cabimento. Por fim, o Apelante menciona diversos programas municipais que beneficiam crianças e adolescentes, concluindo, por fim, que o Conselho Tutelar de Madureira está adequadamente equipado.

Esta não é a realidade dos fatos, nem do direito, conforme será abaixo explanado:

BREVE RELATÓRIO DOS FATOS

Conforme mencionado pelo próprio Apelante, *"na presente ação pretende o Ministério Público que o Município do Rio de Janeiro seja obrigado a incluir proposta orçamentária compatível com as necessidades para o regular e satisfatório funcionamento do Conselho Tutelar de Madureira"* (fls. 882/883).

A presente ação civil pública foi precedida de um inquérito civil público, cuja portaria de instauração consta às fls. 24/27, instaurado em 22 de maio de 2003, com a finalidade precípua de melhorar as condições técnico operacionais do Conselho Tutelar de Madureira.

O referido inquérito civil público foi ainda precedido do procedimento administrativo 25/03 (fls. 253), onde consta o ofício 874/2003/CT do Conselho Tutelar de Madureira (fls. 255/257) narrando inúmeras dificuldades, confirmadas, entre outros fatores, por inspeção realizada pela Promotora de Justiça que subscreve a presente (fls. 275/276). Restou constatada a ausência de condições físicas e materiais para o trabalho dos Conselheiros Tutelares, caos este comprovado através de fotos (fls. 44/50 - teto desabando, infiltrações, falta de espaço para atendimento), registro de ocorrência de agressão e roubo no interior do Conselho Tutelar (fls.265/270).

Ressalte-se que foi a própria Promotora de Justiça que subscreve a presente peça processual que deflagou a ação civil pública, instaurou e acompanhou o procedimento administrativo e o inquérito civil público relativo à estruturação do Conselho Tutelar de Madureira, vistoriando o local na época e recentemente, participando de diversas reuniões para melhorar a estrutura do órgão.

Frise-se, conforme consta às fls. 281 dos autos, que houve um compromisso firmado em reunião realizada com o Secretário Municipal de Desenvolvimento Social da época para sanar as deficiencias do Conselho Tutelar, mas que foi descumprido. A instauração do inquérito civil público se fez necessária e foram adotadas as seguintes providências na época:

a) a expedição de ofício à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social (fls. 28/29), acompanhada de recomendação, solicitando, com a previsão de prazos:

> 1-) fosse viabilizado um espaço com condições razoáveis para o funcionamento do Conselho Tutelar, com salas para atendimento individualizado, inclusive para os técnicos, banheiro em condições de salubridade, portas e janelas satisfatórias, atendendo à postulação oriunda do ofício nº 874/2003 do Conselho Tutelar;
> 2-) fosse disponibilizada uma viatura com a presença de motorista permanentemente, com o fornecimento regular do ticket combustível, bem como sua complementação ou disponibilização de outra viatura

quando esgotado o ticket combustível pelo uso regular pelo Conselho Tutelar, a fim de que as atividades em prol da infância não sejam prejudicadas;

3-) fosse o Conselho Tutelar devidamente equipado com dois computadores com capacidade para a redação de textos e arquivo de documentos, acesso à internet, e impressora;

4-) fosse adquirida mais uma linha telefônica, bem como telefone celular a fim de que os Conselheiros pudessem ser contactados com facilidade por qualquer cidadão e demais autoridades para o perfeito funcionamento de seu trabalho;

5-) fosse fornecido com regularidade o Vale Transporte, Cartão Telefônico, Selos e Aerogramas, material de higiene, material de escritório;

6-) fosse o Conselho Tutelar equipado com pelo menos dois técnicos do serviço social e dois técnicos da área da psicologia em sua sede no horário integral de seu funcionamento, além dos técnicos necessários para as visitas domiciliares e demais diligências;

7-) fosse o Conselho Tutelar equipado com no mínimo dois agentes administrativos e um auxiliar de serviços gerais no horário integral de funcionamento;

b) a expedição de ofício à Inspetoria da Guarda Municipal do Rio de Janeiro solicitando a disponibilização de um guarda municipal para lotação no Conselho Tutelar de Madureira;

c) a expedição de ofício ao Superintendente de Orçamento da Secretaria Municipal de Fazenda solicitando o envio de planilha referente à execução orçamentária dos programas de trabalho relativos ao atendimento a crianças e adolescentes no ano de 2003, onde constasse a dotação inicial, eventuais remanejamentos, o valor empenhado, o valor liquidado e o valor efetivamente pago.

d) a expedição de ofício ao Controlador Geral do Município do Rio de Janeiro solicitando o envio de planilha referente à execução orçamentária dos programas de trabalho relativos ao atendimento a crianças e adolescentes no ano de 2003, constando de tal planilha a dotação inicial, eventuais remanejamentos, o valor empenhado, o valor liquidado e o valor efetivamente pago.

e) a expedição de ofício à Câmara de Vereadores a fim de que fosse enviada a Lei Orçamentária de 2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e o Plano Plurianual.

f) a expedição de ofício ao Conselho Municipal da Criança e do Adolescente para que informasse, em linhas gerais, os planos de trabalho e as políticas adotadas na área da infância e juventude, bem como o apoio prestado para o funcionamento satisfatório do Conselho Tutelar.

Durante o curso do inquérito civil público, foram realizadas diversas reuniões e tentativas extrajudiciais de solução para a problemática vivenciada pelo Conselho Tutelar. Algumas melhorias foram obtidas com o cancelamento da contratação da ONG responsável pelo funcionamento do Conselho Tutelar, com a prestação de alguns serviços diretamente pelo Município, mas pouco se avançou. Foram colhidos diversos depoimentos (fls. 129/131, 135/137, 149/152) demonstrando a precariedade do funcionamento do Conselho Tutelar em razão da ausência de condições básicas de recursos humanos e materiais.

Através do ofício 569/03 de 17 de setembro de 2003, foi solicitado esclarecimentos ao Senhor Secretário Municipal de Desenvolvimento Social quanto à proposta orçamentária para o Conselho Tutelar no ano de 2004 ser inferior à do ano de 2003. O ofício 569/03 foi reiterado através do ofício 753/03 (fls. 174) e não foi respondido.

Persistia o caos e a ausência das condições mínimas de funcionamento.

Assim, foi proposta a ação civil pública em 19 de janeiro de 2004, cujo pedido abaixo se transcreve:

"DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Considerando que a omissão do Poder Público Municipal em destinar verba orçamentária razoável para o Conselho Tutelar na Lei Orçamentária, e aparelhar adequadamente o Conselho Tutelar, vem prejudicando a ação deste órgão no sentido de proteger eficazmente os direitos da população infanto-juvenil desta Cidade, podendo culminar em situações de risco pessoal e social para crianças e adolescentes, devido à precariedade da pronta intervenção deste Colegiado, principalmente em casos de emergência, o que traduz o ***periculum in mora*** necessário à concessão de medida cautelar; e que cabe à Prefeitura arcar com o apoio técnico, financeiro e administrativo dos Conselhos Tutelares, de forma prioritária, conforme dispõe a legislação em vigor, configurando, assim, o ***fumus boni iuris***, requer o Ministério Público, após o cumprimento do previsto no art. 2º, da Lei nº 8437/92:

1-) seja o Réu obrigado a incluir proposta orçamentária compatível com as necessidades para o regular e satisfatório funcionamento do Conselho Tutelar na Lei Orçamentária Municipal, com vistas à:

a-) destinar espaço adequado para o funcionamento do Conselho Tutelar, de fácil acesso, com salas para atendimento individualizado, espaço com brinquedos, livros e alimentação adequada para crianças e adolescentes a serem atendidos, banheiro em condições de salubridade, portas, janelas e

paredes em perfeito estado, cadeiras e móveis para acomodação das pessoas, ar condicionado e/ou ventilador nos ambientes;

b-) aquisição e fornecimento regular de material de escritório como papéis timbrados, canetas, mesas, armários, pastas, toner para máquina copiadora, tinta para a impressora e etc;

c-) destinar uma viatura com a presença de motorista permanentemente, 24 horas, inclusive sábados, domingos e feriados, com o fornecimento regular do ticket combustível, bem como sua complementação, e disponibilização de outra viatura imediatamente quando em reparos ou sem combustível a viatura do Conselho Tutelar, a fim de que as atividades em prol da infância não sejam prejudicadas;

d-) equipar o Conselho Tutelar com, no mínimo, dois computadores com capacidade para a redação de textos e arquivo de documentos, acesso à internet, e impressora;

e-) aquisição de uma linha telefônica fixa para o Conselho Tutelar, além da já existente, bem como um telefone celular para cada Conselheiro a fim de que possam ser contactados com facilidade por qualquer cidadão e demais autoridades para o perfeito funcionamento de seu trabalho;

f-) fornecimento regular de Vale Transporte, Cartão Telefônico, Selos e Aerogramas, material de higiene, material de escritório;

g-) disponibilizar máquina fotográfica para registros necessários na área da infância;

h-) destinar mais de um técnico do serviço social e da área da psicologia, devidamente capacitados, na sede do Conselho Tutelar no horário integral de seu funcionamento, e também para a realização de visitas domiciliares e demais diligências, diariamente, de modo que o atendimento na área da infância jamais fique paralisado ou pendende, com a presença concomitante de técnicos na sede do Conselho e em diligências externas;

i-) equipar o Conselho Tutelar com no mínimo dois agentes administrativos e dois auxiliares de serviços gerais no horário integral de funcionamento;

j-) destinar controle de ponto para verificar a frequência dos Conselheiros Tutelares, assistentes sociais, psicólogos e demais funcionários lotados no Conselho.

2-) seja destinado um guarda municipal para lotação no Conselho Tutelar de Madureira, diariamente, 24 horas, a fim de garantir proteção aos bens, serviços e instalações do Município naquele local;

3-) seja, enquanto não disponível a verba a ser incluída na Lei Orçamentária, relocados os meios materiais e humanos necessários dentro da própria estrutura do Município a fim de que sejam cumpridas, imediatamente, as solicitações contidas nos itens 1.a, 1.b, 1.c, 1.d, 1.e, 1.f, 1.g, 1.h., 1.i,1.j, haja vista a prioridade dos direitos das crianças e adolescentes;

Requer, ainda, com base no art. 213, § 2º, do ECA, a cominação de multa diária, em caso de descumprimento da obrigação de fazer requerida

liminarmente, no valor correspondente a duzentos salários mínimos, que deverá reverter ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

DO PEDIDO

Diante do exposto, restando evidente a omissão e demora do Réu em estruturar o Conselho Tutelar de Madureira com os meios indispensáveis a seu adequado funcionamento, requer o Ministério Público a V. Exa.:

a) a citação do Municipio, na pessoa de seu representante legal, para responder, querendo, à presente ação, sob pena de serem considerados verdadeiros os fatos narrados nesta exordial;

b) a conversão da antecipação de tutela em medida definitiva.

c) seja o Réu condenado nos encargos da sucumbência, revertendo-se os mesmos para o Fundo Orçamentário Especial do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na forma do artigo 3º, I, da Lei nº 1183/87.

Protesta-se pela produção de todas as provas em direito admitidas, notadamente testemunhal e documental.

Após a manifestação contrária do Município em relação à antecipação da tutela pleiteada, às fls. 195/200, e pedido do Ministério Público reiterando fosse deferida a antecipação de tutela, às fls. 295/304, a nobre juíza Dra. Patricia Cogliatti de Carvalho, em exercício na época, às fls. 323/325, deferiu a antecipação da tutela, cujo resumo da decisão convém ser aqui reproduzido:

"(...)

O Conselho Tutelar é um órgão de extrema importância na área da Infancia e Juventude, pois além de defender os interesses da população infanto-juvenil, auxilia o Poder Judiciário nessa mesma luta, realizando visitas domiciliares, ajudando na reintegração de crianças a seus lares e, inclusive, selecionando provas para denúncias de maus tratos.

Notório é o descaso do Município do Rio de Janeiro com um órgão de tamanha relevância. Os Conselhos Tutelares não possuem: material para trabalho; viaturas em condições de uso pra que os conselheiros possam realizar as diligências, inclusive nas favelas, encaminhar crianças a hospitais etc; linhas telefônicas; um número suficiente de pessoal especializado; tão pouco espaço adequado para o atendimento da população necessitada e com privacidade, para os casos de abuso sexual.

Embora o Ministério Público já tenha realizado diversas intervenções extrajudiciais na tentativa de estruturar os Conselhos, estas restaram infrutíferas.

O direito da criança e do adolescente tem previsão Constitucional e a eles são assegurados o direito à vida, à saúd, à educação, à convivência familiar, etc, na forma como dispõe o art. 227 da CRFB/88, que, como norma

constitucional de eficácia plena, tem aplicabilidade imediata, limitando, desta forma, o poder discricionário do administrador, que é obrigado a reconhecê-la.

Como se percebe, a intervenção judiciária não significa uma invasão na esfera executiva, ao contrário, ao Poder Judiciário cabe o controle da legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos, sendo inadmissível a decisão sobre a destinação de verbas quando o próprio legislador já decidiu que, em se tratando de menor, este terá prioridade.

Esclareça-se que não há discricionariedade administrativa do Poder Público no que tange à prestação de serviços aos menores, pois a hipótese versa sobre a finalidade, um dos requisitos imprescindíveis do ato administrativo que, por ser vinculado, não pode, em momento algum, ser desviado das pretensões do interesse público.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, com amparo na Carta Magna, prevê em seu artigo 4º c/c 131 e 134, Lei 8069/90, a permanência e a autonomia do Conselho Tutelar, sendo este uma imposição constitucional.

Ressalto ainda, que a própria Lei Municipal nº 3282/01 reza que os Conselhos Tutelares receberão suporte técnico, administrativo e financeiro do Município.

Desse modo, não pode o Município quedar-se inerte diante de um quadro de insatisfação e prejuízo a toda sociedade, principalmente à população infanto-juvenil, devendo, portanto, incluir na Lei Orçamentária Municipal a previsão dos recursos necessários ao regular e satisfatório funcionamento do órgão, obtendo os meios essenciais para a correta prestação do serviço público.

Presentes os requisitos ensejadores para a concessão da medida, como o periculum in mora, tendo em vista que a falta de condições e estrutura de trabalho e pessoal impedem a realização de um serviço público fundamental que protege crianças e adolescentes de violências, abusos sexuais e maus tratos; bem como o fumus boni iuris, considerando notória a precária condição de realização de tais serviços, **defiro a liminar pleiteada para determinar que o Município inclua proposta orçamentária, no próximo orçamento**, com vistas a destinar espaço adequado para o funcionamento do Conselho; destinar viatura com motorista 24 horas; adquirir o material necessário (computadores, uma linha telefônica fixa para o CT, exceto um telefone celular para cada conselheiro, cuja necessidade será apreciada no decorrer da presente etc); fornecer vale transporte, material de higiene, máquina fotográfica etc; destinar mais técnicos do serviço social e da psicologia, agente administrativo, auxiliare e destinar controle de ponto para verificar a frequência dos Conselheiros Tutelares e demais funcionários, tudo conforme os itens 1 e 2 do pedido de fls. 20/21, **sob pena de multa diária no valor de 200 (duzentos) salários mínimos em favor do FIA – Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.**

Considerando também o precário estado dos Conselhos referidos e a prioridade absoluta dos direitos das crianças e dos adolescentes, **determino**

ainda que, enquanto não é aprovada a proposta, pois, como explicou o Município, esta só poderá vir no orçamento de 2005, **sejam relocados, imediatamente, os meios materiais e humanos necessários dentro da própria estrutura do Município, na forma do item 3 da petição inicial, a fim de que sejam cumpridas, dentro do prazo de 60 dias, as solicitações contidas nos itens a;b;c;d;e (em parte); f;g;h;i;j; sob pena de multa diária de 100 (cem) salários mínimos em caso de descumprimento, na forma do parágrafo 2º, artigo 213 do ECA.**

Contra a referida decisão, o Município do Rio de Janeiro, ora Apelante, interpôs agravo de instrumento, que foi rejeitado por este Egrégio Tribunal de Justiça, conforme ementa abaixo (agravo apensado aos autos):

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. CONSELHO TUTELAR. ÓRGÃO CRIADO COM BASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA DAR, A SEUS DESTINATÁRIOS, ESPECIAL ATENÇÃO, CABENDO AOS MUNICÍPIOS DOTÁ-LO DE INDISPENSÁVEL ESTRUTURA, COM INCLUSÃO DE PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA NA LEI ORÇAMENTÁRIA MUNUCIPAL, PARA CUMPRIR OS SEUS FINS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA MANEJAR AÇÃO CIVIL É NOTÓRIA E INDISCUTÍVEL E, SEM DÚVIDA, CABÍVEL O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO (DA LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DO PODER EXECUTIVO).

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DECISÃO MANTIDA. É INDUVIDOSO QUE NÃO SÓ O ART. 227 DA CRFB, COMO O ART. 4º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, DE MODO EXPRESSO ESTABELECEM REGRAS ACERCA DE GARANTIA DOS DIREITOS E DEVERES PARA COM CRIANÇAS E JOVENS, ASSEGURANDO DIREITOS E DEVERES PARA COM PRIORIDADE ABSOLUTA E DE FORMA INTEGRAL INCLUINDO-SE O USO DOS RECURSOS PÚBLICOS DIRECIONADOS PARA INTEGRAL ATENDIMENTO. ASSIM A DECISÃO AGRAVADA OBRIGA O AGTE A CUMPRIR O QUE DETERMINA A LEI, INCLUSÃO, NA PROPOSA ORÇAMENTÁRIA. RECURSOS COM DETERMINAÇÃO CERTA, PROPORCIONANDO O REGULAR FUNCIONAMENTO DO CONSELHO TUTELAR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, NA LINHA DO ENTENDIMENTO DO PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. RECURSO DESPROVIDO.

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 3ª CÂMARA CÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO 2004.002.09361. Rel. Des. RONALDO ROCHA PASSOS. ORIGEM: Processo 2004.710.000371-1 da 1ª Vara da

Infância e Juventude da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, j. 07/06/05, DO 24/06/05)

Importante ressaltar trechos do voto do ilustre e culto Desembargador Ronaldo Rocha Passos, nos autos do agravo de instrumento mencionado acima:

> "É induvidoso que não só o artigo 227 da Constituição Federal como o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo expresso, estabelecem regras acerca de garantia dos direitos e deveres para com crianças e jovens, assegurando direitos e deveres com prioridade absoluta e de forma integral, incluindo o uso dos recursos públicos direcionados para o integral atendimento.
>
> Assim, a decisão agravada obriga o Agte. a cumprir o que determina a lei, inclusão, na proposta orçamentária, recurso com destinação certa, propicionando o regular funcionamento do Conselho Tutelar.
>
> Por conseguinte, fica evidente que todo suporte técnico, administrativo e financeiro do órgão tem origem no Muncípio, e, assim, esta verba evitará que meios essenciais a correta atuação sejam negados ou direcionados para outras atividades municipais que não atendam às políticas de proteção aos menores.
>
> Tal se dá, repita-se, porque a Constituição estabelece que os direitos da criança e do adolescente, serão atendidos com absoluta prioridade.
>
> Donde, legítimo o pedido do Ministério Público para que se determine pratique o Poder Executivo o que lhe impõe a lei, fazer constar do orçamento os recursos necessários ao regular funcionamento do Conselho Tutelar."

Durante o curso do processo judicial, o Conselho Tutelar de Madureira foi transferido para Irajá (outubro de 2004), em um espaço melhor do que o outrora existente, porém nos fundos de um equipamento do Município, sem placa de identificação na rua, em área de acesso um pouco complicada para a população, e com algumas deficiências na estrutura (fls. 372/375, 383, 728/732, 735/741, 746/756,).

Também verifica-se que foi disponibilizada uma equipe técnica para o Conselho, e que é composta de apenas uma psicóloga, que não é capaz de suprir toda a demanda existente sozinha (fls. 386, 745/756).

Os recursos materiais melhoraram, mas ainda se demonstraram insuficientes conforme constou dos documentos juntados às fls. 679/687 e depoimentos colhidos em audiência (fls. 738/732, 735/741, 746/756).

Interessante reproduzir parcialmente alguns dos depoimentos colhidos:

- audiência realizada na data de 8 de agosto de 2007 - fls. 728/732 – depoimento prestado pelo Conselheiro Tutelar Cristiano de Souza Jorge:

> "que no local não tem guarda nem vigia; que já houve três roubos, um

inclusive com agressão à Conselheira Selma; que fizeram o RO de todos os roubos ocorridos; (...) que existem 4 técnicos, sendo que 3 assistentes sociais e uma psicóloga; (...) que quando o CT foi instalado, isso ocorreu em Marechal Hermes; que depois o CT foi para os fundos do CRAS em Irajá; (...) que no local do arquivo sempre tem vazamentos; já que sempre o chão aparece molhado na parte da manhã; que já houve deterioração de papéis em razão desse vazamento; que o prédio é muito antigo e as janelas são enferrujadas sobretudo na parte de cima; (...) que a parede da sala dos conselheiros dá para um terreno e quando chove, desce terra causando vazamento na parede da sala dos conselheiros e do banheiro; (...) que não possuem máquina fotográfica nem filmadora; (...) que a sinalização é muito ruim e a placa do CT existe há cerca de um ano mas fica bem em cima do prédio não havendo sinalização adequada para se chegar ao CT; (...) que o CT não tem sede própria e funciona nos fundos e "escondido", contrariando o que diz a lei que detemrina que o CT deve ter sede própria; (...)"

- audiência realizada dia 23 de agosto de 2007 - fls. 749/750 - depoimento prestado pela Conselheira Tutelar Elenilde Januário Casto Ferreira:

"(...) que não recebem vale transporte ou Riocard, nem para os conselheiros e nem para as pessoas atendidas; que o material de escritório não é suficiente; que não recebeu reclamações do público quanto ao atendimento geral; que há reclamações quanto ao telefone do CT que está sempre ocupado; que no local não tem segurança e a guarda municipal não dá apoio ao local; (...) que tem três assistentes sociais, sendo que esse número seria suficiente; que têm uma psicóloga que trabalha 2ª, 4ª, 6ª, sábados e domingos; que não é suficiente uma psicóloga; que mais uma psicóloga seria suficiente; (...) que um dos problemas da parte administrativa seria a digitação, até porque só tem um computador e o funcionário não pode trabalhar ininterruptamente neste serviço; (...) que o CT é de difícil acesso."

Alegações finais do Ministério Público às fls. 834/849 e do Município às fls. 852/870.

Sentença às fls. 872/877, bem fundamentada, da lavra da digna Magistrada Dra. Mônica Labuto Fragoso Machado, julgando procedente o pedido, ratificando a tutela antecipada deferida mas especificando melhor o pedido para fins de execução da pena de multa. Determinou, em síntese, a inclusão no orçamento de 2008, da compra, construção, locação, cessão ou comodato de um prédio para o Conselho Tutelar de Madureira, com as especificações necessárias para o bom funcionamento do serviço a ser prestado, além dos recursos materiais e humanos necessários para tal, dentre os quais, a contratação de mais uma psicóloga e a disponibilidade de segurança ou guarda municipal no local. Foram fixadas multas pelo descumprimento de cada um dos itens, todos bem explicitados (divididos em quatro grupos).

A IMPORTÂNCIA DO CONSELHO TUTELAR

O Conselho Tutelar é o principal órgão de proteção de crianças e adolescentes, haja vista as relevantes funções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), notadamente, dentre outras, nas situações de maus tratos e abuso sexual, temas relevantíssimos que impõem atuação firme e rápida na proteção dos infantes.

As notificações de maus tratos e abuso sexual praticadas contra crianças e adolescentes devem ser, obrigatoriamente, comunicadas ao **Conselho Tutelar**, em razão do disposto no art. 13 e 56 do ECA:

> *Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.*
>
> *Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:*
>
> *I – maus-tratos envolvendo seus alunos;*
>
> *II – reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares;*
>
> *III – elevados níveis de repetência.*

Aliás, tão importante seja efetivada a comunicação de maus tratos, que a omissão foi tipificada como infração administrativa prevista no art. 245 do ECA:

> *Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente.*
>
> *Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.*

Há interesse jurídico da sociedade na prevenção e proteção contra abuso sexual e maus tratos a crianças e adolescentes, sendo a função do Conselho Tutelar relevantíssima.

Verificada a situação de violência contra crianças e adolescentes, cabe ao Conselho Tutelar:

1-) fazer o registro policial da ocorrência, caso o hospital ou posto de saúde ainda não tenha feito;

2-) requisitar os tratamentos médicos e psicossociais necessários, que deverão ser oferecidos pelo Poder Público;

3-) aplicar as medidas previstas no art. 101 (incisos I a VII) e 129 (incisos I a VII) do ECA às crianças e aos pais ou responsáveis.

A missão do Conselho Tutelar, todavia, vai muito além de atender casos de maus tratos, abuso sexual e violência. Consoante previsto no art. 131 do ECA, é *"órgão permanente e autônomo, não-jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos de criança e do adolescente, definidos nesta lei"*.

Incumbe ao órgão atuar no combate à evasão escolar e nos elevados níveis de repetência, contribuindo para que nossas crianças e adolescentes frequentem a escola e com aproveitamento.

O legislador, ao afirmar que o Conselho Tutelar é órgão permanente, quis atribuir-lhe caráter perene, ou seja, uma vez criado não pode ser extinto. Todo município deverá ter pelo menos um Conselho Tutelar, composto de cinco membros escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução.

Insta ressaltar que são atribuições do Conselho Tutelar, na forma do art. 136 do ECA:

I- atender as crianças e adolescentes nas hipóteses de previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII, quais sejam:

- encaminhamento da criança aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade (art. 136, inciso I c/c art. 101, inciso I do ECA);
- orientação, apoio e acompanhamento temporários (art. 136, inciso I c/c art. 101, inciso II do ECA);
- matricula e freqüência obrigatórias em estabelecimentos oficial de ensino fundamental (art. 136, inciso I c/c art. 101, inciso III do ECA);
- inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescentes (art. 136, inciso I, c/c art. 101, inciso IV do ECA);
- requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial (art. 136, inciso I, c/c art. 101, inciso V do ECA);
- inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos (art. 136, inciso I c/c art. 101, inciso VI do ECA);
- abrigo em entidade (art. 136, inciso I, c/c art. 101, inciso VII do ECA)

II - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII, quais sejam:

- encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família (art. 129, inciso I do ECA);

• inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos (art. 129, inciso II do ECA);

• encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico (art. 129, inciso III do ECA);

• encaminhamento a cursos ou programas de orientação (art. 129, inciso IV do ECA);

• obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar (art. 129, inciso V do ECA);

• obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado (art. 129, inciso VI do ECA);

• advertência (art. 129, inciso VII do ECA);

III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto (art. 136, inciso III do ECA): a-) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança; b-) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.

IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;

V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;

VII - expedir notificações;

VIII - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário (auxiliar na regularização do registro civil quando verificar a inexistência de registro anterior - art. 102 do ECA).

IX - assessorar o Poder Executivo localna elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

X - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, §3°, inciso II da Constituição Federal (proteção contra programas ou programações de rádio e televisão que contrariem os princípios informativos e educativos, valores éticos e sociais da pessoa e da família, previstos no art. 221 da CF), bem como da propraganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente;

XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar.

Conforme se nota, as atribuições são relevantíssimas e complexas. É imprescindível que os Conselhos Tutelares estejam equipados com recursos materiais e humanos para o bom desempenho de suas funções.

Assim, antes de aplicar uma medida, como por exemplo, a medida de abrigo para uma criança, afastando-a de sua família, é preciso que haja um estudo social do caso. Nas hipóteses de maus tratos e exploração sexual, um estudo psicológico, fornecendo subsídios para o Conselheiro Tutelar, é fundamental para que o mesmo possa aplicar a medida de proteção mais adequada e fazer os encaminhamentos necessários. As situações de evasão escolar, por sua vez, muitas vezes indicam desagregação familiar, possíveis maus tratos ou exploração do trabalho infantil, motivo pelo qual deverá ocorrer uma investigação por parte do Conselho Tutelar, com a realização de estudos sociais e psicológicos, possibilitando que o Conselheiro Tutelar possa fazer os encaminhamentos devidos na rede de proteção.

Os Conselhos Tutelares, ainda, são fortes parceiros do Ministério Público e do Poder Judiciário, na incumbência de realizarem o acompanhamento de famílias cujas crianças e adolescentes foram encontradas em situação de risco.

O Conselho Tutelar, dessa forma, pelo disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, é o principal órgão de defesa de crianças e adolescentes, desafogando o Poder Judiciário de inúmeras atribuições outrora exercidas pelo disposto no antigo Código de Menores.

A ineficiência do Conselho Tutelar muitas vezes implica numa atuação excessiva e desaconselhável do Poder Judiciário (afastando-o da função jurisdicional), como ocorreu, por exemplo, na Comarca de Teresópolis, onde o próprio Juízo se viu compelido a instaurar pedido de providência para determinar que o pai de uma criança frequentasse programa de orientação, *in verbis*:

> E M E N T A: Pedido de Providências instaurado pelo Juízo da Infância e Juventude de Teresópolis para determinar ao genitor do menor a freqüência ao Programa de Orientação aos Pais - GRUPAI, coordenado pela Serventia, durante seis meses, medida prevista no inciso IV do artigo 129 do ECA. Apelação do Ministério Público.I - Transcrição de dispositivos dos títulos I e IV da Lei nº 8.069/90, referentes às medidas de proteção e às medidas pertinentes aos pais ou responsável. Consignação de ao Conselho Tutelar, órgão não jurisdicional, ser atribuída aplicação das medidas supramencionadas, nos exatos termos dos artigos 131 e 132 e incisos I e II do artigo 136, ambos do ECA. II - Ponto nodal da lide que diz respeito à possibilidade do Juiz da Infância e da Juventude aplicar as medidas previstas nos incisos I a VII do artigo 101 e dos incisos do artigo 129, ambos da Lei nº 8.069/90. Reconhecimento de que, no caso em exame, por excepcionalidade, aquele magistrado pode aplicar a medida pertinente

ao pai do menor.III - Relatos dos Conselheiros Tutelares demonstrando que a insuficiência da equipe técnica e a precariedade de sua estrutura administrativa impedem que o Conselho Tutelar do Município de Teresópolis cumpra com as funções, que lhe foram atribuídas por lei. Situação excepcional em que o Magistrado tomou para si atribuições do Conselho Tutelar ineficiente, situação analogicamente prevista no artigo 262 do Estatuto em comento.IV - Afastamento do argumento de violação ao Princípio do Devido Processo Legal, vez que a aplicação da medida razoável ao responsável do menor ocorreu nos moldes do procedimento que teria sido realizado pelo Conselho Tutelar devidamente aparelhado. Proteção aos interesses da criança e do adolescente, na forma expressa no artigo 227 da Carta Magna. V Jurisprudência deste Colendo Sodalício corroborando o entendimento exposto. Aplicação do art. 557 do C.P.C. c.c. art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste E. Tribunal. Negado Seguimento.

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Civil 2008.001.07484. RELATOR DES. REINALDO P. ALBERTO FILHO - Julgamento: 19/02/2008 - QUARTA CAMARA CÍVEL)

Evidente, portanto, que o regular funcionamento dos Conselhos Tutelares beneficia toda a sociedade.

Especialmente em relação ao Conselho Tutelar de Madureira, objeto dos autos, é importante frisar que o mesmo é responsável por uma área que abrange 33 bairros, quais sejam: Acari, Anchieta, Barros Filho, Bento Ribeiro, Campinho, Cascadura, Cavalcante, Coelho Neto, Colégio, Engenheiro Leal, Guadalupe, Honório Gurgel, Irajá, Madureira, Marechal Hermes, Oswaldo Cruz, Parque Anchieta, Pavuna, Quintino Bocaiuva, Ricardo de Albuquerque, Rocha Miranda, Turiaçu, Vicente de Carvalho, Vila Cosmos, Vila da Penha, Vista Alegre. Trata-se de uma área extensa, com mais de 780.000 (setecentos e oitenta mil) habitantes, diversas favelas, e com um dos piores índices de qualidade de vida da cidade do Rio de Janeiro.

Contrariando recomendação do CONANDA no sentido de que haja um Conselho Tutelar para cada 200.000 (duzentos mil) habitantes, o que já indicaria a necessidade de pelo menos 3 (três) Conselhos Tutelares para a área correspondente acima, o Conselho Tutelar de Madureira funciona precariamente.

Verifica-se que desde a propositura da ação civil pública, em 19 de janeiro de 2004, houve alguns avanços, mas ainda insuficientes.

Aliás, estes avanços somente se efetivaram em razão de ter sido deferida a antecipação da tutela, às fls. 323/325.

É absurda a relutância do Réu em dotar o Conselho Tutelar de recursos mínimos para o exercício de sua missão, insistindo em recorrer da decisão judicial.

Certamente, não houvesse a intervenção judicial na questão, a estrutura do Conselho Tutelar de Madureira, que ainda não é adequada, estaria muito pior.

Ante a comparação dos depoimentos de fls. 129/131, 135/137, 149/152 aos depoimentos de fls. 374/375, 727/732 e fls. 749/754, nota-se que parte da problemática vivenciada no ano de 2003 ainda persiste.

O Conselho Tutelar de Madureira ainda não está localizado em local de fácil acesso e visível para a população. Embora tenha ocorrido a mudança de local após a propositura da ação judicial, o Conselho Tutelar está atualmente localizado nos fundos de um outro equipamento da Prefeitura, sem placas indicativas para a população e localizado em rua onde não transita transporte coletivo.

Insta ressaltar que o local continua sem segurança, conforme mencionado nos depoimentos. Assaltos e agressões dentro de um local destinado à proteção de crianças e adolescentes são inadmissíveis.

Ao contrário do que consta do documento juntado pelo Apelante, que não está sequer assinado, em relação à realização de uma reunião no Ministério Público, junta-se, em anexo, a ata da reunião realizada subscrita pela equipe técnica do Ministério Público, ressaltando a importância de ser observada a recomendação do CONANDA no sentido de que haja um Conselho Tutelar para cada 200.000 (duzentos mil). Frise-se que a ilustre psicóloga Beatrice Marinho Paulo, que participou da referida reunião, e acompanha a situação do Conselho Tutelar de Madureira diretamente, elaborou um documento ressaltando a importância da existência de pelo menos duas psicólogas junto ao Conselho Tutelar de Madureira para assegurar uma atuação eficiente por parte daquele Conselho.

Assim, é essencial manter mais de uma assistente social e psicóloga, conforme solicitado na petição inicial. Imprescindível, portanto, a manutenção da sentença, com a lotação de pelos menos duas assistentes sociais e duas psicólogas, a fim de que o Conselho Tutelar de Madureira, que atende uma elevada população, jamais fique desprovido de corpo técnico no horário de seu funcionamento.

O próprio Município do Rio de Janeiro reconhece a grande extensão da área e do número de crianças no local pois mantêm duas Coordenadorias de Educação para a área (a 5ª e a 6ª CRE) além de duas Coordenadorias de Assistência Social (a 5ª e a 6ª CAS). Admirável, outrossim, que as pessoas que residem na área da 6ª CAS não recebam nenhum tipo de auxílio desta para o transporte ao Conselho Tutelar, localizado na área da 5ª CAS.

O relatório do Disque-Denúncia às fls. 305/316 indica o elevado índice de maus tratos, abusos sexuais e demais ocorrências a exigirem a pronta atuação e apuração do Conselho Tutelar de Madureira. Note-se a grande necessidade da intervenção comparativamente a outras áreas do Rio de Janeiro (verificar os gráficos do estudo realizado - fls. 307).

Negar a destinação de espaço adequado para o funcionamento do Conselho Tutelar, de fácil acesso, com salas para atendimento individualizado, espaço com brinquedos, livros e alimentação adequada para crianças e adolescentes a serem atendidos, banheiro em condições de salubridade, portas, janelas e paredes em perfeito estado, cadeiras e móveis para acomodação das pessoas, é negar a própria existência do Conselho Tutelar. Note-se que os avanços foram obtidos por intervenção judicial, e merecem confirmação.

Negar a aquisição e fornecimento regular de material de escritório como papéis timbrados, canetas, mesas, armários, pastas, toner para máquina copiadora, tinta para a impressora e etc é inviabilizar a atuação administrativa do órgão. O serviço precisa ser mantido e aperfeiçoado para evitar as interrupções frequentes de material.

Negar a destinação de uma viatura com a presença de motorista permanentemente, 24 horas, inclusive sábados, domingos e feriados, com o fornecimento regular do ticket combustível, bem como sua complementação, e disponibilização de outra viatura imediatamente quando em reparos ou sem combustível a viatura do Conselho Tutelar, a fim de que as atividades em prol da infância não sejam prejudicadas, é deixar que milhares de crianças e adolescentes em nossa Comarca sejam privados da atuação do Poder Público e da missão constitucional e legal de pronta atuação do Conselho Tutelar, ignorando a prioridade legal a eles expressamente prevista na Carta Magna. Os avanços obtidos desde a propositura da ação precisam ser mantidos, além de aperfeiçoados, haja vista a grande extensão territorial e as interrupções relativas ao ticket combustível mencionadas pelos Conselheiros em seus depoimentos judiciais (fls. 727/732 e fls. 749/754).

Negar seja o Conselho Tutelar equipado com, no mínimo, dois computadores com capacidade para a redação de textos e arquivo de documentos, acesso à internet, e impressora, é dificultar, por demais, a atuação do Conselho, inviabilizando a pronta resposta e atuação rápida necessária na proteção de crianças e adolescentes. Os computadores existentes são antigos, sem acesso à internet, conforme demonstrado pelos depoimentos prestados em audiência (fls. 727/732 e fls. 749/754).

Negar a aquisição de mais uma linha telefônica fixa para o Conselho Tutelar, além do telefone celular para o Conselheiro plantonista, determinada na sentença, considerando a grande população que é atendida, e o constante congestionamento do telefone único existente, é negar, tanto para a população quanto para as demais autoridades públicas, a existência do Conselho Tutelar.

Frise-se que é extremamente necessária a existência de mais de uma linha telefônica para o Conselho Tutelar haja vista inúmeras situações urgentes a serem comunicadas que, para o bem estar das crianças e adolescentes envolvidos, não podem aguardar a desocupação da linha.

Negar o fornecimento regular de Vale Transporte, Cartão Telefônico, Selos e Aerogramas, material de higiene e material de escritório é inviabilizar a comunicação necessária para a proteção dos direitos da população infantil. A regularidade do fornecimento precisa ser mantida, o que nem sempre ocorre, conforme os depoimentos prestados em audiência (fls. 727/732 e fls. 749/754)

Negar a disponibilização de máquina fotográfica para registros necessários na área da infância vem dificultar a comprovação de maus tratos e irregularidades nas entidades de atendimento a menores, violando o dever do Poder Público de proteger a população infantil com a maior amplitude possível. A máquina fotográfica jamais foi fornecida, conforme depoimentos de fls. 727/732 e fls. 749/754.

Importantíssima a lotação de dois técnicos tanto do serviço social como da área da psicologia, devidamente capacitados, na sede do Conselho Tutelar no horário integral de seu funcionamento (disponíveis para a realização de visitas domiciliares e demais diligências, diariamente, de modo que o atendimento na área da infância jamais fique paralisado ou pendende). Conforme constou de fls. 727/732 e fls. 749/754, uma única psicóloga não é suficiente, haja vista os inúmeros casos de abuso sexual e centralização das notificações de maus tratos dos hospitais (uma das mais altas taxas do Estado do Rio de Janeiro, conforme constou do relatório do disque-denúncia - fls. 305/316).

Os agentes administrativos e os auxiliares de serviços gerais, devidamente capacitados, são imprescindíveis para o regular funcionamento do Conselho Tutelar.

Note-se que os recursos necessários para o regular funcionamento do Conselho Tutelar deveriam estar incluídos na Lei Orçamentária Municipal, conforme dispõe o art. 134 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não podendo o Município fazer uma proposta orçamentária irrisória na Lei Orçamentária e depois alegar ausência de verbas para cumprir sua missão constitucional e legal.

Não se trata de ingerência do Ministério Público ou do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa do Poder Executivo. Apenas se requer o respeito à previsão legal da existência do Conselho Tutelar e dos direitos assegurados a crianças e adolescentes.

É de fácil constatação que a omissão do Município em fazer proposta orçamentária razoável para o funcionamento dos Conselhos Tutelares na Lei Orçamentária e dotar os Conselhos Tutelares dos **meios essenciais** a seu funcionamento importa em prejuizo da atuação destes órgãos, uma vez que, em uma cidade do porte do Rio de Janeiro, **o trabalho dos Conselheiros Tutelares é imprescindível à proteção e garantia de direitos de crianças e adolescentes**, em virtude da imensa gama de problemas envolvendo a referida população, tais como maus tratos, abusos sexuais, abandono, ineficiência de serviços públicos, falta de políticas públicas adequadas, inadequação das entidades de atendimento às previsões legais, etc.

Repisa-se que, com a Ação Civil Pública, procura-se compelir o Município a incluir na Lei Orçamentária Municipal a previsão dos recursos necessários ao regular e satisfatório funcionamento do Conselho Tutelar, com vistas a exigir do Réu a destinação das verbas, aquisição dos meios essenciais e adoção das medidas cabíveis para a prestação do serviço público conferido ao Conselho Tutelar de Madureira de maneira satisfatória e regular.

O art. 134, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, dispõe que constará da Lei Orçamentária Municipal previsão dos recursos necessários ao funcionamento do Conselho Tutelar.

Por conseguinte, obedecendo às disposições constitucionais e estatutárias que conferem à infância e juventude **tratamento prioritário**, inclusive quanto à destinação privilegiada de recursos (art. 227, da C.F. e art. 4º, do ECA), não se justifica a resistência da Prefeitura do Rio de Janeiro em dotar o Conselho Tutelar de Madureira dos mecanismos necessários a seu bom desempenho.

Note-se, outrossim, em relação à segurança necessária aos serviços prestados pelo Conselho Tutelar e o pedido para destinação de um guarda municipal no local (item 2 - fls. 21), que a Constituição Federal, no art. 144, parágrafo 8º, destinou como atribuição da guarda municipal a proteção dos bens, serviços e instalações do Município, no qual se incluem as sedes dos Conselhos Tutelares e seus respectivos bens, bem como o serviço prestado.

Ocorre que não se pode alegar a discricionaridade administrativa em prejuízo de crianças e adolescentes, ante a prioridade imposta em favor dos serviços destinados à população infanto-juvenil.

DA INEXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA QUANDO HÁ IMPOSIÇÃO LEGAL

O Município do Rio de Janeiro, em todos os seus pronunciamentos, entende que o pleito é absurdo e que, em razão do princípio da discricionariedade, tem a liberdade de escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e o que deve ter prioridade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir.

Absurdo, pelo contrário, é o Apelante se negar a equipar o Conselho Tutelar (solicitando a devida previsão na Lei Orçamentária) e estar transferindo recursos públicos, a título de exemplo, conforme já divulgado na imprensa, para o pagamento de mais de quatrocentos milhões de reais com a "Cidade da Música" na Barra da Tijuca, doar dois milhões de reais para duas escolas de samba promoverem o ano da França no Brasil em 2009, patrocinar motocross na praia e outros eventos, enquanto atividades fins do Município são ignoradas.

É preciso que o Município do Rio de Janeiro, independente de seu governante, cumpra suas atividades fins, dentre as quais, esta aqui discutida, de assegurar a proteção necessária às crianças e adolescentes através do regular funcionamento do Conselho Tutelar, órgão previsto em lei, que deve estar suficientemente equipado.

A discricionariedade administrativa dos gestores dos serviços públicos não lhes concede permissão para ignorar atividades fins de que são responsáveis, transferindo os recursos existentes para outras áreas.

Os Municípios são responsáveis pela estruturação dos Conselhos Tutelares em razão de dispositivos legais expressos. O dever é ato vinculado, previsto em lei, havendo muito pouco espaço para a discricionariedade.

O regular funcionamento do Conselho Tutelar, ademais, vem garantir o exercício de direito sociais, uma vez que, dentre as funções previstas para o referido órgão, estão as de combater a evasão escolar, proteger crianças em situação de risco, acompanhar famílias em dificuldades, entre outros. Conforme ressalta a colega Promotora de Justiça Flavia Ferrer, "*o Judiciário, ao determinar a concretização de direito social, não está a inferir ilegitimamente na esfera do mérito administrativo. A este Poder, como guardião da Constituição, cabe assegurar a conformidade da atuação administrativa estatal aos ditames constitucionais, atuando no sentido de exigir o comprimento dos preceitos e normas previstos na Carta Magna. Cuida-se, pois, de exame judicial da legalidade/constitucionalidade dos atos administrativos.*"[1]

Interessante mencionar ainda as palavras do colega Promotor de Justiça Êvanes Amaro Soares Júnior[2]:

> " O desleixo da ação política no enfrentamento dos problemas sociais que flagelam a nação brasileira traz como conseqüências diretas altos índices de conflituosidade e aumento notável nas cifras de delinqüência, formando uma onda assustadora de causas que diuturnamente desaguam no foro judiciário. É, pois, precisamente à mercê desta avassaladora demanda de serviços que o ambiente jurídico, longe de desprezado, deve ser compreendido como um dos últimos esteios de salvação da imensa gama de náufragos tiranizados pela exclusão social, porque, enquanto "estuário das mazelas sociais", ainda é organismo que pode exprimir a reflexão sobre o (ir)refletido na lei, sem cuja audácia a almejada paz social não passa de simples empulhação retórica e hemiplégica."

O século XX foi palco de diversas convenções internacionais de proteção à pessoa, especialmente na proteção da criança, sendo destacáveis a Convenção dos Direitos da Criança de 1959, a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, a Constituição Brasileira de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

---

1. Flávia Ferrer em Direito à Segurança *in A Efetividade dos Direitos Sociais*, Coordenador Emerson Garcia - Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 351.
2. Êvanes Amaro Soares Júnior em Justiça Distributiva e Desigualdade Social: O Paradigma Ecológico-Sistêmico como Elemento da Jurisdição Social *in A Efetividade dos Direitos Sociais*, Coordenador Emerson Garcia - Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 88

A Constituição Federal de 1988 fez inserir, no art.227 da Carta Magna, o chamado princípio da Prioridade Absoluta, determinando ser dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, **à educação**, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Essa norma, que teve como objetivo espancar qualquer dúvida quanto à aplicabilidade do preceito constitucional, que alguns ainda insistem em taxar de meramente programático, veio reiterada na Lei 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, rezar o art.4°, do referido texto legal:

> **" É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com *absoluta prioridade*,** (grifos nossos) **a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.**
>
> **Parágrafo Único - A garantia de prioridade compreende:**
>
> **a) a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;**
>
> **b) a precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;**
>
> **c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais e públicas;**
>
> d) ***destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.***" (grifos nossos)

O dispositivo transcrito é por demais explicativo, ainda mais para quem está imbuído do espírito da lei e dos critérios que devem ser utilizados para interpretá-la.

Assim, partindo-se da premissa de que a norma prevista no art.227, da Constituição Federal é de eficácia plena somos obrigados a reconhecê-la como um fator a mais a limitar o campo de atuação discricionária do administrador público. Tal conclusão decorre do próprio princípio da legalidade que deve nortear toda a pauta de ações dos integrantes do Poder Executivo, dogma esse previsto no art.37, da Constituição Federal.

Desta forma, não há que se falar, *in casu*, em ingerência ou em falta de competência do Judiciário para determinar como deve ser o agir do administrador, porquanto, é a própria lei, é a Lei Maior, que o descreve no tocante aos direitos das crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu o Conselho Tutelar no ordenamento jurídico nacional, erigindo-o, em seu art. 131, como órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, **encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.**

O art. 134, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, dispõe que constará da Lei Orçamentária Municipal previsão dos recursos necessários ao funcionamento do Conselho Tutelar.

Cabendo aos Conselhos Tutelares do Municipio do Rio de Janeiro atender diariamente a qualquer denúncia de ameaça ou violação dos direitos das crianças e dos adolescentes, independentemente de hora e local e que os referidos órgãos funcionarão em regime de plantão, fora do horário regular, inclusive sábados, domingos e feriados, garantindo o cumprimento desses direitos, previu a lei a forma de instrumentalizar os referidos Colegiados, através do apoio administrativo, técnico e financeiro da Prefeitura.

Por conseguinte, obedecendo às disposições constitucionais e estatutárias que conferem à infância e juventude **tratamento prioritário**, inclusive quanto à destinação privilegiada de recursos (art. 227, da C.F. e art. 4º, do ECA), não se justifica a lentidão da Prefeitura do Rio de Janeiro em dotar os Conselhos Tutelares dos mecanismos necessários a seu bom desempenho.

Ademais, consta da própria Lei Municipal nº3.282 de 10 de outubro de 2001, que os Conselhos Tutelares serão vinculados administrativamente à Secretaria de Desenvolvimento Social e RECEBERÃO SUPORTE TÉCNICO, ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO DO MUNICÍPIO.

Diante da leitura dos artigos acima mencionados, torna-se inaceitável que outros órgãos municipais não prioritários estejam melhor aparelhados que os Conselhos Tutelares, contando com toda a estrutura necessária para funcionamento, como telefones, viaturas, pessoal, computador, fax, etc.

O princípio da prioridade absoluta estabele a primazia em favor das crianças e adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte.[3]

Os valores eleitos pelo Poder Constituinte Originário, de proteção à criança, precisam ser respeitados pelos Governantes. Neste sentido, interessante mencionar o professor Paulo Bonavides em seu curso de Direito Constitucional[4]:

---

3. Andréa Rodrigues Amin em Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente, p. 20, em Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Coordenado por Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2ª ed., 2007.
4. Paulo Bonavides em Curso de Direito Constitucional , São Paulo, Malheiros, 22ª edição, 2008, p.644.

"As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem, mas os valores são postos e impostos. Quem lhes afirma a validade, deve fazê-los válidos - disse Carl Schmitt, homenageando em 1967 o jurista Forsthoff num estudo intitulado "A tirania dos valores".

A esse conceito sobre o valor, exarado pelo constitucioalista de Weimar, adere Hölfling quando demonstra que "o específico do valor consiste nisso: ao invés de um ser o que ele tem é uma validade (Geltung), um dever ser".

Em contraste, pois, com a Filosofia, poder-se-á então dizer que no Direito o valor não é categoria ontológica, não tem ser; tem validade."

Assim, importante a atuação do Ministério Público e o respaldo do Poder Judiciário, garantindo a efetividade dos direitos de crianças e adolescentes e o regular funcionamento dos Conselhos Tutelares.

Os constitucionalistas Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos[5] ressaltam:

"O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética - ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação - deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na Dogmática Jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade."

No mesmo sentido, ressaltando a importância de se dar efetividade aos direitos, discorre Flávia Piovesan[6]:

"No dizer de Jackman, "a Constituição é mais que um documento legal. É um documento com intenso significado simbólico e ideológico - refletindo tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser". É com esta perspectiva que há de se compreender a Carta de 1988.

(...)

Aos operadores do Direito resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu pontencial ético e transformador, doando a máxima efetividade aos princípios constitucionais e internacionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade humana - porque fonte e sentido de toda experiência jurídica."

---

5. Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos em A nova interpretação constitucional dos princípios *in Dos Princípios Constitucionais - Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição* - São Paulo, Malheiros, 2003. organizado por George Salmão Leite, p. 108.
6. Flávia Piovesan em Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana *in Dos Princípios Constitucionais - Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição* - São Paulo, Malheiros, 2003. organizado por George Salmão Leite, p. 190/197.

O ilustre Desembargador Jessé Torres, aliás, assinalou em voto proferido na Apelação Cível 2007.001.11057, que a compreensão jurídica da questão a respeito da discricionariedade administrativa tem evoluído no direito público brasileiro, onde, efetivamente, já foi majoritário o seu prestígio. Todavia, "*os sinais de derrogação dessa primazia estão presente por toda parte, a contar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, com a autoridade de Corte guardiã da Constituição, a tem interpretado no sentido de reconhecer a possibilidade de intervenção jurisdicional com o fim de tornar efetiva a implementação das políticas públicas enraizadas no Texto Fundamental*" (inteiro teor da decisão e do voto em anexo).

Assim, afastando a discricionariedade administrativa do Poder Executivo quando em questão a garantia dos direitos previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente em favor de crianças e adolescentes, vem se firmando a jurisprudência majoritária, não somente do nosso Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mas de outros Tribunais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. ABRIGO DE MENORES. INSTALAÇÕES DEFICITÁRIAS E IMINÊNCIA DE PERIGO À INTEGRIDADE FÍSICA. A Constituição Federal, em seu artigo 227, preconiza ser dever da família, da sociedade e do ente federativo, assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer e à convivência familiar e comunitária. Tal princípio, além de ser preceito constitucional, recebeu maiores contornos quando da promulgação da Lei nº 8069/90, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, do qual se destaca a norma contida no artigo 4º e parágrafo único. Assim, partindo-se da premissa de que tais regramentos possuem plena eficácia, trata-se de prioridade absoluta o atendimento, a proteção e a educação das crianças e dos adolescentes, observando-se, inclusive sua relevância orçamentária sobre as demais despesas do ente da federativo. Ademais, restaram comprovados nos autos, os fatos articulados na exordial, quanto às precárias instalações da instituição supramencionada, bem como as ameaças de invasões no local e chacinas dos abrigados, por parte de marginais, como se verifica no Relatório de Visita, elaborado por duas Comissárias de Menores, acompanhado de fotografias, bem como no Ofício, em que o Coordenador da instituição comunicou ao então Juiz *a quo*, que no dia 06.04.2003, às 2:55 horas, o local foi invadido por seis homens desconhecidos, portanto armas de fogo, que subtraíram documentos, ameaçaram arrombar as portas e estuprar as adolescentes lá abrigadas. Nestas condições, deve ser mantida, integralmente, a decisão hostilizada, que restabeleceu a ordem emanada no texto constitucional e na legislação específica, determinando a conclusão das obras realizadas na instituição, no prazo de 60 dias,

oferecendo regulares e satisfatórias instalações, conforme o pedido inicial, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00, em favor do Fundo da Infância e Adolescência do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Recurso conhecido e improvido.

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.001.00237. 11ª CÂMARA CÍVEL. REL. DES. CLAUDIO DE MELLO TAVARES. Julgamento 23/02/2005).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICA PÚBLICA. PODER DISCRICIONÁRIO. LIMITAÇÃO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO.

Apelação. Ação civil pública. Controle judicial de política pública com assento na Constituição Federal. A tutela constitucional de políticas públicas impõe obrigações positivas de cuja execução os poderes administrativos não se podem esquivar.A norma da Constituição traça limites à discricionariedade administrativa.A mera alegação de conveniência e oportunidade não justifica a omissão da Administração, se prova não há de que mobilizou os meios disponíveis e necessários ao cumprimento do comando Fundamental, ou de que existam obstáculos irremovíveis a tal mobilização. Tergiversação inaceitável no caso concreto: lei criou o Conselho Municipal de Direito da Criança e do Adolescente, em 1991, mas a Administração local, passados três lustros, mantém-se refratária a dotar o órgão dos recursos, materiais e humanos, indispensáveis ao seu funcionamento, frustrando as políticas estabelecidas no art. 227 da Constituição da República (é dever do Estado "assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão"); no art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente ("São diretrizes da política de atendimento: I- municipalização do atendimento; II- criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente..., segundo leis federal, estaduais e municipais"); e da Lei Municipal n. 1.623/03 ("Compete à Secretaria Municipal de Desenvolvimento e Assistência Social garantir a estrutura para o devido funcionamento do CMDCA..."). Pleito, formulado pelo Ministério Público, e sentença, que o acolheu, em sintonia com a orientação do Supremo Tribunal Federal: "A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por

ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental" (RTJ 185/794-796, Pleno). Recurso a que se nega provimento.

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível 2007.001.11057. RELATOR DES. JESSE TORRES - Julgamento: 04/04/2007 - SEGUNDA CAMARA CÍVEL)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da **Criança** e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 493811/SP Recurso Especial 2002/01696619-5. Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Data de julgamento 11/11/2003. Data da publicação DJ 15.03.2004, p. 236. RDDP vol. 14 p. 120)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral

adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Re-AgR 410715/SP. Relator Min. Celso de Mello. Julg. 22/11/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJ. 03/02/2006, pp. 76 Ement. Vol. 2219-08 pp. 01529. RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300)

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA **CRIANÇA** E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS **CRIANÇAS** SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais

homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 5. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n.º 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à **criança** e ao adolescente, com absoluta **prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). 6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da **Criança** e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 7. Outrossim, a Lei n.º 8.069/90 no art. 7.º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual". 8. Impõe-se, contudo, ressalvar que a jurisprudência predominante do E. STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp n.º 706.652/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 18/04/2005; REsp n.º 664.139/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/06/2005; e REsp n.º 240.033/CE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18/09/2000). 9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da **Criança** e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90): "Art. 54. É dever do Estado assegurar à **criança** e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às **crianças** de (zero) a 6 (seis) anos de idade." 10. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 11. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da **criança.** Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as **crianças** nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 12. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das **crianças** a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 16. Diversa é a hipótese segundo a

qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 18. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 19. O Estado não tem o dever de inserir a **criança** numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para **crianças** de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: RESP 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 25.10.2004. 20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005, decidiu verbis: "CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO(CF, ART. 211, § 2°). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às **crianças**, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas

que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "**crianças** de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda **criança**, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político—administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das **crianças** em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. 21. Recurso especial provido.

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 736524 SP. Recurso Especial 2005.0044941-4. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Data do Julgamento 21/03/2006. Data da Publicação DJ 03/04/2006, p. 256)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ECA. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE DESTINAR VERBA ORÇAMENTÁRIA. SERVIÇO PARA TRATAMENTO DE ADOLESCENTES INFRATORES. ADMISSIBILIDADE. CABE AO PODER JUDICIÁRIO O CONTROLE DA LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, NÃO SE ADMITINDO QUE POSSA INVADIR O ESPAÇO RESERVADO A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO, DESCIDINDO ACERCA DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA DESTINAÇÃO DE VERBAS, RESSALVADOS OS CASOS EM QUE O LEGISLADOR, ATRAVÉS DE DISPOSIÇÃO LEGAL, JÁ EXERCEU O PODER DISCRICIONÁRIO, TOMANDO A DECISÃO

POLÍTICA DE ESTABELECER PRIORIDADES NA DESTINAÇÃO DE VERBAS. EM SE TRATANDO DO ATENDIMENTO AO MENOR, SUBMETEU O LEGISLADOR A DECISÃO ACERCA DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE A REGRA DE PRIORIDADE ABSOLUTA INSCULPIDA NO ARTIGO 4 DO ECA E NO ARTIGO 277 DA CONSTTUIÇÃO FEDERAL. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO ACOLHIDOS (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. EMBARGOS INFRINGENTES Nº 598164929, QUARTO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS. RELATOR: DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ, JULGADO EM 11/12/98)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. CONSELHO TUTELAR. ÓRGÃO CRIADO COM BASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA DAR, A SEUS DESTINATÁRIOS, ESPECIAL ATENÇÃO, CABENDO AOS MUNICÍPIOS DOTÁ-LO DE INDISPENSÁVEL ESTRUTURA, COM INCLUSÃO DE PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA NA LEI ORÇAMENTÁRIA MUNUCIPAL, PARA CUMPRIR OS SEUS FINS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA MANEJAR AÇÃO CIVIL É NOTÓRIA E INDISCUTÍVEL E, SEM DÚVIDA, CABÍVEL O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO (DA LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS DO PODER EXECUTIVO).

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DECISÃO MANTIDA. É INDUVIDOSO QUE NÃO SÓ O ART. 227 DA CRFB, COMO O ART. 4º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, DE MODO EXPRESSO ESTABELECEM REGRAS ACERCA DE GARANTIA DOS DIREITOS E DEVERES PARA COM CRIANÇAS E JOVENS, ASSEGURANDO DIREITOS E DEVERES PARA COM PRIORIDADE ABSOLUTA E DE FORMA INTEGRAL INCLUINDO-SE O USO DOS RECURSOS PÚBLICOS DIRECIONADOS PARA INTEGRAL ATENDIMENTO. ASSIM A DECISÃO AGRAVADA OBRIGA O AGTE A CUMPRIR O QUE DETERMINA A LEI, INCLUSÃO, NA PROPOSA ORÇAMENTÁRIA. RECURSOS COM DETERMINAÇÃO CERTA, PROPORCIONANDO O REGULAR FUNCIONAMENTO DO CONSELHO TUTELAR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, NA LINHA DO ENTENDIMENTO DO PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. RECURSO DESPROVIDO.

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 3ª CÂMARA CÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO 2004.002.09361. Rel. Des. RONALDO ROCHA PASSOS. ORIGEM: Processo 2004.710.000371-1 da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, j. 07/06/05, DO 24/06/05)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ECA. OBRIGAÇÃO DE O ESTADO-MEMBRO

CRIAR, INSTALAR E MANTER PROGRAMAS DESTINADOS AO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SOCIO-EDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO E SEMILIBERDADE DESTINADOS A ADOLESCENTES INFRATORES. INCLUSÃO NECESSÁRIA NO ORÇAMENTO. TEM O ESTADO O DEVER DE ADOTAR AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS A IMPLANTAÇÃO. A DISCRICIONARIEDADE, BEM COMO O JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE SUBMETEM-SE A REGRA DA PRIORIDADE ABSOLUTA INSCULPIDA NO ART. 4 DO ECA E NO ART. 277 DA CFB. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 597097906, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR:DES. SERGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, JULGADO EM 22/04/98).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADOLESCENTE INFRATOR. ART. 227, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DE O ESTADO-MEMBRO INSTALAR E MANTER PROGRAMAS DE INTERNAÇÃO E SEMILIBERDADE PARA ADOLESCENTES INFRATORES. 1. DESCABIMENTO DE DENUNCIAÇÃO DA LIDE A UNIÃO E AO MUNICÍPIO. 2. OBRIGAÇÃO DE O ESTADO-MEMBRO INSTALAR (FAZER OBRAS NECESSÁRIAS) E MANTER PROGRAMAS DE INTERNAÇÃO E SEMILIBERDADE PARA ADOLESCENTES INFRATORES, PARA O QUE DEVE INCLUIR A RESPECTIVA VERBA ORÇAMENTÁRIA. SENTENÇA QUE CORRETAMENTE CONDENOU O ESTADO A ASSIM AGIR, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NORMA CONSTITUCIONAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA E DE LINGUAGEM POR DEMAIS CLARA E FORTE, A AFASTAR A ALEGAÇÃO ESTATAL DE QUE O JUDICIÁRIO ESTARIA INVADINDO CRITÉRIOS ADMINSTRATIVOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE E FERINDO REGRAS ORÇAMENTÁRIAS. VALORES HIERARQUIZADOS EM NÍVEL ELEVADÍSSIMO, AQUELES ATINENTES A VIDA E A VIDA DIGNA DOS MENORES. DISCRICIONARIEDADE, CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE NÃO PERMITEM AO ADMINISTRADOR SE AFASTE DOS PARÂMETROS PRINCIPIOLÓGICOS E NORMATIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DE TODO O SISTEMA LEGAL. 3. PROVIMENTO EM PARTE, PARA AUMENTAR O PRAZO DE CONCLUSÃO DAS OBRAS E PROGRAMAS E PARA REDUZIR A MULTA DIÁRIA. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 596017897, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR DES. SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, JULGADO EM 12/03/97).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIA PROCESSUAL NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA TUTELA DO DIREITO INDIVIDUAL

INDISPONÍVEL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INTERESSE DE AGIR. DIREITO À SAÚDE ASSEGURADO COM ABSOLUTA PRIORIDADE À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA TIDA COMO DEVER DE PROMOVER O BEM COMUM. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES. INOCORRÊNCIA. 1. Por atribuição constitucional (CF, art. 127, caput) e expressa previsão legal (ECA, art. 201, V e 208, VII), o Ministério Público é parte legítima para intentar ação civil pública em favor de direito individual heterogêneo de crianças e adolescentes, como, por exemplo, o direito à saúde e à educação. 2. O direito à saúde, superdireito de matriz constitucional, há de ser assegurado, com absoluta prioridade às crianças e adolescentes e é dever do Estado (União, Estados e Municípios) como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. Direito fundamental que é, tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, como se infere do §1° do art. 5° da Constituição Federal. 3. Conjugando-se a já sedimentada idéia de dever discricionário e função jurisdicional com a principiologia vertida na Constituição Federal, dando prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente, estou em afirmar mesmo que não há discricionariedade quando se trata de direito fundamental da criança e do adolescente (vida, saúde, dignidade). Está o poder público necessariamente vinculado à promoção, com absoluta prioridade, da saúde da população infanto-juvenil. NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS APELOS,. UNÂNIME.

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível N° 70015849417, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 23/08/2006)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCLUSÃO DE VERBA ORÇAMENTÁRIA PARA CRIAÇÃO DE ESTRUTURA PARA A IMPLANTAÇÃO DE UNIDADE PARA INTERNAMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INFRATORES. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DO PODER EXECUTIVO QUE NÃO PODE SER INVOCADA COMO FUNDAMENTO PARA DESCUMPRIMENTO DA LEI. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. PEDIDO DE FORMAÇÃO DO LISTISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A UNIÃO. DESCABIMENTO. MATÉRIA PRECLUSA. Tendo a Magistrada, em despacho saneador, afastado a alegação de litisconsórcio passivo necessário com a União e Município, decisão contra a qual não interpôs o Estado o recurso cabível, resta preclusa a matéria, sendo inviável novo exame em sede de preliminar de apelação. Não há falar em

impossibilidade jurídica do pedido deduzido pelo Ministério Público, porquanto a obrigação do Estado decorre de Lei específica, inclusive com previsão constitucional, não havendo falar em discricionariedade da Administração contra determinação legal expressa, tampouco violação da Independência entre os Poderes. É dever e responsabilidade do Estado, por força de disposição constitucional e infraconstitucional, a criação e manutenção de estrutura para o funcionamento de unidade de internamento de crianças e adolescentes infratores, na forma dos arts. 4º, IV, c/c art. 124, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente. A proteção da infância e juventude, pela nova ordem constitucional, foi elevada ao nível de direito constitucional de **prioridade** absoluta, consubstanciado na regra do art. 227 , sendo obrigação preferencial do Estado. Aplicabilidade imediata dos princípios e normas que regem a matéria. Procedência da demanda. MULTA. ORIGAÇÃO DE FAZER. APLICAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. DESCABIMENTO. Tratando-se de obrigação de fazer, reconhecida em sentença, cuja aplicação, em sede liminar, restou cassada em recurso cabível, mostra-se incabível a pretensão de que a multa fixada na sentença retroaja à data do pedido constante da inicial, sendo impreterível o trânsito em julgado da decisão para exigibilidade da multa, no caso de descumprimento da obrigação. REEXAME NECESSÁRIO. SUCUMBÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. Vencida a Fazenda Pública Estadual, com condenação em obrigação de fazer, cujo valor excede a sessenta salários mínimos, resta sujeita a sentença ao reexame necessário por esta Corte, nos termos do art. 475 do CPC. Reexame necessário conhecido de ofício. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS E SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO, POR MAIORIA. VOTO VENCIDO.

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70008140873, Primeira Câmara Cível, Relator: Henrique Osvaldo Poeta Roenick, Julgado em 01/09/2004).

PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTALAÇÃO DE PROGRAMA SÓCIO-EDUCATIVO DESTINADO À ADOLESCENTE EM REGIME DE SEMI-LIBERDADE NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. DIREITO SUBJETIVO À ABSOLUTA **PRIORIDADE** NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA, À EDUCAÇÃO, À DIGNIDADE, AO RESPEITO, À LIBERDADE E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA, ENTRE OUTROS. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Controvérsia gravitante em torno da possibilidade jurídica do pedido

formulado em ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, que objetiva a criação e instalação, no município de Ribeirão Preto, de programa sócio-educativo destinado a adolescentes em regime de semi-liberdade previsto no artigo 90, VI, do Estatuto da **Criança** e do Adolescente. 2. Alegação de que o prazo exíguo para o cumprimento da obrigação de fazer caracteriza a impossibilidade jurídica do pedido, em virtude da sujeição dos entes públicos às Leis de Licitações e de Responsabilidade Fiscal, no que aludem à necessidade de previsão orçamentária para a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa. 3. A possibilidade jurídica do pedido, uma das condições da ação, cuja ausência enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito, abrange não apenas a previsão legal da pretensão do autor, mas, antes, que a mesma não se encontre "vetada" pela ordem jurídica. 4. Causa de pedir consubstanciada na inobservância, pela FEBEM/SP, da política básica de atendimento dos direitos da **criança** e do adolescente estabelecida pelo ECA, frustrando a concretização dos direitos fundamentais garantidos pelo artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988, verbis: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à **criança** e ao adolescente, com absoluta **prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." 5. O pleito ministerial não se encontra vedado pelo ordenamento jurídico, constituindo tentativa de assegurar o efetivo respeito ao direito subjetivo do adolescente no município de Ribeirão Preto. 6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo do adolescente. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os adolescentes, nas condições estipuladas pela lei, encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 7. Ademais, o magistrado não fica adstrito ao prazo, para o cumprimento da obrigação de fazer, indicado pelo Ministério Público, sendo-lhe defeso, contudo, a prolação de sentença que incorra em um dos vícios de julgamento elencados no artigo 460, do CPC. 8. Recurso especial desprovido.

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 630765/SP Recurso Especial 2004/0008887-0. Relator Ministro Luiz Fux. PRIMEIRA TURMA. Data do julgamento 23/08/2005. Data da Publicação DJ 12/09/2005, p. 21)

As crianças e adolescentes do Município do Rio de Janeiro têm direito a um Conselho Tutelar que efetivamente cumpra seu papel institucional, assegurando e protegendo os interesses e garantias constitucionais e infraconstitucionais conferidos à população infanto-juvenil. Está legalmente previsto e pode ser exigido o apoio técnico, administrativo e financeiro da Prefeitura em razão dos dispositivos legais existentes.

Por todo o exposto, considerando que **o funcionamento adequado do Conselho Tutelar de Madureira é direito das crianças e adolescentes do Municipio do Rio de Janeiro residentes nos bairros de Acari, Anchieta, Barros Filho, Bento Ribeiro, Campinho, Cascadura, Cavalcante, Coelho Neto, Colégio, Engenheiro Leal, Guadalupe, Honório Gurgel, Irajá, Madureira, Marechal Hermes, Oswaldo Cruz, Parque Anchieta, Pavuna, Quintino Bocaiuva, Ricardo de Albuquerque, Rocha Miranda, Turiaçu, Vicente de Carvalho, Vila Cosmos, Vila da Penha, Vista Alegre**, resta comprovado que o não aparelhamento adequado do órgão em tela prejudica o desempenho do Conselho Tutelar, atingindo os direitos de inúmeras crianças e adolescentes.

Assim, requer o Ministério Público o não conhecimento do recurso, eis que intempestivo, e, ultrapassada a preliminar, seja o recurso rejeitado, confirmando-se a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

Termos em que

P. deferimento,

Rio de Janeiro, 29 de fevereiro de 2008.

PATRICIA PIMENTEL DE OLIVEIRA CHAMBERS RAMOS

Promotora de Justiça

Conflito positivo de competência. Danos ambientais provocados em terreno de marinha. Impacto ambiental de âmbito local. Competência da justiça estadual para processamento e julgamento de ação civil pública objetivando a recuperação do ecossistema degradado

EXMO. SR. DR. PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, MINISTRO FRANCISCO CESAR ASFOR ROCHA.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através da 1° Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Cabo Frio, pelo Promotor de Justiça abaixo assinado, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, com fulcro nos arts. 105, *d* da CRFB/88, c.c arts. 115, I e 116, ambos do Código de Processo Civil, c.c arts. 193 e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, vem suscitar o presente

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA

Em face do Juízo Estadual da 1ª Vara da Comarca de Armação de Búzios e do Juízo Federal da Seção Judiciária de São Pedro da Aldeia, ambos localizados no Estado do Rio de Janeiro, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos.

1. BREVE ESCORÇO FÁTICO DAS DEMANDAS QUE TRAMITAM SIMULTANEAMENTE PERANTE A 1ª VARA DA COMARCA DE ARMAÇÃO DE BÚZIOS E O JUÍZO FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PEDRO.

§

DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA n° 2007.078.000541-0, PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Aos 09.02.1999, foi instaurado perante a 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Cabo Frio o Inquérito Civil n° 101/99, a partir da publicação de nota de leitor no Jornal "O Peru Molhado", noticiando a iminência de aprovação de diversos condomínios na praia de Tucuns. Uma vez identificados os empreendimentos propostos para a localidade de Tucuns,

o objeto das investigações foi delimitado no sentido da apuração da regularidade da aprovação de projetos de condomínios horizontais no loteamento denominado Nova Geribá, de propriedade de Sernambiguara Imóveis Ltda. e Plarcon Engenharia S.A., na localidade de Praia das Emerências, Tucuns, Armação dos Búzios.

Aos 04.10.2006, foi instaurado o Inquérito Civil nº 044/06, a partir de representação formulada pela ONG Ativa Búzios, com vistas à apuração e identificação de suposta ocupação irregular e degradação ambiental em área de preservação permanente na localidade de Tucuns, Armação dos Búzios, decorrente do lançamento e implantação do empreendimento SUPERCLUBS BREEZES BÚZIOS, incorporação de Quinze de Maio Incorporação Ltda. e co-propriedade de Marsol Empreendimentos e Participações S.A.

O procedimento investigatório originário (Inquérito Civil nº 101/99) teve seu curso no sentido de proceder ao acompanhamento do processo de aprovação e licenciamento de projetos de condomínios horizontais situados em unidades do loteamento Nova Geribá, enquanto o novel Inquérito Civil nº 044/06 se restringiu à especificação das apurações quanto à implantação do empreendimento SUPERCLUBS BREEZES BÚZIOS, situado em unidade do mesmo loteamento Nova Geribá, de modo que os trabalhos realizados houveram de se pautar, preliminar e necessariamente, na aferição da legalidade e adequação da aprovação e implantação do loteamento Nova Geribá.

Após regular trâmite dos inquéritos civis em referência e colheita de diversos elementos de prova, concluiu-se pela existência de ilegalidades por ocasião da emissão das quatro licenças de instalação concedidas em favor da implantação do loteamento Nova Geribá, bem como verificou-se que o empreendedor deixou de prestar fiel observância às restrições e condições estabelecidas pelas referidas licenças.

Sendo assim, aos 19 de março de 2007, a 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Cabo Frio propôs ação civil pública junto ao Juízo da Vara Única da Comarca de Armação dos Búzios[1] (DOC. Nº 01), formulada a partir de informações apuradas nos autos dos Inquéritos Civis nºs 101/99 e 01.044/06, que apresentavam por objeto, respectivamente: a) a apuração da regularidade da aprovação de projetos de condomínios horizontais no loteamento denominado Nova Geribá, de propriedade de Sernambiguara Imóveis Ltda. e Plarcon Engenharia S.A., na localidade das Praias de Emerências e Tucuns, no Município de Armação dos Búzios; b) a apuração e identificação de suposta ocupação irregular e degradação ambiental em área de preservação permanente na localidade de Tucuns, Armação dos Búzios, decorrente do

1. Posteriormente redistribuída à 1ª Vara da Comarca de Armação de Búzios, em decorrência do desmembramento da antiga vara Única.

lançamento e implantação do empreendimento SUPERCLUBS BREEZES BÚZIOS, incorporação de Quinze de Maio Incorporação Ltda. e co-propriedade de Marsol Empreendimento e Participações S.A., requerendo, em síntese: a) anulação das licenças concedidas à implantação do loteamento Nova Geribá; b) anulação das licenças concedidas à instalação do empreendimento Superclubs Breezes Búzios; c) anulação dos atos de aprovação do projeto de loteamento Nova Geribá concluídos nos autos do processo administrativo nº 00-7138/01, e demais aprovações contidas nos processos 50.561/86, 51.724/87, 00-5426/98 e 00-7144/01, desconstituindo-se, assim, a formação do loteamento Nova Geribá; d) condenação dos réus, de forma solidária, na obrigação de fazer consistente na recuperação da qualidade ambiental da área situada na praia das Emerências, Tucuns, Armação dos Búzios, em que implantado o empreendimento loteamento Nova Geribá, mediante remoção de construções e infra-estrutura implantada, com conseqüente renaturalização induzida do ecossistema local, a ser objeto de projeto de recuperação das áreas degradadas que deverá ser apresentado à FEEMA em prazo não superior a 30 dias, contados a partir da data da decisão definitiva; f) em caso de absoluta e demonstrada impossibilidade prática de renaturalização do ecossistema local, condenação dos réus de forma solidária na obrigação de fazer consistente na execução de medidas a serem indicadas pelo órgão estadual de competência ambiental com vistas à recuperação parcial da qualidade ambiental, mitigação dos efeitos ao ecossistema local e compensação pelos danos permanentes verificados, esta a ser estabelecida em pecúnia ou determinação de medidas de recuperação de ecossistema similar, a serem objeto de projeto de recuperação das áreas degradadas a ser submetido à FEEMA em prazo não superior a 30 dias contados da data da decisão definitiva;

A referida ação civil pública foi autuada perante a Vara Única da Comarca de Armação dos Búzios sob o nº 2007.078.000541-0, tendo o juízo estadual se declarado competente para o processamento e julgamento da demanda que lhe fora submetida.

Após o recebimento da petição inicial e tramitação regular do feito, foi realizado no bojo dos autos Termo de Ajustamento de Conduta (DOC 03) entre o Ministério Público Estadual, Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente- FEEMA, Município de Armação dos Búzios, Marsol Empreendimentos e Participações S.A e Quinze de maio Incorporação Imobiliária LTDA,, homologado pelo juízo, onde foram estabelecidas uma série de medidas visando restringir a atuação dos empreendedores e delimitar regras atinentes à preservação e recuperação da qualidade ambiental da área dentre outras medidas compensatórias, consoante cópia anexa.

Após a celebração do referido Termo de Ajustamento de Conduta, o Ministério Público Federal ajuizou perante o Juízo Federal da Seção Judiciária

de São Pedro da Aldeia ação civil pública (DOC. 06), autuada sob o nº 2008.51.08.000712-8, em face de Quinze de Maio Incorporação Imobiliária Ltda., Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, Marsol Empreendimentos e Participações Ltda., Sernambiguara Imóveis Ltda. e Plarcon Engenharia S.A., tomando por base informações e dados colhidos nos autos do Procedimento Administrativo nº 1.30.005.000052/2000-50, apresentando objeto idêntico ao da ação civil pública nº 2007.078.000541-0, que tramitava perante a 1ª Vara da Comarca de Armação de Búzios.

Após inúmeras petições interpostas pelo Ministério Público Federal no bojo da ação civil pública que tramitava perante o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Armação de Búzios, o magistrado estadual entendeu por bem remeter o feito à Justiça Federal para que esta, em obediência ao comando exarado da Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça[2], se manifestasse quanto à existência de interesse da União no feito (DOC. 05).

Ressalte-se que o magistrado estadual não declinou de sua competência para o Juízo Federal de São Pedro da Aldeia, mas tão somente encaminhou os autos à Justiça Federal para que se manifestasse quanto eventual interesse da União no feito.

§

DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 2008.51.08.000712-8, PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PERANTE O JUÍZO FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PEDRO DA ALDEIA.

Após 18 meses da propositura da Ação Civil Pública nº 2007.078.000541-0 pelo Ministério Público Estadual, o Ministério Público Federal ajuizou perante o Juízo Federal da Seção Judiciária de São Pedro da Aldeia ação civil pública com requerimento liminar (DOC. 06), autuada sob o nº 2008.51.08.000712-8, em face de Quinze de Maio Incorporação Imobiliária Ltda., Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, Marsol Empreendimentos e Participações Ltda., Sernambiguara Imóveis Ltda. e Plarcon Engenharia S.A., tomando por base informações e dados colhidos nos autos do Procedimento Administrativo nº 1.30.005.000052/2000-50, instaurado com vistas à apuração da regularidade do licenciamento ambiental do loteamento denominado "Loteamento Nova Geribá" a ser implantado na Praia de Tucuns, em Armação dos Búzios, objetivando impedir eventuais danos ambientais decorrentes de construções irregulares a serem erguidas pelos responsáveis por tal empreendimento. Os pedidos formulados, em suma, repetem o objeto da ação civil pública proposta pelo Ministério Público estadual.

---

2. Compete a justiça federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da união, suas autarquias ou empresas publicas.

Nos autos da referida ação civil pública foi proferida decisão deferindo o requerimento liminar formulado pelo Ministério Público Federal, no sentido de determinar a imediata paralisação das obras do empreendimento SUPER CLUB BREEZES, bem como outras medidas, conforme se depreende do DOC. 07. Posteriormente a referida decisão foi revogada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal, conforme cópia da decisão extraída do sítio da internet do sobredito Tribunal (DOC. 08).

Ressalte-se que tanto o *parquet* federal quanto o juízo federal posicionaram-se pela competência da justiça federal para processar e julgar a referida demanda tomando por base única e exclusivamente o fato de uma parte do Loteamento Nova Geribá e do empreendimento hoteleiro SUPERCLUBS BREZES BUZIOS encontrarem-se localizados em terreno de Marinha.

§

DA IDENTIDADE ENTRE A CAUSA DE PEDIR E DOS PEDIDOS DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS nºs 2007.078.000541-0 e 2008.51.08.000712-8

Com efeito, verifica-se que a ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal visa a prestação jurisdicional em relação a objeto idêntico ao contido na ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual, qual seja, a tutela jurídica concernente à preservação e recuperação da qualidade ambiental da Praia de Tucuns, em decorrência da implantação do loteamento NOVA GERIBÁ e do empreendimento hoteleiro denominado SUPER CLUBS BREEZES sobre áreas de preservação permanente.

As alegações deduzidas pelo Ministério Público Federal não tem o condão de afastar a competência da Justiça Estadual, eis que o domínio de parte da área onde se localizam os empreendimentos pela União não é suficiente para determinar a atuação de órgãos ambientais federais no caso e, consequentemente, atrair a competência da Justiça Federal.

Por fim, uma vez que a Justiça Federal entendeu estar presente interesse da União no feito e, por conseguinte, declarou-se como competente para seu processamento e julgamento, instaurou-se o presente conflito positivo de competência entre os juízos suscitados, não restando alternativa ao suscitante senão ajuizar o presente Conflito de Competência a fim de dirimir a controvérsia instaurada e ver declarado por esse E. Superior Tribunal de Justiça a competência do juízo da 1ª Vara de Armação de Búzios para julgar os feitos, nos termos dos esclarecimentos que se seguem.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PRESENTE DEMANDA.

§

CRITÉRIOS DETERMINANTES DA COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO AMBIENTAL LICENCIADOR

A CRFB/88, em seu art. 23, VI[3], estabeleceu ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover a defesa do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas.

A competência acima mencionada não é legislativa, conforme estabelecida no art. 24 da Carta Magna, mas sim administrativa ou de implementação, determinando a atuação conjunta dos Entes Federados na proteção dos valores ali mencionados, incluindo aí o exercício do Poder de Policia Ambiental, do qual decorre a competência para licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos naturais.

A competência comum é uma forma de instituir o chamado federalismo cooperativo, que procura envolver todos os níveis de governo na proteção coordenada dos valores estabelecidos pelo Constituinte Originário.

Contudo, diante da existência de mais de uma pessoa jurídica de direito público com atribuição para a proteção dos mesmos valores, necessário socorrer-se de um sistema de repartição de competências para que não haja sobreposição de atuação entre os Entes Federados, o que violaria frontalmente o princípio da eficiência[4] e colocaria em cheque a convivência harmoniosa dos diferentes níveis de governo.

Nesse sentido, a Carta Cidadã de 1988, ao repartir competências entre os Entes Federados, valeu-se do critério da predominância do interesse[5], que na seara do direito ambiental se vincula diretamente à área de influência direta

---

3. CRFB/88, art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...) VI- proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.
4. "**princípio da eficiência** é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, **primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.** (Moraes, Alexandre de. Direto Constitucional, Atlas, 16ª edição, pg. 320).
5. " A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa(...). **O principio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local(...)**" (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, editora Malheiros, 12ª edição, pgs. 454/455.)

do impacto ambiental[6], cabendo à União e seus órgãos ambientais fiscalizar atividades e obras com significativo impacto ambiental de natureza nacional, regional ou transfronteiriços; aos Estados e seus órgãos ambientais fiscalizar atividades e obras com significativo impacto ambiental de natureza microrregional (aquele que ultrapassa os limites de um único Município); e aos Municípios e seus órgãos ambientais fiscalizar atividades e obras com significativo impacto ambiental de natureza local.

Uma vez estabelecidos constitucionalmente os círculos de atribuições dos Entes Federados na proteção do meio ambiente, foi editada a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/81), que em seu art. 10[7] atribuiu aos órgãos estaduais o papel preponderante no licenciamento de atividades poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais, reservando aos órgãos federais atuação em caráter supletivo[8]. A atuação subsidiária da União justifica-se pela maior eficácia da fiscalização descentralizada, levada a cabo por agentes locais, mais entrosados às peculiaridades de suas regiões.

Aliás, insta salientar que a atuação primordial dos Estados na promoção da defesa do meio ambiente decorre notadamente do modelo federal adotado pelo Estado Brasileiro, em decorrência de sua dimensão continental e das acentuadas peculiaridades existentes nas diferentes regiões que a

---

6. "Na esteira do já preconizado pela Lei 6938/81, depreende-se da Resolução CONAMA 237/97 que **o critério para identificação do órgão preponderantemente habilitado para o licenciamento é determinado pela área de influência direta do impacto ambiental**. Sim, apenas os impactos diretos, pois os indiretos podem alcançar proporções inimagináveis, de modo a despertar o interesse da própria aldeia global. **(Milaré, Edis. Direito do Ambiente, 5ª edição, editora RT, pg. 415).** Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, acerca de pedido de suspensão de medida liminar concedida nos autos de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público federal para determinar a imediata paralisação de obras para construção de pequenas centrais hidrelétricas no Estado de Mato Grosso, ao argumento de irregularidades no licenciamento ambiental promovido pelo órgão ambiental estadual, o Min, Relator Gilmar Mendes deixou assente em seu voto que " ***É preciso enfatizar neste juízo mínimo acerca do mérito, que o próprio IBAMA já manifestou, nos autos da ação originária, não constituir órgão competente para atuação no caso concreto, por não se tratar de terras indígenas, e por ter constatado que o impacto da obra apresenta influência apenas no Estado do Mato Grosso. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar deferida...*** **" (*Suspensão Liminar 246, Rel. Min. Gilmar Mendes).***
7. Art.10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetivamente e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de **órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente- SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis- IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.**
8. "A lei de política nacional do meio ambiente procurou inserir em todo território nacional o sistema de licenciamento ambiental (...) de outro lado, a lei 6938/81 previu uma suplementação administrativa em sentido inverso do que estamos acostumados: **se os Estados não intervierem adequadamente, a União deverá intervir para fazer o que os Estados não fizerem no campo ambiental. (Machado, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 16 edição, editora Malheiros, pg. 116.).**

integram[9] **impondo-se uma maior descentralização na atuação ambiental por parte dos Entes federados.**

O professor Nagib Slaibi Filho não descurou do aspecto geográfico fundamentador da adoção do modelo federal, *in verbis:*

> " os países dotados de grande território exigem a descentralização, não só administrativa, mas, e , principalmente, legislativa, pois não é possível que as decisões sejam praticadas longe do fato que as fundamenta(...) É do fundamento geográfico da federação que decorre a distribuição de poderes que a Constituição faz aos diversos entes da federação: é o princípio da amplitude dos interesses que preside a tal divisão de atribuições. Ao governo estadual incumbem os interesses que não chegam a ser gerais, mas que transcendem o interesse puramente local (art. 25), cabendo ao governo municipal a defesa do interesse local." (Direito Constitucional, Rio de Janeiro, forense - 2004, pg. 808.).

Nessa mesma linha de entendimento, preconizando a atuação primordial dos agentes que mais próximos estão dos problemas ambientais, leciona o professor Paulo Afonso Leme Machado, *in verbis:*

> *" na redução das situações de conflito no licenciamento ambiental merece ser utilizado o "principio da subsidiariedade". Nesse sentido, aborda o tema, de forma percuciente, Paulo José Leite Farias.* ***Quem deve resolver o problema inicialmente é quem esta perto dele.*** *No quadro das pessoas jurídicas de direito publico é o Município que deve ter competência administrativa prioritária para controlar e fiscalizar as questões ambientais(...) a implementação da política ambiental não pode desconhecer a dimensão dos ecossistemas (...). (Direito Ambiental Brasileiro, 16 edição, editora Malheiros, pg. 117).*

Pois bem. Após a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente foi editada a resolução CONAMA 237/97, estabelecendo as seguintes hipóteses em que o licenciamento ambiental ficaria a cargo do IBAMA, *in verbis:*

> *Art. 4º Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com signiûcativo impacto ambiental de* ***âmbito nacional ou regional****, a saber:*

---

9. "o federalismo, em verdade, estendeu-se pelo mundo contemporâneo, sendo contemplado por vários Estados, que o reconheceram expressamente, **através de uma forma estatal que poderia harmonizar a diversidade regional com a unidade nacional. Mais do que isto, porém, a presença do principio federativo no Estado Hodierno encontra suas raízes profundas nas diversidades que caracterizam a existência dos grupos sociais, bem como em seus anseios de unidade"** (Russomano, Rosah. O principio do federalismo na Constituição Brasileira, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1965, p. 12).

I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;

IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneûciar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;

V - bases ou empreendimentos militares, quando couber(...)

§ 1o O IBAMA fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

§ 2o O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com signiûcativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências.

Já em seu art. 5º[10] a sobredita resolução garantiu à União participação nos processos de licenciamento levado a cabo pelos outros entes da federação, bem como permitiu sua atuação supletiva, diante de eventual inércia ou inépcia do órgão originariamente competente para licenciar determinada atividade ou empreendimento[11].

---

10. Art. 5. Compete ao órgão ambiental estadual ou Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades: (...) parágrafo único. O órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal fará o licenciamento ambiental de que trata este artigo **após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos municípios** em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o **parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, envolvidos no procedimento de licenciamento.

11. " A atuação supletiva do IBAMA, apesar de a lei não indicar os seus parâmetros, deverá ocorrer, principalmente, em duas situações: se o órgão estadual ambiental for inepto ou se o órgão permanecer inerte ou omisso" (**Machado,** Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. Editora Malheiros, 2003,pg. 262.) Em relação ao tema, veja-se decisão oriunda do TRF da 4ª Região: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. IBAMA. COMPETÊNCIA PARA LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, TERRAS DE MARINHA OU PRAIAS. LEI 6938/81 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 7804/89.**O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo à atuação do órgão estadual, possui competência para proceder o licenciamento ambiental de área de preservação permanente, terras de marinha ou praias, devendo impedir a construção de obras nestes locais - Lei nº 6938/81, na redação dada pela Lei nº 7.804/89.** Agravo de instrumento improvido. (TRF 4, AI n0200104010410057, Rel. Des. MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRERE, Decisão Unânime).

Nesse ponto, a resolução deu concretude aos princípios da predominância do interesse, do federalismo cooperativo e da subsidiariedade, garantindo: a) determinação da competência do Ente Federativo para o processo de licenciamento a partir da dimensão do dano proveniente da atividade ou empreendimento poluidor a ser licenciado; b) garantia de participação dos demais entes federativos interessados nos processos de licenciamento capitaneados pelo ente preponderante; c) atuação supletiva dos órgãos ambientais diante da inércia ou inépcia do Ente competente na promoção da defesa do meio ambiente.

Portanto, conclui-se com arrimo nas normas constitucionais e legais pertinentes à repartição de competências administrativas entre os Entes Federativos, que os órgãos ambientais federais somente deverão exercer o Poder de Policia Ambiental frente a atividades ou empreendimentos que causem impactos ambientais de dimensão nacional, regional ou transfronteiriços; ou diante da omissão ou desídia do órgão ambiental competente (estadual, distrital ou municipal), caso em que sua atuação terá caráter supletivo.

§

DA IRRELEVÂNCIA DA DOMINIALIDADE DO BEM LESADO PARA FINS DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO LICENCIADOR

Fixadas tais premissas, importante frisar que a dominialidade da área onde verificado o dano ambiental não se presta como critério fixador de competência do Ente Federativo habilitado a promover a defesa do meio ambiente, até mesmo porque, como já se disse alhures, a CRFB/88 atribuiu aos Entes Federados competência comum para promover a defesa do meio ambiente, e o único parâmetro de extração constitucional orientador da repartição dessa competência é o da predominância do interesse, que decorre da própria adoção do modelo federal e, especificamente no direito ambiental, vincula-se diretamente à proporção dos danos ambientais causados ou passiveis de serem causados pelas atividades ou empreendimento danosos.

Nesse passo, anota o professor Edis Milaré:

> " assim, pouco importa a titularidade da área onde será implementada a obra ou atividade(...) Bem verdade, aduz o articulista, que a resolução CONAMA 237/97 por vezes afasta-se deste critério, entrando em rota de colisão com a autonomia dos entes federativos, fixando, por exemplo, a competência licenciadora pelo critério da dominialidade do bem(...) Estes dispositivos, contudo, devem ser desconsiderados (ou declarados inconstitucionais), pois desrespeitam a Constituição Federal, dando competência licenciadora a quem não pode detê-la dentro do ordenamento legal, como é facilmente verificável."

A própria Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, através das tintas do Dr. Gustavo Trindade, manifestou-se nos seguintes termos, nos

autos do PARECER No 312/CONJUR/MMA/2004,disponível no sítio eletrônico do IBAMA:

"Sra. Ministra:

Trata-se de conflito positivo de competência entre o IBAMA e a FATMA/SC para a realização do licenciamento ambiental do Estaleiro Aker Promar, no Município de Navegantes/SC.

(...) o instituto do licenciamento vincula-se ao interesse público e não à titularidade do bem, até mesmo porque, para fazer valer sua condição de proprietário, é necessário que o ente estatal desafete o bem da finalidade pública. (...) admitido o atrelamento do licenciamento ambiental à titularidade do bem afetado, teríamos uma gama de empreendimentos e atividades de diminuto impacto ambiental sujeitos ao licenciamento obrigatório pelo IBAMA. (...) **O critério da titularidade do bem para aferição do membro do SISNAMA competente para realizar o licenciamento ambiental, além de contrariar frontalmente o disposto na Lei 6938/81, traria, per se, inúmeros conflitos entre os Entes Federados.** (...) Isto posto, além da manutenção do disposto no Parecer nº 1853/CONJUR/MMA/98, em especial, no que diz respeito a competência para realizar a licenciamento ambiental, conclui-se :

(...) d) **a titularidade do bem afetado pela atividade ou empreendimento não define a competência do membro do SISNAMA para realização do licenciamento ambiental. Tal critério contraria o art. 10 da Lei nº 6.938/81 e as disposições do CONAMA sobre o tema;**

e) **o critério para definição do membro do SISNAMA competente para a realização do licenciamento ambiental deve ser fundado no alcance dos "impactos ambientais" da atividade ou empreendimento, conforme o regrado pela Resolução CONAMA nº 237/97.**

Este entendimento já foi sufragado inclusive pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª região, *in verbis:*

" Licenciamento ambiental. A competência para licenciar projeto de obra ou atividade potencialmente danosa ao meio ambiente não se fixa pela titularidade dos bens nele contemplados, mas pelo alcance dos seus possíveis impactos ambientais" (Apelação Cível 327.022, rel. Des. Federal Ridalvo Costa.)

Portanto, resta indubitável que a dominialidade do bem onde se desenvolve ou pretende-se desenvolver atividade efetiva ou potencialmente poluidora se mostra absolutamente incapaz de determinar o órgão licenciador.

§

DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAMENTO DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE

O art. 109, I da CRFB/88 dispõe que:

"Aos juízes federais compete processar e julgar:

a) As causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho"

Do supracitado artigo verifica-se que não é qualquer interesse da União ou de suas autarquias que justifica a fixação da competência da Justiça Federal, mas sim um interesse juridicamente qualificado, apto à alçá-las à condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

Nesse sentido nos lembra o professor Hugo Nigro Mazzili:

"para que haja efetivo interesse federal na causa, não basta que a lei ou medida provisória afirmem pura e simplesmente a necessidade de citar a União ou Agência reguladora federal numa ação civil pública coletiva. É necessário que a União, a empresa pública federal, a entidade autárquica federal ou a fundação federal tenham legítimo interesse para a causa, o que ocorrerá quando: a) o pedido esteja sendo feito por qualquer delas, em nome próprio, para a defesa de direito próprio (como autoras); b) o pedido esteja sendo feito por qualquer delas, em nome próprio, para a defesa de direito alheios (como substitutos processuais); c) o pedido esteja sendo feito por terceiros em face de qualquer delas (como réus); d) qualquer delas intervenha no processo para defender direito próprio, juntamente com o direito do autor ou do réu (como assistentes litisconsorciais ou litisconsortes necessárias); e) embora na qualidade de terceiros na lide, qualquer delas intervenha na causa para excluir as pretensões do autor, do réu ou do assistente (como opoentes). Não estando elas ostentando nenhuma dessas qualidades, não adiantara que a lei mande citar a União ou o Ente Federal, para só com isso, deslocar a competência para o foro federal. Assim, se a União, entidade autárquica federal ou empresa pública federal ingressarem no feito como litisconsortes voluntarias, com acerto já se tem recusado o *deslocamento de competência da Justiça Estadual para federal.*[12]*(A defesa dos interesses difusos em juízo, 21 edição, editora saraiva, pg. 286).*

Por outro lado, a dominialidade da área afetada não pode ser utilizada como parâmetro para fixação da competência federal em casos de danos ambientais, pois o objeto de tutela, *in casu*, é o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e não a propriedade do bem em si.

Importante lembrar que um meio ambiente equilibrado não é resultado de uma soma aleatória de bens ambientais, mas sim da interação destes. Portanto, quando se tutela a sanidade de um bem ambiental isoladamente

---

12. RESP n. 431.606 SP, 2 T. STJ, v.u, j. 15-08-02, rel. Min. Eliana Calmom. DJU, 30.09.02, p. 249.

considerado (v.g vegetação fixadora de dunas) procura-se em verdade, preservar um ecossistema em sua integralidade (fauna e flora que coabitam naquele sistema), cuja preservação decorre da necessidade de manter intactos todos os bens ambientais que, ao interagirem, viabilizam um meio ambiente equilibrado e sadio.

Danificar um bem ambiental integrante de um ecossistema pode comprometer a este por inteiro, e portanto, as ações civis públicas ambientais não tem por objeto somente a tutela do bem ambiental individualmente afetado, mas todo o meio ambiente, como nos lembra o professor paulista Edis Milaré, *in verbis:*

> *" o interesse a que se refere a Constituição para firmar a competência da Justiça federal há de se revelar qualificado, não bastando de modo algum a mera alegação de um interesse vago ou indeterminado.(...) Assim, por exemplo, como bem lembra Hamilton Alonso Junior,* ***a simples titularidade do imóvel onde se deu o dano ambiental não gera o interesse jurídico previsto no art. 109, I da Constituição Federal, pois o interesse que se visa tutelar com a ação civil pública é o patrimônio comum de todos (art. 225 da CF) e não o patrimônio da Pessoa Jurídica de Direito Público."*** *(Direito do Ambiente, 5ª edição, editora RT, pg. 1027/1028).*

O insigne ambientalista Álvaro Valery Mirra comunga de semelhante posicionamento, conforme se depreende da seguinte passagem de seu artigo Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente: a questão da competência jurisdicional:

> *" Nessa linha de entendimento , tem-se sustentado, com razão, que o fato de a degradação ambiental atingir bens de domínio da União, como o mar territorial, as praias, os rios interestaduais, as cavernas e sítios arqueológicos e pré-históricos, os recursos minerais(...), os exemplares da fauna terrestre(...) e aquática (...) ou as áreas naturais abrangidas por unidades de conservação federais – Parques, Reservas, Estação ecológica etc. – não é suficiente para caracterizar o interesse jurídico apto a viabilizar a intervenção da União no processo movido para a obtenção da responsabilização civil do degradador. Isso porque o dano ambiental significa a lesão ao meio ambiente, como bem incorpóreo, qualificado juridicamente como bem de uso comum do povo(...) independentemente da titularidade do domínio reconhecida sobre o elemento material específico atingido...*
>
> *a mesma orientação quando se tratar de degradações ambientais causadas em áreas consideradas pela Constituição federal como patrimônio nacional – Floresta Amazônica, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal mato-grossense e Zona Costeira (art. 225, parágrafo quarto). Ainda que de inegável relevância para a nação, essas áreas e os ecossistemas por ela abrangidos não constituem, em si, bens de domínio da União, mesmo admitindo-se que as terras,os rios, as florestas, as praias e o mar, que conforme o caso, nelas se encontram possam sê-lo individualmente.* ***De todo modo, na ação civil pública de responsabilidade***

por danos ao meio ambiente, o prejuízo visado será sempre aquele causado ao meio ambiente globalmente considerado e aos bens ambientais que o integram, como bens de uso comum, coletivos, pertencentes indivisivelmente a toda a coletividade, não se vislumbrando a priori interesse jurídico da União capaz de determinar a competência da Justiça federal" (apud Milaré, Edis. Direito do Ambiente, 5ª edição, editora RT, pg. 1028).

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo já se manifestou nos seguintes termos:

*" Competência - Ação Civil Pública- Tutela do Meio Ambiente- Degradação ambiental que alcança bens de domínio da União- Irrelevância- propositura no foro do local onde ocorreu o dano- Artigo 2º da Lei 7.347, de 1985- Competência da Justiça Estadual- Recurso não provido.Irrelevante que a degradação ambiental alcance bens de domínio da União, mais precisamente um rio interestadual, os terrenos marginais e suas praias. O interesse que se visa tutelar com a ação civil pública é o meio ambiente, patrimônio comum a toda a população, e não especificamente da União Federal". (**TJSP, 5ª Câmara, Agravo de Instrumento 182.852-1/Taubaté, rel. Marcus Andrade, j. 18.01.93, DOJ 03.02.1993, apud Milaré, Edis. Direito do Ambiente, 5ª edição, editora RT, pg. 1028).*

COMPETENCIA- ação civil pública- reparação de danos causados ao meio ambiente- julgamento afeto à justiça Estadual, ainda que a área em litígio pertença à União.

*A Justiça estadual é competente para processar e julgar ação civil pública de reparação de danos causados ao meio ambiente, ainda que a área em litígio pertença à União. (**Ap. Cível 21.564-5/5, 5ª Câmara Cível, , Rel. Dês. Paulo Franco).***

Importante frisar que a dimensão regional, nacional ou transfronteiriça do impacto ambiental proveniente de atividade ou empreendimento não se presta a fixar o juízo federal como competente para conhecer de eventual demanda que tenha por causar de pedir o ato danoso.

A dimensão do dano tem o condão de fixar o Ente federativo responsável pelo licenciamento ambiental[13] e, conseqüentemente, caso o órgão ambiental

---

13. **A competência para o licenciamento de atividades com impacto local é do órgão municipal, como determina a Lei 6.938/81, pois resoluções não criam direitos e/ou obrigações** (...)"A atuação de natureza supletiva do IBAMA pressupõe, nos termos do Recurso Especial n. 818.666-PR (Rel. Ministro Francisco Falcão): 1) a inépcia do órgão municipal (ou estadual) ou, 2) a omissão ou, 3) a inércia. No caso sub judice, não ocorreu omissão ou inércia, pois houve o licenciamento para a atividade de BAR/RESTAURANTE e BAR/EVENTOS pelo órgão municipal competente, tanto para o caso da ré Warung, como também para o caso do réu Kiwi, **onde tanto o MPF, quanto a FATMA, reconheceram a legitimidade da FAMAI(órgão municipal) para o licenciamento, pois o impacto ambiental é local** (...) (TRF 4ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO Processo: 2008.04.00.010679-2 UF: SC Data da Decisão: 31/03/2008 Orgão Julgador: TERCEIRA TURMA.Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ.

federal tenha competência para licenciar a atividade ou empreendimento no caso concreto, e daí surja uma demanda judicial, fixada estará a competência da justiça federal, desde que a União ou sua autarquia integrem o feito na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

Daí a conclusão obtida pelo professor Hamilton Alonso Junior, ao afirmar que:

> " O raio de influência ambiental é que indicará o interesse gerador da fixação de atribuição, traçando-se uma identificação da competência licenciadora com a competência jurisdicional (. Da competência para o licenciamento ambiental. Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p.41)"

§

No caso vertente, os danos provocados pelo empreendimento dos réus apresentam impacto exclusivamente local, restrito ao Município de Armação de Búzios, o que afasta a atuação dos órgãos federais, em que pese ter sido requisitado ao IBAMA, no curso dos inquéritos civis que tramitaram perante a 1 Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Cabo Frio, realização de vistoria na área do loteamento NOVA GERIBÁ e no empreendimento SUPERCLUBS BREEZES BUZIOS para fins de verificar a regularidade das licenças ambientais emitidas pela FEEMA.

Ou seja, resumindo o imbróglio, a presente demanda versa sobre empreendimento imobiliário localizado na Zona Costeira, em pequena parte de terreno de marinha, cujos danos ambientais decorrentes de sua implantação assumem dimensão local, o que afasta por completo a atuação de órgãos ambientais federais e qualquer interesse da União em integrar o feito.

De fato, analisando-se cuidadosamente o caso, não há motivo para intervenção da União ou de suas autarquias pelos seguintes motivos: a) a uma, porque os danos provenientes do empreendimento dos réus não assumem caráter nacional, trasfronteiriço ou regional, afastando dos órgãos ambientais federais a atribuição para promover o respectivo licenciamento ambiental; b) a duas, porque não se está em discussão o domínio em si da área sob litígio - até mesmo porque os réus contam com o assentimento da Gerencia Regional de Patrimônio da União para realização da obra- mas tão somente o dano ambiental ali provocado. Esse entendimento vem sendo constantemente sufragado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça em litígios envolvendo a posse de terrenos de marinha, sem colocar em risco a propriedade da União, *in verbis:*

> *"CC 775 / RJ CONFLITO DE COMPETENCIA1989/0011665-7 Relator(a) Ministro ATHOS CARNEIRO (1083) Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO Data do Julgamento 27/06/1990 Data da Publicação/Fonte DJ 20/08/1990 p. 7954 Ementa conflito de competência. ação de manutenção de posse. terreno de*

marinha. conflito negativo entre o tribunal de alçada civil do rio de janeiro e o antigo tribunal federal de recursos, este como órgão de segunda instancia. ***cuidando-se de ação possessória, apenas entre particulares, sem interferência no reconhecimento do domínio da união, e não figurando a união,*** *entidade autárquica, fundação ou empresa publica federal como autora, re, assistente ou opoente, competente para julgar a causa e a justiça comum do estado e, pois, em grau recursal,tribunal estadual.conflito conhecido e provido, sendo julgado competente o tribunal estadual, o suscitado.*

Logo, não há interesse da União que justifique a atuação dos órgãos ambientais federais ou até mesmo sua presença no feito, e em conseqüência, carece de atribuição para ajuizar ação civil pública com desiderato de promover a defesa do meio ambiente o Ministério Público Federal, uma vez que sua atuação apresenta relação de interdependência com interesses federais.

No máximo, poderia este órgão atuar ao lado do Ministério Público Estadual perante a Justiça Estadual, na condição de litisconsorte ativo, conforme lhe faculta o art. 37, II da Lei Complementar 75/93[14], mas não perante a justiça federal, posto que inexistente interesse da União no feito.

3. DOS PEDIDOS

Isso posto, requer o Ministério Público Estadual:

a) que seja determinado o sobrestamento da ação civil pública nº 2008.51.08.000712-8, em trâmite perante a Vara Federal da Seção Judiciária de São Pedro da Aldeia, encaminhando-se as ações civis públicas nºs 2007.078.000541-0 e 2008.51.08.000712-8 à 1ª Vara da Comarca de Armação de Búzios para se manifestar provisoriamente sobre medidas urgentes;

b) que seja conhecido e julgado procedente o presente conflito positivo de competência, declarando-se a competência do juízo da 1º Vara da Comarca de Armação de Búzios para processar e julgar as ações civis públicas nºs 2007.078.000541-0 e 2008.51.08.000712-8. O Ministério Público protesta por todos os meios de prova em Direito admitidas, especialmente a documental, consubstanciada nos documentos que acompanham a presente inicial.

---

14. Art. 37. O ministério Público Federal exercerá suas funções:
I- (...)
II- Nas causas **de competência de quaisquer Juízes e Tribunais**, para defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas, **do meio ambiente**, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional."

Dá-se à presente causa o valor de R$10.000,00, estritamente para os fins do art. 258 do Código de Processo Civil.

Cabo Frio, 02 de março de 2009.

Vinicius Lameira Bernardo

Promotor de Justiça

JURISPRUDÊNCIA

HABEAS CORPUS 85.682 – PR

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso
Paciente: João Antônio Dias
Impetrante: Marco Antonio Busto de Souza
Coator: Superior Tribunal de Justiça

Ação penal. Homicídio doloso e lesões corporais de natureza grave. Julgamento pelo Tribunal do Júri. Condenação. Leitura, no plenário, durante a sessão, de cópia ou extrato de sentença condenatória proferida noutro processo contra o réu. Surpresa e prejuízo inexistentes. Peça já constante dos autos do processo, em certidão de antecedentes. Inexistência de nulidade. *Habeas corpus* denegado. Não ofende o disposto no art. 475 do Código de Processo Penal, nem outra norma qualquer, a leitura, durante sessão do Tribunal do Júri, de cópia ou extrato de sentença condenatória do réu noutro processo, se tal documento, já constava dos autos na certidão de antecedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir a ordem, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 29 de agosto de 2006 – Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **João Antônio Dias**, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que lhe denegou *writ* com os mesmos objeto e pedido deste.

O Paciente foi processado e condenado, perante a Vara Criminal da Comarca de Cambé/PR, pela prática dos delitos de homicídio e lesões corporais de natureza grave.

Alega o Impetrante que, em Plenário, a defesa do Paciente foi surpreendida com a juntada intempestiva, seguida da leitura, durante a sessão, de sentença penal condenatória proferida contra o Paciente em outro processo-crime, pela prática de atentado violento ao pudor (fl. 321).

Sustenta que, em razão de ter ocorrido a leitura de tal documento em Plenário, sem que o Paciente tivesse sido notificado da juntada aos autos com a antecedência necessária de pelo menos 3 (três) dias, o julgamento estaria maculado de nulidade absoluta, nos termos do art. 475 do Código de Processo Penal.

No que toca ao prejuízo decorrente de tal fato, assevera que "nenhum dos jurados, ainda que os autos estivessem totalmente despidos de provas em desfavor do Réu, ora Paciente, **votaria em seu benefício, depois de ter sua imagem totalmente prejudicada com a leitura de referida sentença condenatória**" (fl. 10).

Sob mesmo argumento, a defesa apelou da decisão do Tribunal do Júri, mas o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negou-lhe provimento (fls. 358-371).

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o **HC 24.848**, com o mesmo pedido, denegou-lhe a ordem, em acórdão assim ementado:

> *Processual Penal – Homicídio qualificado – Alegação de nulidade – Alegação de leitura de documento novo durante o julgamento pelo Júri (violação ao art. 475 do CPP) – Inocorrência – Documento constante dos autos – Ausência de prejuízos à defesa.*
> - Inexiste nulidade por ocasião do julgamento pelo Júri quando a acusação procede à leitura de condenação do réu por outro delito (atentado violento ao pudor) – documento este constante dos autos – com o objetivo de demonstrar o perfil do réu. O escopo do art. 475, CPP, é evitar a surpresa, em obediência ao Princípio do Contraditório.
> - Inexistência de prejuízo à defesa (*pas de nullité sans grief*).
> - Ordem denegada.
> (Fl.17)

Indeferi o pedido de liminar, pelo qual o Impetrante requeria a suspensão dos efeitos da condenação e a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente (fls. 465-466).

No mérito, pleiteia a concessão da ordem para a decretação de nulidade do julgamento, a fim de que outro seja realizado, agora, com atenção as normas legais.

A Procuradoria-Geral da República ofereceu parecer e opinou pela denegação da ordem (fls. 469-473).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): 1. O art. 475 do Código de Processo Penal veda a leitura de documento, em sessão de julgamento do Júri, de documento cuja juntada aos autos não tinha sido comunicada a parte contrária, com antecedência de, pelo menos, três dias, compreendida, na proibição, a leitura de qualquer escrito cujo conteúdo versa sobre matéria de fato constante do processo.

A norma procura evitar a surpresa, incompatível com o sistema do contraditório, garantido no art. 5°, inciso LV, da Constituição da República, e consubstanciado, segundo a lição clássica de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, na "ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los".[1]

2. Documento é "símbolo, testemunho material, ou qualquer escrito, figurante de um ato ou circunstância e tendente a comprová-los, nos limites de sua força e efeito".[2]

Verifico que, no caso, foi juntada tempestivamente aos autos certidão de antecedentes criminais do ora Paciente (fls. 265), remetida ao Julio da causa pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Londrina/PR, e com o seguinte teor:

> Autos nº 48/95, denunciado em 15-3-95, por infração do art. 214, cc 224, "a", 225, § 1°, inc. II, por sentença de 24-10-97, foi o mesmo condenado à pena de 06 anos, 07 meses e 30 dias de reclusão, em regime fechado, como incurso no art. 214, § único. CP, cc 224, "a", art. 61, II, "e", do CP, cuja decisão transitou em julgado em 04-11-97-MP, 08-12-97, defensor e 16-6-98-DF., nada mais.

Ora, o documento, cuja leitura em Plenário e juntada, por decisão judicial, se questiona, atesta fato que, como se vê, já estava demonstrado nos autos, por meio de certidão de antecedentes, que igualmente prova a condenação do Paciente naqueloutra causa, por atentado violento ao pudor.

---

1. ALMEIDA, Joaquin Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 82
2. PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. Sigilo nas comunicações: Aspecto processual penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, Ano 4, n. 49. p. 8, dez. 1996.

3. Assim, não se configura, no caso, surpresa capaz de ofender o disposto no art. 475 do Código de Processo Penal ou, de qualquer outro modo, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Ressalto, ainda, que o Paciente foi julgado pelos crimes de homicídio e lesões corporais de natureza grave e que o fato de existir, ou não, sentença, em outro processo-crime, sobre atentado violento ao pudor, parecia, em tese, irrelevante ao julgamento.

Ante o exposto, denego a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 85.682/PR — Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente: João Antonio Dias. Impetrante: Marco Antonio Busto de Souza. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Indeferida a ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão unanime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes a sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 29 dc agosto de 2006 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 86.969 – RS

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes
Pacientes: Airton Rost Borba e Manoel Motta dos Santos
Impetrantes: Ney Fayet Júnior e outro
Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. 2. Homicídio culposo. 3. Causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4°, do Código Penal. 4. Inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Aplicabilidade. 5. *Habeas corpus* indeferido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Ministro Carlos Velloso (RISTF, art. 37, II), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir a ordem.

Brasília, 13 de dezembro de 2005 – Gilmar Mendes, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Airton Rost Barbosa e Manoel Motta dos Santos** contra decisão proferida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC n. 17.530/RS. Eis o teor da ementa (fl. 20):

> **"Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal e Processual Penal. Homicídio culposo. Causa de aumento de pena. Inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Aplicabilidade. Recurso a que se nega provimento.**
>
> 1. Não há confundir a imperícia, elemento subjetivo do homicídio culposo, com a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício descrita no § 4° do art. 121 do CP, pois, naquela, o agente não detém conhecimentos técnicos, ao passo que nesta o agente os possui, mas deixa de empregá-los.
>
> 2. Recurso a que se nega provimento."

Conforme consta da decisão recorrida (fls.20-24), os pacientes foram condenados como incursos na seguinte sanção: art. 121, §§ 3º e 4º, primeira parte, do Código Penal, pela prática de homicídio culposo por inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

Os impetrantes alegam estar presente *bis in idem*, uma vez que a conduta delituosa se deu por imperícia, sendo ilegal o aumento da pena empregado à sanção cometida pelos pacientes.

As instâncias de conhecimento e recursal ordinárias, e o próprio Superior Tribunal de Justiça, convalidaram a sanção culposa, aumentada pela circunstância de ter a conduta significado inobservância de regra técnica de profissão.

O parecer da Procuradoria-Geral da República foi pelo indeferimento do pleito (fls. 30-33).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): O Ministério Público Federal, no parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, manifestou- se no seguinte sentido (fls. 30-33):

> "Fosse assim, o **§ 4º**, do **artigo 121**, do Código penal perderia toda a razão de ser, pois ele justamente apresenta-se no **pressuposto da compatibilização** do homicídio culposo com a causa de aumento especial de pena. De se ler sua inequívoca redação, *verbis*:
>
> > '**§ 4º** No homicídio **culposo**, a pena é **aumentada** de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão (...) (grifamos)'
>
> O que é, definitivo, então, ao tema debatido – *bis in idem* – é saber-se os termos da denúncia apresentada **bem descrevem situações diversas a estabelecer a plena compatibilidade**, ou não.
>
> No caso, a denúncia bem ressaltou **dois momentos diversos**.
>
> O primeiro, assim estabeleceu **o fato demonstrativo da imprudência**, nuclear típica do delito culposo, *verbis*:
>
> > 'Os denunciados Manoel e Airton, na condição de proprietário de construtora e mestre de obras, respectivamente, agiram de forma imprudente, uma vez que permitiram, ou quiçá ordenaram, que a vítima utilizasse o referido

equipamento, quando o mesmo destinava-se única e exclusivamente ao transporte de materiais.'

Portanto o fato permitir, ou ordenar, que a vítima usasse, subindo, elevador sem capacidade à condução de pessoa, mas material leve, **indica a imprudência dos autores.**

O segundo fato é extraído da prova pericial. A propósito, lê-se na denúncia, *verbis*:

> '(...) o que também foi atestado pela perícia, que assim refere examinando o elevador de carga, constatamos (...) o cabo de aço estava rompido, tendo suas características compatíveis com o rompimento causado por fadiga do material; o cabo supracitado ainda apresentava outros pontos com avarias compatíveis com as causadas por fadiga além da oxidação superficial. Além disso, o laudo em comento refere inúmeras outras irregularidades detectadas no elevador.
>
> O crime resultou da inobservância de regra técnica de profissão, pois o laudo pericial concluiu que o referido acidente de trabalho ocorreu devido à inobservância de normas básicas de segurança.'
>
> Então permitir que o elevador continuasse a funcionar com o cabo de aço rompido (fadiga material); oxidação superficial; pontos de avaria, e outras situações de risco detectadas na perícia, sem dúvida caracteriza a inobservância de regra técnica de profissão
>
> Tudo assim esclarecido, **não há** *bis in idem.*"

Com efeito, não há qualquer ilegalidade no enquadramento do delito (art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal), uma vez que o óbito do operário se deu em serviço, por clara inobservância de regra técnica, como bem esclareceu o exame pericial e assentaram as instâncias jurisdicionais ordinárias.

Verifica-se, ainda, que os ora pacientes trabalham na área da construção civil há muitos anos, não havendo como os mesmos ignorarem as normas técnicas de segurança que devem ser observadas em qualquer obra.

Ademais, como bem esclareceu o acórdão recorrido, "*não há como confundir a imperícia, elemento subjetivo do homicídio culposo, com a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício descrita no § 4º do art. 121 do CP, pois, naquela, o agente não [necessariamente] detém conhecimentos técnicos, ao passo que nesta o agente [necessariamente] os possui, mas deixa de empregá-los*" (fl. 20).

É verdade que, em tese e *de lege ferenda*, poder-se-ia considerar um possível *bis in idem* na medida em que a "imperícia" – ou seja, no caso, a inobservância de regra técnica da profissão – já estaria contida no próprio tipo penal do homi-

cídio culposo (art. 121, § 3º, c/c o art. 18, II, ambos do Código Penal), mas a questão é que, efetivamente e *de lege lata*, o legislador claramente instituiu aquele fato – repita-se: a inobservância de regra técnica da profissão, arte ou ofício – como causa específica de aumento de pena para a situação do homicídio culposo (art. 121, § 4º, do CP), afastando assim qualquer consideração de impropriedade na sua incidência para o caso em análise.

Nesse sentido também corrobora a doutrina:

> "A inobservância regulamentar não se confunde com a imperícia, que indica inabilidade de ordem profissional, insuficiência de capacidade técnica. Na causa de aumento de pena, o sujeito tem o conhecimento da regra técnica, mas não a observa." (Damásio de Jesus, in *Código Penal Anotado*, p. 409, 12ª. ed., Saraiva, São Paulo).
>
> "No homicídio culposo, a inobservância de regra técnica faz com que a pena aplicada ao agente seja majorada em um terço. Esse substancial aumento se deve ao fato de que o agente, mesmo tendo os conhecimentos das técnicas exigidas ao exercício de sua profissão, arte ou ofício, não os utiliza por leviandade, sendo maior, portanto, 1 juízo de reprovação que deve recair sobre o seu comportamento."
>
> (Rogério Greco, in *Curso de Direito Penal* – Parte Especial, v. II, p. 202, Impetus, Rio de Janeiro, 2005)

Portanto, indefiro o presente *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 86.969/RS – Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pacientes: Airton Rost Borba e Manoel Motta dos Santos. Impetrantes: Ney Fayet Júnior e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Indeferiu-se a ordem, decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento o Ministro Carlos Velloso.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Verônica Cureau.

Brasília, 13 de dezembro de 2005 – Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 87.654 – PR

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie
Paciente: Ademar Reis Picironi
Impetrante: Jaime Pego Siqueira
Coator: Superior Tribunal de Justiça

Crime contra a ordem econômica (Lei 8.176/91). Inquérito policial instaurado com base em apreensão ilícita de documentos. Trancamento pretendido.

1. Eventual vício na primeira apreensão, que foi desconstituída judicialmente, não contamina a segunda apreensão, que foi precedida de prévia autorização judicial. Discutível, ademais, cogitar-se de apreensão ilícita, uma vez que a comunicação de possível crime ao Ministério Público não configura afronta ao sigilo fiscal (CTN, art. 198, § 3°, I).

2. *Habeas corpus* indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 7 de março de 2006 – Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* substitutivo. Impugna o impetrante acórdão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu medida idêntica e que ficou assim ementado:

> **"*Habeas corpus*. Crime contra a ordem econômica. Trancamento do inquérito policial. Ilicitude da prova reconhecida. Inquérito trancado. Obtenção de nova prova do fato em posterior investigação realizada legalmente. Vício anterior que não contamina as novas provas obtidas.**

1. Se as provas que instruem o novo inquérito policial instaurado foram obtidas com a quebra judicialmente autorizada dos sigilos bancário, fiscal e telefônico dos indiciados, não há como tachá-los de ilícitos, porquanto desvinculados da prova anteriormente colhida com vício.

2. *Writ* denegado.

2. Resumo os fatos relatados na inicial. Documentos fiscais foram apreendidos pelo Fisco, no interior de uma empresa imobiliária — **Mapp Empreendimentos Imobiliários Ltda.** —, sem prévia autorização judicial. Com base nessa documentação, foi instaurado, a pedido do Ministério Público, um inquérito policial para apuração de eventual crime contra a ordem econômica (Lei 8.176/91, art. 1°, I).

Inconformada com a apreensão, a empresa impetrou mandado de segurança que logrou êxito, mas com a ressalva de que "*nova investigação poderia ser iniciada, caso concedida a necessária autorização do Poder Judiciário para o acesso aos dados sigilosos.*"

O Ministério Público postulou, então, a quebra do sigilo fiscal, que foi concedida, e requisitou a instauração de novo inquérito.

Sustenta, então, o impetrante que esse novo inquérito estaria contaminado pelo vício do anterior — ofensa ao sigilo fiscal. É que a documentação que ensejou o segundo inquérito é a mesma que fora obtida irregularmente no primeiro. Essa é a tese da impetração. Daí a pretensão de trancamento desse segundo inquérito. Não teve êxito o impetrante, quer perante o Tribunal de Justiça do Paraná, quer perante o Superior Tribunal de Justiça.

3. Indeferida a liminar (fls. 45/46), o ilustre Subprocurador-Geral da República, Wagner Gonçalves, opinou pelo indeferimento (fls. 48/55).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A pretensão do impetrante de trancar o segundo inquérito policial instaurado para investigação de eventual crime contra a ordem econômica não pode ser atendida. A alegação de que ele estaria contaminado pelo mesmo vício — afronta ao sigilo fiscal —, que justificou o trancamento do primeiro, não procede. É que o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, embora tenha vislumbrado hipótese de quebra do sigilo fiscal, sem prévia autorização judicial, ressalvou, expressamente, "*... que os referidos documentos se obtidos por ordem judicial poderão lastrear a abertura de novo pro-*

cedimento investigatório" (fl. 6). Ora, o impetrante já obteve, num primeiro *habeas corpus*, o trancamento do primeiro inquérito porque, segundo se afirma, teria havido afronta ao sigilo fiscal. E conseguiu, também, a devolução dos documentos apreendidos. Mas essa decisão não poderia impedir uma nova apreensão, desde que precedida de prévia autorização. Obtida a prévia autorização, seguiu-se nova apreensão, já agora legitimada pela ressalva do acórdão do Tribunal de Justiça local. O parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República bem identificou as conseqüências que a tese da impetração provocaria, se admitida: "*A aceitar a tese da impetração, haveria com a decisão do Tribunal, com o primeiro* habeas corpus, *um bill of indemnity,ou seja, uma decisão judicial definitiva a isentá-lo (o contribuinte) de quaisquer responsabilidades penais sobre possíveis crimes contra a ordem econômica (Lei 8.176, de 8-2-91).*" (fl. 54).

2. Ademais, é questionável até mesmo a alegada ilicitude da primeira apreensão, a despeito do entendimento das instâncias ordinárias. Nos termos do art. 195 do Código Tributário Nacional, o fisco não estava impedido de ingressar na sede da empresa contribuinte no exercício de sua função de fiscalização. Principalmente quando, como no caso, os agentes fiscais receberam Ordem de Serviço devidamente documentada (fl. 22 do apenso). E nem de apreender ou reter livros e documentos para exame, e, se for o caso, posterior deflagração de medidas de seu interesse (procedimentos administrativos, representações fiscais, constituição de créditos tributários). Essa atuação dos agentes fiscais tem respaldo na legislação tributária complementar estadual (Lei 11.580/96, art. 56).

A despeito do entendimento contrário sufragado pelo tribunal paranaense, o Código Tributário Nacional não veda a divulgação de informações relativas a representações fiscais para fins penais (art. 198, § 3°, inciso I). No caso, com base na documentação apreendida, constatou a fiscalização que a empresa imobiliária dedicava-se, na verdade, a finalidades estranhas à sua razão social: à distribuição de combustíveis. E de forma ilícita. Sem nenhuma autorização ou formalização (fl. 39 do apenso).

O chamado sigilo fiscal nada mais é que um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada. Aqui se cuida de pessoa jurídica que exerce atividade tributável. Contribuinte, portanto. Os documentos foram apreendidos no interior da sede da empresa e não no domicílio do seu responsável legal. A atividade da pessoa jurídica está prevista como crime contra a ordem econômica. Legítima, assim, a atuação do Fisco, com respaldo na legislação pertinente. Legítima, também, a atuação do Ministério Público instando a autoridade policial à instauração do inquérito policial, com vista a apurar a ocorrência de um fato típico – adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei – previsto no art. 1°, inciso I, da Lei 8.176/91, que disciplina os crimes contra a ordem econômica.

3. Diante do exposto, **mantenho a decisão** do Superior Tribunal de Justiça e **indefiro** o *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): **Entendo que não são absolutos** os poderes de que se acham investidos os órgãos da administração tributária, **cabendo assinalar**, por relevante, Senhores Ministros, **presente** o contexto ora veiculado **nesta** impetração, que o Estado, **notadamente** em tema de tributação, **está sujeito à observância** do "*estatuto constitucional dos contribuintes*", **impondo-se-lhe**, por isso mesmo, **o respeito** aos direitos individuais daqueles **que sofrem** a ação do Poder Público.

Daí a necessidade de rememorar, sempre, **a função tutelar** do Poder Judiciário, **investido** de competência institucional **para neutralizar** eventuais abusos das entidades governamentais, que, **muitas vezes deslembradas da existência**, em nosso sistema jurídico, **de um verdadeiro** "*estatuto constitucional do contribuinte*" — **consubstanciador** de direitos e limitações **oponíveis ao poder impositivo** do Estado (**Pet 1.466/PB**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *in* **Informativo/STF** n. 125) — **culminam por asfixiar**, arbitrariamente, **o sujeito passivo** da obrigação tributária, **inviabilizando-lhe**, injustamente, **trate-se** de obrigação tributária principal, **cuide-se** de obrigação tributária acessória ou instrumental, **a prática** de garantias legais e constitucionais de que é legitimo titular, **fazendo instaurar**, assim, **situação que só faz conferir** permanente atualidade ao "*dictum*" do *Justice* Oliver Wendell Holmes, Jr. ("*The power to tax is not the power to destroy while this Court sits*"), **em palavras segundo as quais**, em livre tradução, "*o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema*", **proferidas**, ainda que como "*dissenting opinion*", **no julgamento**, em 1928, **do caso** "*Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox*" (277 U.S. 218).

Isso significa, portanto, que a administração tributária, **embora** podendo muito, **não pode tudo**, eis que lhe é **somente** lícito atuar, "***respeitados** os direitos individuais **e nos termos** da lei*" (**CF**, art. 145, § 1º), **consideradas**, sob tal perspectiva, **as limitações** decorrentes do próprio sistema constitucional, **cuja eficácia restringe**, como natural conseqüência **da supremacia** de que se acham impregnadas **as garantias** instituídas pela Lei Fundamental, **o alcance** do poder estatal, **especialmente** quando exercido em face do contribuinte.

Cumpre ter presente, neste ponto, Senhores Ministros, **a propósito** do tema ora em exame, **a advertência** do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério jurisprudencial — **apoiando-se** em autorizado entendimento doutrinário (**Hugo de Brito Machado Segundo**, "**Processo Tributário**", pp. 76/86, item n. 2.5.2, 2004, Atlas; **Sacha Calmon Navarro Coêlho**, "**Curso de Direito Tributário Brasileiro**", pp. 893/ 907, itens ns. 17.12 **a** 17.20, 8ª ed., 2005, Forense; **Hugo de Brito Machado**, "**Curso de Direito Tributário**", pp. 214/223, itens ns. 1 **a** 1.6, 21ª ed., 2002, Malheiros; **Roque Antonio Carrazza**, "**Curso de Direito Constitucional Tributário**", pp. 404/ 411, item n. 3, 21ª ed., 2005, Malheiros, *v.g.*) —

orienta-se no sentido de preservar o contribuinte contra medidas arbitrárias adotadas pelos agentes da administração tributária, muitas das quais configuram atos eivados de ilicitude, quando não de transgressão à ordem jurídica fundada na própria Constituição da República (RTJ 162/3-6, 4, Rel. Min. Ilmar Galvão – *RTJ* 185/237-238, Rel. Min. Sepúlveda Pertence – HC 82.788/RJ, Rel. Min. Celso de Mello – RE 331.303-AgR/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *v.g.*).

Na realidade, a circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do correto desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes, em particular.

É que a atividade administrativa do Estado, mesmo naquelas hipóteses em que o ato emanado do Poder Público reveste-se de auto-executoriedade, traduz comportamento necessariamente subordinado aos princípios impostos pelo ordenamento constitucional.

O procedimento estatal da administração tributária que contrarie os postulados consagrados pela Constituição da República revela-se inaceitável, Senhores Ministros, e não pode ser corroborado por decisão desta Suprema Corte, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.

A eminente Relatora, ao resumir os fatos expostos na presente impetração, salientou que certos documentos fiscais foram apreendidos pelo Fisco, no interior de uma empresa imobiliária, sem prévia autorização judicial, dando origem à instauração de inquérito policial, a pedido do Ministério Público, para efeito de apuração de possível crime contra a ordem tributária.

Em conseqüência de tal apreensão *manu militari*, sem ordem judicial, a empresa em questão veio a impetrar mandado de segurança, que lhe foi concedido, em decorrência da ilegalidade do comportamento em que incidiram os agentes fiscais.

Não obstante o deferimento desse *writ* mandamental, que invalidou, por ilícitas, as medidas anteriormente adotadas, o Ministério Público – certamente com base nos elementos de informação propiciados pela ilegítima apreensão administrativa da referida documentação – veio a postular, então, em juízo, a quebra do sigilo fiscal da empresa, requisitando, ainda, contra seus administradores, e com apoio nessa (supostamente) nova prova, a instauração de outro inquérito policial.

Daí a presente impetração, em que se sustenta que a documentação **que motivou** a instauração **do segundo** inquérito policial **nada mais é** do que a **mesma** documentação que fora obtida, **ilicitamente**, em momento anterior, pelos agentes fiscais, **de tal modo** que a situação ora apontada — **por traduzir** *hipótese de ilicitude por derivação* — **não pode legitimar** a *persecutio criminis* ora questionada **nesta** sede processual.

Por isso mesmo, **e com a devida vênia**, entendo **assistir razão** ao ora impetrante, **pois** o Estado **não pode apoiar** a sua atividade persecutória **em prova ilícita**, ainda que se cuide, **como sucede** na espécie, **de ilicitude por derivação**.

Impõe-se relembrar, Senhores Ministros, **até mesmo como fator de expressiva** conquista (**e preservação**) dos direitos instituídos **em favor** daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, **a inquestionável hostilidade** do ordenamento constitucional brasileiro **às provas ilegítimas e às provas ilícitas**. A Constituição da República **tornou inadmissíveis**, no processo, as provas **inquinadas** de ilegitimidade **ou** de ilicitude.

A **norma** inscrita no art. 5º, LVI, da vigente Lei Fundamental **consagrou**, entre nós, **o postulado** de que a prova obtida **por meios ilícitos** deve ser repudiada — **e repudiada sempre** (**Mauro Cappelletti**, "**Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte**", "*in*" Rivista di Diritto Civile, p. 112, 1961; **Vicenzo Vigoriti**, "**Prove illecite e Costituzione**", "*in*" Rivista di Diritto Processuale, pp. 64 e 70, 1968) — **pelos juízes e Tribunais**, "*por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade...*"

(**Ada Pellegrini Grinover**, "**Novas Tendências do Direito Processual**" p. 62, 1990, Forense Universitária).

A cláusula constitucional do "*due process of law*" — **que se destina** a garantir a pessoa do acusado **contra** ações eventualmente abusivas do Poder Público — tem, **no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas**, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, **na medida** em que o réu tem o **impostergável** direito ***de não ser*** **denunciado,** ***de não ser*** **julgado** ***e de não ser*** **condenado** com apoio em elementos instrutórios obtidos **ou** produzidos **de forma incompatível** com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório **e** ao poder investigatório do Estado.

A absoluta invalidade da prova ilícita **infirma-lhe**, de modo radical, **a eficácia** demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar.

Trata-se de conseqüência que deriva, **necessariamente**, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, **de modo peremptório**, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova — **de qualquer prova** — cuja **ilicitude** venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, **prova ilícita é prova imprestável**. Não se reveste, por essa explícita razão, de **qualquer** aptidão jurídicomaterial.

A prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória **repelida** pelo ordenamento constitucional, **apresenta-se destituída** de qualquer grau, **por mínimo que seja**, de eficácia jurídica.

Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, **que a *exclusionary rule*** — considerada essencial, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, **na definição dos limites da atividade probatória** desenvolvida pelo Estado — **destina-se a proteger os réus**, em sede processual penal, **contra a ilegítima** produção **ou a ilegal** colheita de prova incriminadora (**Garrity v. New Jersey**, 385 U.S. 493, 1967 — **Mapp v. Ohio**, 367 U.S. 643, 1961 — **Wong Sun v. United States**, 371 U.S. 471, 1962, *v.g.*), **impondo**, em atenção ao princípio do "*due process of law*", **o banimento processual de quaisquer evidências** que tenham sido **ilicitamente** coligidas pelo Poder Público.

No contexto do sistema constitucional brasileiro, **no qual prevalece a inadmissibilidade** processual das provas ilícitas, a **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **ao interpretar** o sentido **e** o alcance do art. 5º, LVI, da Carta Política, **tem repudiado** quaisquer elementos de informação, **desautorizando-lhes** o valor probante, **sempre que a obtenção** dos dados probatórios **resultar** de transgressão, **pelo Poder Público**, do ordenamento positivo (**RTJ** 163/682 — **RTJ** 163/709), **ainda que se cuide**, como sucede na espécie, **de hipótese configuradora de ilicitude por derivação** (**RTJ** 155/508).

Foi por tal razão que esta Corte Suprema, **quando do julgamento da Ação Penal 307/DF**, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, **desqualificou**, por ilícita, prova cuja obtenção decorrera do **desrespeito**, por parte de autoridades públicas, da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar (**RTJ** 162/4, **item n. 1.1**).

Cabe referir, neste ponto, o **magistério** de **Ada Pellegrini Grinover** ("**Liberdades Públicas e Processo Penal**", p. 151, itens ns. 7 e 8, 2ª ed., 1982, RT), para quem — **tratando-se de prova ilícita, especialmente** daquela cuja produção derivar de ofensa a cláusulas de ordem constitucional — **não se revelará aceitável**, para efeito de sua admissibilidade, **a invocação do critério de razoabilidade** do direito norte-americano, **que corresponde ao princípio da proporcionalidade** do direito germânico, **mostrando-se indiferente** a indagação **sobre quem praticou o ato ilícito** de que se originou o dado probatório questionado:

> "**A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional**, em prejuízo das partes ou de terceiros.
>
> **Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares**, porque, **em ambos os casos**, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios

constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.

(...)

Nesta colocação, **não parece aceitável** (embora sugestivo) **o critério de 'razoabilidade'** do direito norte-americano, **correspondente ao princípio de 'proporcionalidade'** do direito alemão, **por tratar-se de critérios subjetivos**, que podem induzir a **interpretações perigosas**, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana.

A **mitigação** do rigor da admissibilidade das provas ilícitas deve ser feita através da análise da própria norma material violada: (...) **sempre** que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, **não haverá** como invocar-se o princípio da proporcionalidade." (**Grifei**)

Essa mesma orientação é registrada por **Vânia Siciliano Aieta** ("**A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental**", p. 191, item n. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris), cujo lúcido magistério **também reconhece** que, "***Atualmente**, a teoria majoritariamente aceita **é a da inadmissibilidade processual** das provas ilícitas (colhidas **com lesões** a princípios constitucionais), **sendo irrelevante** a averiguação, **se o ilícito foi cometido por agente público**, ou **por agente particular**, porque, em ambos os casos, **lesa princípios constitucionais***" (**Grifei**).

Por isso mesmo, Senhores Ministros, **assume inegável relevo**, na **repulsa** à "*crescente predisposição para flexibilização dos comandos constitucionais aplicáveis na matéria*", **a advertência** de **Luis Roberto Barroso**, que, em texto escrito com a colaboração de **Ana Paula de Barcellos** ("**A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas**" "*in*" RDA 213/149-163), **rejeita**, com absoluta correção, **qualquer** tipo de prova obtida por meio ilícito, **demonstrando**, ainda, **o gravíssimo risco** de se admitir essa espécie de evidência **com apoio** no princípio da proporcionalidade:

"**O entendimento flexibilizador** dos dispositivos constitucionais citados, **além de violar** a dicção claríssima da Carta Constitucional, **é de todo inconveniente** em se considerando a realidade político-institucional do País.

(...)

> **Embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente**, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, **não é** nem conveniente **nem** oportuno, sequer *de lege ferenda*, enveredar por **flexibilizações arriscadas.**" (**Grifei**)

Também corretamente sustentando a tese de que o Estado **não pode**, especialmente em sede processual penal, **valer-se de provas ilícitas contra** o acusado, **mesmo que** sob invocação do princípio da proporcionalidade, **impõe-se relembrar o entendimento** de **Edgard Silveira Bueno Filho** ("**O Direito à Defesa na Constituição**", pp. 54/ 56, item n. 5.9, 1994, Saraiva) **e** de **Guilherme Silva Barbosa Fregapani** ("**Prova Ilícita no Direito Pátrio e no Direito Comparado**", "*in*" Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios n. 6/231-235).

Cabe ter presente, também, por necessário, que o princípio da proporcionalidade, **em sendo alegado** pelo Poder Público, **não pode converter-se em instrumento de frustração** da norma constitucional **que repudia** a utilização, no processo, de provas obtidas **por meios ilícitos**.

Esse postulado, portanto, **não deve** ser invocado **nem** aplicado **indiscriminadamente** pelos órgãos do Estado, ainda mais quando se acharem expostos, a clara situação de risco, **direitos fundamentais** assegurados pela Constituição.

Sob tal perspectiva, portanto, Senhores Ministros, **tenho como incensurável a advertência** feita por **Antonio Magalhães Gomes Filho** ("**Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988**", pp. 249/266, "*in*" "**Os 10 Anos da Constituição Federal**", coordenação de **Alexandre de Moraes**, 1999, Atlas):

> "**Após dez anos de vigência** do texto constitucional, **persistem** as **resistências** doutrinárias e dos tribunais **à proibição categórica e absoluta** do ingresso, no processo, **das provas obtidas com violação do direito material**.
>
> Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir sobre material constituído por elementos admissíveis e regularmente incorporados ao processo.

De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de **provas maculadas pela ilicitude**, sob a justificativa da **proporcionalidade** ou **razoabilidade**. Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, **tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional**. Ademais, certamente **não será com o incentivo às práticas ilegais** que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade." (**Grifei**)

É tempo de concluir este voto, Senhores Ministros. **E**, ao fazê-lo, **apoiando-me** nas considerações que venho de expor, **peço vênia para deferir** o pedido de *habeas corpus*, **em ordem a extinguir** o procedimento penal **iniciado** contra o ora paciente, **desde** o oferecimento da denúncia, **inclusive**, sem prejuízo — **uma vez afastada a prova contaminada** pelo vício originário da ilicitude — de o Poder Público valer-se **de outros meios legítimos** para fazer instaurar, **se** for o caso, a persecução penal **contra** Ademar Reis Picironi.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 87.654/PR — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Ademar Reis Picironi. Impetrante: Jaime Pego Siqueira. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação majoritária, *indeferiu* o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora, vencido o Presidente, que o deferia. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 7 de março de 2006 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RECURSO EM HABEAS CORPUS 86.080 – MG

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso
Recorrentes: Marco Paulo Gama de Andrade e Silvana Rodrigues de Morais
Recorrido: Ministério Público Federal

Ação penal. Sentença condenatória. Condenação. Pena privativa de liberdade. Cálculo. Dosimetria. Crimes contra relações de consumo. Crime continuado. Causa especial de aumento prevista no art. 12, III, da Lei 8.137/90. Aplicação sobre a pena-base. Consideração ulterior da causa geral constante do art. 71 do CP sobre a pena-base já aumentada. *Habeas corpus* denegado. Precedentes. Na aplicação de pena privativa de liberdade, o aumento decorrente de concurso formal ou de crime continuado não incide sobre a pena-base, mas sobre a pena acrescida por circunstância qualificadora ou causa especial de aumento.

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, negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

Brasília, 6 de junho de 2006 – Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* impetrado em favor de *Marco Paulo Gama de Andrade* e *Silvana da Silva Morais*, contra ato da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, nos autos do *HC 27.253/MG*, denegou a ordem, nos termos desta ementa:

> *Habeas corpus. Direito Penal. Crime contra a relação de consumo. Dosimetria da pena. Critério trifásico. Causas de aumento. Previsão em lei especial e no Código Penal. Sentença condenatória confirmada.*
>
> 1. Se concorrerem duas causas de aumento de pena, uma prevista em lei especial e outra no Código Penal, o juiz, ao individualizar a reprimenda, deve proceder ao segundo aumento

não sobre a pena base, como defende o Impetrante, mas sobre o quantum já acrescido na primeira operação. Precedentes do STF.

2. Ordem denegada.

(Fl. 69.)

Aduz o Recorrente que "impetrou o Habeas Corpus em referência, demonstrando a clara violação ao princípio do non bis in idem, ocorrida na terceira fase de aplicação da pena, tendo em vista a **progressividade no cálculo das duas causas de aumento da pena aplicadas** (art. 12, III, da Lei 8.137/90 e art. 71 do Código Penal), a última incidindo sobre a primeira" (fl. 75).

Alega, ainda, que o problema da fixação da pena, especialmente em relação à terceira fase do modelo (incidência das causas de aumento e diminuição da pena), não pode ser solucionado com base em um único critério, mas, sim, em critério diferenciado, qual seja, "para o concurso de causas de aumento de pena, a solução seria a contagem isolada com incidência sobre a pena-base; para o concurso de causas de diminuição, a contagem seria cumulativa" (fl. 83).

O Ministério Público Federal ofereceu contra-razões às fls. 88-90.

Indeferi o pedido liminar às fls. 100-101.

Requer, o Recorrente, o provimento do recurso ordinário, para **(i)** que o acréscimo oriundo da aplicação sucessiva das causas de aumento de pena seja suprimido da pena imposta aos Pacientes; **(ii)** em face do novo *quantum* da pena, que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais delibere acerca da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 84-85).

O parecer da Procuradoria-Geral da República é pelo desprovimento do recurso (fls. 104-106).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1.** Os Pacientes foram processados perante a Sexta Vara Criminal da comarca de Belo Horizonte/MG, pela prática do delito previsto no inciso VII do art. 7º c/c o inciso III do art. 12, ambos da Lei 8.137/90, c/c o art. 29, na forma do art. 71, ambos do Código Penal e, ao final, condenados à pena de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de detenção em regime inicial semi-aberto.

A propósito, da sentença consta:

Com relação ao apenamento para cada um dos 98 crimes contra as relações de consumo, para cada um dos dois réus: Nada consta dos autos que motive uma pena base acima do mínimo legal. No entanto,

pela gravidade de cada um dos crimes cometidos, haja vista os bens jurídicos lesados, tanto de forma imediata, quanto mediata, julgo mais adequada às funções de prevenção e reprovação, a pena de detenção. Assim, fixo a pena base de cada um dos réus para cada um dos 98 crimes em 02 (dois) anos de detenção.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Aplica-se a causa de aumento de pena do inciso III do art. 12 da lei 8.137/90, e a pena de cada um dos réus para cada um dos 98 crimes é consolidada em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime inicial semi-aberto.

Em observância ao art. 71 do Código penal, considera-se a pena de um dos 98 crimes, por serem todas iguais, e, pelas razões declinadas acima, aumenta-se de 2/3. Assim, torno definitiva a pena de cada um dos réus em 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime semi-aberto.

Ex positis, acolhendo a denúncia, condeno **Marco Paulo Gama de Andrade** e **Silvana Rodrigues de Morais** pela infração do art. 7º, VII, c/c o art. 12, III, ambos da Lei 8.137/90, c/c o art. 29, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime inicial semi-aberto.

(Fls. 18-19.)

O aumento oriundo de concurso formal e crime continuado não deve incidir somente sobre a pena-base, mas sobre a pena acrescida em virtude da circunstância qualificadora.

Daí os fundamentos que motivaram o indeferimento do pedido liminar, *verbis*:

Tenho que assim as causas de aumento, como as de diminuição subseqüentes incidem sobre a pena-base, já aumentada em virtude de causa de majoração precedente, ou já reduzida por conta de causa de diminuição anterior.

No caso, portanto, deve-se proceder a ambos os aumentos, incidindo, primeiro, a causa específica (inciso III do art. 12 da Lei 8.137/90) e, depois, a da Parte Geral (art. 71 do Código Penal).

Firmou-se o entendimento da Corte no sentido de que "os acréscimos relativos ao concurso formal e à continuidade delitiva devem recair sobre a pena total que o juiz fixaria se não houvesse o aumento, e não sobre a pena-base pura e simples" (**RE 107.345**, Rel. Min. **Octavio Gallotti**, *DJ* de 14-11-85. Idem, cf. **RE 106.030**, Rel. Min. **Octavio Gallotti**, *DJ* de 11-10- 1985; **RE 99.818**, Rel. Min. **Djaci Falcão**, *DJ* de 29-4-83; **RE 91.114**, Rel. Min. **Xavier de Albuquerque**, *DJ* de 21-3-80).

Ante o exposto, **indefiro a liminar**.

(Fls. 100-101).

Nesse sentido, o parecer da Procuradoria-Geral da República:

> No caso, cuidando-se de concurso de qualificadora e de causa de aumento da Parte Geral (crime continuado), não há lugar para extrair do art. 68 do Código Penal a pretendida incidência independente da qualificadora e do aumento pelo crime continuado, pois é de ser observada a regra específica do art. 71 do Código Penal segundo a qual aplica-se uma só pena, sempre a mais grave, sobre a qual incidirá o acréscimo de um sexto a dois terços. Assim, o critério adotado na sentença mostra conformidade com a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "o aumento decorrente de concurso formal ou de crime continuado não deve incidir somente sobre a pena-base, mas sobre a pena acrescida em virtude da circunstância qualificadora" (HC 61.861-RJ, rel. Min. Oscar Corrêa, DJU 22.06.84, p. 10.130; HC 69.449-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 144(1):265, abr. 1993; RE 105.067-SP, rel Min. Carlos Madeira, RTJ 117(2):813, ago. 1986; RE 107.354-SP, rel. Min. Octavio Gallotti, RT (602):458, dez. 85; HC 74.060-SP, rel. Min. Moreira Alves, DJU 16.05.97; HC 75.314-RJ, rel. Min. Nelson Jobim, DJU 06.02.98).
> (Fls. 104-106.)

A pena fixada, portanto, está em consonância com a norma do art. 68 do Código Penal, de modo que não há ilegalidade por reparar.

2. Assim, acolho o parecer da Procuradoria-Geral da República, para negar provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RHC 86.080/MG — Relator: Ministro Cezar Peluso. Recorrentes: Marco Paulo Gama de Andrade e Silvana Rodrigues de Morais (Advogado: Fabiano Augusto Martins Silveira). Recorrido: Ministério Público Federal.

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*. Unânime.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 6 de junho de 2006 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

AÇÃO ORIGINÁRIA 1.402 – RR

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence
Querelante: Luiz Fernando Castanheira Mallet
Querelado: Ulisses Moroni Junior

I - Supremo Tribunal Federal: competência originária: CF, art. 102, I, *n*: reconhecimento: hipótese em que, dos sete desembargadores que integram o Tribunal de Justiça, três deles se declaram impedidos, por terem sido arrolados como testemunhas do Querelado, e outro juiz afirma suspeição por motivo de foro íntimo.

II - Queixa-crime que imputa a Promotor de Justiça a prática de crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria), por ter, na qualidade de agente do Ministério Público, subscrito representação eleitoral contra o Querelante: atipicidade do fato: rejeição: falta de justa causa para a queixa.

1. O Querelado, atuando no exercício de suas atribuições funcionais, ofereceu representação, com fundamento em fatos noticiados em denúncia anônima, na qual levantou, em tese, suspeitas em torno da independência funcional do magistrado para o exercício da judicatura na esfera eleitoral.

2. Não houve atribuição, pelo Querelado, de nenhum fato específico que se revelasse apto a caracterizar a prática de crime contra a honra do Querelante.

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, afirmar a competência do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *n*) e rejeitar a queixa-crime, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de setembro de 2006 – Sepúlveda Pertence, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Cuida-se de queixa-crime ajuizada na Justiça de Roraima, por **Luiz Fernando Castanheira Mallet**, magistrado, contra **Ulisses Moroni Junior**, Promotor de Justiça, a quem se imputa a prática de crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) previstos nos arts. 138, 139 e 140, c/c o art. 141, II e III, todos do Código Penal.

Os fatos delituosos são assim relatados pelo Querelante (fls. 2/4):

1. O Querelante, por força da Resolução de nº 003/04, editada pelo eg. Tribunal Regional Eleitoral de Roraima em 4 de fevereiro do fluente ano, fora removido da 3ª para 1ª Zona Eleitoral, com a assunção do cargo sobredito no dia 06 do declinado mês, data da vigência da norma em comento (cf. arts. 2º e 6º).

Todavia, logo após seis (6) meses dessa investidura judicante do Querelante, o Querelado, escudando-se na função ministerial que exerce, firmou Representação eleitoral junto à Corregedoria Regional Eleitoral de Roraima, com o fito de "(...) verificar a conduta do Juiz de Direito e Eleitoral Luiz Fernando Mallet (...)" pois, "(...) não pode exercer o cargo de Juiz Eleitoral neste Estado de Roraima, pela caracterização das situações previstas no art. 135, II, IV e V, do Código de Processo Civil", já que, com a nomeação de sua esposa, Sra. Daniele Fonseca de Albuquerque Mallet, "(...) para ocupar o cargo em comissão de assessora de imprensa da Assembléia Legislativa local (...)" tornou-se "(...) suspeito de exercer a magistratura junto à Justiça eleitoral do Estado de Roraima" (confira-se isto às fls. 19/21, do processo de representação n. 288/03 em anexo, instaurado por força do Ofício de nº 496/03, da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor e da Cidadania).

2. E, segundo ainda o sustentado pelo Querelado, essa decantada falta de isenção no lidar judicante das causas eleitorais sob a responsabilidade do Querelante, sobressai-se do fato de que, com essa nomeação da esposa para ocupação de cargo de livre exoneração, não poderá:

a) "(...) **estar livre para decidir contra os interesses dos Deputados Estaduais, se a esposa dele pode ser demitida *ad nutum*?**"

b) "(...) **decidir contrariamente aos interesses de uma instituição, ou mesmo de pessoas, que aumentem a renda mensal de sua residência?**"

3. Além do mais, segundo ainda o Querelado, a esposa do querelante só exerce a função de colunista social do periódico Brasil Norte, deste Estado, por interferência deste, com o que tencionando dizer que, em função do cargo de Juiz de Direito e Eleitoral exercidos, usa do mesmo e do prestígio para obter vantagem.

4. Essas investidas criminosas assacadas pelo Querelado, além da promoção da referida representação eleitoral, foi objeto de notícia no Jornal Folha de Boa Vista, deste Estado.

5. O procedimento de representação provocado pelo Querelado tivera seu desfecho processual, tendo sido, após percuciente exame, arquivado, nos moldes da decisão de fls. 40/41, vazada nos seguintes termos:

"Pela ausência de sustentáculo legal para o pedido e tratando-se de matéria de implicações estritamente em âmbito eleitoral, acolho parcialmente a manifestação do douto Procurador Regional Eleitoral e, com fulcro no art. 23, XXIII do Regimento Interno, determino o arquivamento dos autos".

6. Não satisfeito e confirmando a vontade própria de ofender, porquanto, ainda abusando de sua autoridade e excedendo suas funções ministeriais, o Querelado, por último, acusa o Querelante, conluiado com servidores do TRE, da prática do crime de tráfego de influência, caluniando, difamando e injuriando, mais uma vez, o ora Postulante (crf. Ofício nº 207/04, da Prodec, anexado aos autos do Processo nº 289, do TRE).

Notificado, o Querelado ofereceu resposta escrita (fls. 214/218), acompanhada de documentos (fls. 219/223), na qual pede a "extinção do processo, ou por ilegitimidade *ad causam* passiva, ou por inépcia da inicial, ou por comprovada inexistência dos delitos apontados".

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*, aduz que é Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor e da Cidadania da Comarca de Boa Vista e agiu nessa condição, e não pessoalmente.

No ponto, extrato da argumentação do Querelado (fl. 215):

A notícia chegou até o querelado através de um cidadão, que viu a notícia da referida nomeação da esposa do Juiz Eleitoral Mallet divulgada em jornal local (doc. anexo), e que achou poria em risco a parcialidade do citado Juiz Eleitoral. E, na ocasião, era o único magistrado eleitoral de Boa Vista, apesar de haver duas vagas, e estávamos na iminência do início do ano eleitoral de eleições municipais. Como o cidadão denunciante é servidor comissionado no Poder Judiciário local, nada poderia fazer formalmente sem perder seu emprego. Daí procurou a Promotoria de Justiça de defesa da Cidadania.

O promotor de justiça titular dali, ora querelado, concordou com os argumentos e também entendeu que o fato se incluiria dentre suas atribuições profissionais. Isto porque dentre os direitos da cidadania está a existência de instituições que não se desviem de suas finalidades.

Diante disto, redigiu e protocolou para o órgão devido o já citado ofício 426/2003. O ora querelado não acusou o autor de nada especificamente; apenas levantou questionamentos abstratos derivados da interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos

dos Códigos processual Penal e Civil que tratam da suspeição e do impedimento.

Com relação à inépcia da inicial, sustenta que o pedido não é certo, sendo que "o autor não descreve quais as condutas praticadas pelo querelado que poderiam caracterizar os delitos apontados".

Tendo em vista que quatro dos sete integrantes do Tribunal de Justiça se declararam impedidos para apreciar a causa, por terem sido arrolados como testemunhas do Querelado, o Relator, Desembargador **Ricardo Oliveira**, com base no art. 102, I, *n*, da Constituição Federal, determinou a remessa dos autos ao Supremo Tribunal.

O Ministério Público Federal, em parecer da il. Subprocuradora **Cláudia Marques**, aprovado pelo em. Procurador-Geral da República, **Antonio Fernando de Souza**, opinou pela rejeição da queixa-crime (fls. 261/264).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator):

I

Preliminarmente, reconheço a competência do Supremo Tribunal para conhecer originariamente do pedido (CF, art. 102, I, *n*).

Dos sete Desembargadores que integram o Tribunal de Justiça, três deles – os Desembargadores **Mauro Campello**, **Robério Nunes** e **José Pedro** (fls. 235; 237 e 246) – se declararam impedidos por terem sido arrolados como testemunhas do Querelado (fl. 217); o Juiz Convocado **Mozarildo Monteiro Cavalcanti**, por sua vez, afirmou a suspeição por motivo de foro íntimo (art. 135, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

II

Suscita o Querelado a sua ilegitimidade passiva, dado que subscrevera a representação na qualidade de agente do Ministério Público.

Não afasto, de logo, em qualquer caso, a viabilidade de responsabilizar-se criminalmente o Promotor de Justiça por suas manifestações em nome do Ministério Público, sobretudo porque, em princípio, a eventual presença do dolo seria o suficiente para evidenciar que já não se estaria diante do regular exercício de suas funções.

É questão delicada sobre a qual, o julgamento, no entanto, as circunstâncias do caso não exigem maior aprofundamento.

Aqui, basta verificar que a atipicidade do fato.

III

Leio, com efeito, o inteiro teor da representação do Querelado ao Corregedor-Geral do Tribunal Regional Eleitoral de Roraima, com a qual objetivava ver instaurado o processo administrativo contra o Querelante (fls. 219/221):

> Conforme publicado no Jornal Folha de Boa Vista, na Coluna Social, redigido pela jornalista Shirlei Rodrigues, a sra. Danielle Mallet foi contratada para ocupar o cargo em comissão de assessora de imprensa da Assembléia Legislativa local. Esta notícia foi veiculada no dia 03/07/2003. Portanto, a nomeação da esposa para tal cargo em comissão é posterior à nomeação do Juiz de Direito Luiz Mallet como Juiz da 3ª Zona Eleitoral. Esta situação torna o Juiz de Direito suspeito de exercer a magistratura junto à Justiça Eleitoral do Estado de Roraima.
>
> Atividade do Juiz Eleitoral tem como objeto regular e fiscalizar o processo eleitoral. E, o processo eleitoral é o meio através do qual a classe política alcança seu objetivo final, qual seja, a eleição. Assim, tem-se que a atividade judicante e os interesses dos políticos são muitas das vezes antagônicos, já que regular é também pode ser (*sic*) sinônimo de restringir direitos, direitos estes dos eleitos. Muitas das decisões de um Juiz Eleitoral podem culminar na perda de um mandato eletivo, em inelegibilidade, ou mesmo em impedir o sucesso de um candidato em uma eleição, quando, por exemplo, cancela títulos eleitorais, a transferência de eleitores ou cerceia a publicidade em uma campanha. Assim, um Juiz deve estar livre para decidir contra os interesses das instituições destino dos eleitos, como a Assembléia Legislativa.
>
> No caso concreto deste documento, não se trata de um simples emprego público, mas de um cargo comissionado provido por ato do presidente da Assembléia Legislativa. Os cargos comissionados são caracterizados por serem de livre provimento e exoneração, mantendo-se o nomeado enquanto corresponder às expectativas do ente público. Isto equivale a dizer que, se de alguma forma o comissionado contrariar as expectativas de seu superior hierárquico, poderá ser cessado ou vínculo, ou seja, poderá ser ele exonerado. Assim, como poderá o Juiz Eleitoral Luiz Fernando Mallet estar livre para decidir contra os interesses dos Deputados Estaduais, se a esposa dele pode ser demitida *ad nutum*?
>
> Outro aspecto que deve ser levantado, é o fato de que sua esposa, empregada na Assembléia Legislativa, recebe um salário pelo seu trabalho desempenhado. **Assim, novamente, como poderá o Juiz Eleitoral Luiz Mallet decidir contrariamente aos interesses de uma instituição, ou mesmo de pessoas, que aumentam a renda mensal de sua residência?** E, novamente, esta renda mensal poderá ser cessada

como conseqüência de um ato de descontentamento daquela Casa, já que este salário é fruto de um cargo comissionado.

Há que ser levantado, também, que a Sra. Danielle Malet foi contratada como assessora de imprensa. A função deste profissional é manter um relacionamento entre a Assembléia Legislativa e os veículos de comunicação e o público em geral. E, evidentemente, a intenção deste profissional será sempre manter uma boa imagem do Poder Legislativo local. Em outras palavras: a assessora jurídica tentará manter da um enfoque positivo, para uma eventual ato judicial do marido que macule a imagem daquela instituição. Novamente demonstrado o antagonismo de interesses.

Esta Promotoria de Justiça tomou conhecimento da presente questão através de reclamações que chegaram até aqui sobre o caso.

Ante o exposto, entendo que o referido Juiz de Direito Luiz Fernando Mallet não pode exercer o cargo de Juiz Eleitoral neste Estado de Roraima, pela caracterização das situações previstas no art. 135, II, IV e V, do Código de Processo Civil.

Posto isto, venho requerer:

a) Que seja recebida esta representação e determinada a instauração de processo administrativo;

b) Após o devido processo legal, com contraditório e possibilidade de produção de provas, que seja julgado por esta E. Corregedoria do Tribunal Regional Eleitoral de Roraima se os motivos aqui apresentados tornam o Juiz de Direito suspeito para o exercício da judicatura eleitoral neste estado;

c) Caso procedente, que seja o mesmo afastado, pelos meios e órgão competentes, das funções de Juiz da Terceira Zona Eleitoral, e não entre em exercício como Juiz da Primeira Zona Eleitoral deste Estado;

d) Ao final, que seja comunicada a decisão a este subscritor.

Donde a manifestação do Ministério Público Federal, da qual extrato, *verbis* (fl. 262):

(...) a leitura atenta da Representação que ensejou o ajuizamento da presente queixa-crime permite concluir que não houve a atribuição, pelo querelado, de qualquer fato específico que se revelasse apto a caracterizar a prática de crime contra a honra do querelante.

13. Na verdade, o querelado, atuando no exercício de suas atribuições funcionais, ofereceu representação com fundamento em fatos noticiados em denúncia anônima. Na peça em que veiculou a representação, o querelado levantou, em tese, suspeitas em torno da independência funcional do magistrado para o exercício da judicatura na esfera eleitoral, em razão de sua esposa exercer um cargo comissionado no Poder Legislativo estadual.

14. A Representação foi motivada por uma situação que, no entender do querelado, revelava, em tese, a ausência de imparcialidade do querelante para o julgamento de causas relacionadas a questões eleitorais. O querelado em momento algum imputou ao querelante a prática de um fato específico em torno de sua atuação concreta enquanto magistrado, em ordem a caracterizar a prática de crime contra a honra.

15. Diversa seria a hipótese se o querelado houvesse atribuído ao magistrado a prática de um delito específico, ou ainda a atuação parcial em determinado processo, em virtude do cargo exercido por sua esposa.

16. Se é certo que a Representação oferecida pelo querelado pode macular a reputação do magistrado perante os seus colegas, ou ainda diante da própria sociedade, eis que os fatos foram divulgados pela imprensa, tal circunstância não constitui elemento suficiente à caracterização dos crimes de difamação ou calúnia, que exigem, para a sua configuração, "a afirmativa específica a respeito de um fato determinado" (Inq 1937/DF, DJ 27.02.2004, Relator Ministro Joaquim Barbosa).

17. Na verdade, nem mesmo a veemente censura à atuação profissional de outrem - o que não chegou a ocorrer no presente caso - caracteriza o tipo subjetivo peculiar aos crimes contra a honra (HC 8188-5/SP, DJ 29.08.2003, Relator Ministro Maurício Corrêa).

18. No que se refere ao ofício n.º 207/2004 (fl. 192), há de ser desenvolvido o mesmo raciocínio. Por meio do referido expediente, o querelado formulou pedido de revisão da decisão proferida pela Corregedoria, e solicitou a apuração de eventual prática do delito de tráfico de influência, relacionado à divulgação de decisão que determinou o arquivamento da representação.

19. No exercício de suas atribuições funcionais, o querelado submeteu uma questão por ele considerada irregular à autoridade detentora de atribuição para o exame dos fatos.

20. Deve-se esclarecer, nesse ponto, que a esfera penal não constitui a seara adequada para o exame de eventual excesso na conduta funcional do querelado. Consta dos autos que o querelante formulou representação à Corregedoria do Ministério Público do Estado de Roraima, órgão que detém atribuições para avaliar eventual exercício abusivo das atribuições funcionais do querelado.

21. É certo dizer, diante dos fundamentos já expostos, que a conduta do querelado é atípica, não existindo justa causa para o recebimento da queixa.

Assim, manifesta-se o Ministério Público Federal pela rejeição da queixa-crime.

Correto o parecer do Ministério Público Federal, cujos fundamentos adoto como razão de decidir e, em conseqüência, rejeito a queixa-crime.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AO 1.402/RR – Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Querelante: Luiz Fernando Castanheira Mallet (Advogados: Francisco das Chagas Batista e outros). Querelado: Ulisses Moroni Junior (Advogados: Marcos Antônio Carvalho de Souza e outros).

Decisão: A Turma afirmou a competência do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, *n*) e rejeitou a queixa-crime, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto e Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 19 de setembro de 2006 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 460.881 – MA

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence
Recorrente: Centro Federal de Educação Tecnológica do Maranhão - CEFET/MA
Recorrida: Juciléa de Jesus Ferreira Lopes

Ato administrativo: ilegalidade: anulação e ressarcimento de danos morais. Súmula 473. CF, art. 37, § 6º.

A administração pública pode anular seus próprios atos, quando inquinados de ilegalidade (Súmula 473); mas, se a atividade do agente público acarretou danos patrimoniais ou morais a outrem - salvo culpa exclusiva dele -, eles deverão ser ressarcidos, de acordo com o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

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, negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 18 de abril de 2006 – Sepúlveda Pertence, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A decisão recorrida da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Maranhão julgou procedente ação de reparação de danos morais proposta pela Agravada contra a autarquia federal agravante, decorrentes do fechamento do curso de licenciatura - que, habilitada em exame vestibular, a Autora freqüentava.

A sentença aduziu - fls. 26, 28:

> O *Cefet* firmou com a *Oaseceama* contrato de prestação de serviço, no qual figura como contratada, cujo objeto, **de responsabilidade** da ré, era:

"A execução, pela contratada, do curso de Licenciatura Plena em Matemática, inserido no Programa de Capacitação de Docentes autorizado a funcionar pelo Conselho Diretor Resolução n. 07/01 de 04 de junho de 2001, dirigido aos filiados da contratante em Pinheiro (...)" (Cláusula Primeira).

De seu lado, as obrigações da contratante se limitavam ao pagamento do preço ajustado e viabilização de condições físicas para o deslocamento e permanência de professores na localidade de Pinheiro, conforme cláusula terceira.

Nesse passo, para a viabilização do contrato, a ré criou o curso de licenciatura em matemática, realizando o processo seletivo e iniciando as aulas, até que, em 27 de junho de 2002, fosse declarado nulo o contrato firmado entre ela e a *Oaseceama* com a conseqüente extinção do curso oferecido a partir de tal contrato.

Dois momentos precisam ser identificados, primeiro, o contrato entre a *Oaseceama* e o *Cefet* que não tem qualquer relação com a autora, sendo ato jurídico inter partes, segundo, o fato de que, em conseqüência da assinatura do contrato, ter o *Cefet* oferecido o curso de licenciatura em matemática.

Com efeito, o ato apontado na exordial como o causador do dano foi a criação, oferta e posterior extinção do curso de licenciatura em matemática em detrimento dos interesses da autora. A *Oaseceama*, por óbvio, não teria possibilidade de realizar tal atividade que não é própria à sua existência, mas sim, à do *Cefet*, sendo este, portanto, o responsável por suas conseqüências.

A *Oaseceama* propôs ao *Cefet* o contrato para que ele prestasse o curso de licenciatura em matemática, este, não obstante parecer contrário da Procuradoria Federal (fls. 21-23) o firmou; anteriormente, para viabilizar o contrato, já criara o curso a ser oferecido, realizou vestibular e ministrou aulas. Em suma, o curso de licenciatura para o qual foi aprovada a autora é do *Cefet* e não da *Oaseceama*. O acerto da conclusão surge do exame do cartão de identificação da autora emitido pela Comissão Permanente de Admissão de Alunos do *Cefet*, fls. 08. Com efeito, a autora é aluna do *Cefet*.

Ademais, foi ato do *Cefet* que deu fim à atividade docente prestada. Logo, é ele o responsável por suas conseqüências.

Ainda que se tomasse em consideração o fato apontado pelo *Cefet* na contestação, de que o contrato do alunado seria com a *Oaseceama*, ele não se eximiria da responsabilidade, pois que seus atos foram determinantes das conseqüências apontadas na inicial, afinal, não haveria o curso se o *Cefet* não o criasse e oferecesse. Era ao *Cefet* quem cabia toda a atividade pedagógica, inclusive o fornecimento final do diploma.

Os vícios que levaram à anulação do contrato e extinção do curso tratado são pretéritos a tais fatos, o que não demoveu o *Cefet* no seu agir, representado por seus agentes.

De outra banda, não se nega que o *Cefet* possa, na utilização de seu poder de autotutela (Súm. 473 do STF), verificada a ilegalidade do ato administrativo, anulá-lo, contudo, se este acarretou danos individuais, eles deverão ser ressarcidos.

Entendendo provada a ocorrência de danos morais, julgou-se procedente a ação, condenada a autarquia a pagar indenização de R$4.500,00.

A Turma Recursal confirmou a sentença, provendo em parte o recurso, apenas para reduzir o montante da indenização.

Consigna a ementa do julgado - fl. 48:

Civil. Responsabilidade civil. Danos morais. Contrato de prestação de serviços educacionais celebrado entre o réu e entidade privada sem fins lucrativos. Anulação. Indenização excessiva. Redução. Recurso parcialmente provido.

I - Preliminar de ilegitimidade passiva do Cefet rejeitada.

II - Oferecendo curso de licenciatura plena, sob o crivo do vestibular, criou o Cefet para toda uma comunidade de professores a expectativa do aperfeiçoamento profissional.

III - Promovendo a anulação do contrato que viabilizaria a execução do curso, quando este já se encontrava em andamento, evidente a lesividade ao patrimônio moral da Autora.

IV - Embora seja conferida à Administração a prerrogativa de rever seus próprios atos, não se pode olvidar que esta revisão não pode molestar, sem a correspondente indenização direitos adquiridos.

No recurso extraordinário, pugna a Recorrente, nos termos da Lei 10.259/01, pela concessão de medida liminar para suspender a tramitação dos processos nos quais a mesma controvérsia esteja estabelecida.

No mérito, alega, em suma, violação dos arts. 5º, II, e 37, II, da Constituição Federal, bem como desrespeito à **Súmula** 473.

Dei provimento ao agravo, que converti em recurso extraordinário, para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): A doutrina consagrada na Súmula 473 - o do poder de autotutela da administração - decorre efetivamente do princípio da legalidade.

O assento cobre, assim, em tese, a validade da anulação do contrato entre o Cefet, autarquia federal recorrente, e a Oaseceama; não exime, contudo, a primeira de responder perante terceiros - qual, a Autora, aos quais haja causado danos patrimoniais ou morais,em razão do início de execução, que deu, ao contrato firmado.

Se a licitude da conduta da administração não elide por si só, da responsabilidade civil pelos prejuízos que causar a outrem - salvo culpa exclusiva dele -, com mais razão incide o art. 37, § 6º, da Constituição, se a atividade lesiva do agente público decorreu da celebração de contrato ilegal.

Nego provimento ao recurso: é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 460.881/MA — Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Recorrente: Centro Federal de Educação Tecnológica do Maranhão - CEFET/MA (Advogada: Procuradoria-Geral Federal). Recorrida: Juciléa de Jesus Ferreira Lopes (Advogados: Júlio César Marques e outros).

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski. Compareceu o Ministro Eros Grau a fim de julgar processos a ele vinculados, ocupando a cadeira do Ministro Ricardo Lewandowski. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 18 de abril de 2006 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS N. 106.805-MS (2008/0109328-3)

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG)
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul
Advogado: Elizabeth Fátima Costa - Defensora Pública
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul
Paciente: Reny Narciso Alves

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Violência doméstica. Lesão corporal simples praticada contra mulher no âmbito doméstico. Proteção da família. Proibição de aplicação dos ditames da Lei n. 9.099/1995. Ação penal pública incondicionada. Ordem denegada.

1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Inteligência do artigo 226 da Constituição da República.

2. As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, de forma que os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato.

3. Somente o procedimento da Lei n. 9.099/1995 exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve ou culposa para a propositura da ação penal.

4. Não se aplicam aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, os ditames da Lei n. 9.099/1995. Inteligência do artigo 41 da Lei n. 11.340/2006.

5. A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do artigo 129, § 9º do Código Penal e se disciplina segundo as diretrizes desse diploma legal, sendo a ação penal pública incondicionada.

6. Ademais, sua nova redação, feita pelo artigo 44 da Lei n. 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos à lesão corporal qualificada,

praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando, por mais um motivo, a exigência de representação da vítima.

7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Vencidos os Srs. Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura.

Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Sustentou oralmente Dr. Alessandro Tertuliano da Costa, pelo paciente: Reny Narciso Alves.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Relatora

---

DJe 09.03.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG): Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário com pedido de liminar impetrado em benefício de Reny Narciso Alves, por meio de procurador legalmente habilitado, no qual alegou suportar constrangimento ilegal exercido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Argumentou que a ação penal contra ele ajuizada encontra-se inquinada de nulidade, pois falta condição legalmente exigida para seu exercício. Disse que foi denunciado pelo Ministério Público pela suposta prática de lesões corporais contra sua esposa, no âmbito doméstico. Porém, narrou que o Magistrado singular, corroborado pela Corte *a quo*, deixou de designar audiência preliminar a fim de possibilitar à vítima a renúncia da representação, maculando, assim, o devido processo legal. Acrescentou que a vítima já voltou a morar com ele, circunstância que denota sua intenção em renunciar à representação.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações (fls. 213/214), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 217/221).

Em seguida, a Defensoria Pública da União ratificou a necessidade de concessão da ordem (fls. 208/209).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) (Relatora): Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário com pedido de liminar impetrado em benefício de Reny Narciso Alves, por meio de procurador legalmente habilitado, no qual alegou suportar constrangimento ilegal exercido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Argumentou que a ação penal contra ele ajuizada encontra-se inquinada de nulidade, pois falta condição legalmente exigida para seu exercício. Disse que foi denunciado pelo Ministério Público pela suposta prática de lesões corporais contra sua esposa, no âmbito doméstico. Porém, narrou que o Magistrado singular, corroborado pela Corte *a quo*, deixou de designar audiência preliminar a fim de possibilitar à vítima a renúncia da representação, maculando, assim, o devido processo legal. Acrescentou que a vítima já voltou a morar com ele, circunstância que denota sua intenção em renunciar à representação.

Verifiquei cuidadosamente as razões apresentadas pelo impetrante e, ao compará-las com a decisão ora impugnada, com as informações prestadas e com os documentos acostados aos autos, não vejo como acolher sua pretensão.

Antes de adentrar no mérito do pedido, faz-se necessário um breve relato das alterações legislativas que me conduziram ao entendimento segundo o qual, hoje, em se tratando de lesões corporais leves e culposas, praticadas no âmbito familiar contra mulher, a ação é, necessariamente, pública incondicionada.

O crime de lesões corporais, seja simples ou qualificado, é disciplinado pelo Código Penal.

Até o ano de 1995, as três modalidades de lesões corporais – leves, graves e gravíssimas – não dependiam de representação do ofendido, motivo pelo qual a ação penal correspondia à pública incondicionada, também disciplinada pelo Código Penal.

Por força do artigo 61 da Lei n. 9.099/1995, pelo quantitativo de pena máxima imposta, as lesões corporais simples e as culposas passaram a ter o seu pro-

cedimento disciplinado pelos Juizados Especiais.

Assim, nas disposições finais do mencionado diploma legal, mais precisamente em seu artigo 88, o legislador disciplinou que:

> Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Diante disso, passou-se a exigir representação da vítima para a deflagração da ação penal não apenas nas hipóteses estabelecidas no Código Penal, mas também para a lesão corporal leve e para a culposa, por força do dispositivo supracitado.

Em 2004, a Lei n. 10.886 incluiu o § 9º no artigo 129 do Código Penal. Ao fazê-lo, introduziu uma figura de lesão corporal qualificada, especificamente relacionada à violência doméstica, com a seguinte redação:

> Artigo 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
> Pena - detenção, de três meses a um ano.
> (...).
> § 9º. Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

Referido dispositivo legal passou a disciplinar o que se tem comumente chamado de "violência doméstica". Termo que diz respeito à vida em família, usualmente na mesma casa, referente às ligações estabelecidas entre participantes de uma mesma vida familiar, podendo haver laços de parentesco ou não.

A intenção do legislador ao criar a nova figura típica, na realidade uma nova modalidade de lesão corporal qualificada, tendo em vista o novo montante de pena cominada, foi atingir os variados e, infelizmente, numerosos casos de lesões corporais praticados no recôndito do lar, local em que deveria imperar a paz e a convivência harmoniosa entre seus membros e, jamais, a agressão desenfreada que muitas vezes se apresenta, pondo em risco a estrutura familiar, base da sociedade.

Em 07 de agosto de 2006, foi publicada a esperada Lei n. 11.340, intitulada "Lei Maria da Penha". Referido diploma legal procurou criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do

artigo 226 da Constituição da República, procurando coibir de todas as formas a discriminação, prevenir e punir mais severamente a violência contra a mulher.

Com o intuito de dar cumprimento às finalidades a que se propôs, o artigo 41 da mencionada lei disciplina que:

> Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

A lei em questão também cuidou de aumentar a pena referente à lesão corporal qualificada prevista no § 9º do artigo 129 do Código Penal, referente à violência doméstica, para *detenção de três meses a três anos*, além de instituir outros mecanismos tendentes a alcançar o escopo da novel legislação.

Não cabe aqui discutir se os métodos utilizados pelo legislador foram tecnicamente felizes, mas apenas aplicar a lei vigente ao caso concreto, tendo por alvo a certeza de que se procurou fazer cessar a violência que assola muitos lares brasileiros e põe em risco a saúde física e psíquica de seus membros, sobretudo das mulheres.

Diante do histórico aqui narrado surgiu uma dúvida: qual a espécie de ação penal deverá agora ser manejada no crime de lesão corporal leve qualificada, relacionada à violência doméstica? A reposta pode ser extraída de duas teorias.

A primeira delas, defendida por Damásio Evangelista de Jesus (Artigo científico publicado no sítio www.jusnavigandi.com.br) e Rogério Greco (Código Penal Comentado), preconiza que o crime de lesões corporais, quando se tratar de violência doméstica, decorrente de lesões leves ou culposas, continuará a ter ação penal pública condicionada à representação da vítima.

Os filiados a essa teoria argumentam que o artigo 16 da Lei n. 11.340/2006 admite que ainda existem crimes que exigem representação, mesmo quando praticados contra a mulher no âmbito doméstico, tanto que esse dispositivo disciplina por qual meio poderá a ofendida renunciar ao direito de representar contra o seu agressor. Sendo assim, a Lei Maria da Penha não teria tido a intenção de alterar o princípio do artigo 88 da Lei n. 9.099/1995, de que a ação penal por crime de lesão corporal leve é pública condicionada à representação. Teria apenas aumentado o preceito secundário do tipo do artigo 129, § 9º do Código Penal, continuando a ação a ser deflagrada apenas mediante representação da ofendida, eis que cabe a ela decidir se quer expor ou não sua família a pessoas estranhas a esse meio.

Já a segunda teoria, a qual me filio, preconiza que, com o advento da Lei n. 11.340/2006, o legislador quis propor mudanças que efetivamente pudessem contribuir para fazer cessar ou, ao menos, reduzir drasticamente a triste violên-

cia que assola muitos dos lares brasileiros, uma violência velada que corrói as bases da sociedade pouco a pouco.

Acaso a Lei n. 11.340/2006, em relação à lesão corporal simples e culposa, tivesse contribuído apenas para aumentar o patamar máximo da pena do artigo 129, § 9º do Código Penal, não teria trazido qualquer inovação prática, eis que, raramente, se aplicam patamares de pena muito superiores ao mínimo cominado.

Penso que o intuito da legislação compromete-se mais com a realidade em que vivemos do que com simples questões de pena.

Há de se ressaltar que um dos princípios comezinhos de direito, no que tange à interpretação da norma, preconiza que ela não utiliza palavras inúteis.

Nesse diapasão, frisamos que o artigo 41 da Lei n. 11.340/2006 diz claramente que não se aplicam aos crimes praticados com violência doméstica os ditames da Lei n. 9.099/1995.

Não disse a novel legislação que não se aplicam aos crimes praticados com violência doméstica apenas alguns mecanismos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais, como a transação e a suspensão condicional da pena. Acaso o quisesse, o legislador assim teria procedido.

Mas, pelo contrário, a Lei Maria da Penha deixa claro que a Lei n. 9.099/1995 não se aplica por inteiro, isso porque os escopos de uma e de outra são totalmente opostos. Enquanto a Lei dos Juizados Especiais procura evitar o início do processo penal que poderá culminar com a imposição de uma sanção ao agente do crime, a Lei Maria da Penha procura punir com maior rigor o agressor que age às escondidas nos lares, pondo em risco a saúde de sua própria família.

Se a Lei n. 9.099/1995 não pode ser aplicada, significa que seu artigo 88, que prevê a representação para a lesão corporal leve e culposa nos casos comuns, não pode, por conseguinte, ser aplicado a essas espécies delitivas quando estiverem relacionadas à violência doméstica. Foi, portanto, derrogado em relação às hipóteses encampadas pela Lei Maria da Penha.

Assim entendo porque a família é a instituição mais importante do Estado, é ela que lhe dá base e sustentáculo. Uma família desestruturada conduz, fatalmente, a um Estado desarticulado e frágil, tornando-o incapaz de resguardar a esfera pública e de assegurar aos indivíduos seus direitos constitucionalizados.

A Constituição da República, em seu artigo 226, estabelece que a família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; seu § 8º assegura que a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Também não descuida a Carta Política de 1988, em seu artigo 227, de atribuir à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade pelas crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, assegurando-lhes:

> (...) o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, *além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*. (Grifo nosso).

Por tais razões, não se pode falar em representação quando a lesão corporal culposa ou dolosa simples atinge a mulher em casos de violência doméstica, familiar ou íntima.

O interesse maior é da sociedade. É a proteção de mulheres que ficam subjugadas pelo "poder" econômico do parceiro; de idosas; e, sobretudo, das menores que, via de regra, são vítimas, ainda que de violência mental, desse tipo de situação. Por tal razão, a escolha não pertence à vítima, mas ao Ministério Público, órgão essencial à Justiça.

Acaso se proceda de forma diversa, estar-se-á definitivamente retirando qualquer eficácia que o legislador pretendeu atribuir à Lei n. 11.340/2006. Qual será, então, a finalidade da Lei Maria da Penha caso dela se retire todo o seu potencial de atuação contra os agressores?

Vários juristas de renome possuem esse posicionamento:

Luiz Flávio Gomes, em artigo publicado no sítio www.jusnavigandi.com.br, tece as seguintes ponderações:

> Nesses crimes, portanto, cometidos pelo marido contra a mulher, pelo filho contra a mãe, pelo empregador contra a empregada doméstica etc., não se pode mais falar em representação, isto é, a ação penal transformou-se em pública incondicionada (o que conduz a instauração de inquérito policial, denúncia, devido processo, contraditório, provas, sentença, duplo grau de jurisdição etc.). Esse ponto, sendo desfavorável ao acusado não pode retroagir (isto é: não alcança os crimes ocorridos antes do dia 22.09.2006).

Guilherme de Souza Nucci, in Código Penal Comentado, p. 585/586, pensa da mesma forma:

> Se alguma vantagem houve, está concentrada na ação penal, que passa a ser pública incondicionada, em nossa visão, retornando para a iniciativa do Ministério Público, sem depender da representação.

> Isto porque o art. 88 da Lei n. 9.099/1995 preceitua que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves (prevista no caput do art. 129) e lesões culposas (constante do § 6º do mesmo artigo). Ora, a violência doméstica, embora lesão corporal, cuja descrição típica advém do caput, é forma qualificada da lesão, logo, não mais depende de representação da vítima. A mudança foi tímida e de pouca utilidade.

E Marcelo Lessa Bastos, em artigo intitulado "Violência doméstica e familiar contra a mulher", no sentido de que:

> (...) não se aplicam, portanto, os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/1995 em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Deste modo, em se configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja o crime e sua pena, não cabe transação penal nem suspensão condicional do processo nem composição civil dos danos extintiva de punibilidade, não se lavra termo circunstanciado (em caso de prisão em flagrante, deve ser lavrado auto de prisão em flagrante e, se for o caso, arbitrada fiança), deve ser instaurado inquérito policial (com a medida paralela prevista no art. 12, III, e §§ 1º e 2º da Lei n. 11.340/2006), a denúncia deverá vir por escrito, o procedimento será o previsto no Código de Processo Penal (...). (Publicado no sítio www.jusnavigandi.com.br).

Não se sabe, exatamente, se o maior endurecimento da legislação trará os efeitos desejados. Mas o certo é que trabalha a favor do legislador a estatística a revelar que algo precisava ser feito (Cf. SANCHES, Rogério. A Lei Maria da Penha e a não aplicação dos institutos despenalizadores dos juizados especiais criminais. Jus Navigandi). Um dado, colhido no sítio da Fundação Perseu Abramo (www.fpabramo.gov.br), é bastante ilustrativo:

> A projeção da taxa de espancamento (11%) para o universo investigado (61,5 milhões) indica que pelo menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez. Considerando-se que entre as que admitiram ter sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país (ou em 2001, pois não se sabe se estariam aumentando ou diminuindo), 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minuto - uma a cada 15 segundos.

Dessa forma, entendo que em nome da proteção à família, preconizada como essencial pela Constituição da República e, frente ao dispositivo da Lei n. 11.340/2006 que afasta expressamente a aplicação da Lei n. 9.099/1995, os institutos despenalizadores e as medidas mais benéficas dessa última não se aplicam aos casos de violência doméstica, independendo, portanto, de representação da vítima para a propositura da ação penal pelo Ministério Público nos casos de lesão corporal leve ou culposa.

Ademais, até mesmo a nova redação do § 9º do artigo 129 do Código Penal, feita pelo artigo 44 da Lei n. 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos à lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando, por mais um motivo, a exigência de representação da vítima.

Nesse sentido, aliás, já se manifestou, por unanimidade, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 84.831-RJ, sob a relatoria do eminente Ministro Felix Fischer, ementado da seguinte forma:

> Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 129, § 9º, do Código Penal. Violência doméstica contra a mulher. Lei Maria da Penha. Lei n. 9.099/1995. Inaplicabilidade.
>
> A Lei n. 11.340/2006 é clara quanto a não-aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.
>
> Ordem denegada. (STJ - HC n. 84.831-RJ - Relator: Ministro Felix Fischer - Quinta Turma - DJe de 05.05.2008).

Transcrevo, por oportuno, a íntegra do voto prolatado por Sua Excelência:

> (...).
>
> No presente *mandamus*, sustenta o impetrante que, a despeito da natureza do delito e sua vinculação com a Lei n. 11.340/2006, segundo o Enunciado n. 89 do III Encontro de Juizados Especiais Criminais e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro "é cabível a audiência prévia de conciliação para o crime previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.340/2006" (fl. 5). Requer, dessa forma, que sejam concedidos os benefícios da prévia conciliação, prevista no art. 72 da Lei n. 9.099/1995, e da suspensão condicional do processo, de acordo com o art. 89 da Lei n. 9.099/1995.
>
> A ordem não merece ser concedida.
>
> A Lei n. 11.340/2006 é bastante clara quanto a não-aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica, senão vejamos:

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Percebe-se do texto legal acima transcrito que a intenção do legislador foi afastar dos casos de violência doméstica contra a mulher as medidas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais Criminais, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Sobre o assunto preleciona Pedro Rui da Fontoura Porto:

> Desde a entrada em vigor da Lei n. 9.099/1995, que, mormente no relativo ao regramento dos Juizados Especiais Criminais, estabeleceu os princípios norteadores da informalidade, celeridade, oralidade e economia processual (art. 62 da Lei n. 9.099/1995), sempre houve uma preocupação do movimento feminista acerca de, até que ponto, a nova tendência para um direito penal conciliador e mais flexível, baseado na vontade do ofendido, não colocava em risco as fragilizadas vítimas da violência doméstica.
>
> Com efeito, embora não crie novos tipos penais, a Lei n. 11.340/2006 certamente opera como complemento de tipos penais precedentes, sendo conveniente uma reflexão acerca dos limites desta influência, isto porque, ao se configurar qualquer crime como praticado em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher nos termos da lei em questão, uma conseqüência importante se sobressai: a regra do art. 41 que determina a não aplicação da Lei n. 9.099/1995. ("Violência doméstica e familiar contra a mulher, Lei n. 11.340/2006 - análise crítica e sistêmica", 2007, Livraria do Advogado Editora, p. 38/39).

Transcrevo parte do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, que elucida bem a questão discutida nos autos:

> A Constituição Federal prevê, em seu art. 98, a criação de Juizados Especiais Criminais competentes para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, deferindo à norma infraconstitucional a definição dessas infrações. A Lei n. 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da justiça comum estadual e distrital, considera, em seu art. 61, alterado pela Lei n. 11.313/2006, infrações de menor potencial ofensivo os crimes e as contravenções penais com pena máxima inferior a 2 (dois) anos.
>
> Com o advento da Lei n. 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, foram alteradas algumas disposições do Código Penal,

havendo agravamento de algumas de suas penas. O legislador procurou tratar de forma mais severa aquele que pratica infrações no âmbito familiar, em especial contra a mulher, justamente pelo fato de os institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/1995 não terem se mostrado eficazes o suficiente no combate aos crimes desta natureza. Desde então, a lesão corporal praticada no âmbito doméstico, crime atribuído ao paciente na denúncia, passou a ter pena máxima de 3 (três) anos. Portanto, o quantum máximo da pena em abstrato previsto para o delito em questão já é suficientemente alto para afastá-lo do âmbito das infrações penais de menor potencial ofensivo. Não bastasse isso, a chamada Lei Maria da Penha, em seu art. 41, vedou, de forma expressa, a incidência da Lei n. 9.099/1995, independentemente da pena cominada. Logo, por essas razões, não devem ser empregados os institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais ao presente caso.

É incabível, ainda, a concessão da suspensão condicional do processo nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, pelo motivo acima já exposto, qual seja, inaplicabilidade dos institutos previstos na Lei n. 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Tampouco há falar em inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, haja vista o fato de que a Constituição deferiu ao legislador ordinário definir as infrações de menor potencial ofensivo. Portanto, se na Lei Maria da Penha se optou por afastar a aplicação da Lei n. 9.099/1995, é porque se entendeu que tais infrações penais não podem ser consideradas como de menor potencial ofensivo, o que atende ao disposto no art. 98, 1 da Carta da República.

Improcedente é, no mais, a alegação do paciente de que estaria a sofrer constrangimento ilegal por não ter sido designada audiência prévia de conciliação. ***O art. 16 da Lei Maria da Penha prevê a possibilidade de realização dessa audiência apenas para os crimes de ação pública condicionada. Até o advento da Lei n. 9.099/1995, na persecução criminal de lesão corporal leve, se procedia mediante ação pública incondicionada. A Lei dos Juizados Especiais, em seu art. 88, passou, entretanto, a dispor que a ação penal, para esse crime, dependeria de representação para ser iniciada. Ocorre que, como visto, o art. 41 da Lei n. 11.340/2006 afastou, de modo categórico, a incidência da Lei n. 9.099/1995. Por isso, há de se considerar nos casos de lesão corporal, com violência doméstica, que a ação penal será pública incondicionada, consoante previsto no próprio Código Penal. É, portanto, incompatível com o procedimento adotado para a persecução*** **do crime atribuído ao paciente, a realização de sobredita audiência.**

Ante o exposto, opina o Mistério Público Federal por que seja denegada a ordem (fls. 58/59).

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto. (Negrito nosso; demais grifos no original).

Por fim, noto que esta 6ª Turma também já teve a oportunidade de apreciar o tema, nos autos do Recurso Especial n. 1.000.222-DF, o qual restou assim ementado:

Processual Penal. Recurso especial. Violência doméstica. Lesão corporal simples ou culposa praticada contra mulher no âmbito doméstico. Proteção da família. Proibição de aplicação da Lei n. 9.099/1995. Ação penal pública incondicionada. Recurso provido para cassar o acórdão e restabelecer a sentença.

1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Inteligência do artigo 226 da Constituição da República).

2. As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato.

3. Somente o procedimento da Lei n. 9.099/1995 exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve e culposa para a propositura da ação penal.

4. Não se aplica aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, a Lei n. 9.099/1995. (Artigo 41 da Lei n. 11.340/2006).

5. A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do artigo 129, § 9º do Código Penal e se disciplina segundo as diretrizes desse Estatuto Legal, sendo a ação penal pública incondicionada.

6. A nova redação do parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, feita pelo artigo 44 da Lei n. 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos a lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando por mais um motivo, a exigência de representação da vítima.

7. Recurso provido para cassar o acórdão e restabelecer a decisão que recebeu a denúncia. (STJ - REsp n. 1.000.222-DF - De minha Relatoria - Sexta Turma – Dje de 24.11.2008).

Presentes, pois, as condições de procedibilidade da ação, compete ao Ministério Público, titular da ação penal, promovê-la.

Por todas essas razões, mostra-se despicienda qualquer discussão acerca da necessidade de designação de audiência para a ratificação da representação, tese discutida na inicial.

Ante tais fundamentos, denego a ordem impetrada.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: De acordo com o voto que escrevi para o HC n. 96.992, de 2007, peço vênia à ilustre Relatora para conceder a ordem.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 23.945-RJ (2008/0142326-4)

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG)
Recorrente: Nabil Kardous
Advogado: Raouf Kardous
Recorrido: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

EMENTA

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

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

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

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

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

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

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

7. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Vencidos os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Og Fernandes.

Os Srs. Ministros Nilson Naves e Maria Thereza de Assis Moura votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Sustentou oralmente Dr. Nabil Kardous.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Relatora

---

DJe 16.03.2009

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, interposto pelo recorrente Nabil Kardous - denunciado nas iras do artigo 288 do Código Penal - contra ato do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus* lá impetrada para declarar a parcialidade objetiva do Juízo de primeiro grau e seu impedimento em relação ao paciente, ora recorrente, determinando a redistribuição do feito.

O recorrente sustenta que o artigo 2º, § 3º da Lei n. 7.960/1989 não permite ao juiz realizar, na fase inquisitória, o interrogatório do réu, vez que, agir assim, seria o mesmo que admitir na prática a existência de um juízo de instrução, figura não contemplada por nosso ordenamento jurídico.

Aduziu o recorrente que o magistrado participou ativamente da fase das investigações preliminares, inquirindo o réu, sem permitir a participação da defesa, fato que eiva todo o procedimento de vício insanável, seja o procedimento administrativo ou o judicial, determinando a declaração de nulidade de todos os atos, inclusive da fase inquisitória, e não apenas dos atos decisórios.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não-provimento do recurso, fls. 1.328/1.336.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

A Sra. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG) (Relatora):

Analisei atentamente as razões da impetração, as informações prestadas, a documentação acostada, o parecer do Ministério Público Federal e entendo que o recurso deve ser provido pelos motivos que passo a expor:

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado, juntamente com inúmeros outros réus, por crime de formação de quadrilha.

Isso ocorreu, ao que parece, de forma inusitada, eis que o recorrente atuava na defesa de um réu e devido ao rumo que as investigações tomaram ele foi incluído como autor do crime de quadrilha e denunciado por isso em conjunto com os demais co-réus.

Ainda na fase das investigações preliminares, antes que a denúncia fosse oferecida, portanto, o Juiz Federal Lafredo Lisboa, entendendo que a causa era complexa e que para ser esclarecida necessitava do esforço conjunto dos sujeitos processuais, deu início ao procedimento de realização do interrogatório de alguns réus, dentre eles o recorrente, frise-se que isso ocorreu ainda na fase inquisitória.

Para embasar a possibilidade de interrogar os réus durante a fase das investigações preliminares o Juiz Federal utilizou o artigo 2º, § 3º da Lei n. 7.960/1989.

A denúncia foi oferecida, recebida e a instrução processual teve início, tudo sob a competência 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, cujo Juiz Titular é o Exmo. Sr. Lafredo Lisboa.

A Defesa, entendendo que esse Juízo era incompetente para processar e julgar o feito impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal pretendendo a declaração de nulidade de todo o processo, inclusive da fase inquisitória.

Depois de uma discussão acirrada, vários pedidos de vista e retificação do próprio voto por um dos Desembargadores Federais concluiu-se por conceder parcialmente a ordem para declarar a nulidade dos atos decisórios do procedimento, remetendo-o a nova distribuição para qualquer outra Vara Federal, exceto a 3ª.

Eis a ementa impugnada, fls. 1.203/1.204:

> Penal. Habeas corpus. Cabimento. Magistrado. Parcialidade caracterizada. Redistribuição do feito. Atos processuais já realizados. Validade.
>
> 1. O habeas corpus é ação constitucional destinada a proteger o direito ambulatório do cidadão, quando experimenta ameaça ou efetiva coação ilegal ou por abuso de poder.

2. O objeto do presente writ é, na verdade, a redistribuição do feito para outro magistrado, com a conseqüente anulação de todos os atos proferidos pela autoridade apontada como coatora, ante a parcialidade demonstrada pela realização de interrogatório na fase inquisitorial e de reuniões com a acusação, com a autoridade policial e até mesmo com a vítima.

3. No que se refere à seara das nulidades, verifica-se que as questões que exigem, para o seu deslinde, o cotejo de provas não têm como serem dirimidas em sede de *habeas corpus*.

4. Nos termos do art. 563 do CPP, as nulidades processuais sujeitam-se à demonstração do prejuízo, não podendo ser desconsiderado que também se submetem ao princípio da causalidade, onde a invalidade do ato causará a dos demais que lhes sejam subseqüentes, desde que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

5. Em obediência ao princípio da economia processual, os atos instrutórios praticados anteriormente à propositura da ação penal podem ser aproveitados, restando, eventualmente, viciados tão-somente a prática de atos processuais de cunho decisório.

6. A circunstância peculiar verificada no presente caso - de ter o paciente exercido a defesa técnica de um dos acusados até o momento em que foram apreendidas evidências documentais e materiais indispensáveis ao deslinde dos fatos sob apuração -, hipótese em que o citado advogado passou a titularizar a situação jurídica processual de investigado e, ato sucessivo, de denunciado, tendo-lhe sido imputada a conduta descrita no art. 288 do CP, tornando-se, pois, investigado no mesmo processo e perante o mesmo magistrado, traduz parcialidade de natureza objetiva, ensejando o impedimento do magistrado em relação ao ora paciente, revelando-se prudente a redistribuição do feito.

7. Concessão parcial da ordem.

Daí o presente recurso ordinário em *habeas corpus*, em que a defesa questiona a decisão do Tribunal Regional Federal, argumentando que os interrogatórios realizados pelo Juízo monocrático ainda na fase inquisitória utilizaram como fundamento legal o artigo 2º, § 3º da Lei n. 7.960/1989, quando na verdade esse dispositivo legal não permite a atuação do Juiz como se fosse um inquisidor e que, sendo assim, a investigação preliminar teria sido realizada pelo magistrado ao alvedrio da lei, o que ensejaria a declaração de nulidade não só dos atos decisórios do Juiz, mas também dos atos de investigação feitos por ele durante a fase inquisitória.

A questão, a nosso ver, vai além do simples deslinde desse caso concreto, em verdade significa mais. Por conta de questões dessa natureza, algumas vezes mal resolvidas pela utilização de princípios como segurança jurídica e economia processual, dotados de conteúdo axiológico, é que se pode cometer o grave equívoco de sufragar garantias processuais importantes do indivíduo, em franco

desrespeito ao sistema processual acusatório que norteia, no Estado Democrático de Direito, a aplicação do direito ao caso concreto.

O que difere o sistema acusatório do inquisitório, segundo Jacinto Coutinho é, justamente, a gestão da prova. No sistema acusatório, regido pelo princípio dispositivo, as partes detêm a gestão das provas; no sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, é o Juiz quem detém a gestão da prova. (Coutinho. O novo papel do juiz no processo penal, p. 25).

Permitir que o Juiz se imiscua nas funções do Órgão Acusatório ou da Polícia Judiciária é entregar-lhe de vez a gestão da prova, é retornar ao sistema inquisitivo, responsável por tantas atrocidades contra o homem acusado da prática de crimes. A principal característica desse sistema processual é a concentração de poder nas mãos do julgador, o qual detém a gestão da prova e faz do acusado mero objeto de investigação e não o considera sujeito de direitos.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988 o sistema inquisitório, típico de países totalitários, cedeu lugar ao Estado Democrático de Direito que preconiza por um processo de partes, com os atos processuais sendo praticados sob a égide das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, estas sim, aptas a efetivar direitos fundamentais de liberdade, vida e dignidade do homem.

No presente caso, o Juízo monocrático tomou providências típicas da Polícia Judiciária ao proceder ao interrogatório dos acusados antes mesmo de haver ação penal. O Juízo não nega que tenha feito os interrogatórios, ao contrário, ele afirma que de fato realizou o ato, todavia, na seqüência, se justifica apontando a lei de prisão temporária como fundamento legal para o procedimento anômalo realizado.

Todavia, o artigo 2º, § 3º da Lei n. 7.960/1989 não estabelece em momento algum que o Juiz de Direito possa interrogar o acusado da forma como ocorreu no procedimento administrativo preliminar ora analisado. Dispõe referido dispositivo:

> Art. 2º A prisão temporária será decretada, pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.
>
> § 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

O que o Juiz pode fazer de ofício em relação ao preso é determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito.

Em relação à autoridade policial é que o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.

Não diz a lei que o Juiz poderá solicitar informações ao réu preso, que poderá interrogá-lo antes do oferecimento da denúncia, como se fosse a autoridade judicial a responsável pela colheita da prova na fase inquisitória.

Guilherme de Souza Nucci ao comentar o referido artigo, deixa claro que a finalidade da lei era a de proteção do indivíduo preso temporariamente, oportunidade em que o Juiz poderia solicitar a presença do preso para verificar se ele estava sendo respeitado em sua dignidade pessoal.

Diz o autor:

> A providência prevista no § 3º tem por finalidade resguardar a integridade física do preso, autorizando que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do advogado do suspeito, possa determinar a apresentação da pessoa detida para que se verifique eventual situação de abuso (ex.: tortura), bem como pode o magistrado preferir encaminhar diretamente o preso para exame de corpo de delito e ainda solicitar *informes da autoridade policial*. Essa situação é anômala e somente se dará se houver suspeita de agressão ao preso. (Nucci. Leis penais e processuais penais comentadas. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 1.013). (Grifamos).

O procedimento em que o Juiz de Direito, no curso das investigações preliminares, realizou o interrogatório do recorrente é, por tais considerações, ilegal, eis que não contemplado em qualquer norma do ordenamento jurídico, portanto, é eivado de vício que macula, não apenas os atos decisórios, mas também todo o processo, inclusive, por óbvio, os atos de colheita de provas por ele praticados ainda no curso da investigação preliminar.

Como é possível entender como válida a instrução processual realizada por Juiz que atuou, em momento pretérito, como verdadeiro agente da Polícia Judiciária no curso das investigações preliminares?

Não se pode, por economia processual, deixar de anular todos os atos praticados no curso da ação penal, eis que a autoridade judicial que a presidia já não ostentava a imparcialidade que a atividade jurisdicional requer.

Ainda que os crimes investigados sejam graves, que os membros da suposta quadrilha estejam organizados de tal forma a dificultar a elucidação correta dos fatos pelo Estado a garantia do indivíduo, de se ver julgado por órgão imparcial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não pode ser esquecida, sob pena de todos nós pagarmos o preço mais caro de retorno ao sistema inquisitório.

Por tais considerações, além dos atos decisórios, também a instrução processual dirigida pelo Juiz que realizou os interrogatórios na fase inquisitória, antes de haver ação penal, deverá ser declarada nula, assim como, os atos de investigação praticados pelo Juiz na fase administrativa deverão ser anulados e desconsiderados na propositura da nova ação penal.

Posto isso, dou provimento ao recurso para declarar a nulidade de todo o processo, não apenas dos atos decisórios, assim como, dos atos praticados pelo Juiz Federal durante a fase das investigações preliminares, determinando que os interrogatórios por ele realizados nesse período sejam desentranhados dos autos de forma que não influenciem a opinio delicti *do órgão acusatório na propositura da nova denúncia.*

É como voto.

VOTO-VISTA (EM MESA) VENCIDO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sr. Presidente, pedi vista dos autos em mesa para exame e maturação do tema.

Peço vênia à eminente Ministra Relatora para manifestar um posicionamento distinto.

Minha conclusão decorre de alguns aspectos que gostaria de explicitar.

O primeiro deles é o fato de que, em função da Lei n. 7.960/1989, que estabelece o regime de prisão temporária e dá jurisdição antecipada ao magistrado, traz uma consequência que o próprio Superior Tribunal de Justiça reconhece: a prevenção do juiz.

Cito o *Habeas Corpus* n. 18.120-SC, do qual foi Relator o eminente Ministro Hamilton Carvalhido, cujo acórdão ressalta que a decisão, a qual decreta a prisão temporária, implica suporte fático da norma de competência por prevenção.

Logo, ao meu sentir, há um relacionamento lógico entre alguma atribuição ou jurisdição que se possa conferir, na fase antecipatória da ação penal, ao juiz que, fatalmente e de forma lógica, será o juiz do feito.

O segundo o raciocínio que empresto é o fato de que estamos ainda em uma fase pré-processual, logo, inquisitorial e não acusatória. Diz-se-á: "Não caberia ao juiz a atuação neste momento"; digo: cabe no instante em que a lei estabelece alguns contornos para que haja a atuação de forma cautelar do magistrado, como tal é o instituto da prisão temporária.

Andei a fazer uma pesquisa específica sobre o elenco de possíveis competências nessa fase processual para o magistrado, aqui e em outros tribunais, e não encontrei; localizei, porém, algo similar que é a Lei n. 9.034/1995, que é uma das leis que trata de organização criminosa.

Sobre o tema, já há manifestação do próprio Superior Tribunal de Justiça, na Ação Penal n. 460-RO, da qual foi Relatora a Sra. Ministra Eliana Calmon, obviamente, estamos tratando de uma instrução em sede de Superior Tribunal de Justiça, em que se declara na ementa, que, nos termos da Lei n. 8.038/1990 e do Regimento Interno desta Casa, cabe ao Relator - obviamente - como juiz da instrução, ordenar diligências complementares. E acrescenta - e esse é o ponto que me parece fundamental - que "...da mesma forma como atua o Juiz de Primeiro Grau na fase pré-processual das investigações (precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça)."

Diz mais:

> "A oitiva dos investigados na fase pré-processual, pelo Relator," - no caso do Tribunal - "não viola os princípios do devido processo legal e da imparcialidade. Ao contrário, permite que o relator forme seu convencimento para fins de recebimento de denúncia.

Ora, aplicando-se no universo do Primeiro Grau, quer me parecer que há uma harmonia de situações.

No Supremo Tribunal Federal, também, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.517, de Relatoria do Sr. Ministro Maurício Corrêa, diz mais que:

> Aceitável, em princípio, o entendimento de que, se determinadas diligenciais, resguardadas pelo sigilo, podem ser efetuadas mediante prévia autorização judicial, inexiste impedimento constitucional legal para que o próprio juiz as empreenda pessoalmente com a dispensa do auxílio da Polícia Judiciária, encarregando o próprio magistrado do ato.

Sr. Presidente, Srs. Ministros, com essas singelas fundamentações, pedindo vênia à Sra. Ministra Jane Silva, voto no sentido de que não há quebra da imparcialidade do Julgador, ao instante em que determinou a realização de diligência em uma fase inquisitorial à qual a lei estabelece essa competência.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Senhor Presidente, acho que o Tribunal de Justiça agiu corretamente.

Peço vênia para negar provimento ao recurso em *habeas corpus*.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 95.877 - SP (2008/ 0106043-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Autor: Justiça Pública
Réu: R M de S
Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara Criminal especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em lavagem de valores de Campinas - SJ/SP
Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Campinas - SP

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1. SONEGAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. RETENÇÃO DE MISSIVAS NA PORTARIA DE CONDOMÍNIO RESIDENCIAL E DEVOLUÇÃO AOS CORREIOS DE CARTAS COM AVISO DE RECEBIMENTO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. 2. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A despeito de envolver o caso discussão sobre existir ou não dever por parte dos Correios, empresa pública, na entrega de correspondência no domicílio dos moradores ou na Portaria, fato é que não é apontado qualquer dano aos Correios, a indicar lesão a bens, serviços ou interesses da União, mas tão somente aos particulares, afastando a competência da Justiça Federal.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campinas/SP, juízo 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 Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Campinas - SP, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Nilson Naves, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 11 de fevereiro de 2009(Data do Julgamento)

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Trata-se de conflito de competência em que figura como suscitante o Juízo Federal da 1ª Vara Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em Lavagem de Valores de Campinas, da Seção Judiciária de São Paulo, e como suscitado o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Campinas/SP.

O Ministério Público do Estado de São Paulo requisitou a instauração de inquérito policial (nº 2007.61.05.015694-5) para a apuração de crime em tese cometido pelos responsáveis pelo recebimento de correspondências e encomendas do Condomínio Residencial Alpha Ville Campinas, que estariam "retendo grande parte das correspondências e encomendas, com gravíssimos prejuízos para os destinatários, inclusive no que diz respeito a correspondências e encomendas bancárias, a ponto de constar que cerca de 100.00 (cem mil) estão retidas em dependências da administração do indigitado condomínio, fato insólito e estranho, que está a merecer imediata investigação, até como medida preventiva, para que se evite ou atenue situações e prejuízos irreversíveis, e se esclareça qual o motivo da retenção, e a possibilidade de crime de apropriação indébita, com centenas (rectius: milhares de vítimas)" (fl. 06).

Ao que tudo indica, da leitura dos autos, trata-se de condomínio de grandes proporções, e os seus administradores afirmam que é responsabilidade dos Correios fazer a entrega a cada um dos moradores individualmente, alegando "falta de recursos" para a referida redistribuição interna e que cada rua do condomínio dispõe de CEP individual, cabendo aos Correios efetuar a entrega até a porta do condômino. Em atitude de "protesto", a SACRES, administradora do condomínio em questão, resolveu reter as correspondências na Portaria que independem de aviso de recebimento e recusar as que dependem deste, sem comunicar os moradores e sem permitir o seu acesso ao local onde ficam armazenadas, fazendo com que estes passassem a suportar toda a sorte de prejuízos.

Concluído o inquérito policial, o Ministério Público requereu a remessa dos autos à Justiça Federal, em cota assim lançada:

> "O presente inquérito policial foi instaurado por requisição do Ministério Público, tendo em vista *notitia criminis* dando conta de que moradores do 'Condomínio Residencial Alphaville Campinas', têm suas correspondências retidas pela Administração deste, havendo notícias de perdas e extravios de cartas.
>
> Sem ingressar na discussão do mérito deste inquérito policial, verifico que haveria, em tese, a prática do crime previsto no artigo 151, §1º, inciso I, do Código Penal.
>
> Assim, tendo em vista ser competência da Justiça Federal os feitos criminais relativos à citada infração penal, requeiro a remessa

do feito a uma das Varas Criminais Federais desta cidade de Campinas." (fl. 128)

Acolhida integralmente a manifestação do *Parquet*, foram os autos remetidos à Justiça Federal, tendo o magistrado federal recusado a competência, sob os seguintes fundamentos:

"Trata-se de inquérito policial instaurado a partir da notícia de que as correspondências dos condôminos do residencial Alphaville de Campinas estariam sendo retidas pela central de distribuição daquele condomínio.

Ocorre que, conforme bem observado pelo órgão ministerial nas manifestações de fls. 130/132 dos presentes autos e fls. 50/51 dos autos 2007.61.05.015695-7, as correspondências que deixaram de ser entregues pelo serviço postal do condomínio já estavam fora da esfera da empresa pública.

O prejuízo que se evidencia é apenas dos particulares não havendo qualquer ofensa a bens ou serviços da União, sendo competente para processamento e julgamento do feito a Justiça Estadual.

(...)" (fl. 140).

É de se consignar que foi instaurado outro inquérito policial (nº 2007.61.05.015695-7) pelo Ministério Público Federal sobre o mesmo assunto, após provocado por representação para a instauração de inquérito policial a ele dirigida por uma das vítimas. Dando-se por incompetente o juízo federal neste feito, foram os autos remetidos à Justiça Estadual, que determinou o seu apensamento aos autos do inquérito policial nº 2007.61.05.015694-5, que por sua vez haviam sido remetidos à Justiça Federal para apreciação quanto ao declínio de competência. O conflito negativo de competência foi suscitado, assim, pelo juízo federal com relação a ambos os inquéritos policiais.

O Subprocurador-Geral da República Wagner Natal Batista manifestou-se pelo conhecimento do conflito para declarar competente o juízo estadual, suscitado, em parecer de fls. 200/203, assim ementado:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME PREVISTO NO ART. 40 DA LEI 6.538/78. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO OU AUTARQUIA FEDERAL.

1. A competência *ratione materiae* da Justiça Federal para o processamento e julgamento de delitos exige que tenha acarretado lesão ao patrimônio, a administração ou interesses diretos da União Federal, de suas autarquias ou empresas públicas.

2. Parecer pelo conhecimento do conflito para declarar competente a Justiça Suscitada."

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Trata-se de caso insólito, em que se questiona a competência para a apuração de crime de sonegação de correspondência, decorrente da não entrega aos moradores de correspondências que lhe eram destinadas, assim como a recusa e devolução de missivas que dependiam de aviso de recebimento por parte da Administração de Condomínio Residencial em Alphaville.

A discussão sobre se cabia ou não aos Correios efetuar a entrega individual aos moradores, já que cada rua do Condomínio apresentava código postal distinto, é questão que deveria ser tratada entre a Administração do Condomínio e a Empresa Pública por outros meios. Uma vez entregues as correspondências pelos Correios na Portaria, a atitude adotada pelos porteiros do residencial em questão, por orientação da administradora, de retê-las, inclusive com a negação de acesso aos moradores à sala em que armazenadas, impedindo, assim, que os seus destinatários as recebessem, configuraria, em tese, o crime de sonegação de correspondência, previsto no artigo 151, §1°, inciso I, do Código Penal brasileiro.

De se ressaltar que não houve qualquer prejuízo à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a indicar a lesão a bens, serviços ou interesse da União, mas apenas e tão somente aos particulares envolvidos, que sofreram inúmeros prejuízos em virtude do não recebimento das missivas, e encomendas de diversas ordens, inclusive com a notícia de extravio de algumas delas.

Como bem ressaltado pela Sub-Procuradoria Geral da República em seu parecer, "no caso narrado nos autos podemos perceber que o prejuízo atingiu apenas o particular, inexistindo qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União, eis que o prejuízo pela sonegação das correspondências foi arcado pelos moradores do condomínio" (fl. 202).

A despeito de envolver o caso discussão sobre existir ou não dever por parte dos Correios, empresa pública, na entrega de correspondência no domicílio dos moradores ou na Portaria, fato é que não é apontado qualquer dano aos Correios.

Configura-se, assim, a meu ver, a competência da Justiça Estadual. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ARMAZENAMENTO DE MADEIRA SEM A DEVIDA

LICENÇA. ART. 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 9.605/98. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. Esta Corte já firmou o entendimento de que compete à Justiça Comum Estadual, de regra, o processamento e o julgamento dos feitos que visem à apuração de crimes ambientais.

2. A competência da Justiça Federal será atraída, tão-somente, naqueles casos em que se evidenciar a existência de eventual lesão a bens, serviços ou interesses da União, o que não ocorre no caso em tela.

3. Recurso não conhecido." (STJ, Quinta Turma, REsp 480406/ TO, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ, j. 18/12/2003, DJ de 16/02/2004, p. 296)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PORTE DE ARTEFATO EXPLOSIVO. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO E DE CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

I - O porte de artefato explosivo não enseja a competência federal, face à inexistência de lesão a bens, serviços ou interesses da União, não se configurando, também, como crime contra a segurança nacional se a motivação não tinha natureza política.

II - Restando evidenciado o delito do art. 253 do CP, sobressai a competência da Justiça Comum Estadual.

III - Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias-RJ." (STJ, Terceira Seção, CC 21227/RJ, Relator(a) Ministro GILSON DIPP, j. 16/12/1998, DJ de 17/02/1999, p. 116)

"RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA. CRIMES CONTRA A FAUNA. SÚMULA Nº 91/STJ. INAPLICABILIDADE APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 9.605/98. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. "(...) 2. Em sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça Comum Estadual.

3. Inexistindo, em princípio, qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União (artigo 109 da CF), afasta-se a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento de crimes cometidos contra o meio ambiente, aí compreendidos os delitos praticados contra a fauna e a flora.

4. Inaplicabilidade da Súmula nº 91/STJ, editada com base na Lei 5.197/67, após o advento da Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998." (CC 27.848/SP, da minha Relatoria, in DJ 19/2/2001).

5. Recurso especial não conhecido." (STJ, Sexta Turma, REsp 601154/ TO, Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. 27/ 04/2004, DJ de 28/06/2004, p. 442)

Ante o exposto, conheço do presente conflito negativo de competência para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Campinas/SP, juízo suscitado.

É como voto.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 98.890 - SP (2008/0211673-7)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Autor: Justiça Pública
Réu: Sérgio Xavier
Advogado: Erico Della Gatta
Suscitante: Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo
Suscitado : Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Osasco - SP

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO A BENS OU INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL,

1. Compete à Justiça Estadual Comum julgar e processar suposto delito de interceptação telefônica sem autorização judicial, pois não se evidencia ofensa a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias, ou empresas públicas.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Osasco/SP, ora 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 Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Osasco - SP , nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Nilson Naves, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília, 11 de fevereiro de 2009 (Data do Julgamento)

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Cuida-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo em face do Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Osasco/SP.

Consta dos autos que o réu foi preso em flagrante e denunciado como incurso no art. 10 da Lei n.º 9.296/96.

Segundo a denúncia, porque teria, de forma consciente e voluntária, interceptado comunicação telefônica sem autorização judicial.

O juízo suscitado, acolhendo a promoção ministerial, declinou da competência, ao entendimento de que o crime em tela foi cometido em detrimento de serviços e interesses da União, mais especificamente da ANATEL, salientando que, embora toda violação ao sigilo das comunicações telefônicas atinja, direta ou reflexamente, o direito constitucional à privacidade, nada nos autos indica quem teria sido a vítima da escuta clandestina (fls. 28 e 81).

O juízo suscitante, por sua vez, asseverou que o sujeito passivo do delito em foco não é a União ou suas entidades, mas as pessoas físicas cujas conversações foram interceptadas ilegalmente (fl. 77).

O Ministério Público Federal, às fls. 91/94, opinou pelo conhecimento do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de OsascoD SP, ora suscitado.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): No caso em apreço, a conduta descrita nos autos não causou lesão direta e específica na prestação de serviços de telecomunicações, atingindo, apenas, bem jurídico de um particular, identificado, aliás, na denúncia.

Noticia a inicial acusatória que "o aparelho digital clandestino gravava diálogos efetuados por meio do terminal telefônico n.º (11) 36544253, cuja titularidade é de Douglas dos Santos Pinela". Informa, ainda, que o réu foi preso em flagrante quando acessava o gravador instalado ilegalmente manipulava a central de distribuição.

Extrai-se da manifestação do juízo suscitante o seguinte trecho elucidativo (fl. 77):

"O art. 10 da Lei n.º 9.296/96, 1ª parte ("constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática (...) sem autorização judicial"), tutela basicamente a liberdade individual, mais especificamente a liberdade das comunicações (art. 5º, XII, da CF). Nesta senda o entendimento de LUIZ FLÁVIO GOMES: "(...) o bem jurídico primordial tutelado no art. 10 é a liberdade de comunicação telefônica ou telemática, que é a expressão do direito à privacidade. (...) A preocupação central foi com o sigilo das comunicações indicadas. A neocriminalização pretende, assim, resguardar a reclamada zona livre de interferências, formada por aquele núcleo essencial da personalidade, imprescindível para seu livre desenvolvimento" (Interceptação Telefônica - RT - 1997 - p.239).

No julgamento do CC n.º 40.113/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 1º/7/2004, afirmou-se que "o delito tipificado no art. 10 da Lei n.º 9.296/96 tem por objetividade jurídica a proteção da intimidade, privacidade, ou seja, o único prejudicado é o particular que tem sua esfera individual violada". O referido aresto recebeu a seguinte ementa:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SUPOSTO DELITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (ART. 10 DA LEI Nº 9.296/96). SUJEITO PASSIVO - PARTICULAR. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO A BENS OU INTERESSES DA UNIÃO.

Compete à Justiça Estadual Comum julgar e processar suposto delito de interceptação telefônica sem autorização judicial, pois não se evidencia lesão a serviços, bens ou interesses da União ou Entidades Federais.

Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Estadual, ora Suscitado.

Não se vislumbra, destarte, ofensa a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas, mas a um particular que teve sua privacidade violada pela suposta interceptação telefônica sem autorização judicial.

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Osasco/SP.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 236.708 - MG (1999/0099099-4)

Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região)
Recorrente: Oromar Moreira Filho
Advogado: Evandro França Magalhães e Outro(s)
Recorrido : Elizabeth Eneida Pacífico Sales
Advogado: Márcio Gontijo e Outro(s)

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética.

2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.

3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.

4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do

médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente).

6. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Dr(a). José de Magalhães Barroso/DF, pela parte Recorrente: Oromar Moreira Filho

Dr(a). João Pedro da Costa Barros, pela parte Recorrida: Elizabeth Eneida Pacífico Sales

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2009(Data do Julgamento).

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por OROMAR MOREIRA FILHO, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constitarta Maior, em face de acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, sob o fundamento de ter o mesmo malferido os arts. 463, 496, inciso IV, 515, 535, incisos I e II, e 536, do Código de Processo Civil, bem como os arts. 14, 15, 159, 1060 e 1545, do Código Civil de 1916, e o art. 14, §4.°, da Lei n.° 8.078/90.

Noticiam os autos que ELIZABETH ENEIDA PACÍFICO SALES, ora recorrida, em 07/10/ 1994, ajuizou ação indenizatória em desfavor do ora recorrente, cirurgião plástico, objetivando a reparação por danos materiais, morais e estéticos que lhe teriam sido por este ocasionados a partir da realização de procedimentos cirúrgicos de abdominoplastia e mamoplastia a que teria se submetido.

Em sua exordial, sustentou a autora que o fracassado procedimento plástico-cirúrgico lhe rendera uma necrose com sofrimento cutâneo de 10x4 cm, abdômen deformado, umbigo e seios "feios e desiguais". Asseverou, ainda, que abalada emocionalmente, em conseqüência do desastroso resultado da cirurgia, bem como pelo abandono e ofensas morais dirigidas pelo cirurgião réu, foi internada em clínica especializada, para tratamento psiquiátrico, pelo prazo de 104 dias, o que teria ensejado, ante a ausência de resultados positivos, sua aposentadoria por invalidez.

O juízo de primeiro grau, não encontrando elementos suficientes que indicassem a culpa do demandado e esposando entendimento de que indevida a presunção de culpa do mesmo, julgou improcedente o pedido formulado pela autora, ensejando, assim, o manejo de recurso de apelação por parte da mesma.

A Quarta Câmara Cível do Eg. TAC/MG, por unanimidade de votos dos seus integrantes, proveu parcialmente o apelo interposto, para condenar o réu a pagar à autora-apelante "*todas as despesas e verbas honorárias despendidas com os sucessivos médicos*", devendo o *quantum* ser apurado em sede de liquidação, bem como ao pagamento de indenização no importe de 200 (duzentos) salários mínimos, a título de reparação por dano moral. O aresto recebeu a seguinte ementa:

> "EMENTA: DIREITO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - CIRURGIA PLÁSTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - APLICÁVEL AO CASO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
>
> *Responde o cirurgião plástico pelo insucesso da cirurgia, com apresentação de necrose e cicatrizes, e ainda à ausência de informação de que seria impossível a obtenção do resultado desejado, em face da obrigação de resultado do cirurgião.*" (fls. 316)

Vislumbrando omissão no julgado, no que se refere a indicação de qual das modalidades de culpa do art. 1545 do Código Civil lhe teria sido atribuída (negligência, imperícia ou imprudência), opôs o demandado embargos de declaração (fls. 336/339).

A Corte *a quo* rejeitou os embargos (fls. 344/352), em aresto assim ementado:

> "EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INFRINGÊNCIA À NORMA LEGAL - INEXISTÊNCIA.
>
> *A exaustiva demonstração da culpa do embargante a sustentar o pleito indenizatório torna o acórdão embargado imune de omissão.*

Inexiste omissão quando, concluindo pela existência de culpa, não se apontou a modalidade. Inexistindo, também, infringência às normas legais apontadas.

Pela delimitação contida no art. 535 e seus incisos do Código de Processo Civil para o oferecimento dos embargos declaratórios não comporta respostas a questionários com dúvidas do embargante, acerca da aplicabilidade de normas legais apontadas." (fls. 344)

Após opor (fls. 354/356) e ter rejeitados (fls. 358/362) novos embargos de declaração, agora aduzindo que o acórdão exarado quando do julgamento dos primeiros declaratórios alterou indevidamente a fundamentação do aresto embargado, interpôs o demandado o recurso especial que ora se apresenta.

Em suas razões (fls. 365/397), alega o recorrente, preliminarmente, a nulidade dos acórdãos proferidos pela Corte de origem no julgamento de ambos os embargos de declaração que opusera. Assevera, assim, que malferidos os 463, 496, inciso IV, 515, 535, incisos I e II, e 536, do Código de Processo Civil, primeiro por se ter alterado os fundamentos do acórdão originalmente prolatado em sede de apelação e, depois, por terem sido rejeitados os segundos embargos sem que apreciada a questão neles ventilada.

No mérito, repudia a conclusão constante do aresto hostilizado no sentido de que a obrigação contratual que se firma entre o médico e o paciente para realização de cirurgia plástica de natureza estética seja de resultado, ensejando, assim, a presunção de culpa do cirurgião no caso de não obtenção do resultado esperado.

Assevera, assim, que a tese esposada pelo julgado impugnado resulta na admissão da responsabilidade objetiva do médico, o que seria inadmissível em nosso ordenamento jurídico, indicando como malferidos os arts. 14, 15, 159, 1060 e 1545, do Código Civil de 1916, e o art. 14, §4.°, da Lei n.° 8.078/90.

A recorrida apresentou suas contra-razões ao apelo nobre (fls. 448/449), pugnando pela manutenção do acórdão atacado em sua integralidade.

Na origem, em exame de prelibação, recebeu o recurso crivo positivo de admissibilidade (fls. 453/454), ascendendo, assim, a esta Corte Superior.

Consta dos autos, ainda, petição do recorrente, protocolizada após a interposição do especial, noticiando a conclusão do Processo Ético Profissional n.° 425/94, que tramitou junto ao Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais, em decorrência dos mesmos fatos neste feito apreciados, e no qual terminou o ora recorrente absolvido. Faz juntar cópia extraída daquele expediente administrativo, requerendo seja o mesmo considerado a título de fato superveniente no julgamento do presente recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região) (Relator): Prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos legais apontados pelo recorrente como malferidos e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do apelo nobre.

No mérito, todavia, tenho que não merecem guarida as pretensões do recorrente, devendo ser mantido hígido v. acórdão ora hostilizado.

Prima facie, impende destacar que não se vislumbram as suscitadas ofensas aos arts. 463, 496, inciso IV, 515, 535, incisos I e II, e 536, do Código de Processo Civil.

Isto porque, depreende-se dos autos que inexistente qualquer vício que importe na nulidade dos acórdãos exarados pela Corte *a quo* em sede de embargos de declaração.

A controvérsia foi dirimida nos estreitos limites em que proposta, sendo descabido falar que o aresto dos primeiros embargos emprestou fundamentos contraditórios ao julgado exarado em sede de apelação. Em verdade, as conclusões externadas pela Corte *a quo*, no julgado de fls. 344/352, tiveram por objetivo justamente aclarar o aresto primevo, consoante o pretendido pelo próprio recorrente, então embargante. Na ocasião, limitou-se a Corte julgadora a estabelecer que, uma vez consignada a existência de culpa do demandado, não configurava omissão viabilizadora dos declaratórios, o silêncio acerca da modalidade específica de culpa.

Ademais, tendo a Corte de origem firmado posicionamento no sentido de que a relação obrigacional firmada entre cirurgião e paciente para realização de cirurgia plástica estética tem por objeto principal uma obrigação de resultado, revelava-se despiciendo especificar a modalidade da culpa que se presumia imputável ao mesmo pelo insucesso do procedimento cirúrgico contratado.

De igual modo, estando esgotada a matéria objeto da demanda e não se verificando a existência de quaisquer dos vícios de que tratam o art. 535 do CPC, afiguravam-se descabidos também os segundos embargos declaratórios, pelo que há que se falar em ofensa aos dispositivos da lei adjetiva civil apontados como ofendidos pelo ora recorrente.

No que se refere ao mérito, propriamente dito, da controvérsia que deu origem física aos presentes autos, tenho que, mais uma vez, não merecem amparo as alegações do recorrente.

Sob a alegação de que afrontados os comandos normativos insertos nos arts. 14, 15, 159, 1060 e 1545, do Código Civil de 1916, e no art. 14, §4.°, da Lei n.°

8.078/90, a controvérsia posta nesta via recursal cinge-se, na verdade, em saber-se se é presumida a culpa do cirurgião plástico, em decorrência do insucesso de cirurgia de natureza meramente estética, que ocasionou danos ao estado de seu paciente, obtendo resultados inversos aos esperados pelo mesmo.

Oportuno reiterar que, *in casu*, cuida-se originariamente de ação indenizatória proposta em desfavor do ora recorrente, por ter a autora da demanda, após submeter-se à abdominoplastia e mamoplastia pelo primeiro realizadas, obtido resultados contrários aos previamente pactuados, vez que lhe renderam, além de cicatrizes, necrose com sofrimento cutâneo de 10x4 cm no abdômen. Isto, sem mencionar os prejuízos de ordem psiquiátrica que podem ter sido ocasionados à autora em decorrência do referido infortúnio.

Verificadas pelas instâncias de cognição plena a ocorrência do dano estético à autora e a procedência dos fatos narrados, cumpre a esta Corte Superior, examinar única e exclusivamente as questões de direito que permeiam a controvérsia, em especial no que pertine à responsabilidade civil do cirurgião plástico em cirurgia estética.

Insta observar, *ab initio*, ser praticamente unânime o entendimento doutrinário no sentido de que, normalmente, é contratual a relação obrigacional estabelecida entre médico e paciente. Neste ínterim, afirma AGUIAR DIAS, com segurança: "*Ora, a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida (...) acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos.*" (*in* "Da responsabilidade civil", 7.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 281).

Acrescenta SÍLVIO VENOSA:

> "*Quando o paciente contrata com o médico uma consulta, tratamento, terapia ou cirurgia, o negócio jurídico é nitidamente contratual, oneroso e comutativo. Não se tratando de cirurgia plástica estética, a obrigação contraída pelo médico, quer no contrato, quer fora dele, é de meio e não de resultado. Quando a iniciativa do médico é unilateral, quando passa a tratar da pessoa, ainda que contra a vontade dela, a responsabilidade profissional emerge da conduta e não do contrato (...) como percebemos, a atividade múltipla do médico não pode ficar presa exclusivamente ao plano contratual.*" (in "Direito Civil: responsabilidade civil", 3.ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, pp. 95-96).

A cirurgia plástica, objeto específico da demanda, é nobre ramo da medicina que cuida da reparação médica de inúmeros males que acometem o homem, desde deformidades hereditárias e congênitas, até aquelas ocasionadas por acidentes. Distingue a doutrina especializada, todavia, a cirurgia plástica repa-

radora, daquela meramente estética, emprestando-lhes, inclusive, tratamento diferenciado no que se refere à natureza obrigacional delas decorrentes.

KFOURI NETO, preocupado em afastar a imagem de frivolidade que por muito se vinculou à cirurgia plástica, assevera:

> *"Hodiernamente, não há dúvida que a cirurgia plástica integra-se normalmente ao universo do tratamento médico e não deve ser considerada uma 'cirurgia de luxo' ou mero capricho de quem a ela se submete. Dificilmente um paciente busca a cirurgia estética com absoluta leviandade e sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica. Para ele, a solução dessa imperfeição física assume um significado relevante no âmbito de sua psique - daí se poder falar que em termos brandos, como afirma Avecone - de 'estado patológico'."* (*in* "A responsabilidade civil do médico", 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 142)

Ressalte-se que a obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura.

No entanto, nos casos de cirurgia plástica meramente estéticas, verifica-se que referida matéria não está pacificada na doutrina, merecendo destaque, dentre tantos, o seguinte trabalho do grande Magistrado, que integrou a 3ª Turma desta eg. Corte Superior e que hoje compõe o colegiado do col. Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, intitulado "A Responsabilidade Civil em Cirurgia Plástica" (DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Revista de Direito Renovar, Rio de Janeiro, n. 7, p. 11-19, Jan/Abr. 1997.), que conclui tratar a hipótese de obrigação de meios, e não de resultados.

Todavia, este é um Tribunal de precedentes e observa-se que esta Corte Superior de Justiça tem se posicionado no sentido de que a natureza jurídica da relação estabelecida entre médico e paciente nas cirurgias plásticas meramente estéticas é de obrigação de resultados e não de meios, consoante se depreende das ementas dos seguintes julgados:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL. *Cirurgia estética.*
> *Não ofende a lei o acórdão que atribui ao médico a responsabilidade pelos danos causados à paciente, por ter assumido o risco de realizar operação de resultado absolutamente inconfiável. Recurso não conhecido."* (REsp n.º 326.014/RJ, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, DJU de 29/10/2001)

"CIVIL E PROCESSUAL - CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU OBJETIVA) - INDENIZAÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

I - Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade.

II - Cabível a inversão do ônus da prova.

III - Recurso conhecido e provido." (REsp n.º 81.101/PR, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, DJU de 31/05/1999)

"CIVIL. CIRURGIA ESTETICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E DANO MORAL. CONTRATADA A REALIZAÇÃO DE CIRURGIA ESTETICA EMBELEZADORA, O CIRURGIÃO ASSUME OBRIGAÇÃO DE RESULTADO, SENDO OBRIGADO A INDENIZAR PELO NÃO CUMPRIMENTO DA MESMA OBRIGAÇÃO, TANTO PELO DANO MATERIAL QUANTO PELO MORAL, DECORRENTE DE DEFORMIDADE ESTETICA, SALVO PROVA DE FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO." (REsp 10536/RJ, *Rel. Ministro* DIAS TRINDADE, TERCEIRA TURMA, *julgado em* 21/06/1991, DJ 19/08/1991 p. 10993)

Referido posicionamento, repita-se, no sentido de que nas cirurgias plásticas meramente estéticas o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios, encontra amparo também na doutrina.

Nesse sentido, cite-se a lição de SILVIO VENOSA:

"Assim como a obrigação assumida pelo advogado no patrocínio da causa, como regra geral, é de meio e não de resultado, assim também contraída pelo médico em relação à terapia e tratamento do enfermo. O médico obriga-se a empregar toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma, com honradez e perspicácia, na tentativa da cura, lenitivo ou minoração dos males do paciente. Não pode garantir a cura, mesmo porque a vida e a morte são valores que pertencem a esferas espirituais. Vezes há, no entanto, em que a obrigação médica ou paramédica será de resultado, como na cirurgia plástica e em procedimentos técnicos de exame laboratorial e outros, tais como radiografias, tomografias e ressonâncias magnéticas etc." (op. cit., p. 90)

SÍLVIO RODRIGUES corrobora:

"Ordinariamente, a obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meio e não de resultado. Com efeito, quando o cliente toma os serviços

profissionais de um médico, este apenas se obriga a tratar do doente com zelo, diligência e carinho adequados, utilizando os recursos de sua profissão e artes, não se obrigando, portanto, a curar o doente (...) já se tem proclamado que no campo da cirurgia plástica, ao contrário do que ocorre na cirurgia terapêutica, a obrigação assumida pelo cirurgião plástico é uma obrigação de resultado e não de meio. Tal concepção advém da posição do paciente numa e noutra hipótese. Enquanto naquele caso trata-se de pessoa doente que busca uma cura, no caso da cirurgia plástica o paciente é pessoa sadia que almeja remediar uma situação que lhe é desagradável, mas não doentia. Por conseguinte, o que o paciente busca é um fim em si mesmo, tal como uma nova conformação do nariz, a supressão de rugas, a remodelação de pernas, seios, queixo, etc. De modo que o paciente espera do cirurgião, não que ele se empenhe em conseguir o resultado, mas que obtenha o resultado em si." (*in* "Direito Civil: responsabilidade civil", 14.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4, p. 246)

Bem diferenciando o tratamento dispensado à cirurgia plástica reparatória da estética meramente embelezadora, faz-se oportuna, ainda, a lição do já citado AGUIAR DIAS, *litteris*:

> *"No tocante à cirurgia estética, continuam-se a confundir cirurgia reparatória e cirurgia embelezadora. Se aquela pode e deve ser considerada obrigação de meios, a segunda há de que ser enquadrada como obrigação de resultado, até pelos termos em que os profissionais, alguns dos quais criminosamente distanciados da ética, se comprometem, sendo generalizada no segundo grupo, ao contrário do que ocorre no primeiro, a promessa do resultado procurado pelo cliente."* (op. cit., p. 281)

Impende esclarecer que, ao contrário do sustentado pelo recorrente, não está o acórdão hostilizado, ora referendado pelas razões acima delineadas, criando espécie de responsabilidade objetiva do cirurgião plástico. O que ocorre, em verdade, é a mera inversão do ônus da prova.

Assim, no caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente).

In casu, o dano, como dito inicialmente, está configurado. O recorrente, por seu turno, não conseguiu, a partir das provas apresentadas, desvencilhar-se da culpa que presumidamente lhe foi imputada, sendo irreparáveis, portanto, as conclusões da Corte de origem.

Finalmente, impõe externar que a petição do recorrente, protocolizada após a interposição do especial, noticiando a conclusão do Processo Ético Profissional n.º 425D 94, que tramitou junto ao Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais, em nada altera a situação do mesma, seja pelas razões acima expostas, seja pelo fato não estar vinculado o judiciário às conclusões da esfera administrativa. Devia o recorrente, se munido de provas cabais passíveis de afastar sua presunção de culpa, tê-las apresentado, no momento oportuno, ao juízo competente.

Ex positis, NEGO PROVIMENTO ao presente recurso especial.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Sr. Presidente, por um outro fundamento, mas com o mesmo resultado, concordo com a conclusão do Sr. Ministro Relator.

Diz o acórdão:

> "Responde o cirurgião plástico pelo insucesso da cirurgia, com a apresentação de necrose e cicatrizes, e ainda à ausência de informação à paciente de que seria impossível a obtenção do resultado desejado, em face da obrigação de resultado do cirurgião".

Ora, rever essas conclusões que constam da ementa, para mim, ensejaria revolvimento da matéria fática, o que, penso, seria inviável no recurso especial.

Agradeço os debates que trouxeram os eminentes advogados da Tribuna, muito esclarecedores, mas não vejo, não vislumbro como conhecer do recurso especial, na medida em que isso afrontaria a conclusão de ordem fática obtida pelo Tribunal.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, ainda que com fundamento diferente

Não conheço do recurso especial.

VOTO ORAL

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Sr. Presidente, também acompanho o voto do Sr. Ministro Relator

Refuto totalmente o entendimento de que a responsabilidade por erro médico nas hipóteses de cirurgia plástica seja objetiva.

Em medicina é inviável, *data venia*, pretender a obtenção de um resultado específico, pois o médico pode adotar todos os procedimentos técnicos exigidos para aquela intervenção e, mesmo assim, o resultado não ser o esperado. Ao cirurgião cabe empenhar-se com toda a diligência para obtenção do melhor resultado possível. Mas a responsabilidade tem espaço nas hipóteses em que tenha cometido erro.

No entanto, o acórdão adotou a tese de que, no caso, o médico poderia demonstrar que não agiu com culpa. Por isso, na realidade, foi aplicada a inversão do ônus da prova, que se dá quando o caso for de culpa presumida, e não de responsabilidade objetiva.

Acompanho integralmente o voto do eminente Relator, destacando as sustentações orais, que foram muito produtivas.

Nego provimento ao recurso especial.

HABEAS CORPUS Nº 114.356 - RJ (2008/0189348-6)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Impetrante: José Roberto Santos Guimarães e Outro
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro
Paciente: C P da S

EMENTA

Processual Civil. Prisão. Alimentos. Paciente que necessita de tratamento fisioterápico. Cumprimento do decreto prisional em seu domicílio. Possibilidade.

- Necessitando o paciente de tratamento fisioterápico, e constatando-se a impossibilidade do estabelecimento prisional suprir essa necessidade, faculta-se, em caráter excepcional, o cumprimento do decreto prisional no próprio domicílio do devedor de pensão alimentícia.

Ordem concedida para possibilitar ao paciente o cumprimento do decreto prisional em seu domicílio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2009 (Data do Julgamento).

RELATÓRIO

Habeas Corpus, com pedido liminar, impetrado por JOSÉ ROBERTO SANTOS GUIMARÃES E OUTRO em favor de C P DA S, contra decisão de indeferimento de pedido de *habeas corpus* impetrado junto ao TJ/RJ.

Determinada a prisão do ora paciente ante a ausência do pagamento integral de parcelas da pensão alimentícia, pleiteou-se que o devedor pudesse cumprir a

pena de prisão estabelecida, em seu domicílio, em razão de ter sofrido acidente vascular cerebral - AVC - e estar em tratamento para sua recuperação, circunstâncias que inviabilizariam sua custódia em estabelecimento prisional.

O indeferimento do pedido, deu azo a interposição de *habeas corpus* junto ao Tribunal de origem, no qual, igualmente, não se logrou resultado positivo, sendo assim lavrada a ementa do julgado:

> *Habeas corpus. Indeferimento da liminar. Agravo regimental. Inconformismo do agravante que insiste em respiar os mesmos argumentos já rechaçados. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir o fundamento da decisão agravada.*

Contra esta decisão é impetrado o presente *habeas corpus*, onde se aponta a necessidade de se flexibilizar a determinação judicial de prisão, em homenagem ao Princípio da Dignidade Humana, declinando-se, em suporte a tese, que o paciente necessita de tratamento fisioterápico, sem o qual poderá vir a ter graves seqüelas, além de demandar tratamento medicamentoso, os quais o Estado não está apto a fornecer.

Requer, assim, a concessão da ordem, para que possa ser colocado em prisão domiciliar, pelo prazo estipulado para a prisão civil.

Liminar indeferida (fls. 128).

O Ministério Público Federal, por meio do Subprocurador Maurício Vieira Bracks, pronunciou-se pela concessão da ordem (fls. 164/168).

Às fls. 170, decisão reconsiderando a anterior e deferindo, liminarmente, o pedido, sob a condição de comprovação da necessidade de continuidade do tratamento fisioterápico.

Às fls. 178/180, petição juntada com laudos médicos confirmando a necessidade de continuação do referido tratamento.

É o relatório.

VOTO

A questão que se coloca no presente *habeas corpus*, volta-se para a possibilidade de se flexibilizar a prisão civil do paciente, para que esta possa ser cumprida em sua residência, ante a necessidade de atendimento médico/fisioterápico, de forma contínua.

Releva notar, no particular, que conforme relatam os impetrantes, e corrobo-

ram os laudos médicos juntados, o paciente foi vítima de acidente vascular cerebral com comprometimento de sua capacidade de locomoção, advindo, daí, a necessidade do tratamento fisioterápico.

Sendo cediço que os resultados de um tratamento fisioterápico estão diretamente associados à proximidade da lesão e a sua continuidade até a completa recuperação, desnecessário se lucubrar sobre as conseqüências negativas que o ora paciente suportará, caso seja interrompido o tratamento em conseqüência de sua prisão civil.

Esta Turma já enfrentou questão similar, quando analisou o HC 86716/SP, DJ 01/02/2008, de minha Relatoria, que recebeu a seguinte ementa:

> *PROCESSUAL CIVIL. PRISÃO. ALIMENTOS. PACIENTE PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. CUMPRIMENTO DO DECRETO PRISIONAL EM SEU DOMICÍLIO. POSSIBILIDADE.*
>
> *- Sendo o paciente portador de necessidades especiais, e constatando-se a impossibilidade do estabelecimento prisional suprir essas necessidades, faculta-se, em caráter excepcional, o cumprimento do decreto prisional no próprio domicílio do devedor de pensão alimentícia.*
>
> *Ordem concedida para possibilitar ao paciente o cumprimento do decreto prisional em seu domicílio.*

Adotando o precedente citado, e reconhecendo a inviabilidade do tratamento fisioterápico necessário ao restabelecimento do paciente, em estabelecimento prisional, impõe-se a concessão da ordem

Forte em tais razões, CONCEDO A ORDEM, para possibilitar ao paciente o cumprimento do decreto prisional em seu domicílio.

Noticiário

MPRJ na Imprensa fluminense

Ao reconhecer o trabalho do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em 2009, a imprensa fluminense ressaltou como positiva, na retrospectiva do ano, a atuação do Núcleo do Combate ao Crime Organizado (NCCO), criado em fevereiro pelo Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*.

Outros destaques foram a reestruturação do GATE (Grupo de Apoio Técnico Especializado do MP) e a força-tarefa criada, por orientação do Procurador-Geral de Justiça, para evitar a prescrição dos atos de improbidade administrativa, o que resultou em 40 ações civis públicas contra ex-prefeitos e ex-administradores públicos de 17 Municípios do Estado.

O trabalho do Núcleo de Combate ao Crime Organizado e sua parceria com a Delegacia de Repressão às Ações Criminosas Organizadas (DRACO) foi destaque, principalmente, na edição de O Globo de 31 de dezembro. O jornal ressaltou o combate aos grupos de milicianos e as prisões dos chefes paramilitares que atuam nas comunidades carentes do Rio de Janeiro.

Também *O Globo*, na edição de 3 de janeiro publicou extenso texto sobre o trabalho do GATE, mostrando que os "peritos do MPRJ decifram códigos de toda ordem de crimes, no ofício que incrimina e inocenta suspeitos".

A imprensa fluminense reconheceu, ainda, ações como o mutirão formado pelo Grupo de Apoio ao Combate à Prescrição dos Atos de Improbidade Administrativa, vinculado ao 6º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Cidadania, do Consumidor e Proteção ao Meio Ambiente e Patrimônio Cultural.

A Resolução do Procurador-Geral de Justiça que criou o Corredor Cultural do Ministério Público - publicada no Diário Oficial de 16 de dezembro - foi outro assunto a ganhar as páginas dos jornais. O espaço, no saguão do subsolo do edifício sede, será reservado a exposições artísticas e eventos literários e culturais.

Ministério Público e Prefeitura se unem na proteção a idoso

No dia 6 de janeiro, na Prefeitura do Rio de Janeiro, o Procurador-Geral de Justiça do Estado, *Cláudio Soares Lopes*, e o Prefeito *Eduardo Paes* abordaram a necessidade de criação do Conselho do Idoso no município e a urgência na ampliação do número de vagas disponíveis em abrigos para os idosos que tiverem necessidade de abrigamento. O Ministério Público estima que, hoje, seriam necessárias 500 vagas para atender à demanda existente na cidade.

Acompanharam *Cláudio Soares Lopes*, o Promotor de Justiça *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva*, Coordenador de Integração e Articulação Institucional; e os

Promotores de Justiça *Wagner Sambugaro, Eliane Patrícia Albuquerque Soares, Cristiane Branquinho e Fernanda Nicolau*, integrantes das quatro Promotorias de Justiça de Proteção ao Idoso e a Pessoa Portadora de Deficiência da Capital.

O Prefeito *Eduardo Paes* prometeu criar, em dois meses, 116 vagas nos abrigos e convidou os membros do Ministério Público para outra reunião, em data ainda a ser definida, para avaliar o que já terá sido feito e traçar metas objetivas de colaboração.

Também participaram da reunião o Secretário Municipal de Assistência Social, *Fernando William*, e o Subsecretário de Proteção Especial da Secretaria Municipal de Assistência Social, *Carlos Augusto Jorge*.

OECPJ empossa Procuradora de Justiça

Em sessão solene realizada no dia 12 de janeiro, o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro empossou a Procuradora de Justiça *Mona Nassaro*. A assinatura do termo de posse e o juramento ocorreram durante a 1ª Sessão Ordinária do Colegiado, na sala de sessões do edifício-sede das Procuradorias.

Mona Nassaro ingressou no MPRJ em 1991, como Promotora de Justiça de 3ª Categoria. Em 1993 ascendeu a Promotora de 2ª Categoria e, em 1994, tornou-se Promotora de 1ª Categoria. Na posse como Procuradora de Justiça, ela teve como madrinhas as Procuradoras de Justiça *Denise Soares Lopes* e *Maria Cristina da Silva Gaertner*.

Mona Nassaro foi promovida em novembro de 2009, pelo critério de merecimento, com eficácia a partir de 1º de janeiro de 2010. Ela está lotada na 13ª Procuradoria da Região Especial dos Procuradores de Justiça.

Participaram da sessão, além do PGJ, o Corregedor-Geral do MPRJ, *Cezar Romero de Oliveira Soares*; o Secretário do Órgão Especial, *Walberto Fernandes de Lima*; e os Procuradores de Justiça *Leila Machado Costa, Carlos Antonio Navega, Lílian Moreira Pinho, João Baptista Lopes de Assis Filho, Kátia Aguiar Marques Selles Porto, Vera de Souza Leite, Nilo Augusto Francisco Suassuna, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, Pedro Elias Erthal Sanglard, Dalva Pieri Nunes, Patrícia Silveira da Rosa, Maria da Conceição Lopes de Souza Santos, Maria Amélia Couto Carvalho, Hugo Jerke, Julio Cesar de Sousa Oliveira* e *Márcio Klang*.

MPRJ realiza "Encontro de Trabalho sobre Metas e Projetos Estratégicos"

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, reuniu, no dia 13 de janeiro, a Administração Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Ja-

neiro para encontro de trabalho versando sobre as Metas e Projetos do programa de "Gestão Estratégica".

Na primeira fase, que culminou com a elaboração do Mapa Estratégico do MPRJ, foram coletadas, democraticamente entre todos os Membros da Instituição, informações, ideias e anseios da classe, transformados em objetivos que deverão ser alcançados a partir de 2010.

Pela primeira vez no MPRJ, a Administração Superior parou para ouvir o que toda a classe tinha para dizer. Agora, vamos tornar realidade o que foi apresentado.

O Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, lembrou que 2009 foi um período de reflexão. Esse ano, a classe, com o apoio de toda a Administração, executará as propostas. "Vamos buscar a unidade no MPRJ, respeitando obviamente a independência funcional".

Também participaram da reunião e apresentaram propostas os Coordenadores e Subcoordenadores de CAOps; os Coordenadores do CEJUR, da CSI e do GATE; a Secretaria-Geral do MP; e os Assessores que atuam na Procuradoria-Geral de Justiça.

Instituição do Prêmio "Ideias Inovadoras" para servidores do MP

Em fase de implementação, o Planejamento Estratégico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro conta agora com uma iniciativa para melhorar a qualidade dos serviços administrativos da Instituição. Por meio da Resolução CPGJ nº 1.559, de 18 de janeiro, o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, instituiu o "Prêmio MPRJ Ideias Inovadoras", cujo objetivo é estimular a adoção e a divulgação de novas práticas administrativas apresentadas pelos servidores.

A iniciativa partiu da Subprocuradoria-Geral de Planejamento Institucional, como parte do Programa de Gestão Estratégica do MPRJ. O prêmio terá edições anuais e servirá para organizar e divulgar um Banco de Experiências que funcionará como referência para os servidores dos demais órgãos de execução. A Administração Superior espera engajar os servidores no processo de modernização, aprimoramento e alinhamento estratégico da Instituição e disseminar uma cultura de resultados.

Cada participante tem o direito de inscrever até três práticas, mas apenas poderá ser contemplado com uma delas. A avaliação das práticas observará os seguintes aspectos: inovação; integração com outros procedimentos administrativos; replicabilidade; desburocratização; condições de continuidade; satisfação do usuário; benefícios decorrentes da implementação.

A seleção das melhores práticas será feita pela Comissão Avaliadora, composta por cinco membros.

O Prêmio será entregue durante as comemorações do Dia Nacional do Ministério Público.

Presidente do CNPG destaca atuação do Assessor de Assuntos Parlamentares do MPRJ

A atuação do Promotor de Justiça *Leonardo Araujo Marques* como Assessor de Assuntos Parlamentares do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi elogiada, oficialmente, pelo Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPG), *Olympio de Sá Sotto Maior Neto*, que é o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná.

Olympio de Sá Sotto Maior Neto, em ofício enviado ao Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, no último dia 12, cumprimentou *Leonardo Araujo Marques* pela forma como havia proposto e conduzido os trabalhos com os Presidentes de Associações representativas da Defensoria Pública.

Em outubro de 2009, por exemplo, o PGJ e o Promotor de Justiça, *Leonardo Araujo Marques*, passaram vários dias na Capital Federal, onde se encontraram com o Presidente do Senado, *José Sarney*, e com outros parlamentares, entre eles o Deputado Federal, e ex-Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, *Antônio Carlos Biscaia*. Na ocasião, foram discutidos projetos que tramitam no Congresso Nacional e que são de interesse do MP.

Conselhos Municipais do Idoso

Em reunião realizada no dia 22 de janeiro pelo 3º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, Promotores de Justiça de todo o Estado discutiram aspectos controvertidos referentes aos Conselhos Municipais do Idoso. O encontro marcou o início da fase de execução do projeto de gestão estratégica, que prevê a implementação dos Conselhos em todos os municípios fluminenses.

O Coordenador do 3º CAO, Promotor de Justiça *Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa*, expôs dados preliminares de pesquisa que aponta menos da metade dos Municípios fluminenses com Conselhos do Idoso. Ele considerou o balanço alarmante.

A proposta do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, conforme discutida no encontro de trabalho, inclui a criação de um perfil padrão para o funcionamento do CMIs.

"Caso o Poder Público Municipal desconsidere as deliberações do CMI, o Conselho poderá submeter a questão ao Ministério Público, que avaliará as

medidas cabíveis, seja na esfera extrajudicial ou por meio de ação civil pública", sublinhou a Promotora de Justiça *Cristiane Branquinho Lucas*, titular da 1ª Promotoria de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa Portadora de Deficiência.

Com base nas conclusões do encontro, o Centro de Apoio Operacional encaminhará aos Promotores de Justiça com atribuição para a proteção dos interesses coletivos de idosos um kit com modelos de projetos de lei, portaria, termos de ajustamento de conduta, petições iniciais e outros documentos úteis ao trabalho de criação e aparelhamento dos Conselhos do Idoso.

MP Comunitário visita o Chapéu Mangueira e a Babilônia, no Leme

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 4 de fevereiro, as comunidades do Chapéu Mangueira e da Babilônia, no Leme. A visita é mais uma etapa do Projeto MP Comunitário, que tem como um de seus objetivos tornar o MP mais próximo das comunidades carentes.

Acompanhados do Chefe do Estado-Maior da Polícia Militar, Tenente- Coronel *Mário Luiz Antunes Carneiro*, o Subprocurador-Geral de Justiça e o Ouvidor-Geral conheceram a Unidade de Policiamento Pacificadora (UPP) instalada na área e percorreram as duas comunidades, ouvindo reivindicações de moradores.

O Ministério Público vai cobrar das autoridades estaduais e municipais a implementação de obras de caráter social. A ocupação pela polícia já ocorreu e, agora, é necessário que haja a ocupação social, a começar pelo remanejamento de moradores que residem em áreas de preservação ambiental.

O Ouvidor-Geral afirmou, também, que pretende levar para a região o projeto Ouvidoria Itinerante, de grande alcance social e que dá à população a oportunidade de fazer reclamações e pedir esclarecimentos sobre seus direitos

Na UPP, a equipe foi recebida pelo Tenente *Hugo Coque Cascardo*, que mostrou as instalações e explicou o funcionamento da unidade.

Cursos de Capacitação de Servidores

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, criou, pela Resolução GPGJ nº 1.512/09, o Núcleo de Capacitação e Treinamento para Servidores com o objetivo de promover o aprimoramento profissional e cultural, a atualização e

a especialização do conhecimento dos servidores do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Em janeiro deste ano, inaugurando nova fase em prol da qualificação e desenvolvimento profissional de nossos servidores, foi celebrado convênio de cooperação educacional, técnica e científica com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Por intermédio da Escola de Administração Judiciária (ESAJ), o TJRJ desenvolverá cursos e ações direcionadas à capacitação de servidores.

As aulas serão realizadas na sede do Ministério Público, na ESAJ e nos CRAAIS, e abrangerão as áreas de Direito e Legislação, Gestão e Qualidade, Informática e Técnico-Administrativa.

MP cria cargos para aprimorar a atuação institucional e reduzir custos

O Ministério Público apresentou à ALERJ projeto de lei, aprovado em dezembro pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, propondo a criação de 368 cargos na sua estrutura administrativa com o objetivo de aprimorar a atuação institucional e executar os projetos estratégicos a serem desenvolvidos no futuro. Do total, 90 cargos serão de provimento efetivo, mediante concurso público, enquanto 278 serão ocupados por profissionais em funções de confiança, assessores jurídicos e peritos, que auxiliarão Promotores e Procuradores de Justiça. As nomeações ocorrerão ao longo de três anos.

Sua nomeação liberará o Promotor e o Procurador de tarefas cotidianas e repetitivas para que possam ocupar-se de procedimentos mais complexos de sua atribuição.

Atualmente, há Promotores que oficiam em até cerca de 2 mil processos ao mês. É vedada a nomeação de parentes de Membro do Ministério Público ou servidor, e a escolha será do Promotor ou do Procurador de Justiça, mediante critérios técnicos.

A proposta segue, ainda, os moldes do Projeto de Lei nº 5491/09, do Ministério Público da União, que tramita no Congresso Nacional e prevê a criação de 1.300 cargos em comissão.

Há, ainda, a vantagem de enfrentar as limitações impostas ao MP, com base na Lei de Responsabilidade Fiscal, que limita o gasto com pessoal do MP a dois por cento da receita líquida do Estado.

Imprensa fluminense destaca projeto de Gestão Estratégica do MPRJ

O planejamento estratégico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ganhou extensa reportagem publicada, no dia 22 de fevereiro, no jornal *O*

Globo. A notícia apresenta algumas das iniciativas adotadas, em decorrência do projeto Gestão Estratégica, cuja primeira fase foi concluída em dezembro de 2009. A interiorização do Núcleo de Combate ao Crime Organizado foi a principal estratégia destacada com o objetivo de aumentar a eficiência do órgão ministerial na área de segurança pública.

O projeto Gestão Estratégica busca aumentar a eficiência do trabalho do Ministério Público, favorecendo a atuação integrada dos Membros dentro de princípios institucionais amplamente discutidos pela classe. Na primeira fase, a Administração Superior foi a campo democraticamente, em 11 encontros, colher sugestões dos Promotores e Procuradores de Justiça.

Um Mapa Estratégico foi elaborado e apresentado em dezembro. A partir dele, novos projetos foram criados e, para ser implementados ainda passarão pelo crivo dos membros do MP no primeiro semestre de 2010.

MPRJ recebe o Secretário Nacional de Justiça dos Estados Unidos

A importância do estreitamento da parceria entre Brasil e Estados Unidos no combate aos crimes contra a propriedade intelectual foi reafirmada, no dia 24 de fevereiro, pelo Secretário Nacional de Justiça dos Estados Unidos, *Eric H. Holder Jr.*, e pelo Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, em palestra promovida, na sede do Ministério Público Estadual, em auditório repleto de Membros e Servidores da Instituição, Magistrados, Defensores Públicos, advogados e estudantes de Direito.

O Embaixador dos Estados Unidos no Brasil, *Thomas Shannon*, elogiou a iniciativa do MPRJ e o engajamento da Instituição na defesa dos direitos de propriedade intelectual.

A palestra "Estados Unidos e Propriedade Intelectual: Repressão e Fiscalização" foi introduzida por breve discurso do Secretário Executivo do Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNPC), *André Alves Barcellos*, sobre o amadurecimento da relação de cooperação entre Brasil e Estados Unidos.

Em sua palestra, o Secretário *Eric H. Holder Jr.* afirmou que "o direito à propriedade intelectual é uma das preocupações fundamentais do governo do Presidente *Barack Obama*, sendo considerada uma questão de segurança nacional e estratégica para o crescimento e a prosperidade das nações".

A palestra foi concluída pelo Procurador-Geral de Justiça, que enfatizou o "caráter nefasto" da pirataria também sob o aspecto da sonegação fiscal, destacando os esforços realizados pelo MPRJ no combate ao crime organizado.

Também participaram da mesa o Corregedor-Geral do Ministério Público, *Cézar Romero de Oliveira Soares*; o Cônsul Geral dos Estados Unidos no Brasil, *Dennis W. Hearne*; o Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro, *José Raimundo Batista Moreira*; o Presidente da Comissão de Propriedade Intelectu-

al e Pirataria da OAB/RJ, *Gabriel F. Leonardos*; o Delegado *Raul Gustavo Morgado*, da Delegacia de Repressão aos Crimes contra a Propriedade Imaterial (DRCPIM) e o Delegado *Clyton Eustáquio Xavier*, da Delegacia Regional de Combate ao Crime Organizado da Polícia Federal.

Sede própria do MP em São Gonçalo

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro constrói sua sede própria em São Gonçalo. O intuito é reunir num mesmo endereço as 25 Promotorias de Justiça da Comarca, hoje dispersas. A referida sede está localizada a menos de 100 metros do Fórum, no bairro de Santa Catarina.

A construtora Rocha Costa Engenharia Ltda. venceu licitação por valor 10,20% inferior ao fixado originalmente. O prédio localiza-se na Rua Getúlio Vargas, possuindo 7 pavimentos, um deles destinado ao CRAAI e outro à Central de Inquéritos e estacionamento com 46 vagas. Conta com um salão multiuso com capacidade para 90 pessoas, 37 gabinetes, acessos para portadores de deficiência e sistema de aproveitamento da água da chuva para manutenção da área urbanizada. O total de área construída é de 5.036 m², somando-se 2.691,62 m² de estacionamento, acesso e jardins.

A de São Gonçalo é a quarta sede própria licitada pela atual administração. Outras sedes que tiveram obras licitadas foram a de Campos, de Belford Roxo e de Itaguaí.

Atuação do MPRJ resulta no desligamento de 948 crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional no Estado

No período compreendido entre 30 de maio de 2008 e 31 de dezembro de 2009, o número de crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional (antiga medida protetiva de abrigo) foi reduzido de 3.732 para 2.784, o que significa que 948 crianças e adolescentes retornaram para as suas famílias ou foram colocados em família substituta, sob a modalidade de guarda, tutela ou adoção. Esse é um dos avanços revelados pelo 4º Censo do Módulo Criança e Adolescente (MCA), sistema *on line* criado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, contendo informações sobre todas as crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional no Estado do Rio de Janeiro.

O censo, concluído no final de 2009, mostra que, em 52,40% dos casos, o motivo de desligamento das entidades de acolhimento foi a reintegração familiar.

O fato de que em 52,40% dos casos as crianças e adolescentes foram para as famílias biológicas, e 17,69% foram para famílias substitutas, mostra que o MCA não é uma ferramenta para viabilizar adoções.

A diminuição do número de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar está diretamente ligada à atuação extrajudicial do Ministério Público e ao ajuizamento das ações cabíveis para a definição da situação jurídica das crianças e adolescentes.

Nas Varas da Infância, da Juventude e do Idoso, as principais ações judiciais propostas pelo MPRJ visando à defesa dos interesses de crianças adolescentes (Ação de Registro Civil de Nascimento, Representação em face dos Pais o Responsáveis - art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Ação de Alimentos em face dos Pais ou Responsáveis, Ação de Adoção e Ação de Destituição do Poder Familiar) passaram de 1.588, referentes às crianças acolhidas em 31/12/2008, para 1.731 em 31/12/2009.

Fora dos tribunais, o MPRJ engajou-se em projetos próprios e em parceria com outros órgãos. Destaca-se o "Projeto Cada Criança Uma Família".

GEMPERJ divulga primeiros resultados

Os projetos que vão levar à consecução dos objetivos do "Gestão Estratégica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (GEMPERJ)" formaram a pauta da 1ª Reunião de Gestão, realizada no dia 3 de março, e que marcou o início da segunda fase do programa. Em uma apresentação realizada com base no Mapa Estratégico, os responsáveis pela coordenação dos 33 projetos apresentaram o andamento dos trabalhos, ressaltando as metas já alcançadas.

Antes das apresentações, o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, explicou que todas as datas do programa serão divulgadas na intranet.

Cláudio Soares Lopes apresentou o coordenador do novo Grupo Especial de Atuação Integrada Regional, Procurador de Justiça *Marcos André Chut*. Criado por Resolução do Procurador-Geral de Justiça já publicada no Diário Oficial, o grupo é composto por Procuradores de Justiça e, entre outras atribuições, vai promover a articulação e o intercâmbio entre os Promotores de Justiça que atuam no Centro Regional, visando à uniformidade e efetividade da atuação ministerial.

Participaram da reunião, apresentando os resultados parciais de seus projetos, a Subprocuradora-Geral de Justiça de Administração, *Mônica da Silveira Fernandes*; os Procuradores de Justiça *Astério Pereira dos Santos* (Chefe de Gabinete), *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea* (Coordenadora do CEJUR); *José Augusto Guimarães* (Secretário-Geral do MP), *Maria Cristina Menezes de Azevedo* (Coordenadora do 6º CAO, Tutela Coletiva) e *Marcos Ramayana* (Coordenador do 5º CAO, Eleitoral); os Promotores de Justiça *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva* (Coordenador da CIAI), *Leônidas Filippone Farrulla Júnior* (Coordenador do 3º CAO, Cível), *Cristiano dos Santos Lajoia Garcia* (Coordenador de Acompanhamento de Projetos), *Claudio Varela* (Coordenador do NCCO), *Mônica Marques* (Coorde-

nadora do 2º CAO, Criminal), *Rodrigo Medina* (Coordenador do 4º CAO, Infância), *Cristiane Branquinho Lucas* (1º Promotoria de Justiça de Proteção ao Idoso e a Pessoa Portadora de Deficiência) e *Leonardo Marques* (Assessor de Assuntos Parlamentares); e a Assessora de Comunicação Social, *Regina Lunière.*

Lançada em Barra do Piraí a segunda fase do projeto "Administração Presente"

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, lançou, dia 3 de março, em Barra do Piraí, a segunda fase do projeto Administração Presente. Esta foi a primeira de uma série de 14 visitas nas quais o chefe do Ministério Público Estadual verificará *in loco* as melhorias realizadas a partir da atuação do Grupo de Trabalho e receberá novas sugestões e demandas dos Promotores de Justiça. O encontro foi realizado na sede própria do MPRJ, inaugurada pela atual administração em 3 de novembro de 2009.

Ao lado da Subprocuradora-Geral de Administração, *Mônica da Silveira Fernandes*, e do Coordenador do Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) de Barra do Piraí, Promotor de Justiça *Fernando Carlassara de Oliveira*, *Cláudio Soares Lopes* expôs algumas das iniciativas que já foram adotadas ou estão em fase de planejamento com vistas a otimizar os trabalhos dos órgãos de execução.

Além do "Administração Presente", o projeto de "Gestão Estratégica" está entrando na segunda etapa.

Participaram ainda do encontro do dia 3 de março os Promotores de Justiça *Edson Góes de Aguiar Júnior, André Constant Dickstein, Roberto Saad Alves da Costa, Renata Mendes Tauk, Ivany Bastos David, Sérgio Luis Pereira, Adriana Araújo Porto, Leonardo Canônico Neto.*

Deflagrado o Projeto de Reengenharia Institucional

Com o objetivo de fomentar a atuação em grupo e de institucionalizar a criação de mecanismos de integração entre órgãos de execução de primeiro e de segundo graus, o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, instituiu, pela Resolução nº 1568, de 03 de março, o Grupo Especial de Atuação Integrada Regional, no âmbito do 1º Centro de Apoio Operacional das Procuradorias de Justiça (1º CAOp). A Resolução confere efetividade ao Projeto de Reengenharia Institucional e busca concretizar o anseio da classe por maior integração, expresso nos encontros regionais de Gestão Estratégica e no Mapa Estratégico da Instituição. O Procurador de Justiça *Marcos André Chut* será o Coordenador do novo Grupo.

A Resolução é a materialização de parte do Projeto de Reengenharia Institucional, em apreciação pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça e fruto do trabalho da Comissão de Reengenharia, presidida pelo Procurador-Geral e que foi integrada pelos colegas Procuradores de Justiça *Luiz Roberto Saraiva Salgado, Heloísa Daltro Leite, Marcelo Daltro Leite, Talma Castelo Branco*, e pelo Promotor de Justiça *Valério Teixeira do Nascimento*.

O Grupo Especial tem por objetivo estimular a formação de grupos de atuação conjunta e a troca de informações e de experiências entre Promotores e Procuradores de Justiça, dando maior efetividade à atuação institucional.

PGJ apresenta a Procuradores o projeto do Grupo Especial de Atuação Integrada Regional

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, reuniu-se, no dia 4 de março, com Procuradores de Justiça para apresentar os projetos do Grupo Especial de Atuação Integrada Regional, que confere efetividade ao Projeto de Reengenharia Institucional, instituído pela Resolução nº 1568. Na ocasião, foram apresentados os primeiros Coordenadores do Grupo.

O Procurador de Justiça, *Marcos André Chut* será o Coordenador do Grupo; *Heloísa Carpena Vieira de Mello*, Coordenadora na área de Tutela Coletiva, infância e juventude, idoso e pessoa portadora de deficiência; e *Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves*, Coordenadora do Grupo Especial de Apoio à Atuação dos Procuradores de Justiça nos *habeas corpus* de competência das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Compuseram a mesa o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*; a Subprocuradora-Geral de Justiça de Administração, *Mônica da Silveira Fernandes*; o Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Terceiro Setor, *Leonardo de Souza Chaves*; e o Secretário-Geral do MPRJ, *José Augusto Guimarães*.

O Grupo Especial, além de promover a articulação e o intercâmbio entre os Promotores de Justiça de cada Centro Regional, fará sua integração com os Procuradores de Justiça, visando à uniformidade da atuação ministerial e à defesa dos interesses institucionais perante o segundo grau.

PGJ visita o NAC e promete reforçar estrutura investigativa

O Procurador-Geral de Justiça do Estado, *Cláudio Soares Lopes*, visitou, no dia 4 de março, o Núcleo de Apuração Criminal (NAC) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e reuniu-se com os Promotores de Justiça designados para atuar no Núcleo.

Durante o encontro, o Procurador-Geral assistiu a uma apresentação com detalhes, rotinas administrativas e critérios relativos ao trabalho do NAC, como a distribuição interna de inquéritos, as metas a serem alcançadas e a reconfiguração do espaço físico.

Segundo o Coordenador do NAC, Procurador de Justiça *Rogério Carlos Scantamburlo*, desde a criação do Núcleo, o número de inquéritos à espera de investigação caiu de 52 mil para 27 mil.

O NAC, atualmente, é composto pelos Promotores de Justiça *Pedro Borges Mourão Sá Tavares de Oliveira; Mariana de Carvalho Elias Rabha Ruiz; Ludmilla de Carvalho Mota;* e *Theresa Christina de Souza Arcanjo*. Eles trabalham em conjunto com autoridades policiais e servidores tanto do MP quanto da Polícia Civil.

O NAC destina-se a prestar auxílio consentido às Promotorias de Justiça de Investigação Penal da 1ª Central de Inquéritos, no que se refere aos inquéritos policiais oriundos das Delegacias de Acervo Cartorário (DEACs).

Na visita ao NAC, o Procurador-Geral, *Cláudio Soares Lopes* esteve acompanhado do Promotor de Justiça e Coordenador de Movimentação dos Promotores, *Guilherme Mattos de Schueler*.

MP debate a atuação dos Conselhos Tutelares do Município do Rio de Janeiro

O 4º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude reuniu, no dia 5 de março, os Promotores da Infância e da Juventude da Capital para discutir as formas de fiscalização dos Conselhos Tutelares, no que se refere ao combate à evasão escolar, bem como sobre as estratégias a serem adotadas para enfrentar os problemas de infraestrutura desses órgãos municipais.

Uma das grandes preocupações do MP refere-se à insuficiência do número Conselhos Tutelares no Município do Rio de Janeiro. De acordo com o entendimento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), para cada 200.000 habitantes deve haver um Conselho Tutelar. Em todo o Município do Rio de Janeiro, no entanto, há apenas dez Conselhos.

Outra preocupação do MP é quanto à efetividade da fiscalização exercida pelo órgão em relação ao combate à evasão escolar.

Na grande maioria das Promotorias de Justiça da Capital há inquéritos civis instaurados para se verificar a adequação do funcionamento dos Conselhos Tutelares. Onde não há inquérito civil, já existe ação civil pública proposta em face do Município.

CSMP: cerimônia de vitaliciamento

A solenidade em comemoração ao vitaliciamento e aos dois anos de posse dos Promotores de Justiça Substitutos do XXIX Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira do Ministério Público foi realizada, no dia 8 de março, durante a 3.ª Sessão Ordinária de 2010 do Conselho Superior do Ministério Público.

Os 22 Promotores de Justiça Substitutos receberam seus Atos de Vitaliciamento em sessão presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, que lembrou a reintrodução da cerimônia ocorrida em sua Administração, a exemplo do que ocorreu com a solenidade de posse dos Procuradores de Justiça.

A saudação aos vitaliciandos foi feita, por delegação do Procurador-Geral, pelo Procurador de Justiça *Guilherme Eugênio Vasconcellos*, destacando o fato de o Ministério Público sempre crescer nas adversidades.

A Procuradora de Justiça *Dirce Ribeiro de Abreu* leu o Termo de Vitaliciamento. Em seguida os 22 Promotores de Justiça receberam, pela ordem, seus respectivos atos: *Carlos Gilberto Magalhães, Álan Ribeiro de Oliveira, Bruno Menezes Santarem, Allyne Tavares Giannini, Olimpia Maria Lupi da Rosa Santos, Philipe Mello Figueiredo, Anna Gabriella Ribeiro de Carvalho Gama, Claudia Sobrino Porto Virgolino, Roberta Maristela Rocha dos Anjos, Helena Rohen Leite, Gabriela Brandt de Oliveira, Daniela de Oliveira Lima Peroba, Bruno Roberto Figueiredo Calvano, Juliana Gomes Viana, Glicia Pessanha Viana Crispim, Luana Cruz Cavalcanti Albuquerque, José Carlos Gouvêa Barbosa, Renata Gosende Simão Fernandes Fuks, Érika Prado Alves, Edson Goes de Aguiar Junior, Márcia de Oliviera Pacheco* e *Renata Vianna Soares Magnus*.

Falando em nome dos colegas vitaliciandos, o Promotor de Justiça *Carlos Gilberto Magalhães* fez uma crônica bem-humorada dos dois primeiros anos da carreira.

Além de *Cláudio Soares Lopes*, compuseram o Colegiado o Corregedor-Geral *Cezar Romero de Oliveira Soares*, e os Procuradores de Justiça *José Maria Leoni Lopes de Oliveira, Denise Freitas Fabião Guasque, Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel, Guilherme Eugênio Vasconcelos, Júlio Cesar Lima dos Santos, Denise Muniz de Tarin, Orlando Carlos Neves Belém e Dirce Ribeiro de Abreu*.

Assistiram também à solenidade o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, e o Coordenador de Movimentação dos Promotores de Justiça, *Guilherme Mattos de Schueler*.

Ouvidoria-Geral do MP busca interação com Corpo de Bombeiros

O Ouvidor-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Promotor de Justiça *Gianfilippo de Miranda Pianezzola*, reuniu-se, no dia 8 de março, com membros do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro para

agilizar a apuração de denúncias recebidas da sociedade e promover a interação entre as instituições.

Participaram do encontro o Coronel *Marcos Tadeu*, Corregedor do Corpo de Bombeiros; o Tenente Coronel *Lemos*, Ouvidor da Corporação; e os Majores *Fábio Couri* e *Vitor Rocha*. O Major *Leonardo Couri* também compareceu à reunião representando a Defesa Civil do Estado.

NCCO é transformado em GAECO, integrando-se aos MPs de outros Estados

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, assinou a Resolução GPGJ nº 1.570/10, publicada no dia 8 de março, que transformou o Núcleo de Combate ao Crime Organizado e às Atividades Ilícitas Especializadas (NCCO) em Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO/RJ).

O GAECO tem por finalidade identificar, prevenir e reprimir o crime organizado e as atividades ilícitas especializadas no Estado, bem como integrar Promotorias e Procuradorias de Justiça para atuações conjuntas. O GAECO é uma continuação do NCCO, porém mais abrangente, pois a ideia é estender sua atuação para o interior do Estado.

Ficam incorporados ao quadro do GAECO todos os Promotores de Justiça e servidores vinculados ao Núcleo de Combate ao Crime Organizado e às Atividades Ilícitas Especializadas (NCCO), atualmente coordenado pelo Promotor de Justiça *Claudio Varela*. O GAECO continuará a ser supervisionado pela Subprocuradoria-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial.

A transformação do NCCO em GAECO seguiu recomendação do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça de serem instituídos, pelos Ministérios Públicos dos Estados, núcleos, grupos ou Promotorias de Justiça especializados na prevenção e repressão ao crime organizado e às atividades ilícitas especializadas. Foi considerada, portanto, a conveniência do alinhamento da nomenclatura do grupo especializado de combate ao crime organizado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro com outros grupos congêneres de ponta no cenário do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC).

O GAECO atuará, prioritariamente, na fase de investigação e de oferecimento de denúncia, cumprindo ao Promotor Natural oficiar na ação penal.

Ao GAECO incumbe participar de reuniões e encontros do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC) representando o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

DACAR-RJ intensifica combate a ilícitos civis e penais

A Divisão Anticartel e de Defesa da Ordem Econômica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (DACAR/RJ), criada pela Resolução nº 1.571 do Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, publicada no dia 8 de março, é o mais novo instrumento da Instituição para intensificar o combate ao crime organizado. Ela será dotada de um Laboratório de Combate aos Cartéis (LABANTICARTEL), nos moldes do setor semelhante implantado na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ).

A DACAR/RJ fará parte da estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça e será supervisionada pela Subprocuradoria-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial. Para o cargo de Coordenador, o Procurador-Geral de Justiça nomeou o Promotor de Justiça *Leandro Silva Navega*.

O ato do PGJ se baseia ainda em convênios celebrados entre o MPRJ e o Ministério da Justiça e entre o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos do Estado e da União (CNPG) com a Agência Nacional do Petróleo (ANP) visando à cooperação dos órgãos de controle no combate aos ilícitos civis e penais relacionados à produção, circulação, distribuição e á comercialização de combustíveis.

MPRJ inicia a segunda fase do projeto Gestão Estratégica

Em seis encontros a se realizarem entre março e maio, a Administração Superior vai apresentar projetos elaborados com base no Mapa Estratégico concluído em dezembro.

Essa nova fase do Gemperj consubstancia a execução das prioridades eleitas pela classe.

A Resolução nº 1.569, de 4 de março de 2010, do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, dispõe sobre a nova fase do Gemperj.

As primeiras reuniões de trabalho ocorreram nos dias 11 e 12 de março no Hotel Portobello Resort, em Mangaratiba, com a presença dos Promotores de Justiça em exercício nos órgãos de execução situados nos CRAAIs Angra dos Reis, Barra do Piraí e Volta Redonda e dos Promotores de Justiça Substitutos.

CNPG e Entidades Associativas dos MPs reúnem-se com parlamentares para discutir acompanhamento legislativo de matérias de interesse institucional

Membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro participaram de uma reunião nos dias 8 e 9 de março, em Brasília, na sede do Ministério

Público Militar. No encontro debateram, com demais entidades representativas do Ministério Público brasileiro, o acompanhamento das questões de interesse Institucional que tramitam no Congresso Nacional e no Conselho Nacional do Ministério Público.

O Procurador-Geral de Justiça *Cláudio Soares Lopes* esteve, ainda, reunido com o Presidente da Câmara Federal, *Michel Temer*, para buscar unidade e entendimento em relação ao acompanhamento legislativo dos assuntos de interesse do MP.

O PGJ se fez acompanhar dos Promotores de Justiça *Leonardo Marques* (Assessor para Assuntos Parlamentares do MPRJ), *Rodrigo Medina* (Coordenador do 4º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude) e *Murilo Bustamante* (Subcoordenador do 6º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Cidadania, do Consumidor e Proteção ao Meio Ambiente e Patrimônio Cultural).

Participaram de mesa de debates sobre o tema "Acompanhamento Legislativo e Defesa das Prerrogativas e Atribuições Institucionais do Ministério Público", o Procurador-Geral da República, *Roberto Gurgel*; o Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPG) e Procurador-Geral do Estado do Paraná, *Olympio de Sá Sotto Maior Neto*; e os seguintes Presidentes de Associações: *José Carlos Cosenzo*, da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP); *Antônio Carlos Bigonha*, da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR); *Fábio Leal Cardoso*, da Associação Nacional do Ministério Público do Trabalho (ANPT); e *Marcelo Weitzel Rabello de Souza*, da Associação Nacional do Ministério Público Militar (ANPM). O futuro Presidente do CONAMP, Promotor de Justiça do Estado do Pará, *César Bechara Nader Mattar Júnior*, também compareceu ao encontro.

Também participaram da reunião Parlamentares com carreira no Ministério Público, como o Senador *Demóstenes Torres* e os Deputados Federais *Ibsen Pinheiro, Antônio Carlos Biscaia, Carlos Sampaio, Vieira da Cunha* e *Dimas Ramalho*.

Eleição no CEPROJUS

1. Realizou-se, no dia 10 de março, a eleição para a escolha do Conselho Diretor, do Conselho Consultivo e do Conselho Fiscal (membros efetivos e suplentes) do Centro dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para o biênio 2010-2012.

2. Da Assembleia Ordinária então realizada na sede da entidade, situada na Av. Nilo Peçanha, 12, 7º andar, resultaram eleitos, em chapa única, os seguintes colegas:

Conselho Diretor

Presidente - Roberto Abranches

Vice-Presidente - Hugo Jerke

Diretor Primeiro Secretário - Marija Yrneh Rodrigues de Moura

Diretor Segundo Secretário - Maria do Carmo dos Santos Casa Nova

Diretor Primeiro Tesoureiro - Mary Virginia Northrup

Diretor Segundo Tesoureiro - Édila Davies de Moura

Diretor Social - Fátima Maria Ferreira Melo

Diretor Cultural - Leny Costa de Assis

Diretor de Relações Externas - Wilséa Gaspar Fernandes

Diretor de Turismo - Lilian Moreira Pinho

Conselho Consultivo

Francisco Habib Otoch *(Membro Nato)*

Atamir Quadros Mercês

Danilo Domingues de Carvalho

Francisco Massá Filho

Gerson Nicácio Garcia

Heloisa Maria Alcofra Miguel

Jarcléa Pereira Gomes

José Ivanir Gussem

Norton Esteves Pereira de Mattos

Paulo de Salles Guerra

Vanda Menezes Rocha

Conselho Fiscal

Efetivos

Adilse de Oliveira Ramos

Déa Araújo de Azeredo

Everardo Moreira Lima

Márcio Klang

Nader Couri Raad

Suplentes

Mauro Campello

Vera de Souza Leite

4. Cumpre assinalar que a eleição se deu por aclamação, nos termos do art. 13 do Regulamento Eleitoral, estando prevista a posse dos novos diretores para o dia 1º de abril.

MPRJ apoia luta do Estado contra a emenda Ibsen

O Procurador-Geral de Justiça do Estado, *Cláudio Soares Lopes*, representando o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, participou, no dia 13 de março, ao lado do Governador *Sérgio Cabral*, do encontro que discutiu as próximas ações contra a emenda *Ibsen Pinheiro*, que modifica os critérios de participação dos municípios do fundo proveniente dos royalties do petróleo, pondo em risco a situação orçamentária do Rio de Janeiro.

O PGJ fez questão de participar da reunião por considerar que todos os órgãos públicos fluminenses devem estar unidos nesse momento em prol do Estado. Também participaram do ato o Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador *Luiz Zveiter*; o Presidente da Assembleia Legislativa, *Jorge Picciani*; e o Prefeito do Rio de Janeiro, *Eduardo Paes*, entre outras autoridades.

Segundo o Governador do Estado, a emenda inviabiliza os Jogos Olímpicos e a Copa do Mundo, as prefeituras não funcionam e o Estado não terá verbas, pois as receitas ficarão comprometidas, não havendo recurso para dar continuidade a qualquer tipo de investimento.

O Estado, caso o projeto aprovado na Câmara Federal se transforme em lei, perderá cerca de R$ 5 bilhões.

O Governador afirmou que tal receita é essencial ao Estado, uma vez que 80% do pagamento de aposentados e pensionistas do Estado dependem dos royalties do petróleo.

No dia 17 de março, realizou-se ato público contra a emenda. O Governo do Estado está organizando a manifestação denominada "Contra a covardia, em defesa do Rio", que se dará por meio de uma caminhada, no Centro da Capital.

Projetos prioritários para o MP

O Grupo de Acompanhamento Legislativo, formado pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPG) e Associações Nacionais representativas dos Membros dos Ministérios Públicos Estadual, Federal e do Trabalho, reuniu-se, no dia 15 de março,

na sede da Procuradoria-Geral da República, em Brasília, para deliberar sobre temas de interesse institucional.

O CNPG foi representado, na reunião, pelo Assessor de Assuntos Parlamentares da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Promotor de Justiça *Leonardo Marques*, e pelo ex-Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais, *Jarbas Soares Júnior*.

Além do Promotor de Justiça *Leonardo Marques* e do Dr. *Jarbas Soares*, participaram da reunião os presidentes da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), *José Carlos Cosenzo*; da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), *Antonio Carlos Alpino Bigonha* e, representando a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e o Vice-Procurador-Geral do Trabalho, *Jeferson Luis Pereira Coelho*.

Inaugurada nova sede do Ministério Público em Campos dos Goytacazes

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro inaugurou, no dia 16 de março, a nova sede das Promotorias de Justiça e do Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional de Campos dos Goytacazes, dando continuidade ao processo de descentralização administrativa institucional. Além do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, estiveram presentes à cerimônia Membros do Ministério Público, representantes dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, da OAB e da sociedade civil.

O novo prédio, com 3.380,75 metros quadrados construídos em sete andares, abrigará 17 Promotorias de Justiça. O edifício terá, ainda, salas de apoio às Promotorias, salão, refeitório, sala de estar para autoridades e mais 1.390,75 metros quadrados de estacionamento, com espaço para 40 vagas. A edificação foi erguida em um terreno de 1.925,75 metros quadrados.

Usaram da palavra o Procurador-Geral *Cláudio Soares Lopes*, o Promotor de Justiça e Coordenador do CRAAI Campos de Goytacazes, *Luiz Cláudio Carvalho de Almeida*, e o Defensor Público *Tiago Abud Fonseca*.

Do Ministério Público, além do PGJ, compareceram à inauguração os Procuradores de Justiça *Levi de Azevedo Quaresma* e *José Aluízio de Arruda*, e os Promotores de Justiça *Guilherme Mattos de Schueler* (Coordenador da Movimentação dos Promotores de Justiça), *João Bernardo Rodrigues* (Assistente da Subprocuradoria Geral de Administração), *Marcelo Alvarenga Faria, Patrícia Monteiro Alves Moreira, Bruno Gaspar de Oliveira Corrêa, Marco Antônio Moraes Rezende, Patrícia Cesário de Faria Alvim, Mariana Vasconcelos Zampier* e *Olivia Motta Venâncio*.

Também prestigiaram a reunião *Eduardo dos Santos de Oliveira* (Procurador da República em Campos), *Paulo Assed Estefan* (Juiz e Diretor do Fórum de Campos dos Goytacazes), *José Batista Raimundo Moreira* (Defensor Público Geral

do Estado do Rio de Janeiro), *Filipe Franco Estefan* (Presidente da Subseccional da Ordem dos Advogados do Brasil em Campos do Goytacazes), *Rosinha Garotinho* (Prefeita de Campos dos Goytacazes) e *Nelson Nahim Matheus* (Presidente da Câmara Municipal de Campos dos Goytacazes), entre outras autoridades.

CRAAI Campos dos Goytacazes recebe o "Administração Presente"

Dando continuidade à segunda fase do projeto Administração Presente, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, visitou, no dia 16 de março, o Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) de Campos dos Goytacazes. Esta foi a segunda de uma série de 14 visitas da Administração Superior aos CRAAIS para verificar melhorias feitas a partir da atuação do Grupo de Trabalho e receber sugestões e demandas dos Promotores de Justiça.

Acompanhado pelos Promotores *João Bernardo de Oliveira Rodrigues*, Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração e *Guilherme Mattos de Schueler*, Coordenador de Movimentação de Promotores, o PGJ destacou a importância de aproximar a Administração Superior dos órgãos de execução do interior. "Considero salutar e proveitoso o encontro com os membros do MP da região, objetivando discutir questões administrativas e institucionais relevantes, especialmente nesse dia de festa, no qual inauguramos belíssima sede que atenderá aos Promotores, aos servidores e à população", afirmou o Procurador-Geral de Justiça.

Procurador-Geral reúne-se com Presidente do TJ para tratar de temas da Infância e da Juventude e da área Criminal

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, e a Procuradora de Justiça *Ida Maria Moulin Aledi Monteiro*, Chefe da Assessoria de Proteção Integral à Infância e Juventude do MPRJ, reuniram-se, no dia 24 de março, com o Presidente do Tribunal de Justiça, *Luiz Zveiter*, para debater temas relacionados ao setor da Infância e Juventude. O encontro abordou, ainda, assuntos referentes à área Criminal.

O Coordenador de Integração e Articulação Institucional (CIAI) do MPRJ, Promotor de Justiça *Sávio Bittencourt*, e o Coordenador do 4º Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e Juventude (4º CAO), Promotor de Justiça *Rodrigo Cézar Medina da Cunha*, acompanharam o PGJ na reunião. O Conselheiro do CNJ *Paulo de Tarso Tamburini Souza* e a Coordenadora da Co-

missão Estadual de Adoção do Rio de Janeiro, Desembargadora *Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães Pena*, também participaram do encontro.

Em pauta, esteve a possibilidade de Promotores de Justiça do Rio de Janeiro municiarem o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescente Acolhidos (CNCA), que é um banco de dados sobre crianças e adolescentes em abrigos alimentado por Magistrados. O CNCA foi criado com base no Módulo Criança e Adolescente (MCA), do MPRJ, um projeto pioneiro no País quando se trata de crianças abrigadas.

O Ministério Público gostaria de ter acesso ao cadastro do CNJ.

Para agilizar e facilitar o processo de inclusão de dados e trabalho em conjunto do MPRJ com o CNJ, o Conselheiro *Paulo de Tarso Tamburini Souza* sugeriu que técnicos dos dois órgãos se reunissem para desenvolver ferramentas que possibilitem o acesso dos Promotores de Justiça ao CNCA.

Na área Criminal, *Cláudio Soares Lopes* solicitou ao Presidente do TJ que analise, com atenção, o Aviso CGJ nº 165/2010 da Corregedoria-Geral de Justiça que exige a inclusão do RG, CPF ou CNPJ do acusado para a distribuição dos processos.

Também participaram do encontro de trabalho o Presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio (AMAERJ), Desembargador *Antonio Siqueira*; o Juiz Dirigente do 2º NUR, *Antônio Augusto de Toledo Gaspar*; e os Juízes Auxiliares da Presidência do TJ, *Fábio Porto, Andréa Quintela e Gilberto Abdelhay*.

"Administração Presente" chega ao CRAAI Volta Redonda

Depois de passar pelas sedes do Ministério Público em Barra do Piraí e Campos dos Goytacazes, no dia 24 de março, o grupo "Administração Presente" visitou o Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Volta Redonda, acompanhado do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*.

A comitiva foi composta, ainda, pelos Promotores de Justiça *João Bernardo de Oliveira Rodrigues*, Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, e *Guilherme Mattos de Schueler*, Coordenador de Movimentação de Promotores. O PGJ vistoriou as melhorias efetuadas a partir da atuação do Grupo de Trabalho criado em fevereiro de 2009 e recebeu novas demandas dos membros do MP.

Esta foi a terceira de uma série de 14 visitas da Administração Superior aos CRAAIs. Além dos representantes da Administração Superior, a reunião teve a participação da Coordenadora do CRAAI Volta Redonda, Promotora de Justiça *Karina Rachel Tavares Santos*, e de outros 18 Promotores de Justiça que

atuam nas Comarcas de Volta Redonda, Barra Mansa, Itatiaia, Pinheiral, Porto Real/Quatis, Resende e Rio Claro.

No encontro em questão, estiveram presentes os Promotores de Justiça *Ana Paula Lopes Perdigão de Amorim Moura, Ana Paula Corrêa Esteves, Luciana Cristina Buarque de Tavares, Fátima Lourdes Cunha Martins, Fabíola de Oliveira Lima Canabarro, Anna Carolina Mattoso Soares, Ana Carolina Barros do Amaral Cavalcante, Maria da Glória Barboza Silva, Luciane Tesch de Abreu, Luciana Pereira Grumbach Carvalho, Luciano Arbex Sarkis, Paula Marques de Oliveira, Andréa da Silva Araújo, Flávia Beiriz Brandão de Azevedo , Aline Palhano Rocha, Flávia da Silva Marcondes, Paulo Leal Medeiros Moreira* e *Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira.*

O MPRJ na Eleição 2010

Promotores de Justiça com atribuição na Fiscalização da Propaganda Eleitoral reuniram-se, no dia 26 de março, com a Procuradora Regional Eleitoral no Estado do Rio de Janeiro, *Silvana Batini Cesar Góes*, e outros Procuradores Regionais da República para discutir formas de cooperação nas eleições deste ano.

O "I Encontro de Trabalho entre a Procuradoria Regional Eleitoral e as Promotorias Eleitorais da Fiscalização da Propaganda - Eleições 2010" foi realizado no Edifício Sede das Procuradorias de Justiça. Na mesa de abertura, representando o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, sublinhou a necessidade de atuar em prol da unidade institucional, sem prejuízo da independência funcional.

Carlos Roberto de Castro Jatahy lembrou que este foi um dos principais pontos abordados pelo Planejamento Estratégico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

O Coordenador do 5º Centro de Apoio Operacional (CAO) das Promotorias Eleitorais, Procurador de Justiça *Marcos Ramayana Blum de Moraes*, disse que na Eleição 2010 o entrosamento do Ministério Público "é de salutar importância". "Esta parceria é muito importante para o combate eficiente aos casos de captação ilícita de sufrágio, abuso de poder, propaganda eleitoral irregular e outras condutas vedadas".

Também participaram do encontro a Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos (Cejur) do MPRJ, Procuradora de Justiça *Maria Cristina dos Anjos Tellechea*, o Procurador Regional Eleitoral Substituto, *Daniel Sarmento*, e os Procuradores Regionais da República *Mônica Campos de Ré* e *Nívio de Freitas.*

Procurador-Geral de Justiça assina com Suderj e diário "Lance!" adesão à campanha nacional contra a corrupção

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, assinou, no dia 29 de março, com a Superintendência de Desportos do Estado do Rio (SUDERJ) e o diário *"Lance!"*, um termo de cooperação e adesão à campanha nacional "O que você tem a ver com a corrupção?". O projeto visa a despertar a consciência da sociedade, em especial crianças e adolescentes, a combater a impunidade e disseminar uma cultura de valores e princípios éticos.

Pelo acordo firmado com o Coordenador Nacional da campanha, *Sérgio Dário Machado*, o jornal esportivo e a Suderj se comprometem a divulgar a campanha, ao longo de 24 meses, em eventos, iniciativas sociais e em seus respectivos sites. O veículo de imprensa se comprometeu, ainda, a veicular a campanha em suas edições diárias e em placas publicitárias. Já a Suderj fará a divulgação durante jogos oficiais e amistosos, por meio de placas publicitárias e de vídeos exibidos no placar eletrônico do Maracanã.

A nacionalização do projeto foi uma iniciativa da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPG). Este último órgão foi representado na reunião pelo Procurador-Geral de Justiça do Rio, que é Vice-Presidente para a Região Sudeste do CNPG.

Coordenador Estadual da Campanha, o Promotor de Justiça do MPRJ *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva*, também comemorou a iniciativa.

No dia 25 de março, Coordenadores de 24 Estados reunidos em Vitória (ES), deliberaram 19 pontos a serem priorizados pela campanha.

O termo de adesão foi assinado pelo presidente da SUDERJ, *Sávio Franco Santos Júnior*, e pelo Procurador do *"Lance!"*, *Carlos Pinheiro da Silva*. A assessora jurídica chefe da SUDERJ, *Allana Pereira*, também acompanhou o ato.

Atuação Integrada do MP

Ao presidir, no dia 29 de março, a reunião de trabalho com os Procuradores de Justiça que serão nomeados Coordenadores do Grupo Especial de Atuação Integrada Regional, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, enfatizou como deverá ser a forma de atuação de cada um deles junto aos Promotores de Justiça.

O Procurador-Geral de Justiça ressaltou que a interlocução entre os Membros dos dois graus de atuação respeitará a independência funcional e reforçará a unidade institucional. Ele lembrou que, nas 11 reuniões do projeto

"Gestão Estratégica", a classe pediu mais integração entre as Promotorias e Procuradorias de Justiça.

O Coordenador do Grupo Especial de Atuação Integrada Regional, Procurador de Justiça *Marcos André Chut*, lembrou que as reuniões dar-se-ão por convite e não por convocação.

O Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, *Astério Pereira dos Santos*, afirmou que, "Todo mundo vai ter chance de dizer o que pensa. Só o fato de reunir os membros do MP já será muito importante".

Paulo Rangel é o primeiro Promotor de Justiça empossado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio

O Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro *Paulo Sergio Rangel do Nascimento* tomou posse, no dia 30 de março, como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Titular da 2ª Promotoria de Justiça Junto ao II Tribunal do Júri da Capital desde março de 1993, ele vai atuar na 3ª Câmara Criminal, em vaga decorrente da aposentadoria do Desembargador *Ângelo Moreira Glioche*. Ele é o primeiro Promotor de Justiça a ingressar no 2º Grau da Magistratura fluminense.

A indicação do Promotor de Justiça foi oficializada por decreto do governador *Sérgio Cabral Filho*, publicado no Diário Oficial. O nome dele foi escolhido com base em lista tríplice encaminhada ontem pelo Tribunal Pleno para o preenchimento de vaga do quinto constitucional destinada a Membros do MP. Na véspera, *Sérgio Cabral Filho* cumprimentou pessoalmente *Paulo Sergio Rangel do Nascimento* e o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, durante audiência no Palácio das Laranjeiras.

"O Ministério Público rompeu uma barreira que até então parecia intransponível. O Conselho Superior, pensando na Instituição, aprovou uma lista sêxtupla com quatro Procuradores de Justiça e dois Promotores de Justiça, entre os quais eu estava incluído. Depois entrei na lista tríplice, fui nomeado e tomei posse. É um marco na história do Tribunal e do MP", destacou *Paulo Sergio Rangel do Nascimento*.

"Pretendo afirmar uma visão institucional do MP na magistratura, mantendo a independência que a magistratura deve ter", acrescenta *Paulo Sergio Rangel do Nascimento*.

O ato de posse no TJRJ foi realizado pelo presidente do TJRJ, *Luiz Zveiter*. Na reunião, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi representado pelo Procurador de Justiça *Pedro Elias Erthal Sanglard*. Houve, ainda, uma cerimônia solene realizada no Órgão Especial no dia 5 de março, às 17h.

Paulo Sergio Rangel do Nascimento é Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes e Doutor em Direito pela UFPR. Ele é ainda autor de quatro livros: "Direito Processual Penal", "Investigação Criminal Direta pelo MP: Visão Crítica"; "Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Dogmática" e "Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas".

A inclusão do Promotor de Justiça na lista sêxtupla encaminhada ao TJRJ, destinada ao provimento de um cargo de Desembargador, nos termos do artigo 94, caput, da Constituição, foi deliberada pelo Conselho Superior do Ministério Público em sua 12.ª Sessão Ordinária, realizada em nove de dezembro do ano que passou.

Na ocasião, a lista era composta ainda pelos Procuradores de Justiça *Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira, Laise Ellen Silva Macedo, Marcelo Lima Buhatem* e *Mônica de Faria Sardas* e pelo Promotor de Justiça *Bruno Ferolla.*

Durante a votação, o Procurador-Geral de Justiça disse aos Conselheiros que era plenamente favorável à indicação de Promotores de Justiça para a composição da lista sêxtupla, "pois se eles podem concorrer ao cargo de Procurador-Geral e chefiar a Instituição, por que não poderiam ser Desembargador?". *Cláudio Soares Lopes* acrescentou que a pretensão dos Promotores de Justiça candidatos à lista é constitucional e legítima.

Integraram, também a lista tríplice encaminhada ao Governador, além de *Paulo Sergio Rangel do Nascimento,* as Procuradoras de Justiça *Mônica de Faria Sardas* e *Laise Ellen Silva Macedo.*

"Administração Presente " retorna ao CRAAI Itaperuna

O projeto Administração Presente retornou, no dia 30 de março, ao Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) Itaperuna. No encontro, que reuniu Promotores de Justiça de oito Comarcas, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes,* pôde verificar *in loco* as melhorias estruturais efetuadas nos órgãos de execução e aferir novas demandas a serem resolvidas.

No encontro do dia 30 de março, estiveram presentes os Promotores de Justiça que atuam nas Comarcas de Bom Jesus do Itabapoana, Italva/Cardoso Moreira, Itaocara, Itaperuna, Laje do Murié, Miracema, Natividade e Santo Antonio de Pádua.

Durante as atividades do dia, *Cláudio Soares Lopes* esteve acompanhado pelo Procurador de Justiça *José Aluízio de Arruda,* do Grupo Especial de Atuação Integrada Regional, responsável pelas áreas dos CRAAIs Itaperuna e Campos, e pelos Promotores de Justiça *Eduardo Luiz Rolins de Faria,* Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração, e *Guilherme Mattos de Schueler,* Coordenador de Movimentação dos Promotores de Justiça.

Além dos Membros da Administração Superior, participaram do encontro o Coordenador do CRAAI Itaperuna, Promotor de Justiça *Leonardo Monteiro Vieira*, e os Promotores de Justiça *Cristiana Cavalcante Benites, Carolina Naciff de Andrade, Carlos Felipe Felix Ventura Lopes, Rosani Blanco Pinheiro, Márcio Ferreira Fernandes, Rochester Machado Piredda, Thaísa Terra Meireles* e *Waldemiro José Trócilo Júnior*.

Esta foi a quarta de uma série de 14 visitas da Administração Superior aos CRAAIs, como parte da segunda etapa do projeto, na qual o Procurador-Geral vistoria as mudanças efetuadas a partir da primeira fase.

Ouvidoria Itinerante visita a comunidade do Chapéu-Mangueira

A Ouvidoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro levou, no dia 30 de março, o projeto "Ouvidoria Itinerante" às comunidades do Chapéu Mangueira e Babilônia, no Leme, para conhecer as demandas dos moradores. A iniciativa tem como objetivo facilitar o acesso da população ao MP e estreitar o contato com a sociedade.

Durante o evento, os moradores puderam fazer reclamações e pedir esclarecimentos sobre seus direitos, bem como conhecer de perto o trabalho realizado pela Instituição em defesa da cidadania. O projeto contou com a presença do Ouvidor-Geral do MP Promotor de Justiça *Gianfilippo de Miranda Pianezzola*, da Promotora *Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos*, titular da 1ª Promotoria da Infância e da Juventude da Capital, e do Promotor *Carlos Andresano Moreira*, titular da 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital.

Após conversarem com os moradores, eles acompanharam o Ouvidor-Geral em uma visita pelas ruas da comunidade e puderam observar problemas de infra-estrutura no local.

Na ocasião foram feitas diversas reclamações, envolvendo a Polícia Pacificadora da região, a rede elétrica, a coleta de lixo na comunidade, ausência de transporte público, bem como da falta de programas de assistência à criança e ao adolescente; todos serão encaminhados às autoridades competentes.

Nova Procuradora de Justiça

No período compreendido entre 1º de janeiro e 31 de março de 2010, houve a promoção ao cargo de Procurador de Justiça na carreira do Ministério Público da seguinte colega:

Mona Nassaro

Vitaliciamentos

No período compreendido entre 1° de janeiro e 31 de março de 2010, foram vitaliciados na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Alan Ribeiro de Oliveira

Anna Gabriella Ribeiro de Carvalho Gama

Carlos Gilberto Magalhães

Claudia Sobrino Porto Virgolino

Diego Abreu dos Santos Flores da Silva

Érika Prado Alves

Gabriela Brandt de Oliveira

Glícia Pessanha Viana Crispim

Helena Rohen Leite

José Carlos Gouvêa Barbosa

Juliana Gomes Viana

Márcia de Oliveira Pacheco

Olimpia Maria Lupi da Rosa Santos

Philipe Mello Figueiredo

Renata Gosende Simão Barroso Fernandes Fulks

Renata Vianna Soares Magnus

Roberta Maristela Rocha dos Anjos

Aposentadorias

No período compreendido entre 1° de janeiro e 31 de março de 2010, aposentaram-se na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Afrânio Silva Jardim

Cristiano Cullen de Sampaio Vianna

Exoneração

No período compreendido entre 1º de janeiro e 31 de março de 2010, foi exonerado, a pedido, da carreira do Ministério Público o seguinte colega:

Paulo Sérgio Rangel do Nascimento

Falecimentos

A Direção da Revista do Ministério Público/RJ cumpre o doloroso dever de registrar, durante o período de 1º de janeiro a 31 de março de 2010, o falecimento dos seguintes colegas:

Antonio Carlos da Fonseca Passos

Jocymar Dias de Azevedo

René de Souza Coelho

Ministro do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

(Em 31.03.2010)

Hamilton Carvalhido

Desembargadores do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

(Em 31.03.2010)

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

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