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. 31 jan./mar. 2009

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

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. 31 jan. /mar. 2009

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

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. Almirante Barroso, 90 - 4º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20031-909, 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 31.03.2009)

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Cláudio Soares Lopes

Subprocurador-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
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva

Secretário-Geral do Ministério Público
José Augusto Guimarães

Nota: Dados colhidos no *Diário Oficial* em 31-03-2009.

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça (Em 31.03.2009)

CLÁUDIO SOARES LOPES
Presidente

CEZAR ROMERO DE OLIVEIRA SOARES
Corregedor-Geral

Membros natos

Cezar Romero de Oliveira Soares
Carlos Antonio da Silva Navega
João Baptista Lopes de Assis Filho
Renato Pereira França
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

José Roberto Paredes
Márcia Álvares Pires Rodrigues
Karla Maria da Cruz Carvalho
Marcos André Chut
Maurício Assayag
Rogério Carlos Scantamburlo
Nilo Augusto Francisco Suassuna
Luiz Fabião Guasque
Luís Roberto Saraiva Salgado
Maria da Conceição Lopes de Sousa Santos

Conselho Superior do Ministério Público (Em 31.03.2009)

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

José Maria Leoni Lopes de Oliveira
Diretor-Presidente

Centro dos Procuradores de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro

Roberto Abranches
Presidente

Cooperativa de Crédito Mútuo dos Integrantes do
Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Presidente

Nota: Composição das entidades em 31.03.2009.

SUMÁRIO

DOUTRINA

Alexander Araujo de Souza — Lineamentos sobre o abuso do direito 3

Arnoldo Wald — O PAC e a ousadia de inovar 25

Áurea Pimentel Pereira — O regime das penas nos crimes hediondos 29

Damásio de Jesus — Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso 33

Décio Alonso Gomes — Confrontação do depoimento com redução de danos (abordagem desde uma perspectiva criminal) 35

Fernando Tourinho Filho — O questionário no plenário do júri 53

Jorge Lobo — Princípios de Governança Corporativa 67

Jorge Miranda — A Constituição e a Democracia Portuguesa 87

Lair Amaro dos Santos Faria — Percalços e sucessos na vida dos promotores públicos nas comarcas do Estado no fim do século XIX (*Pro memoria*) 99

Marcos Ramayana Blum de Moraes — Recentes mudanças no rito dos crimes eleitorais 105

PARECERES E RAZÕES

— *Habeas corpus*. Persecução direta pelo Ministério Público. Prisão temporária. Análise da necessidade cautelar e posicionamento dos tribunais superiores. (**Astério Pereira dos Santos**) 115

— E.C.A. *Error in procedendo*. Nulidade do feito. Pedido de aplicação de medida protetiva formulado pelo Ministério Público ao juízo da Infância e Juventude. Inobservância do devido processo legal. Inexistência de exercício de função jurisdicional. Aplicação de medida protetiva. Função do Conselho Tutelar. Princípio da Eventualidade. Reforma da sentença extinguindo-se o processo sem exame do mérito por inépcia da inicial. (**Carla Carvalho Leite**) 123

— Investigação criminal direta. Preclusão da prova oral defensiva. Prisão domiciliar. Duração razoável do processo. (**Décio Alonso Gomes**) 135

— Embargos infringentes na ação rescisória. Violação a dispositivo de lei. Art. 20 § 4º do CPC. Interesse e legitimidade do procurador em rescisória ajuizada contra o cliente e seus advogados, credores de verba subumbencial. Descabimento da rescisão, que não se confunde com a revisão do julgado. (**Heloisa Carpena**) 149

— Ação de investigação de paternidade. Exame hematológico (DNA). Não constitui constrangimento ilegal a realização da perícia que exige a colaboração da parte para a retirada, levada a efeito por médico, do seu sangue. Prova de natureza científica que não atenta contra a moral ou os bons costumes. Recusa injustificada que se traduz em abuso de direito. Legitimidade de condução coercitiva do investigado para que seja compelido a fornecer o material necessário para a efetivação da perícia médica. (**Mateus Picanço de Lemos Pinaud**) 157

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

— **Habeas corpus.** ***Alegação de constrangimento ilegal decorrente da admissibilidade e do julgamento de recurso especial interposto pelo Ministério Público. Condenação em primeira instância e absolvição na segunda. Recurso especial que teve por objetivo restaurar a sentença condenatória.***
Superada a decisão condenatória com a qual assentiu, recobra o Ministério Público legitimidade para o recurso cabível. Inexistência de constrangimento ilegal.
***Habeas corpus* indeferido.**
(*Habeas corpus* 85.526 — RJ, PrimeiraTurma, *RTJ* 198, pp. 1076/1078) 167

— **Habeas corpus.** ***Alegação de inexistência de justa causa para a ação penal. Denúncia baseada apenas no registro de ocorrência feito pela***

vítima. Crime de ameaça. Importância da palavra da vítima. Juizados Especiais Criminais.
Apesar de lastreada apenas no Registro de Ocorrência, a denúncia preenche os requisitos minimamente necessários a dar início à persecução penal, portando consigo elementos suficientes para que o acusado conheça o fato que lhe é imputado e possa dele se defender.
Nos crimes de ameaça, a palavra da vítima se reveste de importância para a formação dos indícios de autoria, capazes de deflagrar a ação penal.
Nos juizados especiais criminais, a acusação pode ser oferecida exclusivamente com base no Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO, dispensando-se o próprio inquérito policial. Daí se mostrar prematuro o trancamento da ação penal.
***Habeas corpus* indeferido.**
(*Habeas corpus* 85.803 — RJ, Primeira Turma, *RTJ* 199, pp. 318/324) 171

Jurisprudência Cível

— Constitucional. Conflito negativo de atribuições. Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual Representação destinada à apuração de supostas irregularidades na privatização do sistema de transporte ferroviário nacional. Incompetência do Supremo Tribunal Federal.
De acordo com a letra *d* do inciso I do art. 105 da Magna Carta, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os conflitos entre juízes vinculados a tribunais diversos.
No caso, transparece um virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do *Parquet* ora em divergência. Tal situação impõe uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional acima referido, de sorte a fixar a competência daquela Corte Superior para solucionar o dissenso instaurado nos presentes autos. Precedente: Pet 1.503, Relator Ministro Maurício Corrêa.
Conflito de atribuições não conhecido.
(Ação Cível Originária 756 — SP, Tribunal Pleno, *RTJ* 197, pp. 727/733) 179

— Constitucional Atendimento em creche e pré-escola.
I — Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela Administração Pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.

II — Agravo não provido.
(Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 463.210 – SP, Segunda Turma, *RTJ* 197, pp. 1054/1058) 187

— *Aposentadoria — Regência*. A aposentadoria é regida pelas normas constitucionais e legais em vigor na data em que implementadas as condições pelo servidor — Verbete n. 359 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
***Aposentadoria em cargo civil — Militar reformado*. A Constituição Federal de 1967 bem como a de 1988, na redação primitiva, anterior à Emenda Constitucional n. 20/98, não obstaculizavam o retorno do militar reformado ao serviço público e posterior aposentadoria no cargo civil, acumulando as vantagens respectivas.**
(Mandado de Segurança 24.958 – DF, Sessão Plenária, *RTJ* 198, pp. 154/162) 193

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

— Ementa: Recurso especial. Penal. Crime contra o meio ambiente. Prescrição. Falsidade ideológica. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade.
1. O princípio da consunção pode ser aplicado quando um delito mais leve serve como fase preparatória ou de execução para um crime mais grave, restando absorvido por este, sendo incabível, reconhecer a absorção de crime mais grave pelo mais leve, para declarar a prescrição.
2. Recurso provido.
(Recurso Especial n. 746.765 – PA, Registro n. 2005/0072040-3, Quinta Turma, *RSTJ* 200, pp. 509/512, *DJ* 19.12.2005) 203

— Ementa: Recurso em **habeas corpus**. Penal. Art. 241. Internet. Sala de bate papo. Sigilo das comunicações. Inviabilidade. Trancamento do inquérito policial. Necessidade de exame aprofundado do conjunto probatório. Inadequação da via eleita.
1. A conversa realizada em "sala de bate papo" da internet, não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais.
2. O trancamento do inquérito policial em sede de recurso em **habeas corpus** é medida excepcional, somente admitida quando constatada, **prima facie**, a atipicidade da conduta ou a negativa de autoria.

3. Recurso que se nega provimento, com a recomendação de que o juízo monocrático determine a realização imediata da perícia requerida pelo *Parquet* nos autos, sob pena de trancamento da ação penal.
(Recurso em *Habeas Corpus* n. 18.116 – SP, Registro n. 2005/0120859-5, Sexta Turma, *RSTJ* 201, pp. 636/639, *DJ* 06.03.2006) 207

Jurisprudência Cível

— EMENTA: Recurso especial. Ação civil pública. Contrato para realização de serviços técnicos especializados, mas não singulares. Escritório de advocacia. Licitação. Dispensa.
1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/1993, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.
2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.
3. Recurso especial não provido.
(Recurso Especial n. 436.869 – SP, Registro n. 2002/0054493-7, Segunda Turma, *RSTJ* 202, pp. 213/219, *DJ* 1°.02.2006) 211

— EMENTA: Civil. Alimentos. Responsabilidade dos avós. Obrigação complementar e sucessiva. Litisconsórcio. Solidariedade. Ausência.
1. A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que "sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos".
2. O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras.
3. Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no pólo passivo da demanda.

4. Recurso especial conhecido e provido.
(Recurso Especial n. 658.139 – RS, Registro n. 2004/0063876-0, Quarta Turma, *RSTJ* 201, pp. 474/482, *DJ* 13.03.2006) 217

— EMENTA: Direito Civil e Processual Civil. Separação judicial. Litigiosidade. Revelia. Instrução do processo.
Deixando o réu de apresentar contestação ao pedido de separação judicial de cunho litigioso a envolver interesse de menores, filhos do casal, não pode o juiz simplesmente decretar a pena da confissão ficta.
As ações de separação judicial, nas quais o debate cinge-se ao âmbito do casal separando, tratam de direitos transigíveis.
As conseqüências da separação judicial com pedido de decretação de culpa, em especial aquelas a envolver os interesses dos filhos do casal, ainda menores, sobrepõem-se, necessariamente, à disponibilidade dos direitos restritos à esfera dos cônjuges, e não permitem que os graves efeitos da revelia preponderem ante a imprescindibilidade da instrução processual.
Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
(Recurso Especial n. 686.978 – RS, Registro n. 2004/0116174-4, Terceira Turma, *RSTJ* 202, pp. 282/286, *DJ* 13.02.2006) 225

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Investigação direta pelo Ministério Público (**José Barcelos de Souza**) 231

RELÍQUIAS DO JÚRI

O minuto que absolveu a ré! (**Antonio Augusto Dunshee de Abranches**) 245

NOTICIÁRIO

— A RMP passa a ser trimestral 251
— Posse na Amperj 251
— Solenidade de Posse do Procurador-Geral de Justiça 253

— Professor Carvalho representará o MP no RIOPREVIDÊNCIA 262
— Procurador-Geral de Justiça participa de reunião do CNPG 262
— PGJ destaca participação do MP em Mutirão Carcerário 262
— Secretário Nacional de Justiça visita sede do MP 263
— Chefe do *Parquet* fluminense discursa na posse do novo presidente do TJ 264
— "Administração Presente" inicia trabalho para melhorar os órgãos de execução 266
— Operação "choque de ordem" e o MP 266
— Cláudio Soares Lopes recebe dirigentes do Centro dos Procuradores de Justiça 267
— PGJ participa de encontro na Secretaria de Fazenda com integrantes da COESF 267
— Senador Demóstenes Torres visita o MP 268
— Reunião dos Procuradores-Gerais do Rio e de São Paulo 268
— Novos integrantes do Conselho Superior do MP tomam posse 268
— Nelson Pecegueiro do Amaral (*honoris causa*) 273
— Os fundadores da Revista de Direito (memória do MP) 274
— Ministro Hamilton Carvalhido visita a RMP 275
— Homenagem ao Ministro Hamilton Carvalhido 276
— MP e Polícia Civil vão rever inquéritos antigos 284
— PGJ participa da posse do novo Corregedor do TRE-RJ 285
— PF se põe à disposição do MP para combater o crime organizado 285
— PGJ e Presidente do TJRJ discutem estratégias para área da Infância e Juventude 286
— PGJ se reúne com Procurador-Geral da República para tratar da investigação direta pelo MP 286
— MP transfere Promotorias Criminais e de Investigação Penal de Campo Grande 287
— Operação Contramão 287
— Ato de Desagravo ao Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro (*Pro memoria*) 288
— MP e Secretaria de Segurança fazem parceria para o setor de inteligência 294
— Ministro do Meio Ambiente elogia Promotora pela luta ambiental ... 295

— Núcleo de Combate ao Crime Organizado do MP inicia atividades 295
— Projeto Grão 296
— MP e Embaixada dos EUA iniciam curso para combater crimes cibernéticos 296
— MP e TJ fortalecem entrosamento 297
— MP Comunitário vai atuar em comunidades ocupadas por policiais 297
— Procurador-Geral visita Promotorias de Barra do Piraí, Valença e Vassouras 297
— Projeto MP Comunitário 298
— Subprocurador-Geral de Planejamento Institucional visita MP gaúcho 298
— MP firma parceria com CREMERJ 299
— Procurador-Geral recebe Vice-Presidente do TJ 299
— Transmissão ao vivo das sessões dos Órgãos Colegiados 300
— Centro de Memória 300
— Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Terceiro Setor acompanha visita de Presidente do STF a mutirão em Presídio Feminino 301
— PGJ visita CRAAI de Angra dos Reis 301
— Reunião entre o MP e a Secretaria de Saúde 302
— Descentralização da Justiça da Infância e da Juventude na Comarca da Capital 302
— PGJ participa de reunião com Comissão de Combate à Intolerância Religiosa 302
— "Administração Presente" visita o CRAAI de São Gonçalo 303
— MP participa do lançamento da cartilha anticorrupção 304
— 3º Congresso Virtual Nacional do MP 304
— MP debate mudanças no CPP 305
— MP participa do Projeto "Justiça em Ação" no Dona Marta 306
— Corregedoria-Geral de Justiça 306
— PGJ reúne-se com o Prefeito de Niterói 307
— Cláudio Soares Lopes e "Administração Presente" em Niterói 307
— Ouvidoria promove curso de aperfeiçoamento em Língua Portuguesa para Funcionários 307

— MP é elogiado na entrega do "Prêmio Faz Diferença" 308
— Cláudio Soares Lopes faz abertura de encontro do GNCOC na Paraíba 308
— Eleições no MP 309
— Novos Procuradores de Justiça 310
— Aposentadorias 311
— Falecimentos 311
— Integrante do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro 312
— Integrantes do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro 312

DOUTRINA

LINEAMENTOS SOBRE O ABUSO DO DIREITO

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA *

SUMÁRIO: 1. Justiça, moralidade e abuso do direito. 2. O abuso do direito. Evolução histórica. Dados do direito estrangeiro. 3. A caracterização do abuso do direito segundo o novo Código Civil brasileiro. 4. Conclusões.

1. JUSTIÇA, MORALIDADE E ABUSO DO DIREITO

A natureza humana, moldada pela razão, repudia atitudes excessivas, descomedimentos, exageros, abusos. É intuitivo, por exemplo, que sons emitidos em decibéis incompatíveis com o ouvido humano, ainda ao sintonizarem a mais bela das melodias, parecerão desagradáveis e nocivos. As sensações térmicas de calor, ou mesmo de sua ausência, quando exageradas, ter-se-ão por incômodas. O mais delicioso vinho, se degustado imoderadamente, tornar-se-á prejudicial à saúde[1]. Mesmo a água, bem por demais precioso, se advinda de excesso impiedoso de chuvas, causará estragos de monta. Tais noções sobre limitações chegam a ser intuitivas, tendo sido percebidas pelo homem desde a mais remota antiguidade[2]. Mas também no campo das relações intersubjetivas, notadamente no que toca às noções de direito e de justiça, isto pode verificar-se.

---

* Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. Mestre em direito processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de direito processual penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

1. Semelhante exemplo é fornecido por Chaïm Perelman: "Um exemplo singelo se refere ao uso ou abuso da alimentação: é bom alimentar-se, mas o uso da alimentação, ou o de medicamentos, a partir de quando prejudique a saúde, é qualificado de desarrazoado, portanto, de abusivo" (*Ética e direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 682).
2. Na China, por volta do século XII a.C., já se podia ler no *I Ching*, o Livro das Mutações: "Limitações são penosas, mas eficazes. Vivendo de modo econômico em épocas normais, o homem está preparado para os períodos de carência. Sendo comedido ele evita humilhações. Limitações são também indispensáveis para a ordenação das circunstâncias do mundo. A natureza tem limites fixos para o verão e para o inverno, para o dia e a noite, e são esses limites que dão sentido ao ano. Do mesmo modo a economia, ao fixar limites precisos para as despesas, garante a preservação dos

Na antiguidade grega, em meados do século VIII a.C., o poeta HESÍODO já afirmava que o descomedimento e a violência se mostravam contrários à concepção que se tinha sobre justiça[3]. Ainda entre os helênicos, ARISTÓTELES (384-322 a.C.) sustentava que a justiça implicava ideia de proporção, sendo o injusto desproporcional[4]. Na Roma dos Césares, tornou-se célebre o provérbio utilizado pelo jurisconsulto CÍCERO: *summum ius summa iniuria*[5]. Durante a Idade Média, SÃO TOMÁS DE AQUINO, seguidor das diretivas aristotélicas[6], referia-se ao direito como o justo meio-termo, o qual "se encontrava 'nas coisas', no real externo (*medium in re*)"[7].

A justiça é uma das noções mais prestigiosas do universo espiritual. Seja-se conservador ou revolucionário, religioso ou incrédulo, todos invocam a justiça, seja para proteger a ordem estabelecida, ou mesmo para justificar as reviravoltas políticas. Neste sentido, o ideal, o sentimento de justiça, sem dúvida, é um valor universal[8]. Modernamente, contudo, quando se passa ao plano das definições, inúmeras vozes têm asseverado que as concepções sobre a justiça são mutáveis no tempo e diante das variadas formas de organização social[9]. Não obstante, quem se debruce sobre a fixação do conceito de justiça, – sob o aspecto

---

bens, evitando que as pessoas sofram prejuízos. Mas as limitações devem ser aplicadas de forma equilibrada. Se um homem tenta impor restrições muito amargas à sua própria natureza, isso lhe será prejudicial. Se ele exagera ao impor limites aos outros, eles se rebelarão. Portanto, é necessário fixar limites até mesmo às limitações" (Richard Wilhelm, *I Ching. O Livro das Mutações*. São Paulo, Pensamento, 2000, p. 182).

---

3. Na célebre obra *Os trabalhos e os dias*, o poeta Hesíodo deixou consignado: "(...) *O Perse, tali cose nel cuore riponi e ascolta giustizia, e violenza dimentica. Tale è la legge che agli uomini impose il figlio di Crono: ai pesci e alle fiere e agli uccelli alati di mangiarsi fra loro, perché fra loro giustizia non c'è; ma agli uomini diede giustizia che è molto migliore; se infatti qualcuno è disposto a dare giuste sentenze cosciente, a lui dà benessere Zeus onniveggente; ma chi sai testimone e, deliberatamente, commette spergiuro e mènte e Giustizia offendendo pecca senza rimedio, oscura dopo lui la sua stirpe sarà; migliore invece sarà la stirpe dell'uomo che il giuramento rispetta*" (Hesíodo, *Opere e giorni*. Tradução italiana disponível em *www.biblio-net.com/lett_cla/traduzioni/esiodo_opere.htm*. Acesso em 23 de julho de 2004).
4. "Tudo isto nos possibilita a concluir que o justo – no sentido que aqui o entendemos – é o proporcional, e que o injusto, ao contrário, é o que nega a proporção. Na injustiça, um dos termos torna-se, então, muito grande e o outro, muito pequeno" (Aristóteles, *Obras jurídicas*. São Paulo, Ícone, 1997, p. 21).
5. Eis o excerto de onde provém o célebre brocardo: "*Ex quo illud 'summum ius summa iniuria' factum est iam tritum sermone proverbium*" (Marcus Tullius Cícero, *De officiis*. Liber Primus, X, 33. Disponível em *www.biblio-net.com/lett_cla/testi/de_officiis.htm*. Acesso em 15 de julho de 2004).
6. Como afirma Olinto A Pegoraro, "na realidade, S. Tomás prefere a definição de Aristóteles: 'a justiça é uma disposição que torna os homens aptos a realizar ações justas e que os faz agir justamente e querer coisas justas'. De fato, aqui transparece a dupla exigência da justiça: a) uma inclinação da alma que se traduz objetivamente; b) no respeito ao direito dos outros" (*Ética é justiça*. 7ª ed. Petrópolis, Vozes, 2002, p. 48).
7. A referência é de Michel Villey, *Filosofia do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 71/72.
8. No sentido do texto, Perelman Chaïm, *Ética e direito, cit.*, p. 146.
9. Assim, Mauro Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna, Il Mulino, 1994, p. 8: "*È mio convincimento che come la 'libertà' non è la stessa per i moderni e per gli antichi, così anche la 'giustizia' non possa trovare una definizione valida per tutti i tempi e per tutte le società*". No

distributivo ou sob o prisma comutativo, como já antevia ARISTÓTELES –, repudiará o desarrazoado, o excesso, a desigualdade, o arbítrio, a iniquidade: seja recorrendo à ideia de uma "lei universal", imposta pela razão prática, consoante KANT[10]; seja postulando uma separação radical entre o conceito de direito positivo e o de justiça, relegando esta à religião ou à metafísica social, como desejado pelo positivista KELSEN[11]; seja jungindo à justiça a noção de igualdade, como o fez BOBBIO[12]; seja com o aporte do elemento equidade ou correção (*fairness*), a partir de uma "posição original", de acordo com a teoria do liberal-igualitário RAWLS[13]; seja formulando uma "técnica do equilíbrio", segundo DWORKIN[14]; ou estabelecendo uma conexão conceitual entre a justiça, a verdade e o bem comum, como HÄBERLE[15]; ou, ainda, buscando o conteúdo de uma moral universalista, a partir da pressuposição da argumentação, como sustenta HABERMAS[16].

Com efeito, aos seres humanos, é inata uma intelecção, uma compreensão instintiva sobre as exigências de justiça[17], especialmente quando se está diante de uma situação na qual brada a arbitrariedade, a desproporção, a tirania. As crianças, por exemplo, não têm necessidade de envelhecer para apelarem às noções de imparcialidade ou de injustiça, principalmente quando uma daquelas recebe um pedaço de maçã de tamanho diverso do que recebera outra criança[18]. O desrespeito à prioridade de quem se estabeleça com antecedência em uma fila, provavelmente será tachado como iníquo[19]. Ainda neste contexto, pode-se

---

mesmo sentido, Chaïm Perelman, *Ética e direito*, *cit.*, p. 59. Já afirmava, a propósito, Michel Eyquem Montaigne, citando Cícero, que "a justiça em si, em seu estado natural, é universal e tem regras diferentes e mais elevadas do que essa justiça especial, nacional e condicionada às necessidades dos governos: 'Não temos modo sólido e positivo do verdadeiro direito e da justiça perfeita; temos apenas uma imagem dela, uma sombra'" (*Ensaios*, Livro III. 2ª ed. Brasília, Universidade de Brasília-Hucitec, 1987, p. 146).

---

10. Assim, Immanuel Kant, *Logique*. Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1997, p. 111/112. Para detalhamentos, consulte-se Ricardo Terra, *Kant & o direito*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2004, pp. 11/22.
11. *Vide*, neste sentido, Hans Kelsen, *O que é justiça?* 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 299.
12. Neste sentido, Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*. Torino, Einaudi contemporanea, 1997, pp. 06/08; *Teoria generale della politica*. Torino, Biblioteca Einaudi, 1999, pp. 257/265.
13. Conforme John Rawls, *Justiça como equidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 55/108, 113/187, 198/204.
14. Confira-se, para detalles, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel Derecho, 2002, pp. 246/257.
15. Assim, Peter Häberle, *Diritto e verità*. Torino, Einaudi contemporanea, 2000, p. 110.
16. Conforme Jürgen Haberlas, *De l'éthique de la discussion*. Paris, Champs Flammarion, 1992, pp. 67/72.
17. Assim, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*. *cit.*, p. 246; John Rawls, *Justiça como eqüidade*, *cit.*, pp. 40/41; Alf Ross, *Diritto e giustizia*. Torino, Piccola Biblioteca Einaudi-Scienze sociali, 2001, p. 254; Hans Kelsen, *O que é justiça?*, *cit.*, pp. 292/293.
18. O exemplo mencionado é extraído de Alf Ross. *Diritto e giustizia*, *cit.*, p. 254.
19. Não obstante se possa constatar, como assinala espirituosamente Luís Fernando Veríssimo, que "romano não acredita em fila. Para comprar entradas num cinema, por exemplo, forma-se uma aglomeração na frente do guichê e pouco a pouco, com paciência e discretos empurrões, cada um

afirmar intuitivo, nos tempos atuais, ser a escravidão injusta[20]. Ocorre, porém, que o sentimento de justiça leva em conta, simultaneamente, várias categorias essenciais independentes, nem sempre concordantes[21], e por vezes mutuamente irreconciliáveis[22]. E como os homens diferem muito quanto a seus sentimentos, variadas serão as concepções sobre justiça[23]. Vale dizer, a percepção do sentimento de justiça é conatural ao instinto humano; mas traçar os exatos contornos do que seja justiça soa penosamente intrincado, diante das inegáveis concepções particulares que esta pode vir a assumir. Situação similar se verifica, por exemplo, quando se tenta passar à definição do que seja o belo: extremamente plausível senti-lo; dificultoso, porém, delimitá-lo com precisão[24].

Vê-se, portanto, o quão delicado é definir com precisão o que seja justiça. Muito mais confortável, nesta empreitada, recorrer-se a um procedimento negativo, no qual se parte do delineamento do *injusto*. PLATÃO, em sua célebre obra *A República*, ao buscar uma definição de justiça, examinava o que a esta repudiava, tirando proveito das conclusões negativas[25]. Tal postura ainda se reputa bastante utilizável, sendo adotada modernamente por vários jusfilósofos[26], mas, mes-

---

vai conseguindo a sua vez. É o que se poderia chamar de técnica do bolo solidário. Não há o menor sentido de prioridade ou justiça – chega primeiro ao guichê não quem chegou primeiro ao bolo, mas quem abriu seu caminho com mais decisão – mas também não há briga" (*Traçando Roma*. 4ª ed. Porto Alegre, Artes e Ofícios, 1998, p. 45).

---

20. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio, cit.*, p. 246.
21. Chaïm Perelman, *Ética e direito, cit.*, p. 34. O mesmo autor adverte: "A sede de justiça que incita os homens a realizarem o ideal da sociedade de seus sonhos, a se revoltarem contra a injustiça de certos atos, de certas situações, fornece uma motivação suficiente tanto para os mais sublimes sacrifícios como para os piores delitos. O mesmo ímpeto entusiasta que os lança na perseguição de um mundo melhor pode varrer sem piedade tudo quanto lhe faz obstáculo: *pereat mundus, fiat justitia*" (*op. cit.*, p. 146).
22. Assim, Hans Kelsen, *O que é justiça?, cit.*, p. 222. Neste passo, John Rawls, chega a afirmar, ao cuidar do chamado "equilíbrio reflexivo", que "nossos juízos refletidos não só podem diferir dos das outras pessoas, mas às vezes nossos próprios juízos contradizem-se entre si" (*Justiça como eqüidade, cit.*, p. 41).
23. Neste particular, como bem assinala Chaïm Perelman, "cada qual defenderá uma concepção de justiça que lhe dá razão e deixa o adversário em má posição" (*Ética e direito, cit.*, p. 08).
24. Indagava Denis Diderot: "Como acontece então que quase todos os homens estejam de acordo que há um *belo*; que existam tantos entre eles que o sintam vivamente onde ele está e que tão poucos saibam o que ele é?" (*Tratado sobre o belo. Obras II – Estética, poética, contos*. São Paulo, Perspectiva, 2000, p. 232).
25. Assim, Jayme Paviani, *Platão & A República*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003, p. 24. Nos *Diálogos*, de Platão, pode-se vislumbrar a dialética travada entre Sócrates e Critão: "(...) Sóc. – Logo, jamais se deve proceder contra a justiça. Cr. – Jamais, por certo. Sóc. – Nem mesmo retribuir a injustiça com a injustiça, como pensa a multidão, pois o procedimento injusto é sempre inadmissível. Cr. – Parece que não. Sóc. – E daí? Devemos praticar maldades ou não, Critão? Cr. – Não devemos, sem dúvida, Sócrates. Sóc. – Adiante. Retribuir o mal que nos fazem é justo, como diz a multidão, ou injusto? Cr. – Absolutamente injusto. Sóc. – Sim, porque entre fazer mal a uma pessoa e cometer uma injustiça não há diferença nenhuma. Cr. – Dizes a verdade" (*Diálogos*. Critão, ou O dever. São Paulo, Cultrix, 2002, p. 127).
26. Utilizando-se de tal procedimento, *vide*, por exemplo, Karl Larenz: "Da maior importância prática é, na minha opinião, precisamente esta 'função negativa', uma vez que, segundo a experiência, é

mo a escolha do qualificativo *injusto* supõe que se apele a um critério estabelecido, a um padrão comum, às vezes até comunitário, e que não é meramente a expressão de uma opinião preconcebida[27]. Daí teóricos outros tentarem fixar *princípios* na busca da construção de uma teoria da justiça[28]. De qualquer sorte, subjacente a quaisquer tentativas de apreciação do conceito de justiça se encontrará a supressão ao excesso, à iniquidade, ao descomedimento, enfim, ao abuso, os quais intuitivamente ter-se-ão por *injustos*.

Cuidando-se de noções complexas, como as dos qualificativos justo e injusto, não existe procedimento unanimemente admitido referente ao seu manejo. Porém, necessariamente haverá um limite que não se deve transgredir: o que beira ao *desarrazoado*[29]. Ainda que nem sempre se esteja de acordo sobre a maneira de agir em determinada situação, pois várias soluções podem ser igualmente razoáveis, existe normalmente, numa comunidade humana, em dado momento, um acordo sobre o que se tem como *não razoável* e, consequentemente, como intolerável. Vê-se, portanto, que imbricada à noção de injusto tem-se a do *abuso*, a qual se interpenetra com a ideias de uso desarrazoado. Esta assume relevante papel no âmbito dos sistemas jurídicos, notadamente no que toca ao denominado *abuso do direito*[30]. O recurso à etimologia já revela a afinidade deste instituto com a iniquidade, com a ausência de razoabilidade: o vocábulo abuso deriva do latim *abusus*, significando *ab*: contra, afastamento, e *usus*: uso[31]; vale dizer, abusar de um direito significa afastar-se de seu uso normal, utilizá-lo inadequadamente[32].

---

muito mais fácil reconhecer que uma determinada resolução seria injusta do que qual seria a única justa" (*Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 257). De maneira similar, Chaïm Perelman: "O ato justo é correção, rejeição de desigualdade. A regra justa é razão, rejeição de arbitrariedade. O homem justo é consciência, rejeição da desumanidade. O ideal de justiça, tal como vive na tradição ocidental, combina todos esses pontos de vista, concedendo a prioridade a um ou a outro, conforme as visões do mundo e as disciplinas que o elaboram" (*Ética e direito, cit.*, p. 82).

---

27. Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 206.
28. Assim, por exemplo, John Rawls, o qual estabelece dois princípios de justiça: "(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença)" (*Justiça como eqüidade, cit.*, p. 60). Em sentido aproximado, porém com substancioso desenvolvimento, *vide* Ronald Dworkin, *Los derechos en serio, cit.*, pp. 234/275.
29. Em conformidade com o texto, Chaïm Perelman, *Ética e direito, cit.*, p. 682.
30. Assinala Chaïm Perelman: "É em direito (*law*) que a distinção entre o uso e o abuso, entre o uso razoável e desarrazoado de um direito (*right*), foi posto em evidência pela doutrina e pela jurisprudência. Foi por ocasião do abuso do direito de propriedade que a teoria do abuso de direito foi desenvolvida. Há abuso quando o exercício desse direito visa essencialmente a prejudicar outrem: o direito de propriedade, que antes era considerado absoluto, deixa, nesse caso, de ser protegido pelas cortes e tribunais" (op. cit. p. 682).
31. Segundo importante léxico, o vocábulo abuso tem a acepção de "mau uso ou uso errado, excessivo ou injusto" (Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. vocábulo *abuso*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986, p. 17).
32. Em idêntico sentido, recorrendo à etimologia, Sandra Levanti, *Abuso del diritto*. Disponível em *www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html*. Acesso em 5 de março de 2004.

Tal conexão entre o abuso do direito e a intelecção do que seja injusto remete à necessária vinculação entre o direito e o comportamento moral. Ao contrário do que faziam os chamados positivistas, os quais postulavam uma precisa e nítida separação entre o direito e a moral[33], os teóricos aos quais se denominaram pós-positivistas, descontentes com tal concepção formalista do direito, "insistem na importância do elemento moral no funcionamento do direito, no papel que nele desempenham a boa-fé e a má-fé, a intenção maldosa, os bons costumes, a equidade, e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado"[34]. Predomina, portanto, dentre estes a ideia de que existem conexões necessárias entre o direito e a moral, seja sob o plano conceitual, seja sob o normativo[35].

O aporte do elemento moral, bem como do substrato ético, sem dúvida, foram decisivos na tentativa de moldar ou delimitar a concepção do abuso do direito[36]. Vários jurisconsultos recorreram à noção de moral em seu intento de defender a tese de ser possível o exercício abusivo dos direitos. Assim, por exemplo, RIPERT chegou a afirmar não se cuidar de simples problema de responsabilidade civil, mas "de uma questão geral de moralidade no exercício dos direitos"[37]. Houve até quem chegasse a sustentar que o art. 2º do Código Civil suíço, ao recusar proteção legal ao abuso manifesto de um direito, "proclamou mesmo implicitamente a vitória da moral sobre o direito estrito"[38]. As tentativas de fixação dos contornos do abuso do direito, realizadas pelos legisladores ou pela doutrina, sempre se reportam a expressões como boa-fé, finalidade econômica ou social e bons costumes, as quais têm suas acepções vinculadas necessariamente a uma essência de moralidade ou de eticidade[39].

---

33. Assim, por exemplo, Hans Kelsen, *O que é justiça?*, *cit.*, pp. 230/231.
34. Chaïm Perelman. *Ética e direito*, *cit.*, p. 299. Aproximada, neste sentido, a passagem de Albert Calsamiglia, sobre Ronald Dworkin: "*En resumen, a la crítica al presupuesto de la separación absoluta entre el derecho y la moral, le conduce a la construcción de una teoría del derecho en la cual la moral y la política ocupan un lugar relevante. Dworkin se ha preocupado de analisar las relaciones entre el derecho y la moral. No ha desgajado ambas parcelas como lo habían hecho los metodólogos de la pureza*" (*Ensayo sobre Dworkin*. Los derechos en serio. Barcelona, Ariel, 2002, p. 12).
35. Robert Alexy, *Concetto e validità del diritto*. Torino, Biblioteca Einaudi, 1997, p. 20. Concepção similar, sob outra ótica, pode ser vista ainda em Adolfo Sánchez Vasquez, *Ética*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1982, pp. 80/84.
36. Oportuno, neste ponto, Rodolfo L. Vigo: "*¿El abuso es lo 'inmoral'?: Guillermo Borda, en sintonía con abundante doctrina, subraya: 'el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema (el del abuso de derecho)'. Esta afirmación tomada literalmente puede ser interpretada en términos 'moralistas' en tanto no distingue Derecho de moral, con las consecuencias potenciales y actuales que ello encierra*" (*Consideraciones iusfilosóficas sobre el "abuso de derecho"*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 315).
37. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*. Quatrième édition. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949, p. 159.
38. Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. Quatrième édition. Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1967, p. 316.
39. Vale a citação, neste particular, da lição de Clóvis Bevilaqua: "A evolução do direito se tem operado no sentido do maior desenvolvimento e accentuação de seus intuitos ethicos, e correspondente reducção dos seus elementos egoisticos. A sociologia, comprehendendo-o como força moral

2. O ABUSO DO DIREITO. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. DADOS DO DIREITO ESTRANGEIRO

A germinação da noção do exercício abusivo de um direito remonta, no mínimo, à velha Roma[40]. Não há, porém, opinião unânime quanto à existência de uma teoria sobre aquele instituto no direito romano. Parcela considerável de juristas sustenta que neste período já se experimentava a proscrição ao abuso do direito. Outras vozes, por sua vez, asseveram não ser possível constatar sua teorização na Roma Antiga[41].

Tal controvérsia se prende à diversidade de adágios que se contradiziam no direito romano. Com efeito, GAIO proclamava: *"Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur"*, o que não destoava do brocardo concebido por PAULO: *"Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet"*, tampouco da formulação de ULPIANO: *"Neminem lædit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur"*, todos de feição individualista. Mas, por outro lado, como bem assinalam os irmãos MAZEUD, na realidade, tais fórmulas não devem ser isoladas do contexto em que formuladas[42]. Até porque do mesmo GAIO provinha a parêmia *"Male enim nostro jure uti non debemus"*; de CELSO já se tinha que *"Ius est ars boni et æqui"*; valendo remarcar, em sentido similar, a célebre máxima de CICERO: *"summum ius, summa iniuria"*, nas quais se pode antever a marcha triunfal da teoria do abuso[43]. Deve-se assentar, neste particular, que não era comum no direito romano a revogação das leis, tal qual se pratica atualmente. Promulgavam-se leis novas, mas as anteriores subsistiam, não obstante as contradições[44]. Assim, preceitos porventura contraditórios acabavam por se acomodar às exigências impostas pela evolução social. Não

---

destinada a manter o equilibrio das energias sociaes em acção, contribuiu fortemente para a solução do problema do abuso do direito" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume I. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1940, p. 430).

---

40. Preciso, como sempre, José Carlos Barbosa Moreira: "Não é nova, em absoluto, a noção de que um direito pode ser exercido de maneira irregular: rastrear-lhe o histórico levaria o pesquisador, quando menos, à velha Roma" (Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 13. Rio de Janeiro, Padma, jan./mar., 2003, p. 97).
41. Assim, Giuseppe Grosso, *Abuso del diritto (diritto romano)*. Enciclopedia del Diritto. V. I. Milano, Giuffrè, 1958, p. 161; Orlando Gomes. *Introdução ao direito civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 131; Heloísa Carpena. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 39.
42. Henri Mazeaud; Léon Mazeaud; Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*. Tome deuxieme. Paris, Montchrestien, 1956, p. 391.
43. Assim, Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*. Deuxième édition. Paris, Dalloz, 1939, pp. 3/4.
44. Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*. Rio de Janeiro, Ediouro, 2003, p. 246. Como assevera o mesmo autor, o "Código de Drácon não foi abolido pelo de Sólon, nem as Leis Reais pelas Doze Tábuas. A pedra onde a lei estava gravada era inviolável; quando muito, os menos escrupulosos se atreviam a interpretá-la a seu modo. Este princípio foi a causa maior da grande confusão observada no direito antigo. Leis opostas e de diferentes épocas estavam reunidas e todas deviam ser igualmente respeitadas" (*op. cit.*, pp. 246/247).

restam dúvidas, porém, que a ideia do exercício abusivo dos direitos já se fazia presente no direito romano[45]. O que não se tinha, àquela época, era tão-somente uma teoria perfeitamente delineada sobre o abuso do direito, nos moldes em que formulada modernamente[46].

Com o advento da Idade Média, desenvolveu-se a teoria dos atos emulativos, cujas origens já se encontravam no direito romano (*aemulatio*)[47], e que se pode considerar como um imediato antecedente da teoria do abuso do direito[48]. Para a caracterização do ato emulativo se fazia necessário: "*a*) o exercício de um direito; *b*) que desse exercício resultasse um dano a terceiro; *c*) que o ato realizado fosse inútil para o agente; *d*) que a realização fosse determinada exclusivamente pela intenção de causar dano a outrem"[49]. O titular do direito agiria com *animus nocendi* ou *vexandi*[50], vale dizer, com fito exclusivo de prejudicar.

Contudo, somente no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, se veio a assistir a uma intensa fermentação de ideias, sobretudo na França, que conduziriam à teoria do abuso do direito. O liberalismo individualista anterior àquele período teve de ceder passo, não sem grandes resistências, à emergente doutrina sobre a *relatividade dos direitos subjetivos*[51], cujo principal entusiasta

---

45. Neste sentido, Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits.*, *cit.*, pp. 3/4. Henri Mazeaud; Léon Mazeaud; Jean Mazeaud. *Leçons de droit civil*, *cit.*, p. 391; Ludwig Enneccerus; Theodor Kipp; Martin Wolff. *Derecho civil (parte general)*. Primer Tomo, II. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1935, p. 531; Jorge Americano, *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1932, pp. 9/13; Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 17; Alexandre Augusto de Castro Corrêa, *Abuso de direito (direito romano)*. Enciclopédia Saraiva de Direito. V. 2. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 48; Rodolfo L. Vigo, *Consideraciones iusfilosóficas sobre el "abuso de derecho"*, *cit.*, p. 310.

46. Neste sentido, Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 1996, p. 534. Vale citar, neste passo, a lição de Francisco dos Santos Amaral Neto: "vários textos do direito clássico parecem demonstrar a existência desta teoria (D. 24.1.63; D. 30.1.43.1; Gaio I.53; Cl, 8.51.2). Não obstante estes textos, opinião predominante assevera não existir em Roma essa teoria. As leis, a equidade e a jurisdição imperial e pretoriana eram suficientes para corrigir o abuso do direito, não se sentindo a necessidade de construir uma teoria a esse respeito" (Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos? *Revista de Direito Civil*, v. 19, nº 71. São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./mar., 1995, p. 82).

47. Comentando os textos romanos, Vittorio Scialoja asseverou: "*Ma di fronte a questi testi ce ne sono degli altri dai quali si è voluto trarre questa regola che limiterebbe quella più generale ora enunciata: ossia che l'esercizio del proprio diritto diventa ingiusto quando colui che l'esercita non lo fa per giovare a se stesso, ma lo fa collo scopo di nuocere ad altri. Questo scopo, questa intenzione di nuocere ad altri è quella che secondo una volgare terminologia si dice animus aemulandi oppure agire ad aemulationem. Sicchè la regola si può formulare così: è proibito di agire ad aemulationem*" (*Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*. Roma, Anonima Romana Editoriale, 1936, p. 19).

48. Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 99.

49. Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*, *cit.*, p. 18.

50. Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, *cit.*, p. 99.

51. Com precisão, consigna José Carlos Barbosa Moreira: "na época do individualismo burguês triunfante, bem estreito era o terreno propício ao florescimento de uma doutrina assente sobre a hipótese, então pouco prestigiosa, da *relatividade* dos direitos subjetivos" (*Abuso do direito*, *cit.*, p. 97).

foi JOSSERAND[52]. A oposição a esta teoria, porém, não foi de pouca monta. Escritores houve, como PLANIOL, que chegaram a encarar o instituto do abuso do direito como verdadeira contradição resultante de sua própria denominação, afirmando que um ato não pode, ao mesmo tempo, ser conforme ao direito e contrário ao direito[53].

Todavia, os direitos até então tidos como absolutos (como, por exemplo, o direito de propriedade)[54] não se coadunavam com a realidade vigente, tendo de se curvar à tese da relatividade, pois, "se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito das intransigências deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício"[55]. Assim, passou-se à compreensão predominante de que o direito, em verdade, não é um conceito absoluto, havendo limites ao seu exercício[56].

Contribuiu enormemente para a construção da teoria do abuso do direito, precedendo inclusive à doutrina, a jurisprudência dos Tribunais, sobretudo na França. A literatura jurídica registra uma decisão do Tribunal de Colmar, proferida em 1855, na qual foi condenado um proprietário que construíra sobre sua casa uma falsa, volumosa e inútil chaminé, em frente à janela de um vizinho,

---

52. Imprescindível a consulta a Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*. Deuxième édition. Paris, Dalloz, 1939. Eis as primeiras frases que iniciam a referida obra: "*Les vues de l'esprit les plus simples et les plus sûres ne sont pas toujours celles qui rencontrent le plus crédit auprès de la conscience universelle, ni même auprès de la conscience juridique: alors que des sophismes spécieux résistent indéfiniment à la action du temps comme à celle de la critique, il est des vérités éternelles, des idées-forces, ou, pour parler le langage anglo-saxon, des 'standards' fondamentaux qui, bien que représentant l'armature de toutes les législations à toute époque et dans tout pays, se trouvent périodiquement ou constamment sujets à contestation, à régression, voire même à négation: de ce nombre est le concept de la relativité, et par conséquent de l'abus des droits qui constitue une des pièces maîtresses des systèmes juridiques de tous les pays civilisés, ou, plus exactement, l'atmosphère, le 'climat' dans lequel ces systèmes se développent et se réalisent*" (*op. cit.*, p. 1).
53. Deixou consignado Marcel Planiol: "*le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir usage abusive d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit. Ce qui est vrai, c'est que les droits ne sont presque jamais absolut; la plupart sont limités dans leur étendue et soumis pour leur exercice à des conditions diverses. Quand on sort des ces limites ou qu'on n'observe pas ces conditions, on agit en réalité sans droit. Il peut donc y avoir des abus dans la conduite des hommes, mais ce n'est pas quand ils exercent leurs droits, c'est quand ils les dépassent; l'homme abuse des choses, il n'abuse pas des droits*" (*Traité élémentaire de droit civil*. Tome Deuxième. Troisième édition. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, p. 337).
54. Dispõe o art. 544 do Código Civil napoleônico de 1804: "*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlaments*".
55. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 354.
56. Mariano D'Amelio, *Abuso del diritto*. Nuovo Digesto italiano. Torino, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1937, p. 49. Na doutrina brasileira, no mesmo sentido, Jorge Americano, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, *cit.*, p. 41.

com o único objetivo de tapar a este a entrada de luz. A Corte determinou a demolição da chaminé construída, deixando a salvo, ainda, o direito do vizinho ao ressarcimento[57]. Já em 1856, o Tribunal de Lyon decidiu uma lide em que certo proprietário havia adaptado à sua fonte de água mineral uma bomba cujo jarro contínuo determinava uma diminuição de aproximadamente dois terços no rendimento de uma outra fonte existente em terreno contíguo. A intenção maliciosa do proprietário se revelava pelo fato de nenhuma utilização ter sido extraída do aumento da quantidade de água que jorrava de sua fonte, que, aliás, se perdia em um córrego vizinho, sem nenhum proveito para aquele. Condenando-o, o Tribunal deixou consignado que o direito do proprietário encontra limites na obrigação de permitir que o vizinho goze de seu direito, bem como não ser juridicamente tolerável um ato inspirado exclusivamente na intenção de prejudicar[58]. Célebre ainda foi o *affaire Clément Bayard*: um proprietário da região de *Pierrefond* foi condenado pela Corte de Amiens, em 1912, pelo fato de ter erguido em seu terreno, próximo de um hangar de balões dirigíveis, altas torres de madeira, nos vértices das quais instalou lanças de ferro capazes de danificar os balões que se alçavam ou aterrissavam. Considerou a Corte que era manifesto o propósito de prejudicar, faltando ao proprietário do terreno qualquer interesse ou utilidade em erigir as torres[59].

À teorização do abuso do direto não ficaram alheios os legisladores dos mais diversos países. Contudo, apesar de o desenvolvimento da teoria ter-se devido à sensibilidade da jurisprudência e doutrina francesas, não encontrou amparo no Código Civil napoleônico de 1804, ainda excessivamente impregnado de concepções individualistas[60]. A primazia no plano legislativo parece ter sido do Código Civil alemão de 1900, o qual em seu § 226 dispôs, dando ênfase à intenção de prejudicar, o seguinte: "*Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*"[61]. Por sua vez, e com conotação um pouco distinta da alemã, sem a alusão ao escopo emulativo[62], o

---

57. O caso é citado por Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho, cit.*, pp. 109/110.
58. O exemplo é mencionado por Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droit*, cit, pp. 30/31.
59. Também este caso foi trazido à colação por Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droit, cit.*, p. 27/28.
60. Deixou consignado, a este respeito, Pontes de Miranda: "Quando, no começo do presente século, Marcel Planiol, L. Barde, A. Esmein e outros se opõem em atitude hostil à teoria do abuso do direito, ou do abuso do exercício do direito, *ainda* representavam a mentalidade que presidiu à feitura do Code Napoléon" (*Comentários ao Código de Processo Civil, cit.*, p. 355).
61. "É inadmissível o exercício de um direito, quando só possa ter o fim de causar dano a outrem" (tradução livre do autor).
62. Consoante anota comparativamente, Sandra Levanti, "*il modelo tedesco reca, infatti, la regola, frutto di generalizzazione del'antico divieto di atti di emulazione, secondo la quale 'l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri'; l'art. 2 del codice civile svizzero ha adottato la più ampia formulazione secondo la quale 'il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge'* (*Abuso del diritto*. Disponível em *www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html*. Acesso em 5 de março de 2004).

Código Civil suíço, de 1907, em seu art. 2º, estatuiu: "*Art. 2 – 1. Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi; 2. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi*".

Na Itália, da redação original do Código Civil de 1942 não constou nenhuma cláusula genérica de vedação ao abuso do direito[63]. Não obstante, parcela da doutrina, com fulcro em algumas disposições esparsas daquele Código, tem enxergado a adoção da teoria do abuso. Uma das regras utilizadas consiste no art. 883, o qual, ao dispor sobre o direito de propriedade, proibiu os chamados atos emulativos: "*Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*"[64].

Em Portugal, o Código Civil de 1966 dispôs em seu art. 334 que "é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito"[65].

O Código Civil espanhol de 1889, inicialmente não fez previsão quanto ao abuso de direito; todavia, seu Título Preliminar foi reformado em 1974, e passou o art. 7.2 a contar com a seguinte redação: "*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*".

Passando a terrenos latino-americanos, no México, o *Código Civil para el Distrito Federal en materia comun y para toda la República en materia federal*, de 1928, dispôs em seu artigo 1912: "*Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho*".

Na Argentina, por força da Lei nº 17.711, de 1968, o art. 1.071 do Código Civil argentino passou a abrigar a teoria do abuso do direito nos termos seguintes: "*El ejercicio regular de un derecho proprio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercício abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al*

---

63. Porém, observa, Sandra Levanti que o projeto preliminar do Código Civil, em seu art. 7º, proclamava em termos gerais que "*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*", mas tal regra não chegou a integrar o texto definitivo do referido Código (*Abuso del diritto*. Disponível em *http://www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html*. Acesso em 5 de março de 2004).
64. No sentido exposto no texto, *vide* Anna Canova, *Atti emulativi e abusi del diritto proprio*. Disponível em *http://www.giuridicamente.com/atti.html*. Acesso em 2 de agosto de 2004.
65. Na doutrina portuguesa, para maiores detalhamentos sobre o abuso do direito, *vide*, por todos, Fernando Cunha de Sá, *Abuso do direito*. Coimbra, Almedina, 1997.

reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres"[66].

Ainda na América do Sul, a Bolívia, no art. 107 do Código Civil de 1976, adotou expressamente a teoria do abuso do direito, proibindo ainda os atos emulativos: "*El proprietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros y, en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho*".

Ao Código Civil da Venezuela, de 1982, também não escapou a tratativa no abuso do direito, dispondo em seu artigo 1.185: "*El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, esta obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho*".

Já o Paraguai, no art. 372 do Código Civil de 1985, estatuiu: "*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propria, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente*".

Desenvolvimento peculiar do abuso do direito pode observar-se no ordenamento jurídico peruano. De início, o Código Civil de 1936, no *artículo II* de seu Título Preliminar, estabeleceu: "*La ley no ampara el abuso del derecho*"; em 1984, outro Código Civil substituiu aquele, dispondo, também no mesmo articulo II de seu Título Preliminar, que "*la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Al demandar, el interessado puede solicitar las medidas cautelares apropriadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso*". Contudo, tal norma foi modificada em 1992, por intermédio do *decreto-ley 25.490*, ganhando ainda maior amplitude: "*La ley no ampara el ejercício ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u outra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso*". A evolução do abuso do direito no Peru[67] terminou por chegar ao patamar de norma constitucional: a Constituição peruana de 1993, na quarta alínea de seu art. 103 estabeleceu: "*La Constitución no ampara el abuso del derecho*".

---

66. Sobre o abuso do direito na Argentina, *vide*, em especial, Aída Kemelmajer de Carlucci, *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 209/286; No mesmo sentido, Luis Moisset de Espanés, *El abuso del derecho*. Disponível em *www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf*. Acesso em 23 de julho de 2004.
67. Especificamente sobre o Peru, *vide* Marcial Rubio Correa, El abuso del derecho en el Perú. Abuso del derecho, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 193/207.

Mesmo em terrenos distantes do Ocidente, como por exemplo em Macau, pode-se atestar a proscrição ao abuso do direito. Este país, no art. 326° de seu Código Civil vigente em 1999, adotou regra idêntica àquela que prescrevera o antigo colonizador português em 1966: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito". Ainda no Oriente, na República Popular da China, embora sem referência expressa à vedação ao abuso do direito, consagrou o artigo 7 dos Princípios Gerais do Direito Civil, adotados em 1986: "*Civil activities shall have respect for social ethics and shall not harm the public interest, undermine state economic plans or disrupt social economic order*".

No Brasil, o Código Civil de 1916 não se referiu de maneira explícita à figura do abuso do direito[68]. O art. 160, I, daquele diploma estatuía não constituírem atos ilícitos os praticados "no exercício regular de um direito reconhecido". Por força da expressão "exercício regular", a doutrina civilística passou a afirmar que, utilizando-se de interpretação *a contrario sensu*, pode-se constatar que o Código consagrou, ainda indiretamente e de modo genérico, a tese do abuso do direito[69]. Também se enxergou no art. 554 do mesmo Diploma[70], quando da repressão ao uso nocivo da propriedade, uma aplicação da referida teoria[71]. Mas o Código de Processo Civil de 1939, sobretudo em seu art. 3º, fez alusão expressa ao instituto[72]. O recente Código Civil de 2002 cuida do abuso do direito em seu art. 187, o qual estatui: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Ressalte-se, por oportuno, que a Constituição da República de 1988, em seu art. 5°, XXIII, já havia determi-

---

68. Contudo, ainda na época do Império, à figura do abuso do direito fez alusão a Lei de 20 de setembro de 1830, a qual dispôs sobre o abuso da liberdade de imprensa. O art. 1° desta Lei estatuía: "Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela imprensa sem dependencia de censura, com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commeterem em exercicio deste direito, nos casos e pela fórma que esta Lei prescreve. Constituição art. 179, § 4°".
69. Neste sentido, Clóvis Bevilaqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Volume I, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1940, p. 429; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral. Volume III. 4ª ed. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1950, p. 338; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*. Volume I. 8ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 1996, p. 536; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*. 1º Volume. 30ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 282; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil. Parte geral*. Volume I. 18ª ed. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 337; José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito, cit.*, p. 100.
70. Estatuía o art. 554 do Código Civil brasileiro de 1916: "O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam".
71. Assim, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, Volume I. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 431.
72. Dispunha o art. 3º do Código de Processo Civil de 1939: "Responderá por perdas e danos a parte que intentar a demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único: O abuso do direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo".

nado que "a propriedade atenderá a sua função social", estabelecendo regras sobre a função social da propriedade urbana (art. 182, § 2º) e rural (art. 186)[73].

Atualmente, os reclamos ao abuso do direito podem ser verificados nos mais variados setores do universo jurídico[74]. Decerto, a teoria fincou raízes e se desenvolveu no direito privado, com os principais dispositivos a regulamentar a matéria sendo encontrados, de início, em códigos e leis civis. Não obstante, a tese encontrou guarida legislativa nos mais diversos ramos do direito, chegando ao ponto de se erigir em verdadeiro *princípio geral*[75].

No próprio direito civil, o abuso pode verificar-se, *e.g.*, no direito de propriedade, nas relações contratuais[76], no exercício do pátrio poder (hoje melhor denominado *poder familiar* pelo art. 1603 do Código Civil de 2002)[77] e mesmo nas relações conjugais[78]. No campo empresarial, é comum a invocação do abuso do direito por maiorias ou minorias societárias[79] e, como dispunha a anterior Lei de

---

73. Dispõe o art. 182, § 2º, da Constituição da República de 1988: "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". Já o art. 186 da mesma Carta estatui: "A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores".
74. Neste sentido, dentre inúmeros, cite-se, na doutrina italiana, Anna Canova. *Atti emulativi e abusi del diritto proprio*. Disponível em *http://www.giuridicamente.com/atti.html*. Acesso em 15 de agosto de 2004. *Vide*, ainda, com amplo apanhado de hipóteses concretas, Aída Kemelmajer de Carlucci. *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina*, *op. cit.*, p. 209/286.
75. Assim, Ludwig Enneccerus; Theodor Kipp; Martin Wolf, *Derecho civil (parte general)*. Primer Tomo, II. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1935, p. 532/533. Bem ressalta Chäim Perelman: "Mas essa teoria do abuso de direito pode ser generalizada. Todo uso desarrazoado de um poder discricionário será censurado como abusivo, e isto em todos os ramos do direito" (*Ética e direito*, *cit.*, p. 682).
76. A respeito deste tema, em especial, *vide*, Rosalice Fidalgo Pinheiro, *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
77. Preciso, no tocante à nomenclatura, José Carlos Barbosa Moreira: "Certos exemplos afiguram-se impertinentes, porque não se referem a *direitos* propriamente ditos, senão a *poderes-deveres* que o ordenamento outorga a determinadas pessoas no interesse de outra (ou de outras). É o que se dá com o 'poder paternal' (entre nós se diria 'poder familiar': art. 1.603 do novo Código Civil), a que só em acepção pouco técnica se pode chamar 'direito'. Decerto pode ocorrer abuso no exercício desses poderes-deveres" (*Abuso do direito*, *cit.*, p. 106/107).
78. Sobre o abuso nas relações conjugais, consulte-se, na doutrina argentina, Eduardo A. Zannoni, *El abuso de derecho y las relaciones conyugales*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 127/137.
79. A Lei nº 6.404/76, que dispôs sobre as sociedades por ações, regulamentou em seu art. 115 o abuso do direito de voto: "Art. 115. O acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia; considerar-se-á *abusivo* o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (...) § 3º O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido" (*o grifo não consta do original*). Especificamente na doutrina argentina, *vide* Héctor Alegria, *El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 319/392.

Falimentar (art. 20 do Decreto-lei nº 7.661/45)[80], nos requerimentos abusivos de falência. Nas relações de consumo a figura do abuso também pode fazer-se presente no âmbito contratual, com as chamadas cláusulas abusivas[81], ou mesmo em questões relativas à desconsideração da personalidade jurídica[82]. Ainda se pode vislumbrar o referido instituto no direito do trabalho, *v.g.*, no exercício abusivo do direito de greve (art. 14 da Lei nº 7.783/89)[83]. No direito administrativo, a faceta do abuso do direito se desenvolveu por intermédio da teoria do abuso de poder, do qual constituem espécies o abuso e o excesso de poder na prática de atos administrativos[84]. Relativamente ao direito penal, o abuso de autoridade foi erigido à categoria de ilícito penal, nos termos da Lei nº 4.898/65. No direito eleitoral, o abuso pode surgir, por exemplo, no procedimento eletivo[85]. O abuso também pode verificar-se no direito processual civil[86], por exemplo,

---

80. Dispunha o art. 20 da Decreto-lei nº 7.661/45 (a já revogada Lei de Falências): "Quem por dolo requerer a falência de outrem, será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes. Parágrafo único. Por ação própria, pode o prejudicado reclamar a indenização, no caso de culpa ou *abuso* do requerente da falência denegada" (grifo nosso).
81. *Vide*, por exemplo, os arts. 51 a 53 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), os quais se inserem na Seção II, do Capítulo VI do referido Diploma, a qual se denomina *Das cláusulas abusivas*. Quanto a esta particularidade, *vide* a primorosa obra de Heloísa Carpena, *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
82. Regulamentando a desconsideração da personalidade jurídica, dispôs o art. 28 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): "O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver *abuso de direito*, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração" (grifos nossos).
83. Preceitua o art. 14 da Lei nº 7.783/89: "Art. 14. Constitui *abuso do direito de greve* a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício direito de greve a paralisação que: I – tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição; II – seja motivada pela superveniência de fatos novos ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho" (grifos nossos).
84. Assim, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, pp. 78/79.
85. Discorrendo sobre o assunto, Emerson Garcia deixou consignado: "Especificamente no âmbito do procedimento eletivo, identificar-se-á o ato abusivo sempre que alguém, ao exercer o seu direito, prejudicar o direito de igualdade de todos no pleito, afetando sua normalidade e legitimidade" (O abuso de poder no procedimento eletivo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11. jan./jul. de 2000, p. 95).
86. Com maior desenvolvimento, pode-se consultar, na doutrina argentina, a obra coletiva dirigida por Jorge W. Peyrano e coordenada por Juan Alberto Rambaldo, *Abuso procesal*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001. Ainda na doutrina argentina, *vide* Alberto Luis Maurino. *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires, La Ley, 2001. Na doutrina brasileira, *vide* a obra coletiva, coordenada por José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000; e, ainda, Rui Stoco, *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, e Brunela Vieira de Vincenzi, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo, Editora Atlas, 2003.

com o instituto da litigância de má-fé (art. 17 do Código de Processo Civil)[87] e na hipótese de interposição do recurso de embargos de declaração com caráter manifestamente protelatório (art. 538 do Código de Processo Civil). Igualmente no processo penal, *v.g.*, na inadmissão da fungibilidade recursal quando o recorrente tenha procedido de má-fé (art. 579 do Código de Processo Penal). Ajunte-se que neste ramo do direito processual, em vários outros institutos e matérias, a figura do abuso do direito vem ganhando especial tratativa, de acordo com o que vêm estatuindo as mais recentes codificações latino-americanas, como na Venezuela[88], no Paraguai[89], na Colômbia[90] e no Equador[91]. Frise-se que até mesmo no ramo do direito internacional público podem os Estados soberanos exercer abusivamente direitos que lhe são conferidos[92].

---

87. Estatui o art. 17 do Código de Processo Civil: "Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidentes manifestamente infundados; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório". Para maiores detalhes, em doutrina, *vide* Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira, *Litigância de má-fé*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

88. Assim, por exemplo, o *Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela*, de 1998, que em seu artigo 102, dispôs: "*Artículo 102. Buena Fe. Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede. Se evitará, en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso*".

89. O *Codigo Procesal Penal* do *Paraguay*, também do ano de 1998, dispôs em *seu* artigo 112: "*Artículo 112. Buena Fe. Las partes deberán litigar con buena fe, evitando los planteos dilatorios y cualquier abuso de las facultades que este código les concede. No se peticionará la prisión preventiva del procesado cuando élla no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del procedimiento* (...).

90. No ano de 2000, o *Código de Procedimiento Penal* da Colômbia, estabeleceu em seu artigo 17: "*Artículo 17. Lealtad. Quienes intervienen en la actuación procesal están en el deber de hacerlo con absoluta lealtad y buena fe. Deben obrar sin temeridad en el ejercicio de los derechos y deberes procesales*". Em seu artículo 146, o mesmo Código cuidou das condutas temerárias e da má-fé processual: "*Artículo 146. Temeridad o mala fe. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal en la denuncia, recurso, incidente o cualquier otra petición formulada dentro de la actuación procesal; 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se utilice cualquier actuación procesal para fines claramente ilegales, dolosos o fraudulentos; 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas u otra diligencia; 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal de la actuación procesal*".

91. No mesmo ano de 2000, o *Código de Procedimiento Penal do Equador*, permitiu em seu art. 249 a responsabilização do acusador particular quando tiver atuado de maneira temerária ou maliciosa: "*Art. 249. Acciones por denuncia o acusación temerarias o maliciosas. Si la denuncia o la acusación particular han sido calificadas en el auto de sobreseimiento definitivo como maliciosas o temerarias el que obtuvo a su favor el sobreseimiento podrá ejercer contra el denunciante o el acusador, las acciones respectivas conforme a lo establecido en este Código*".

92. Neste sentido, consulte-se Celso de Albuquerque Mello, *Responsabilidade internacional do Estado*. Rio de Janeiro, Renovar, 1995, p. 163.

3. A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO SEGUNDO O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 2002, de maneira inovadora em relação ao texto revogado, consagrou como regra geral, e de forma expressa, o instituto do abuso do direito, embora sem utilizar-se desta nomenclatura. Inspirando-se o legislador brasileiro no art. 334 do Código Civil português de 1966, fez constar do art. 187 do novo Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". A redação do dispositivo, com a expressão "*também*", faz transparecer que, *de lege lata*, houve subsunção do abuso do direito ao ato ilícito. Este teria duas espécies: a violação de direito alheio, prevista no art. 186 ("Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"), e o abuso do direito (art. 187).

Contudo, apesar de certa resistência doutrinária[93], pode-se afirmar que as figuras do abuso do direito e do ato ilícito distinguem-se de maneira nítida. Com efeito, "o ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais"[94]. Com o comportamento abusivo há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito[95]. Mas tanto à violação de direito alheio (art. 186) quanto ao abuso do direito (art. 187) atribuiu-se uma consequência comum, segundo o art. 927 do Código Civil: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

---

93. Já sob a égide do Código Civil de 1916, sustentava a identificação do abuso do direito ao ato ilícito, Americano, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1932, p. 40. Igualmente, Everardo da Cunha Luna, *O abuso de direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 55; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral. Volume III. 4ª ed. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1950, pp. 338/339; Paulo Dourado de Gusmão, Abuso do direito, velho tema, sempre atual. *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, vol. 20, julho/dezembro 1974, p. 56.

94. Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002*. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. A Parte Geral do novo Código Civil (Org. Gustavo Tepedino). 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 382. No mesmo sentido, também diante do Código Civil brasileiro de 2002, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*. Volume I. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 608. Neste particular, cabe trazer à colação a ponderação de José Carlos Barbosa Moreira: "Semelhante equiparação, já se registrou, não é pacífica em doutrina. E, na verdade, parece razoável, do ponto de vista teórico, o entendimento que distingue as duas figuras. Uma é a situação de quem, sem poder invocar a titularidade de direito algum, simplesmente viola direito *alheio*: seria esse o autêntico perfil do ato ilícito. Outra situação é a daquele que, sendo titular de um direito, *irregularmente o exerce*" (*Abuso do direito, cit.*, p. 104). Ainda na mesma esteira, mas sob a égide do Código Civil de 1916, Orlando Gomes. *Introdução ao direito civil*, 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 135.

95. Alvino Lima, Abuso de direito. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro* (Org. J. M. Carvalho Santos). Volume I. Rio de Janeiro, Borsoi, s/d., p. 326.

Uma observação que se faz à redação do dispositivo constante do art. 187 do Estatuto Civil de 2002 consiste no emprego da expressão "exercê-lo", a qual poderia induzir à conclusão de que a omissão não poderia ser qualificada como abusiva[96]. Contudo, ao contrário do que se possa tentar extrair de uma leitura apressada, o uso desarrazoado de um direito pode consistir também em atitude omissiva por parte de seu titular, vale dizer, o *uso desarrazoado* ou o *mal uso* de um direito podem ser provenientes tanto de um ato comissivo quanto de um *non facere*[97]. Neste particular, vale remarcar que a esta faceta do abuso não ficou desatento o legislador peruano, ao reformar o Código Civil de 1984[98].

Para a caracterização do abuso do direito, a pedra de toque fundamental é a ultrapassagem de determinados limites, quando do respectivo exercício do direito[99]. Tais limites, de acordo com o art. 187 do Código Civil, podem ser impostos: *a*) pelo fim econômico ou social do direito exercido; *b*) pela boa-fé; *c*) pelos bons costumes. "O titular precisa exceder *ao menos uma* dessas categorias de limites. Não é necessário que exceda *mais de uma*: a enumeração é alternativa, não cumulativa"[100]. As expressões elencadas como critérios para a aferição do ato abusivo se consubstanciam em conceitos juridicamente indeterminados[101], com-

---

96. Considerando possível que o ato de omissão no exercício e um direito possa ser qualificado como abusivo, Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, *cit.*, p. 393. Na mesma passagem, assevera a autora: "Vale lembrar que até mesmo o ato de disposição ou de aquisição pode configurar o abuso, não se cuidando tampouco de exercício do direito".
97. Sobre este aspecto, deixou assentado Fernando Cunha de Sá: "exercer significa assumir um comportamento e neste tanto cabe a acção como a omissão e quer a acção que representa a directa actuação do conteúdo qualificado em termos de direito subjetivo como a sua defesa mediante o emprego das diversas formas de tutela de um direito" (*Abuso do direito*. Coimbra, Almedina, 1997, p. 212).
98. O *artículo II* do *Título Preliminar* do Código Civil peruano de 1984 foi modificado em 1992, por intermédio do *decreto-ley 25.490*, ganhando maior amplitude, o que fez com que abarcasse a omissão abusiva, e permitisse também a tutela cautelar a fim de prevenir ou suprimir o abuso do direito. Tal dispositivo passou a contar com a seguinte redação: "*La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso*".
99. De acordo com o texto, Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, *cit.*, p. 380.
100. José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, *cit.*, p. 105.
101. A pena precisa de José Carlos Barbosa Moreira deixou consignado: "Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da *subsunção* – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de 'preencher os claros', de cobrir os 'espaços em branco'. A doutrina costuma falar, ao propósito, em 'conceitos juridicamente indeterminados' (*Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Temas de Direito Processual. Segunda Série. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 64).

petindo ao aplicador da norma dar-lhes concreção, por intermédio das chamadas regras de experiência, tendo em vista as características de cada espécie. De qualquer forma, quanto aos limites impostos pelo "fim econômico ou social", muitas vezes não será fácil alcançar a sua exata significação, pois nem sempre é transparente a finalidade em virtude da qual se atribui um direito a alguém. Não assim, por exemplo, em hipóteses relacionadas com o do direito de propriedade, o qual, segundo a dicção do art. 5º, XXIII, da Constituição da República de 1988, deve atender à sua função social, a qual é especificada nos arts. 182, § 2º, e 186 da mesma Carta Constitucional. Já a boa-fé a que alude o art. 187 do Código Civil consiste na chamada boa-fé *objetiva*[102], em cujo conceito estão subentendidas as regras de conduta fundadas na honestidade, na lealdade, na retidão, em consideração e cooperação com a outra parte, ou, ainda, com a sociedade[103]. À última das expressões utilizadas pelo legislador, "bons costumes", pode-se designar como "o conjunto de normas éticas geralmente observadas e tidas como relevantes para a preservação do equilíbrio nas relações mútuas entre os membro da comunidade"[104].

Dentro deste prisma de caracterização do ato abusivo, cumpre ainda verificar se para ela concorre a *intenção de prejudicar* por parte daquele que exerce o seu direito de maneira irregular; ou se a identificação deve ser feita com base em dados objetivos, como, por exemplo, a incompatibilidade entre o comportamento adotado e o fim econômico ou social visado pela norma atributiva do direito. Ao contrário do que estatuiu, por exemplo, o § 226 do Código Civil alemão, não fez o legislador brasileiro alusão à intenção de prejudicar; e muito menos requer a norma do art. 187 do Código Civil tenha o comportamento do agente esse fim como o único[105].

Assim, o exercício abusivo de um direito não se restringe às hipóteses nas quais se ateste o nítido o intento de prejudicar, de causar dano. Embora o elemento subjetivo revelado pela atitude dolosa ou culposa possa integrar a noção do ato abusivo, não é essencial à sua configuração, pois, para tanto, a análise deve circunscrever-se ao desvio finalístico do exercício do direito[106]. Cuida-se da adoção do critério do *motivo legítimo*, o qual se extrai das condições objetivas nas quais foi exercido o direito, cotejando-as com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa-fé e

---

102. Assim, Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, *cit.*, p. 391.
103. Assim, Brunela Vieira de Vincenzi, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo, Atlas, 2003, p. 159.
104. José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, *cit.*, p. 106.
105. Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, *cit.*, p. 105.
106. Assim, Sílvio de Salvo Venosa: "O novo Código, de forma elegante e concisa, prescinde da noção de culpa, no art. 187, para adotar o critério objetivo-finalístico. É válida, portanto, a afirmação apresentada de que o critério de culpa é acidental e não essencial para a configuração do abuso" (*Direito Civil*. Volume I, *cit.*, p. 609).

com a consciência dominante, expressa no conceito de bons costumes[107]. Portanto, deve ser adotado um critério *objetivo* na verificação do ato abusivo[108].

Ressalve-se, contudo que o próprio Código Civil, no art. 1.228, § 2º, ao regulamentar o direito de propriedade, afastou-se do critério objetivo, fazendo expressa menção ao *animus nocendi*: "São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem". Constata-se, de plano, a falta de sintonia entre este preceito legal e aquele constante do art. 187 do mesmo Código[109]. Porém, à mistura ou confusão de critérios não escaparam, de igual maneira, os já citados Códigos da Venezuela (art. 1.185) e da Bolívia (art. 107), os quais, a par de critérios objetivos, também fizeram menção à intenção de prejudicar. Nem por isso, todavia, será correto infirmar o critério objetivo, o qual deve seguir orientando a caracterização dos comportamentos abusivos.

Finalmente, cumpre averiguar a necessidade de existência de um *dano* para que se tenha como estabelecido o ato abusivo. Neste particular, parcela dos doutrinadores coloca como pressuposto do comportamento abusivo a ocorrência de um evento danoso[110]. Porém, consoante o Código Civil de 2002, somente

---

107. Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, *cit.*, 391. Igualmente, com referência ao "motivo legítimo", Pedro Batista Martins: "Em verdade, os vários critérios de avaliação do abuso do direito, identificando-se pelo seu cunho teleológico, confundem-se igualmente pela identidade de sua natureza e de seus fundamentos. Realmente, o exercício anti-social ou anti-funcional do direito, desvio do direito de sua finalidade econômica ou social, ausência de motivos sérios e legítimos, falta de utilidade ou de interesse, exercício anormal ou irregular do direito são critérios distintos apurados pela doutrina para facilitar ao juiz a apreciação do ato abusivo. No fundo, porém, todos esses critérios são meios diversos que se podem adotar para a realização do mesmo fim: verificar se o exercício do direito foi inspirado em motivo legítimo" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1949, pp. 27/28).

108. Já preconizava o critério objetivo Jorge Americano, *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2+S ed. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 56; também assim, Alvino Lima, *Abuso de direito*. Repertório enciclopédico do direito brasileiro (Org. J. M. Carvalho Santos), vol. I, Rio de Janeiro, Borsoi, s/d., p. 346. No mesmo sentido, segundo o Código Civil de 2002, José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, *cit.*, p. 105; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, vol. I, *cit.*, p. 609; Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 109/110; Heloísa Carpena, *O abuso do direito no Código Civil de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*, *cit.*, p. 393.

109. Assim, José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito*, *cit.*, p. 107.

110. Assim, por exemplo, Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 165. Na doutrina argentina, é o que afirma Rodolfo L. Vigo: "*¿Se requiere el daño para la configuración del abuso? Aun cuando Fernández Sessarego sostenga que 'el daño no es tampoco un elemento esencial', nos parece imprescindible insistir que sin alguien afectado o perjudicado no hay posibilidad de juridizar la conducta, porque el Derecho no tiene por sentido hacer buenos a los hombres sino que se conforma con modelar buenos ciudadanos, es decir, que respeten y confieran a los otros lo que les corresponde. El otro 'dañado' por el abuso puede ser alguien individual o la sociedad toda, y el bien que se perjudica no inevitablemente tiene que ser patrimonial*" (*Consideraciones iusfilosóficas sobre el "abuso del derecho"*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitário*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, pp. 316/317).

em relação ao art. 186, que regulamenta a violação de direito alheio, se encontra referência ao dano; não assim no dispositivo seguinte (art. 187), que cuida do abuso do direito[111]. Poder-se-ia argumentar que sem a existência de lesão ou dano a direito alheio seria irrelevante perquirir se o agente exerceu o seu direito de maneira abusiva ou desarrazoada. Todavia, não se deve olvidar que outras sanções distintas da recomposição patrimonial do dano podem ser impostas à atitude abusiva, como por exemplo, "deixar de aplicar a regra consagradora do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir"[112], ou mesmo ser o ato declarado *ineficaz*[113]. Portanto, pode-se afirmar que o ato configurador do abuso do direito pode não causar dano patrimonial, mas nem por isso deixará necessariamente de ostentar a qualidade abusiva[114], podendo dar ensejo a outras medidas repressivas que não a indenização patrimonial.

4. CONCLUSÕES

Sem qualquer pretensão de demonstrar o acerto das teses expostas durante todo o itinerário, apresentam-se a seguir as ideias desenvolvidas no presente ensaio, que podem ser reconduzidas, em apertada síntese, às proposições objetivas que se seguem:

a) Desde a mais remota antiguidade, o gênero humano foi capaz de intuir o sentimento de injustiça, relacionado-o sempre ao imoderado, ao excessivo, ao descomedido, ao abusivo;

b) Nas mais diversas concepções sobre a Justiça, dos pensadores mais antigos ao jusfilósofos contemporâneos, encontrar-se-á a supressão ao desarrazoado, à tirania, ao excesso, à iniquidade, ao descomedimento, enfim, ao abuso, os quais intuitivamente ter-se-ão por *injustos*;

c) Existe uma conexão entre o abuso do direito e a intelecção do que seja injusto ou desarrazoado, o que remete à necessária vinculação entre o direito e o

---

111. No sentido do texto, afirma, magistralmente, José Carlos Barbosa Moreira: "Para quem pensa, como nos parece correto, que os pressupostos do art 186 não são exigíveis para a caracterização do abuso do direito, esta figura poderá ocorrer sem que o comportamento do agente cause dano a outrem" (*Abuso do direito, cit.*, p. 108).

112. José Carlos Barbosa Moreira, *Abuso do direito, cit.*, p. 102. No mesmo sentido, na doutrina argentina, Jorge W. Peyrano, *Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil*. Abuso procesal. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, pp. 192/93.

113. Assim, dentre outros, Ricardo Luis Lorenzetti, *Abuso del derecho, contratos de duración y distribución de bienes*. Abuso del derecho. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 16. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 125; Juan Alberto Rambaldo, *El abuso procesal*. Abuso procesal.. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 227; Ivana María Airasca. *Reflexiones sobre la proscripción del abuso del derecho en el proceso*. Abuso procesal. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 107; Jorge W. Peyrano, *Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil, cit.*, p. 194.

114. É o que afirmam Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados, cit.*, p. 109.

comportamento moral. Predomina, portanto, entre estes a ideia de que entre direito e moral existem conexões necessárias, seja sob o plano conceitual, seja sob o normativo;

d) A *ideia* do exercício abusivo dos direitos já se fazia presente no direito romano. O que não se tinha, àquela época, era tão-somente uma *teoria perfeitamente delineada* sobre o abuso do direito, nos moldes em que formulada modernamente.

e) Com o advento da Idade Média, desenvolveu-se a teoria dos atos emulativos, cujas origens já se encontravam no direito romano (*aemulatio*), e que se pode considerar como um imediato antecedente da teoria do abuso do direito;

f) Somente no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, se veio a assistir a uma intensa fermentação de ideias, sobretudo na França, que conduziriam à teoria do abuso do direito. Contribuiu enormemente para a construção desta, precedendo inclusive à doutrina, a jurisprudência dos Tribunais. O liberalismo individualista anterior àquele período teve de ceder passo, não sem grandes resistências, à emergente doutrina sobre a *relatividade dos direitos subjetivos*;

g) À teorização do abuso do direto não ficaram alheios os legisladores dos mais diversos países. Atualmente, os reclamos ao abuso do direito podem ser verificados nos mais variados setores do universo jurídico, podendo a tese ser generalizada a ponto de se erigir em *verdadeiro princípio geral*;

h) Para a caracterização do abuso do direito, a pedra de toque fundamental é a ultrapassagem de determinados limites, os quais podem ser impostos: *a*) pelo fim econômico ou social do direito exercido; *b*) pela boa-fé; *c*) pelos bons costumes;

i) No tocante às sanções ao abuso do direito, estas podem consistir na obrigação de reparar o dano causado, ou na não-aplicação da regra consagradora do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir, ou mesmo ser o ato declarado ineficaz.

O PAC E A OUSADIA DE INOVAR

ARNOLDO WALD*

A importância da participação da iniciativa privada na concretização do PAC tem sido salientada, tanto pelo Governo como por empresários e economistas, sem que, todavia, até o presente momento, fossem criados os mecanismos adequados para que pudesse funcionar de modo eficiente e dinâmico. Não há dúvida que cabe ao Poder Público, nos precisos termos do art. 174 da Constituição, estabelecer o seu planejamento para desenvolver a infra-estrutura, sendo o mesmo determinante, para o setor público, e indicativo, para o setor privado, que, todavia, poderá fazer parcerias com o Estado.

Diante de algumas dificuldades que o programa tem enfrentado, é preciso reconhecer a incontestável urgência de medidas emergenciais a serem tomadas e de obras a serem realizadas, iniciando-as desde logo já que não mais podem esperar por providências burocráticas. Por outro lado, não há dúvida que a cooperação entre a iniciativa privada e o poder público pode transformar o PAC numa verdadeira parceria entre o Estado e o empresariado, que exige técnicas próprias de flexibilização das normas aplicáveis, mesmo que sejam temporárias, e até a criação de instrumentos próprios e de órgãos específicos para incentivar, de imediato, os investimentos privados ou as PPP no interesse nacional.

Justifica-se a ideia das entidades empresariais de acordo com a qual há necessidade de reformas básicas, que, evidentemente, não se realizam de um dia para o outro. Mas o que parece possível, no momento, é uma solução mais modesta, mas que pode ser rápida, ou até imediata. Trata-se da concepção de um regime emergencial para fazer deslanchar essa parceria entre o Estado e o setor privado, na realização de um programa comum, para garantir o bom funcionamento da infraestrutura, que é condição da própria sobrevivência econômica e do desenvolvimento do país.

A tomada de medidas emergenciais, com uma verdadeira contratualização da economia, se justifica, pois tornou-se condição efetiva dos investimentos privados, que necessitam de rapidez de decisão e de segurança jurídica. Efetiva-

---

* Advogado e Professor catedrático da Faculdade de Direito da UERJ.

mente, não podem, na lógica empresarial, correr o risco de enfrentar delongas incompatíveis com o ritmo atual da economia mundial e com o custo do dinheiro em nosso país.

As dificuldades do planejamento nos quadros de uma política liberal decorrem da impossibilidade do Estado determinar os investimentos que a empresa privada deve fazer, embora possa contar com a sua colaboração e tenha meios de incentivar a aplicação dos capitais particulares. Cabe, pois, criar uma economia concertada ou negociada, que os economistas chegaram a caracterizar como sendo a economia do diálogo, baseada na colaboração entre empresários e representantes do Estado que, em conjunto, analisam os grandes problemas e procuram apresentar soluções rápidas e adequadas. A coordenação dos esforços, com a criação de mecanismos adequados para realizar um ideal comum, há de substituir, assim, a ação unilateral do Estado.

Da economia contemporânea já se disse que era concertada, na sua elaboração, e contratual, na sua execução. Na vida brasileira, já conhecemos algumas tentativas recentes de diálogo construtivo para obter a solução de determinados problemas setoriais. Mas, trata-se, agora, de sair do debate genérico para a criação de um órgão, com poderes decisórios amplos, organizado no mais alto escalão, para poder resolver definitivamente todas as pendências em regime de emergência, aplicando-se até os prazos curtos fixados pela legislação aplicável aos processos administrativos. Por outro lado, num momento crítico, nada impede, inclusive, que possa haver recurso direto das decisões das agências ao Presidente da República, como já ocorreu no passado. É também possível encontrar fórmulas legais adequadas, que não mais permitam que as políticas governamentais sejam desrespeitadas e obras essenciais paralisadas, por longos anos, com prejuízos incomensuráveis.

Sem prejuízo de reformas amplas que deverão ser realizadas a médio e longo prazo, cabe a urgente implantação de um regime de parceria dinâmica e construtiva, com mecanismos e instrumentos próprios que permitam superar os atuais gargalos administrativos e garantir aos investidores a necessária segurança jurídica. Talvez tenha chegado o momento de realizar a "Parceria de Aceleração do Crescimento" entre o Estado e a iniciativa privada.

Por outro lado, o recente projeto governamental que autoriza a criação de fundações estatais, que poderão contratar os seus empregados pela CLT, se revela da maior importância em três aspectos. É, em primeiro lugar, um meio de aprimorar o regime dos servidores do Estado, dando-lhe flexibilidade. É também uma forma de reduzir os custos do Poder Público, especialmente se, no futuro, parte dos atuais funcionários puder ser substituída por celetistas. Finalmente é um ato pelo qual se renova o direito administrativo, não rompendo com as suas tradições, mas complementando as fórmulas clássicas de contratação dos funcionários com outras mais modernas, que se justificam em casos específicos.

O último aspecto deve ser enfatizado tanto por corresponder a uma necessidade premente da sociedade brasileira, como também pelo fato de não se tratar de uma iniciativa isolada, mas de mais um passo para a modernização das instituições. Ao lado da consagração da arbitragem nos contratos de direito administrativo, que tem sido adotada em virtude de legislação recente, e das novas fórmulas de cobrança dos tributos, que estão sendo estudadas, a contratação pelo Poder Público de servidores pela CLT representará uma inovação importante dentro de um programa de desburocratização do Estado.

Na realidade, a inovação deixou de ser, no século XXI, uma simples faculdade, para ser impor como verdadeiro imperativo para garantir o desenvolvimento do país. Como já se afirmou, recentemente, "nunca antes, a inovação prometeu tanto, para tantos, em tão pouco tempo". Por outro lado, a evolução do Direito e a reformulação das instituições, não devem ser feitas mediante rupturas. É, pois, preciso reformar sem destruir, mantendo os valores do passado e conciliando-os com as novas necessidades.

O gradualismo não deve, todavia, levar à estagnação, pois, como já lembrava EDMUND BURKE, "o maior erro do governo consiste em não fazer nada quando descobre que só pode fazer pouco". Não há dúvida que a tradição burocrática está ancorada na vida brasileira e que uma reação construtiva se faz necessário. Efetivamente, se, no passado, o tempo da economia conciliava-se com o da administração, não é mais o que acontece hoje. Com a globalização, o ritmo do Poder Público deve ser o do investidor. O legislador e o Poder Judiciário já se convenceram da necessidade de uma readaptação. A própria Constituição brasileira, em virtude da Emenda Constitucional nº 19, já determina que o Estado seja eficiente. Ora, a eficiência não se compatibiliza com a excessiva burocracia e exige que as decisões, tanto nos processos administrativos como judiciais, sejam tomadas em prazos razoáveis, assegurando-se a todos, ao cidadão e às empresas, "celeridade de sua tramitação" (Emenda Constitucional nº 45).

Dois casos recentes, nos quais houve necessidade de interferência do Presidente da República, evidenciam que a solução dos processos administrativos de licenciamento e autorizações, especialmente na área ambiental, não se realizam em prazos razoáveis. Acaba de ser publicada a decisão referente à construção das usinas do Rio Madeira, que levou dois anos, prazo que certamente não é razoável. Mas, pouco antes, o Presidente da República lembrou, em entrevista, que acabava de se poder dar prosseguimento à hidrelétrica a ser construída em Belo Monte, pois tinha sido cassada liminar que perdurara por vinte anos. Por mais que se deva louvar a atuação do Executivo para impedir a paralisação de processos, evidentemente que houve, nos mencionados casos, uma ausência de eficiência, uma falha de sistema, um excesso de burocracia.

São situações que merecem encontrar uma solução que independa da atuação *a posteriori* do Poder Público. Temos uma lei que se aplica ao processo administrativo, com prazos razoáveis que devem ser cumpridos. As decisões

administrativas, como as judiciais, necessitam de prazos razoáveis. Se é difícil aplicar novas soluções para todos os casos, ou realizar, num curto prazo, uma reforma em profundidade de administração, medidas emergências para determinados setores podem e devem ser tomadas, como se fez no projeto das contratações pela CLT. Sem prejuízo de manter e aperfeiçoar o sistema geral, cabe usar a chamada "destruição criativa" para afastar a aplicação de normas que, em certos setores, tornaram-se obsoletas, e até inconstitucionais, por violarem o princípio da eficiência. Regras especiais se justificam em relação à infraestrutura, que já mereceu tratamento próprio no Plano de Aceleração de Crescimento.

Trata-se de elaborar normas especiais, que não violem o princípio da isonomia por decorrerem da análise econômica, exigindo soluções peculiares diante de situações especiais. Se a igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, como já afirmava Rui Barbosa, é hora de complementar o PAC por normas que lhe possam dar a devida eficiência. É, pois, preciso termos um regime administrativo que se concilie com as necessidades do século XXI e que permita investir e realizar as obras e serviços nos prazos exigidos pela economia nacional e pelo desenvolvimento do país.

O REGIME DAS PENAS NOS CRIMES HEDIONDOS

ÁUREA PIMENTEL PEREIRA *

A Carta Política brasileira de 1988, em seu art. 5º, XLIII, declarou insuscetíveis de graça ou anistia: a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os *crimes definidos em lei como hediondos*.

A intransigência da lei – contida no texto constitucional em referência – deixa clara a vontade do legislador constituinte no sentido de excluir a concessão de *benesses*, aos autores de tais crimes, considerados de suma gravidade, levando em conta não só o grande potencial ofensivo neles contido, como também, a ameaça que os que os praticam representa para a sociedade.

Não foi por razão outra, senão a intenção de guardar sintonia com a norma do art. 5º, XLIII da Constituição Federal, que a Lei nº 8.072/90, em seu art. 2º, § 1º, com acertado rigor, previu o regime integralmente fechado, para o cumprimento das penas, cominadas aos autores dos crimes definidos como hediondos e os de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo.

A incidência para aplicação da norma do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 – sem que nela se tivesse vislumbrado a eiva de inconstitucionalidade – foi pelo Pretório Excelso, em sua composição anterior, reconhecida, quando do julgamento do *Habeas Corpus* 81.288/SC, para justificar o desacolhimento do pedido de concessão de ordem, que visava o deferimento de progressão de regime prisional a autor de crime hediondo.

Em decisão recente, todavia – proferida por maioria de votos, quando do julgamento de pedido de *habeas corpus* – reconheceu, o Supremo Tribunal Federal, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da norma do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, por tê-la considerado em testilhas com o princípio da individualização da pena previsto no inciso XLVI do art. 5º da Carta Magna, *vindo* a conceder o *writ*, para admitir a progressão de regime prisional, em favor de réu que fora

---

* Áurea Pimentel Pereira é Desembargadora aposentada. Membro do Conselho de Vitaliciamento e do Fórum Permanente para Formação e Aperfeiçoamento do Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

condenado à pena de dezoito anos de reclusão, por ter molestado sexualmente quatro crianças.

O novo entendimento assentado pela Corte Suprema do país, a respeito de tão importante questão constitucional, não estaria, porém, com todas as vênias, na nossa visão, a merecer aplausos.

A individualização da pena foi pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVI, devolvida à lei.

O legislador ordinário, no art. 59 do Código Penal, quando a respeito dispôs, deixou expresso que, dita individualização, deve ser feita – naturalmente, de modo que se revele necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime – levando em conta, além da culpabilidade do réu, sua conduta social, antecedentes, circunstâncias e consequências do crime, recomendando que, em tal oportunidade, estabeleça o juiz o regime prisional havido como adequado para o cumprimento da pena.

Quando estabeleceu, portanto, o legislador, no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que as penas impostas nos casos de crimes hediondos deviam ser cumpridas em regime integralmente fechado, fê-lo, na verdade, em rigorosa harmonia com o disposto no art. 5º, XLVI da Constituição Federal e no art. 59 do Código Penal, com o propósito de estabelecer regra especial para a individualização da pena e critério para o seu cumprimento, no caso de crimes de tal natureza, levando em conta a personalidade deformada dos autores de tais delitos e ameaça que eles representam para a sociedade.

Assim, porém, não entendeu o Pretório Excelso, quando, por maioria de votos, em decisão sem força vinculativa – porque proferida *incidenter tantum*, quando do julgamento de *habeas corpus* – reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90.

É desalentador constatar o afrouxamento que está havendo, por parte do Estado, quando do exercício do *ius puniendi*.

A concessão de *benesses*, a autores de delitos de extrema gravidade, tem transformado o cumprimento das penas impostas em verdadeira pantomima, com a desmoralização da Justiça.

As leis penais, em vigor no país, são de um modo geral permissivas e nem sempre são aplicadas com o necessário rigor.

Com relação ao cumprimento das penas nos crimes hediondos, a situação é extremamente grave.

É que a Lei nº 11.464, de 28-03-07, ao alterar o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 – que anteriormente estabelecia o regime integralmente fechado, para o cumprimento das penas nos crimes hediondos – passou a admitir, agora, que dito regime só inicialmente seja o fechado, abrindo espaço para que os autores de

tais delitos possam obter o benefício da progressão, se e quando preenchidas as regras que foram na Lei fixadas, a saber: o cumprimento de dois quintos da pena, quando o apenado for primário, e de três quintos quando reincidente.

Com a edição da Lei nº 11.464/07, exsurgiu discussão sobre se as novas regras nela contidas, disciplinadoras da concessão do benefício da progressão do regime de penas, nos crimes caracterizados como hediondos, incidiriam para aplicação aos delitos praticados anteriormente à vigência da Lei, sustentando os que negam a possibilidade de tal aplicação que, não constituindo o diploma legal em questão *lex mitior*, que aos apenados possa favorecer, a sua incidência retroativa não teria, então, cabimento.

Na nossa visão, porém, tal entendimento não colhe.

Com efeito, antes da edição da Lei nº 11.464/07, no caso dos crimes hediondos, por força do estatuído no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, a progressão do regime de penas estava inteiramente excluída, não incidindo, portanto, à época, para aplicação, aos delitos de tal natureza, às normas do art. 112 da Lei de Execuções Penais, que permitiam a progressão nos crimes comuns, quando cumprido um sexto da pena.

Nessa ordem de ideias, justamente por constituir, para os autores de crimes hediondos, o novo regime para o cumprimento das penas, instituídos pela Lei nº 11.464/07, solução mais favorável, é que possível há de ser sua aplicação retroativa, na condição de *lex mitior*, para alcançar os delitos de tal natureza praticados antes da edição da Lei.

Entender-se de forma diversa, para garantir, aos autores de tais crimes, o tratamento permissivo previsto no art. 112 da Lei de Execuções Penais – que nem mesmo anteriormente àqueles crimes podia ter aplicação – é contribuir para a desmoralização da justiça, transmudando o cumprimento das penas em verdadeira farsa, despertando nos infratores da lei o sentimento de impunidade e o incentivo para o cometimento de novos delitos.

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS, AMPLIAÇÃO DO ROL DOS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E ESTATUTO DO IDOSO

DAMÁSIO DE JESUS

De acordo com o art. 61 da Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, em sua redação original, são infrações de menor potencial ofensivo, conduzindo-as à sua competência, os delitos aos quais é cominada pena máxima privativa de liberdade não superior a um ano.

A Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, criou os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, determinando em seu art. 1º aplicar-se a eles a Lei nº 9.099/95, desde que presentes duas regras previstas em seu art. 2º, *caput* e parágrafo único:

> 1ª) Os Juizados Especiais Criminais Federais julgam exclusivamente infrações da competência da Justiça Federal (*caput*);
>
> 2ª) Somente são de sua competência as infrações penais de menor potencial ofensivo (*caput*).

Definindo os crimes de menor potencial ofensivo, reza o parágrafo único do mencionado dispositivo:

> "Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa".

Interpretando as disposições, verifica-se que o art. 61 da Lei nº 9.099/95 leva em conta a pena máxima abstratamente imposta aos crimes em quantidade não superior a *um ano*, ao passo que a lei nova prevê que o máximo da sanção detentiva não pode ser superior a *dois anos*. Tratando as duas normas do mesmo tema, qual seja conceituação legal de crime de menor potencial ofensivo, e adotando o critério de classificação de conformidade com a quantidade da pena, chega-se à conclusão de que empregam valorações diferentes. Diante disso, prevalece a posterior, de Direito Penal material, que, mais benéfica, derroga a anterior (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único), ampliando o rol dos crimes de menor potencial ofensivo. Assim, o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/2001 derrogou o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95). Em consequência, sejam da competência da Justiça Comum ou Federal, devem ser havidos como delitos de menor potencial ofensivo aqueles aos quais a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos ou multa. De maneira que os Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum passam a ter competência

sobre todos os delitos a que a norma de sanção imponha, no máximo, pena privativa de liberdade não superior a dois anos (até dois anos) ou multa, entendimento adotado por quase a unanimidade da doutrina e acatado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no RHC nº 12.033, MS, rel. Ministro Félix Fischer, votação unânime, julgado em 13.8.2002.

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que editou o Estatuto do Idoso, em seu art. 94, determina o seguinte:

> "Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal".

Teria o referido dispositivo alterado pela segunda vez o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, cumprindo serem considerados crimes de menor potencial ofensivo todos aqueles cuja pena máxima abstrata detentiva não supere quatro anos, previstos no Estatuto ou não? Seriam de menor potencial ofensivo delitos como a apropriação indébita de pensão de idoso, apenada com quatro anos de reclusão (art. 102 da Lei nº 10.741/2003)? Estaria a lei nova ampliando o rol dos delitos de menor afetação jurídica?

Acreditamos que não. O art. 94 somente pretendeu imprimir à ação penal por crimes contra o idoso, com sanção abstrata máxima não superior a quatro anos, o *procedimento* da Lei nº 9.099/95, conferindo maior rapidez ao processo. Não seria razoável que, impondo um tratamento penal mais rigoroso aos autores de crimes contra o idoso, contraditoriamente viesse permitir a transação penal, instituto de despenalização (art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais). A ampliação do limite máximo viria permitir a concessão da roupagem de infrações de menor afetação jurídica a delitos de gravidade, como aborto consentido, furto e receptação simples, rapto, abandono material, contrabando etc.

O art. 61 da Lei nº 9.099/95 contém a conceituação de crimes de menor potencial ofensivo para efeito da competência dos Juizados Especiais Criminais. O art. 94 do Estatuto do Idoso disciplina a espécie de procedimento aplicável ao processo, não cuidando de infrações de menor potencial ofensivo. Temos, pois, disposições sobre temas diversos, cada uma impondo regras sobre institutos diferentes, sendo incabível a invocação do princípio da proporcionalidade.

CONFRONTAÇÃO DO DEPOIMENTO COM REDUÇÃO DE DANOS (ABORDAGEM DESDE UMA PERSPECTIVA CRIMINAL) *

DÉCIO ALONSO GOMES **

"...which the duke desir'd
To have brought, vivâ voce, to his face:
At which appear'd against him his surveyor"
(William Shakespeare, *King Henry VIII*, Act. II, Sc. 1)

SUMÁRIO: 1. Como se fosse uma introdução. 1.1. O surgimento do depoimento sem dano na experiência brasileira. 1.2. Conceitos básicos e experiência já alcançada. 2. Além da ideia de contraditório. 2.1. Direito à confrontação. 2.2. Confrontação da cláusula com o depoimento com redução de danos. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1. COMO SE FOSSE UMA INTRODUÇÃO

O cotidiano forense é repleto de situações que refogem à normal preparação e ao regular treinamento dos chamados operadores do Direito (Juízes, Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Advogados), apresentando desafios e problemas que os bancos acadêmicos não delineavam sequer como horizonte longínquo.

---

* Registro um público agradecimento aos Drs. Alexandre Morais da Rosa e Luciane Potter Bitencourt pelo generoso convite para transformar ideias embrionárias sobre o *depoimento com redução de danos* em um artigo, bem como às Dras. Clisânger Ferreira Gonçalves e Carla Carvalho Leite, colegas de Ministério Público fluminense, pela gentil cessão de material e sugestões para a elaboração da exposição oral, agora transformada em texto.

** Mestre em Ciências Penais (Criminologia e Direito Processual Penal) pela Universidade Candido Mendes/RJ. Especialista em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Professor Auxiliar de Direito Processual Penal da Universidade Candido Mendes – UCAM e Professor convidado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial.

Dentro do específico campo da atividade processual probatória esta questão ganha contornos quando esses operadores se deparam com crianças e adolescentes que são vítimas ou testemunhas de delitos. Tal quadro se agiganta em terror quando estas mesmas personagens (crianças e adolescentes) são alvo de crimes sexuais.

A estrutura de cuidados com a criança no Juizado da Infância e Juventude (ou mesmo *antecipadamente* nos Conselhos Tutelares), a oitiva e os exames periciais na fase policial e a nova auscultação na fase judicial, além das finalidades processuais, servem como verdadeiro *programa de reedição*[1] da dor advinda do ilícito contra ela praticado. O menor é obrigado a declarar não uma vez senão várias, incitando-o a recordar novamente os fatos, a rememorar cada um dos detalhes em um ambiente muito formalista e distante. Nos casos de abusos sexuais, as crianças, além de sofrerem o mal infinito da agressão, sofrerem – posteriormente – o *calvário* do processo penal (gerando o chamado *dano institucional*).

Tal quadro é agravado quando ocorre a constatação de que os operadores do Direito não estão acostumados a lidar com pessoas, mormente diante da usual quantidade avassaladora de processos a que estão submetidos, deixando de reconhecer naquele aglomerado de papéis a existência do Outro[2].

Não fosse suficiente, outro fator vem se somar a este trágico quadro: os frios, distantes e excessivamente sóbrios/formais espaços físicos das salas de audiência não foram projetados para deixar crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual à vontade para falarem dos fatos ocorridos, das suas tristezas e sofrimentos, pois são projetados de maneira a criar uma subserviência entre a autoridade estatal e a testemunha.

> "Tendo em vista que o abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes é – em regra – realizado às escondidas, sem qualquer testemunha presencial, e também não deixa, na maior parte dos casos, qualquer vestígio material – aquele capaz de ser apurado através de perícia médica – conclui-se que o depoimento da vítima em juízo é de extremo valor, eis que não é raro que seja a única prova possível de ser produzida"[3].

O despreparo profissional, a concepção cênica das salas de audiências e as exigências jurídico-processuais acabam por revitimizar as crianças abusadas (o que traz no seu lastro o problema da geração de um *dano psíquico secundário*, o qual, em alguns casos, pode ser maior que o dano primário causado pelo abusador).

---

1. Jorge Trindade, Prefácio. *Apud* José Antonio Daltoé Cezar. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
2. *Idib.*, destacando o autor que *nem sempre estes operadores têm plena consciência disso.*
3. José Antonio Daltoé Cezar, *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, pp. 18/19.

Sob outro viés, o trauma suportado pela vítima e os preconceitos enraizados nas mentes dos *operadores do Direito* culminam por minorar a credibilidade dos depoimentos e declarações prestados, o que toma dimensão perigosa quando considerado que na maior parte dos casos de abuso sexuais cometidos contra um menor o testemunho dele constitui a prova fundamental, às vezes a única, de que se dispõe.

A falta de credibilidade no relato infantil não se justifica quando a afirmação é de que, como regra, as crianças fantasiam, mentem, são vulneráveis a sugestões, incapazes de separar a realidade de seus desejos sexuais, etc. Na verdade, a verdadeira justificativa para não-validação da versão é o próprio sentimento dos adultos que não suportam admitir que seus semelhantes possam praticar tamanha violência contra os indefesos. Trata-se a negação, no dizer de Dobke, da primeira e mais primitiva defesa psicológica dos adultos, que procuram dessa forma diminuir a própria vergonha, bem como minimizar a problemática enfrentada em cada caso analisado[4].

Diante deste cenário, como bem frisado pela doutrina especializada, o primeiro passo a ser dado é o tratamento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos (e não como mero objeto da atuação jurisdicional).[5]

> "O ECA, ao contrário da doutrina da situação irregular que colocava crianças e adolescentes como objetos do direito, colocou esses como sujeitos dos direitos estabelecidos na legislação, alterando significativamente as relações jurídicas afetas à infância e à juventude. No plano geral, dispôs sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, introduzindo no campo normativo uma nova política de atendimento. Criou uma instância administrativa de distribuição de justiça, os Conselhos Tutelares, e disciplinou a proteção judicial dos interesses difusos e protetivos"[6].

O processo penal brasileiro não apresenta como finalidade primeira a proteção do menor ou mesmo de qualquer outra vítima, senão que esta aparece em um plano muito secundário e distante, submetida ao objetivo principal: a imposição de uma pena ao autor do delito.

Tal panorama, a toda evidência, encontra-se em abissal dissonância com o regramento constitucional, mormente no que toca ao cuidado e integral prote-

---

4. Veleda Dobke, *Abuso Sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre, Ricardo Lenz Editor, 2001, p. 37. "Como ensina Sanderson (2005, p. 237), nesses casos, alguns pais preferem não acreditar na criança a se confrontar com a dura realidade de ver uma pessoa de confiança como um pedófilo, sendo a negativa também uma das formas que encontram para se desculparem do fraçasso da missão tutelar em que estavam investidos".
5. Convenção sobre o Direito da Criança (1989) aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e incorporada ao direito interno pelo Decreto Legislativo nº 28, que adotou em seus princípios a doutrina da proteção integral, a qual se consolidou posteriormente com a edição da Lei nº 8.069/90.
6. José Antonio Daltoé Cezar, op. cit., pp. 40/41.

ção devida à criança. Daí a necessidade de (re)pensar sua intervenção do processo penal, na qualidade de vítima ou testemunha, com adaptação ou formação dos recursos destinados à utilização do *conhecimento* e da *experiência* da vítima infantojuvenil.

Frisa-se, apenas como premissa necessária ao desenvolvimento do trabalho, que é impensável a exclusão de crianças e adolescentes do rol de "testemunhas" ou "ofendidos" que deverão ser ouvidos no processo penal, seja pelas garantias quanto à ampla produção probatória que amparam as partes, seja para evitar ou afastar a denominada *síndrome do segredo* na criança.

1.1. O SURGIMEN'TO DO DEPOIMENTO SEM DANO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Em sua obra, DOBKE sugere que a inquirição da criança seja realizada através de profissional habilitado, com o uso da *Câmara de Gesell* (sala de vidro espelhado unidirecional utilizada em algumas ações da psicanálise). Dessa forma, os operadores jurídicos poderiam fiscalizar e participar do depoimento, o que resguardaria os princípios do contraditório e da ampla defesa.

O dispositivo da *Câmara Gesell* foi criado pelo norte-americano ARNOLD GESELL (1880-1961), psicólogo que se dedicou a estudar as etapas do desenvolvimento de crianças. Basicamente, a *Câmara Gesell* consiste em uma sala com parede divisória na qual há um vidro de grande tamanho que permite ver de um lado da sala o que ocorre no outro ambiente – onde se realiza a entrevista –, porém, vedando o contrário. GESELL a criou para observar o comportamento das crianças sem que estas se sentissem pressionados pelo olhar de um observador.

Essa experiência tenta combater a chamada "vitimização secundária", consistente nos sofrimentos suportados pelas vítimas e pelas testemunhas, que são provocados pelas instituições encarregadas das instâncias da justiça penal, tais como: polícia, juízes, peritos, criminólogos, funcionários de instituições penitenciárias, etc.[7]

No entanto, DALTOÉ CEZAR assevera que as condições físicas dos prédios do Poder Judiciário dificultavam a instalação da *Câmara de Gesell*, sendo certo, por outro turno, que no ano de 2003, equipamentos comerciais que unificam locais distintos através de som e imagem começavam a ser mais difundidos, inclusive com custos mais passíveis de serem suportados pela Administração Pública, optando-se por criar no Foro Central de Porto Alegre, como projeto piloto, uma pequena sala para inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexu-

---

7. Existe, por óbvio, a vitimização primária, que consiste nas consequencias que sofre a vítima direta de um crime, e também a vitimização terciária, que é a estigmatização que a sociedade realiza sobre a vítima de um delito.

al, a qual está interligada à sala de audiências da 2ª Vara da Infância e da Juventude: nascia o Projeto do Depoimento sem Dano.

1.2. CONCEITOS BÁSICOS E EXPERIÊNCIA JÁ ALCANÇADA

O Projeto Depoimento sem Dano trata "de, na ocasião dos depoimentos das crianças e dos adolescentes vítimas de abuso sexual, retirá-las do ambiente formal da sala de audiências e transferi-las para sala especialmente projetada para tal fim, devendo esta estar devidamente ligada, por vídeo e áudio, ao local onde se encontram o Magistrado, Promotor de Justiça, Advogado, réu e serventuários da justiça, os quais também podem interagir durante o depoimento (...) Assim, é possível realizar esses depoimentos de forma mais tranquila e profissional em ambiente mais receptivo, com a intervenção de técnicos *previamente preparados* para tal tarefa, evitando, dessa forma, perguntas inapropriadas, impertinentes, agressivas e desconectadas não só do objeto do processo, mas principalmente das condições pessoais do depoente (...) Após o depoimento, que é gravado na memória de um computador, sua íntegra, além de ser degravada e juntada aos autos, é copiada em um disco e juntada na contracapa do processo. Tal prática permite que não só as artes e Magistrado tenham a possibilidade de revê-lo a qualquer tempo para afastar eventuais dúvidas que possuam, mas também que os julgadores de segundo grau, em havendo recurso da sentença, tenham acesso às emoções presentes nas declarações, as quais nunca são passíveis de serem transferidas para o papel"[8-9].

Sem pretender qualquer imiscuição na origem e fixação do instituto, anota-se apenas a preferência pela utilização da expressão designativa *Depoimento com Redução de Danos*, pois, como amplamente demonstrado pelos diversos campos de conhecimento da psicologia, incompossível reviver o trauma sem que qualquer dano seja gerado. E, tanto é assim, que o próprio DALTOÉ CEZAR disciplina que o principal objetivo do instituto é a "*Redução do dano* durante a produção de

---

8. José Antonio Daltoé Cezar, *op. cit.*, pp. 61/62.
9. Furniss aponta que a divisão da dinâmica do depoimento deve ser feita em três etapas: a) *acolhimento inicial*, onde realiza-se a intimação do responsável pelo menor para o comparecimento em audiência, com boa antecedência, evitando-se o encontro fortuito nos corredores do Fórum com o acusado, permitindo que um técnico passe ao menor e ao seu responsável os esclarecimentos necessários sobre os papeis que cada um exercerá durante a realização da instrução e o conhecimento da linguagem que a criança utiliza para delinear seus assuntos pessoais; *b) depoimento ou inquirição*, observando a forma processual vigente, tendo o técnico como *agente facilitador* (verdadeiro *intérprete*) da colheita da manifestação do menor; *c) acolhimento final*, com o retorno ao menor do resultado da sua intervenção (Tilman Furniss, *Abuso Sexual da Criança, Uma Abordagem Interdisciplinar*. Porto Alegre, Artes Médicas, 1993). Em todas as etapas, deve o técnico buscar a compreensão do estágio de desenvolvimento cognitivo, emocional, social e físico do menor.

provas em processos judiciais, nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha"[10].

Através de um ponto eletrônico, as perguntas do Juiz, Promotor de Justiça e Defensor Público ou Privado são passadas ao profissional da área psicossocial, que as repassa à criança, de forma considerada mais coerente e adaptada ao seu universo. O papel do técnico, no *depoimento com redução de danos*, é basicamente de intermediação, repassando as perguntas feitas pelos profissionais do Direito de maneira adequada, fazendo uso, quando necessário, de recursos audiovisuais.

Registre-se que a inquirição feita pelas partes (interessadas ou não) deve priorizar a utilização de perguntas abertas e não indutivas, permitindo que o relato do menor seja apresentado segundo sua visão na qualidade de vítima.

O depoimento com redução de danos é experiência já observada na Argentina[11], Espanha[12], Itália e França, dentre outros tantos países.

---

10. José Antonio Daltoé Cezar, *op. cit.*, p. 62 (somando, outrossim, dois outros objetivos: *a*) garantia dos direitos da criança/adolescente, proteção e prevenção de seus direitos, quando, ao ser ouvida em Juízo, sua palavra é valorizada, respeitando-se sua condição de pessoa em desenvolvimento; *b*) melhoria na produção da prova).
11. Art. 221 bis: *Cuando se trate de una víctima o testigo de alguno de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Capítulos II, III, IV y V, que a la fecha en que se requiera su comparencia no haya cumplido los dieciséis (16) años de edad, se seguirá el siguiente procedimiento: 1) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo del Poder Judicial de la Provincia, pudiendo ser acompañado por otro especialista cuando el caso particular lo requiera, ambos designados por el órgano que ordene la medida, procurando la continuidad del mismo profesional durante todo el proceso, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho órgano o las partes, salvo que excepcionalmente y por razones debidamente fundadas, el fiscal lo pudiera autorizar. El órgano Interviniente evitará y desechará las preguntas referidas a la historia sexual de la víctima o testigo o las relacionadas con asuntos posteriores al hecho. 2) El acto se llevará a cabo de conformidad a los artículos 308 y 309 del presente Código, en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, cuando ello fuere posible. 3) El órgano interviniente podrá requerir al profesional actuante, la elaboración de un informe detallado, circunscripto a todos los hechos acontecidos en el acto procesal. 4) A pedido de parte, o si el órgano interviniente lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente, o en su defecto, mediante cualquier otra modalidad que preserve al menor de la exposición a situaciones revictimizantes, sin perjuicio del derecho de defensa. En tal caso, previo a la iniciación del acto, el órgano interviniente hará saber al profesional a cargo de la entrevista, las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate del reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el órgano interviniente, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado, quien a todos los efectos será representado por el defensor, debiendo con posterioridad, imponérsele y posibilitarle el acceso al informe, acta, constancias documentales o respaldos fílmicos del acto.*
    Cuando se trate de menores que a la fecha de ser requerida su comparencia hayan cumplido los dieciséis (16) años de edad y no hubieren cumplido los dieciocho (18) años, el órgano interviniente, previo al acto o a la recepción del testimonio, requerirá informe al especialista acerca de la existencia de riesgos para la salud psicofísica del menor respecto de su comparendo ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto precedentemente.
12. Cabe assinalar que a Lei Orgânica 14/1999, de 9 de junho, que modificou o Código Penal de 1995, em matéria de proteção às vítimas de maus tratos, e do Código de Processo Penal da Espanha, introduziu um novo aspecto de caráter processual que pode redundar em uma considerável

Importante destacar que a adoção da técnica do *depoimento com redução de danos*, assim como a sistemática da inquirição direta, não garante nem facilita a descoberta de manifestações falsas ou fantasiosas das crianças (como na hipótese da síndrome de Münchausen – desordem na qual a criança fabrica sintomas de uma doença física para obter atenção – ou nos casos dos *Red Outs* – tipo particular de amnésia para crimes violentos, de ordem dissociativa-seletiva, restrita ao evento ou episódio geralmente singular).

Para tanto, fundamental a realização de profundo acompanhamento psicológico, em ambiente e tempo próprios, estabelecidos por profissional habilitado (e sem a direta finalidade de utilização no processo penal). De forma simultânea (e com vistas à utilização probatória), possível e importante o manejo do estudo psicossocial, permitindo que equipes interdisciplinares em atuação no Juízo Criminal estabeleçam atividade tipicamente *psi* com a criança, aportando conhecimentos outros à convicção judicial.

2. ALÉM DA IDEIA DE CONTRADITÓRIO

Numa primeira e rápida tentativa de fixação da possibilidade de utilização do instituto de depoimento com redução de danos, a doutrina costuma fazer referência ao especial cuidado que os operadores do Direito devem ter com os constitucionais princípios do contraditório e ampla defesa quando da inquirição de crianças e adolescentes (vítimas de crimes ou testemunhas). Ademais, refere-se que a obediência ao contraditório e à ampla defesa importaria numa melhor forma de inquirir tais pessoas, evitando-se novos danos psíquicos às vítimas[13].

Ocorre que ligeira atecnia parece surgir quando da tentativa de conexão dessas *retas paralelas* (*depoimento com redução de danos* e princípios do contraditório e

---

minoração das consequências sobre a própria vítima ou sobre os depoimentos de menores. De fato, se introduziu uma cobertura legal necessária para que não se produza confrontação visual entre os menores e o acusado, podendo-se, para isso, utilizar meios audiovisuais. Por congruência com este princípio, a prática de acareação quando os depoimentos sejam de menores de idade passa a ter caráter excepcional. Deve-se recordar que esta recente modificação está em consonância com o tratamento que algumas instituições europeias têm dado à questão. Neste sentido, o Conselho da Europa, em 1985, recomendou que os menores fossem assistidos por familiares ou profissionais na hora de testemunhar, em 19991, que se adotem medidas especiais para amortizar os efeitos de seu comparecimento e reforçar sua credibilidade e, em 1998, voltou a firmar posição na colocação em prática das propostas realizadas. Em 1997, o Parlamento Europeu instou os Estado para que seu direito processual não permita que os menores revivam de maneira traumática os atos delitivos.

13. "... Uma vez verificada a precariedade da forma como os depoimentos estão sendo tomados, devem ser buscadas soluções dentro da ordem constitucional, *com obediência ao contraditório e ampla defesa*, para uma melhora no inquirir de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. Tal medida evitaria assim novos danos psíquicos nas vítimas, bem como emprestaria qualidade aos fatos narrados em seus depoimentos, o que permite que se responsabilize de fato o abusador" (José Antonio Daltoé Cezar, *op. cit.*, p. 19).

da ampla defesa), pois, o contraditório – especialmente – não acarreta em qualquer alteração na forma de obter as informações com a colheita da prova oral.

Para tornar mais vívido o que se pretende explicar, faz-se breve interlúdio na exposição, para versar sobre o princípio do contraditório[14].

Sob a vertente jurídica, a ideia básica de *contraditório* passa pela necessidade de ciências a todas as partes envolvidas em determinado processo quanto aos *acontecimentos processuais*, possibilitando-se/facultando-se a reação a tais *acontecimentos*. Em outras palavras: trata-se da necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro lado, a possibilidade das partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis[15].

Em monografia dedicada ao tema, SOUZA aponta que concebe-se o *contraditório* como sendo garantia fundamental do homem, que lhe assegura a participação na concretização de um determinado provimento decorrente do exercício do Poder, como forma de assegurar a legitimidade da ingerência da decisão no trinômio vida-liberdade-propriedade, mediante uma atuação efetiva, concreta e bilateral em todo arco de um procedimento configurado segundo os ditames do Estado Democrático de Direito[16].

O Excelso Pretório, por seu turno, em festejado Acórdão lavrado pelo Min. Gilmar Mendes, quando da análise do tema *"processo administrativo e contraditório"*, teve ocasião de ampliar os limites do princípio em comento[17].

Apreciando o chamado *"Anspruch auf rechtliches Gehör" (pretensão à tutela jurídica)* no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto

---

14. Apenas a título de esclarecimento ao leitor, tem-se como *distintos e autônomos* os princípios do contraditório e da ampla defesa. A defesa, em verdade, contraria a (acus)ação perante a jurisdição, caracterizando, também, um direito à tutela jurisdicional. O princípio da ampla defesa, como vastamente divulgado, divide-se em defesa geral e estrita, sendo que a primeira é a atividade processual dirigida a fazer valer perante o juiz os direitos subjetivos e os demais interesses jurídicos do imputado, ao passo que, sob a ótica estrita, é a atividade que se contrapõe à ação penal exercida pelo Ministério Público ou pelo autor privado (neste sentido, Vicenzo Manzini, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Buenos Aires, Ejea, 1951). O poder de defesa deriva do reconhecimento da liberdade individual e se refere diretamente ao interesso do imputado, podendo ser definido como a faculdade de impedir, resistir e prevenir qualquer restrição injusta à liberdade individual e ao pleno exercício dos direitos que as pessoas têm outorgados por império de ordem jurídica plena (cf. Jorge Claria Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires, Ediar, 1960). Em sentido contrário, entendendo que ampla defesa e contraditório constituem um único princípio: Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Processo Penal e (em face da) Constituição – princípios constitucionais do processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
15. Nelson Nery Jr., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
16. Artur César de Souza, *Contraditório e Revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
17. Cf. Processo Administrativo e Contraditório (Transcrições – Min. Gilmar Mendes – *Informativo*, nº 343, do Supremo Tribunal Federal).

do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

Daí afirmar-se, correntemente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, inciso LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1) *direito de informação* (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) *direito de ver seus argumentos considerados* (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

Assim, ao lado da bilateralidade de ciência (que chama de *direito de informação*) e da oportunidade de reação (nominado de *direito de manifestação*), a Suprema Corte faz consignar o *direito de ver seus argumentos considerados*[18].

No entanto, como de fácil constatação, qualquer que seja o conteúdo conferido ao *princípio do contraditório*, não há qualquer relação com a temática do *depoimento com redução de danos*, que, como já visto, consiste em técnica especial de inquirição da vítima ou da testemunha menor, *com a direta participação das partes interessadas* (logo, com ciência e oportunidade de reação).

2.1. DIREITO À CONFRONTAÇÃO

Dentro dos modernos princípios reitores do processo penal brasileiro, começa a surgir o questionamento sobre a obrigatoriedade de observância do *direito do acusado de confrontar* a vítima e as testemunhas que produzem prova contra ele (conceito completamente distinto do princípio do contraditório).

---

18. Em que pese a remansosa jurisprudência do STF e do STJ indicar que o magistrado não é obrigado a enfrentar todos os argumentos aduzidos pelas partes durante o processo, podendo limitar-se ao enfrentamento de um deles, desde que a justificação/fundamentação utilizada afaste implicitamente os demais argumentos (neste sentido: STJ – HC 34618/SP, Rel. Min. Felix Fischer – 5ª Turma, j. 09/11/2004, v.u., *DJ* 13/12/2004, p. 388; STJ – AgRg no Ag 631531/MG, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, j. 03/03/2005, v.u., *DJU* 04/04/2005, p. 193). No campo doutrinário, surge o suporte advindo da chamada *motivação implícita*, pela qual a "superação das lacunas torna-se possível em virtude da relação lógica existente entre aquilo que ficou expresso no discurso judicial e aquilo que também deveria ter sido objeto de justificação, mas não foi", mormente quando os "...motivos que justificam a solução de uma questão servem, implicitamente, para atender à mesma finalidade em relação a outro ponto em que não foram explicitadas as razões do convencimento judicial" (Antonio Magalhães Gomes Filho, *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 197/198).

O direito norte-americano consagrou o *direito à confrontação* (*confrontation clause*) em sua Sexta Emenda:

> "Ainda na 6ª emenda encontra-se a regra segundo a qual 'em todas as persecuções criminais, o acusado terá direito (...) de ser confrontado com as testemunhas de acusação'.
>
> Esse princípio de confrontação estabelece que é um direito do imputado o de confrontar ou ser confrontado com as testemunhas arroladas pela acusação. Evidente que não se trata de um direito de conteúdo meramente formal, mas garante ao imputado o direito de contestar a real condição da testemunha, sua identidade, seus motivos, suas versões.
>
> A Suprema Corte decidiu, em Pointer v. Texas, 380 US 400 (1965), que o princípio do direito à confrontação se incorporou aos ordenamentos jurídicos estaduais, por força da 14ª emenda.
>
> Segundo a opinião da Suprema Corte, redigida pelo juiz associado Black em Illinois v. Allen, 397 US 337 (1970), 'um dos mais básicos direitos contidos na cláusula de confrontação é o do acusado estar presente na sala durante cada um dos momentos processuais de seu julgamento"[19].

É a *confrontation clause* que garante ao acusado o direito de ser *confrontado com a vítima e com as testemunhas que geram prova contra ele.* Define-se *tradicionalmente a confrontação como o ato de colocar a vítima face a face com o acusado, de modo que o réu possa fazer qualquer objeção que ele tenha contra ela, ou que a vítima possa identificar o acusado.*

A essência do direito a confrontar a vítima e as testemunhas, como garantido na emenda constitucional, é o direito de um acusado de confrontar seu acusador, ou seja, de fazer o *cross-examine* (a inquirição direta) daquele que apresenta evidências contra ele. A Sexta Emenda foi idealizada para evitar julgamentos secretos e para proibir o uso de testemunhos escritos (com especial desenvolvimento no tema relativo ao testemunho de ouvir-dizer)[20].

No entanto, revertendo sua orientação predominante, no precedente *Maryland v. Craig*, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu que o interesse do Estado no bem estar físico e psicológico das crianças vítimas de abuso é suficientemente importante para afastar, ao menos em alguns casos, o direito do acusado de defrontar o seu acusador em audiência[21]. Trata-se de significativo passo do

---

19. João Gualberto Garcez Ramos, *Curso de Processo Penal Norte-Americano*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 147 e segs.
20. Neste sentido: Swazi Taylor. *Right to Confront Witnesses: Guaranteed by de Sixth Amendment of the Constitution of the United States*. Artigo veiculado em *http://www.criminalattorney.com/pages/firm_articles_confront_witnesses.htm, acesso em 25/05/2008.*
21. No *leading case* da Suprema Corte Americana *Maryland v. Craig* (497 U. S. 836, 1990), uma acompanhante de crianças foi condenada por abusar sexualmente das crianças sob seus cuidados.

Estado na tentativa de estabelecer um estatuto de proteção às crianças vítimas do trauma, de prestar depoimentos em casos principalmente de abuso sexual.

De acordo com a Corte, não se pode dizer que o confronto (cara a cara) com vítima presente à instrução é um elemento dispensável da garantia da Sexta Emenda. A Corte fez o impossível plausível ao recaracterizar a *Confrontation Clause*, de modo que a confrontação (redesignada "confronto cara a cara") vira apenas um dos muitos "elementos de confronto". A cláusula de confrontação garante não apenas o que foi explicitamente criado para – confronto "cara a cara" –, mas também implícitos e colaterais direitos como o *cross-examination* (inquirição direta), audiência e "juramento". O propósito essencial deste rol de direitos, na doutrina comparada, é assegurar a confiabilidade da prova.

A Cláusula de Confrontação garante procedimento de instrução específico que foi pensado para assegurar a confiabilidade da prova/evidência. Tal princípio garante, como regra, o que explicitamente diz: o direito de encontrar cara a cara aqueles que aparecem e dão prova em um julgamento – cf. *Coy* v. *Iowa*, 487 U.S. 1012, 1016 (1988), *California* v. *Green*, 399 U.S. 149, 175 (1970).

Em verdade, o grande debate sobre a Sexta Emenda e o direito à confrontação versa sobre o *testemunho de ouvir-dizer*, ou seja, sobre aquela prova testemunhal - prestada não sobre um fato presenciado por seu declarante, mas sobre algo que ele ouviu de um terceiro que presenciou o fato. No entanto, diante da necessidade do estabelecimento de formas de proteção quanto à reedição de traumas oriundos do préstimo de declarações por menores vítimas de abuso, fez-se a extensão da discussão antes centrada sobre o testemunho de ouvir-dizer. E algumas das análises da Corte parecem sugerir que testemunhos de crianças, sob a forma especial em sala separada, seriam eles próprios *testemunhos de ouvir-dizer* (do tipo permitido pelos casos da Cláusula de Confrontação).

A Corte afirma que sua interpretação da Cláusula de Confrontação é coerente com os precedentes e que os outros direitos previstos na Sexta Emenda devem ser interpretados no contexto das necessidades do processo/julgamento e do sistema adversarial. É verdade que *as necessidades do processo e do sistema adversarial*

Antes do julgamento, o Estado invocou o novo procedimento de Maryland para proteção de crianças-testemunhas, pelo qual crianças vítimas de abuso seriam autorizadas a testemunhar por meio de um circuito interno unidirecional de televisão. A condenação foi baseada primeiramente no testemunho de quatro crianças vítimas. A ideia do procedimento era poupar a vítima de ter confronto direto com o acusado. Na busca da invocação deste procedimento, o juiz presidente foi instado a primeiro determinar que o testemunho de crianças resultaria em séria aflição emocional, que impediria as crianças de se comunicarem razoavelmente. Em apelação, a Suprema Corte de Maryland derrubou a condenação, enfatizando que o juiz falhou ao justificar sua decisão de permitir as crianças de testemunharem pelo circuito de televisão, em violação ao direito do acusado confrontar seu acusador. A Suprema Corte Americana disciplinou que isso não violaria o direito do acusado de confrontar seu acusador se, antes de permitir o testemunho dito indireto, houve a expressa demonstração de que a criança-testemunha poderia ser traumatizada por manifestar-se na presença do acusado.

limitam a maneira como os direitos da Sexta Emenda serão exercidos, e limitam o âmbito das garantias da Sexta Emenda na medida que este universo é textualmente indeterminado. O Direito ao confronto não é o direito a confrontar de uma maneira que tumultue o processo (cf. *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337 – 1970).

2.2. CONFRONTAÇÃO DA CLÁUSULA COM O DEPOIMENTO COM REDUÇÃO DE DANOS

Uma das argumentações utilizadas na doutrina norte-americana para evitar a subtração da criança à regra da confrontação é que o prejuízo/temor causado pela presença do réu não pode ser uma escusa válida diante da Cláusula, que tem por um dos objetos *colocar a testemunha sobre um olhar hostil do acusado*, em alguns momentos. Costuma-se dizer que a presença cara a cara pode, infelizmente, chatear a verdadeira vítima de estupro ou criança abusada, mas, ao mesmo tempo, pode confundir e desfazer o falso acusador, ou revelar a criança treinada por um adulto.

Com todas as vênias que o presente estudo demanda e que a atenção que o leitor desprendeu até aqui exige, é imperioso afirmar que tal argumentação beira as raias do absurdo. Um "olhar hostil" pode, no máximo, confundir ou aterrorizar ao extremo a criança (potencializando o trauma que já carrega), nunca, por si só, fazer com que ela passe a contar a "verdade pura e simples". As síndromes do silêncio e de Münchausen ou os *Red Outs*, como já visto, não serão solucionados numa sala de audiências, durante a inquirição de um menor (aliás, nunca é demais reiterar, nem mesmo o instituto do *depoimento com redução de danos* traz esta garantia de forma absoluta, pois não se destina a tal ofício, sendo, como também já flanqueado, designado a reduzir os danos – físico e psicológico – na inquirição da criança vítima de abuso, minorando o *programa de reedição de traumas*).

Assim, ainda que invocado o *direito à confrontação*, válida se mostra a inquirição da vítima/testemunha menor com a utilização do instituto do *depoimento com redução de danos*.

Gize-se que o processo penal, como bem destacado por COSTA ANDRADE[22], está também preordenado à preservação dos bens jurídicos fundamentais da comu-

---

22. Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 119 ("Como terá já ficado sugerido, as proibições de prova relevam também da actualização da consciência de que o processo penal – realizando interesses de inquestionável dignidade e estando preordenado à preservação dos bens jurídicos fundamentais da comunidade – redunda, não raro, na compressão e sacrifício drásticos de valores de não menor significado. Como observa PETERS, «preordenado à tutela de valores, o processo penal traz também consigo o perigo da destruição de eminentes valores comunitários e pessoais» (...) E foi precisamente esta experiência, recorda GRÜNWALD, que fez ganhar corpo à exigência de que «para além da *ordenação* da perseguição penal, o direito processual penal se constitua também em seu *limite*». Limite imposto tanto em

nidade, impondo-se, portanto, o reconhecimento da condição de titular de direitos da vítima-menor (até mesmo dentro do processo penal).

Aliás, a mesma norma-princípio que serve para proteger o investigado ou o réu dos horrores da tortura e outros males empregados na *busca da verdade real*, serve, também, para proteger as vítimas-crianças dos males da vitimização secundária (imposta na sua utilização como fonte de prova no processo penal, em nome de uma suposta *verdade real*). Há uma clara delimitação à averiguação e à sua forma de realização.

Posteriormente, em *Crawford v. Washington* (541 U.S. 36 – 2004), a Suprema Corte Norte Americana reverteu radicalmente seu entendimento sobre o direito ao confronto, descartando um posicionamento jurisprudencial que teve, por todo o quarto de século anterior, reduzindo a cláusula da confrontação a algo aproximado a uma réplica do testemunho de ouvir-dizer. A abordagem prévia da Corte, baseada em *Ohio v. Roberts* (448 U.S. 56, 66 – 1980), concebia a cláusula de confrontação apenas como uma garantia da confiabilidade da prova criminal. *Crawford* substituiu este estandarte com uma regra procedimental que requer uma prova testemunhal.

Não há dúvida de que a interpretação extensiva da regra faz com que esta seja vertida para além de suas finalidades, pois que tradicionalmente se tem como proposta desta cláusula a prevenção ante as arbitrariedades perpetradas pelo sistema de controle governamental[23]. A opinião da Corte demonstra que a preocupação central de *Crawford* é a produção de declarações em antecipação ao seu uso em julgamento.

Outra crítica recorrente feita ao instituto é que a prova produzida no *depoimento com redução de danos* é "feita contra o réu", olvidando-se a importância da atividade probatória processual, que pode – de igual sorte – auxiliar o réu.

Graças a um largo processo de conscientização no processo penal, a este também corresponde fazer primar o interesse superior do menor. Isso implica o estabelecimento de procedimentos que evitem provocar novos danos aos menores que foram vítimas de abuso sexual, sem afetar o direito de defesa dos imputados.

Como afirmado por BITENCOURT, a atividade processual é regulada pelo ordenamento jurídico através de formas processuais, uma espécie de "tipicidade processual" aplicável a todos os atos e válida para todas as partes no processo[24].

---

nome dos valores ou direito pessoais – subjectivados, *v.g.*, pelo arguido, ofendido, testemunhas, etc. – como em nome dos próprios interesses (*maxime* a realização da justiça e a restauração da paz jurídica) que ao processo penal cabe promover").

23. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, *A Ilicitude da Prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 153.
24. Alberto Martin Binder, *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003 (tradução Angela Nogueira Pessoa), p. 7.

A observância dos ritos processuais não equivale somente a uma garantia de justiça, mas também uma condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça[25].

> "Nos casos em que a lei estabelece um determinado procedimento para a produção de uma prova, o respeito dessa disciplina legal assegura a genuinidade e a capacidade demonstrativa de tal meio de prova. Toda vez que tal procedimento probatório não é seguido, o problema que se coloca não é saber se o meio de prova produzido é típico ou atípico, mas sim se os requisitos e condições previstos em lei, mas que não foram observados na admissão ou produção da prova, eram ou não essenciais para tal meio probatório"[26].

Em perfeita análise das lições de BINDER, BITENCOURT assevera que o *depoimento com redução de danos*, ao prescrever uma mudança de *método de inquirição*, não anula a forma de realização do ato processual, que será válido desde que, dentre outras exigências, garanta a perfeita *audição*, *visão* e *comunicação* com a vítima na sala especial, e entre todos os demais sujeitos que participam daquele ato, preservando-se a ampla defesa e o contraditório[27].

Note-se, neste sentido, que o próprio Código de Processo Penal brasileiro prevê formas diferenciadas de *inquirição* de testemunhas, como é o caso da obrigatoriedade de utilização de intérprete para oitiva de pessoas estrangeiras ou a possibilidade do préstimo de testemunho por escrito (como para Presidente, Governadores, etc.), o que, particularmente, ratifica a ideia de que há pessoas que, em virtude de sua atividade e responsabilidade, quedam isentas de apresentar-se perante um tribunal tradicional.

3. CONCLUSÃO

É de amplo conhecimento que o sistema legal, por si só, contribui para a dificuldade do testemunho de crianças vítimas de abuso sexual. Primeiro, as regras de prova o subestimam e exacerbam as dificuldades para comprovação do delito. As desigualdades de poder entre o adulto abusador e a criança abusada são reforçadas pelo sistema legal com regras que desacreditam a prova obtida com a criança. Não suficiente, as intervenções do sistema legal podem ser traumáticas para a criança e podem inibi-la de testemunhar ou contribuir para retração ou recusa a testemunhar de qualquer forma.

A principal razão para a recusa da prova vinda de crianças é a potencial desconfiança. Porém, a psicologia vem desafiando tal assertiva. Não há correla-

---

25. Luciane Potter Bitencourt, *A Vitimização Secundária de Crianças e Adolescentes e a Violência Secual Intrafamiliar*. Porto Alegre, PUCRS, 2007, Dissertação de Mestrado, obra inédita, p. 155.
26. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, *Direito Processual Penal: tomo I*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 200.
27. Luciane Potter Bitencourt, *op. cit.*, p. 156.

ção entre idade e confiabilidade, adultos são tão sugestionáveis quanto crianças, e a memória da criança não é mais falível do que a do adulto.

Ademais, na *common law* existe uma regra de prática que diz que o juiz deve alertar o Júri que, apesar deles poderem condenar com base na prova "não juramentada" de uma criança vítima, isso pode ser perigoso de ser feito na ausência de uma prova que corrobore. A "regra da corroboração" (*corroboration rule*) impõe um obstáculo adicional para provar o abuso sexual infantil.

No processo penal brasileiro não há vedação a quem possa servir como *testemunha* (o que, por uma questão de interpretação lógica – e, diante da ausência de norma explícita –, deve ser aplicado às declarações do ofendido), ao contrário do que ocorre no processo civil. O sistema brasileiro, portanto, se distancia da realidade norte-americana[28], onde o compromisso/juramento (*oath*) faz parte obrigatória do ritual exigido para a prova oral, inclusive para menores.

Em nível geral, se faz necessário que se articulem de forma urgente medidas legislativas e também de prática judicial para proteger os menores nos julgamentos por delitos sexuais, sem prejuízo, por óbvio, do direito de defesa e dos princípios da imediação e do contraditório.

Sem dúvidas, o maior inimigo à efetivação do depoimento com redução de danos — além dos desarrazoados ataques doutrinários — é a falta de recursos humanos suficientes (equipe técnica especializada) e de infra-estrutura (salas especiais com circuito interno unidirecional de televisão), principalmente em Comarcas interioranas.

Se o procedimento comentado se efetivar com a devida intervenção das partes, permitindo-se, ao longo da instrução, que realizem a inquirição da criança – ainda que por meio de profissional que concretiza o ato – não é possível considerar que o devido processo ou o direito de defesa do imputado tenha sido vulnerado.

Preceitua SARLET que "acima de tudo, os direitos fundamentais— na condição de direitos de defesa — objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal"[29].

---

28. A criança, neste sistema, só poderá depor se aparentar à Corte ter suficiente conhecimento e entender a natureza e as consequências do juramento. Se ela não entender a natureza do juramento, a prova "não juramentada" pode ser dada desde que a Corte entenda que a criança possui inteligência suficiente e que entenda o dever de falar a verdade.
29. Ingo Wolfgang Sarlet, Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira. *In* Em Busca dos Direitos Perdidos – uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, nº 1. Porto Alegre, 2003, p. 61.

Esta observação aplica-se, no processo penal, tanto ao imputado quanto à vítima-menor. É chegado o momento de proteger a vítima de novos danos, mormente quando é obrigada, pelo Estado, a participar da elucidação de um fato a qual não deu causa[30].

O *depoimento com redução de danos*, é claro, não é a opção ideal e definitiva no que pertine à inquirição e proteção de menores. Todavia, é um passo à frente da situação atual. Precisa ser repensado e melhorado. E nada melhor do que a oitiva das áreas irmãs para esse aprimoramento e o intenso e revigorado debate jurídico. Fica, aqui, o convite para o *confronto*.

30. À diferença do imputado, que em certo modo constitui a figura central do procedimento penal, já que tudo gira em torno da sua culpabilidade ou inculpabilidade, *o ofendido é, no fundo, somente uma figura marginal*. Em contraste com o processo civil, onde o ofendido joga um papel decisivo como "demandante", no procedimento penal ele tem sido em grande parte substituído pelo Ministério Público. Por isso, atua, por regra geral, só como *depoente* do fato ou suas consequências (Albin Eser, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal: tendencias nacionales e internacionales. In* Maier, Julio B. J. (comp.). *De los Delitos y de las Víctimas*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, p. 16).

4. BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal.* Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BINDER, Alberto Martin. *O Descumprimento das Formas Processuais: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal.* Tradução Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Luciane Potter. *A Vitimização Secundária de Crianças e Adolescentes e a Violência Secual Intrafamiliar.* Porto Alegre: PUCRS, 2007, Dissertação de Mestrado, obra inédita.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e (em face da) Constituição – princípios constitucionais do processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1960.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

DALTOÉ CEZAR, José Antonio. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir e adolescentes nos processos judiciais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DOBKE, Veleda. *Abuso Sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar.* Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal: tendencias nacionales e internacionales. *In* MAIER, Julio B. J. (comp.). *De los Delitos y de las Víctimas.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

FURNISS, Tilman. *Abuso Sexual da Criança, Uma Abordagem Interdisciplinar.* Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAIER, Julio B. J. (comp.). *De los Delitos y de las Víctimas.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

MANZINI, Vicenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Tomo II. Buenos Aires: Ejea, 1951.

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-Americano.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira. *In* Em Busca dos Direitos Perdidos – uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 1, Porto Alegre, 2003.

SOUZA, Artur César de. *Contraditório e Revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TAYLOR, Swazi. *Right to Confront Witnesses: Guaranteed by de Sixth Amendment of the Constitution of the United States*. Artigo veiculado em *http://www.criminalattorney.com/pages/firm_articles_confront_witnesses.htm*, acesso em 25/05/2008.

TRINDADE, Jorge. *Prefácio. In* DALTOÉ CEZAR, José Antonio. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A Ilicitude da Prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

O QUESTIONÁRIO NO PLENÁRIO DO JÚRI

FERNANDO TOURINHO FILHO *

A Lei nº 11.689/2008, alterando o procedimento relativo aos processos da competência do Júri, na formulação e ordem dos quesitos, pretendeu emprestar uma simplificação que a nosso ver, de certo modo faz sentido: abolir aquela série de perguntas que serviam apenas para confundir os jurados, os quais nem sempre têm o mesmo discernimento, o mesmo grau de cultura. Na verdade o que houve foi uma simplificação na formulação dos quesitos, mas, nem por isso, ficará o Juiz-Presidente desobrigado de explicar o significado de cada uma das teses defensivas e acusatórias, à dicção do parágrafo único do art. 484 do CPP. Se haverá essa explicação, parece-nos que respeitante ao quesito "o réu deve ser absolvido?", certamente o Juiz-Presidente não vai explicar o que significa "absolver"... deverá expressar ao Conselho de Sentença, em linguagem que lhe seja bem acessível, bem simples, cada uma das teses defensivas.

Noutras palavras: o Juiz-Presidente deve tornar bem inteligível a tese (ou teses) defensiva em palavras que não sejam intransponíveis à compreensão de qualquer pessoa, nem pronunciadas com a eloquência do orador, mesmo porque seria uma estultice sem nome, devesse o Juiz-Presidente após o questionário sobre materialidade e autoria, indagar: "o réu deve ser absolvido?" A *mens legislatoris* não chegaria a tamanha insensatez.

Assim, no caso de legítima defesa, p. ex., deve a Defesa deixar bem explicada a excludente e procurar demonstrar que naquela hipótese em julgamento o réu agiu em legitima defesa e deve ser absolvido. Concluídos os debates, quando da votação do questionário, cumprirá ao Juiz-Presidente falar sobre a excludente, explicando-a em termos de fácil compreensão, em linguagem simples, inteligível, compreensível enfim. Assim, dadas as explicações e após indagar dos jurados se eles estão aptos a responder à questão, pergunta: "o acusado deve ser absolvido?".

---

* Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Araraquara (UNIARA).

No fundo, embora não haja mais aquela série imensa de quesitos para saber se houve ou não, por exemplo, legítima defesa, caberá ao Juiz, por duas vezes, no Plenário do Júri e na Sala Secreta, em linguagem sóbria, deixar as questões bem explicadas, para em seguida indagar: "o acusado deve ser absolvido?". Haverá simplesmente profunda redução dos quesitos. Observe-se que na legítima defesa, o Juiz indagava: 1) o réu se defendeu de uma agressão? 2) essa agressão foi injusta? 3) foi atual? 4) foi iminente? 5) os meios empregados na repulsa eram necessários? 6) o réu usou moderadamente desses meios? 7) o réu se excedeu dolosamente? 8) o réu excedeu, culposamente, os limites da legítima defesa?

Agora, não. Simplesmente pergunta: "o réu deve ser absolvido?" É como se ele estivesse substituindo todas aquelas oito perguntas por uma só. Daí a necessidade da explicação. Se por acaso forem duas ou mais teses, cumprirá ao Juiz-Presidente dar as devidas explicações a respeito de cada uma delas. Se o quesito sobre a "absolvição" (abrangendo todas as teses) devesse ser respondido afirmativamente, haveria certa dificuldade para a Acusação demonstrar, em eventual recurso de apelo, possível desacerto dos jurados. Assim, nessas hipóteses, será preferível dever o Juiz-Presidente submeter à votação o quesito da "absolvição", tese por tese. Certo que o quesito único torna-se mais cômodo para o Juiz-Presidente, mas acima da sua comodidade está o interesse social, bem maior. Mais ainda: sabendo-se qual a tese que ensejou a absolvição não haverá maior dificuldade para a propositura da ação civil *ex delicto*.

Nem se diga que na hipótese de duas, três ou "n" teses, deva haver um só quesito sobre a absolvição. O legislador, a nosso aviso, não chegaria a tanto. Explicando o Juiz-Presidente as três teses, para em seguida indagar do Conselho de Sentença se o réu deve ser absolvido, os jurados podem se confundir. Melhor será, repetimos, o quesito da "absolvição" ser formulado tantas vezes quantas forem as teses defensivas.

Não nos parece deva o Juiz-Presidente, após os debates, num julgamento de homicídio (simples ou qualificado), sustentando-se a tese da legítima defesa ou de outra excludente, após os quesitos sobre materialidade e autoria, limitar-se a indagar ao Conselho de Sentença se ele o absolve. Seria um simulacro de julgamento, uma verdadeira tartufice.

EXEMPLOS DE QUESITAÇÃO

HOMICÍDIO

Tratando-se de homicídio, devem os quesitos ser assim formulados:

1º) No dia 16 de maio de ....., às 14 horas, em frente ao prédio nº 18 da rua Benjamin Constant, nesta cidade, a vítima (Fulana de Tal) recebeu ferimentos

produzidos por instrumento perfurocortante (ou o instrumento usado: contundente, cortocontundente, etc.), descritos no laudo de fls. ...?

2º) Essas lesões deram causa à morte da vítima?

3º) O autor desses ferimentos foi o réu Sigismundo da Silva?

Se for negativa a resposta quanto ao primeiro quesito ou ao pertinente à autoria, o réu estará absolvido. Se as respostas quanto à materialidade e autoria forem positivas, o Juiz indagará "o acusado deve ser absolvido?". Nesse momento, deverá o Juiz dar as devidas explicações sobre a tese (excludente de ilicitude, de culpabilidade ou outra qualquer) e, a seguir, indagando se ficaram os jurados bem esclarecidos, formular aquela pergunta. Positiva a resposta estará o réu absolvido.

Respondido negativamente, formulam-se eventuais quesitos *sobre diminuição de pena*, segundo as teses levantadas pela Defesa (homicídio privilegiado; no caso de excesso culposo, indagar se o réu agiu culposamente, e outras eventuais causas de especial diminuição, etc.). Se for o caso, se o excesso foi inevitável. Depois, se houver, os pertinentes a eventuais qualificadoras ou causas de especial aumento. Evidente que todas essas perguntas deverão ser precedidas dos devidos esclarecimentos. Na hipótese de qualificadora do motivo fútil, p. ex. cabe ao Juiz-Presidente, em linguagem simples, transmitir aos jurados, qual o sentido da expressão "motivo fútil". Não convém dar exemplos, mesmo porque pode acontecer de os jurados entenderem que a hipótese dos autos não se assemelha aos exemplos... A seguir formulará a questão: "o réu agiu por motivo fútil, tal seja o de a vítima ter dito que o réu não sabia surfar?".

Se o Júri reconhecer o homicídio privilegiado, dizíamos nós, não poderiam ser formulados quesitos sobre possíveis qualificadoras, uma vez que não existe a figura do homicídio privilegiado-qualificado. E, assim pensávamos, em face da advertência de Euclides Custódio da Silveira, no sentido de que, "quem mata sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, não pode fazê-lo insidiosamente, à traição, de emboscada ou mediante dissimulação, porque senão tratar-se-ia de vingança ou desforço tardio (*Direito penal*, São Paulo, Max Limonad, 1959, p. 72). Melhor meditando, parece-nos que a melhor lição provem do magistério de Heleno Cláudio Fragoso e que tem preponderado na jurisprudência: "não será possível considerar a hipótese de concurso em relação às circunstâncias subjetivas de qualificação do homicídio, ou seja, quando o crime é praticado mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil, ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. Todavia, em relação às circunstâncias objetivas, que dizem respeito aos meios ou modos de execução (art. 121, § 2º, III e IV) pode haver concurso com as circunstâncias que autorizam a diminuição de pena (art. 121, § 1º), as quais deverão prevalecer, pois são pre-

ponderantes" (*Lições de Direito Penal*, Parte Especial I, São Paulo, José Bushatsky, Editor, 1978, p. 61). No mesmo sentido Paulo José da Costa Júnior: desde que a circunstância qualificadora seja objetiva, nada impede seu concurso com as circunstâncias subjetivas (*Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 364). A incompatibilidade haverá se ambas forem subjetivas: matar por motivo fútil e alegar a violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima. Mas, se matar por asfixia (qualificadora), alegando relevante valor social ou moral, as duas circunstâncias são compatíveis: uma objetiva e outra subjetiva.

TENTATIVA DE HOMICÍDIO

Se o quesito sobre a materialidade e autoria forem positivos, formula-se o relativo à tentativa: "o réu, assim agindo, deu início à execução de um crime de homicídio que não se consumou por circunstância alheia à sua vontade?" ou assim: "o réu tentou matar a vítima?" .Veja-se, no particular, o § 5º do art. 483 do CPP. Positiva a resposta, o Juiz-Presidente atento à tese defensiva, e após explicá-la, formula o quesito: "o réu deve ser absolvido?". Se a resposta for "SIM", estará absolvido. Se a resposta for negativa, haverá desclassificação, aplicando-se a regra do art. 492, § 1º do CPP.

Se a lesão for grave e a Defesa, nos debates, sustentou lesão culposa ou fortuita, ou alguma causa de diminuição da pena, formulam-se quesitos a respeito. Se a lesão remanescente for leve ou culposa, após o trânsito em julgado os autos devem ser remetidos ao Juizado Especial Criminal, sem embargo do previsto na parte final do § 1º do art. 492 do CPP, salvo se na comarca não houver Juizado Especial Criminal, como acontece na maioria das comarcas do Estado de São Paulo. Nesse caso, cumpre ao próprio Juiz-Presidente observar o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099/95. E assim entendemos porque a competência do Juizado é fixada em razão da matéria e tem sede constitucional.

TENTATIVA BRANCA

Se, por acaso, a tentativa for branca (quando a vítima sai incólume), os quesitos (após os pertinentes à materialidade e autoria) deverão ser formulados da seguinte maneira:

1º) No dia 16 de maio de ....., às 14 horas, em frente ao prédio nº 18 da rua Benjamin Constant, nesta cidade, foram desfechados dois tiros de revólver contra a vítima, sem provocar-lhe ferimentos?

2º) O autor desses disparos foi o réu Fulano de Tal?

Se o primeiro e o segundo quesitos forem positivos, formula-se o da tentativa (por sinal já analisado no exemplo anterior). Se a resposta for afirmativa, indaga-se sobre a "absolvição". Negativa esta, se a Defesa sustentou ter havido

culpa ou caso fortuito, causa de diminuição de pena, formulam-se os quesitos, e se for o caso, os jurados serão indagados sobre qualificadoras e causas de especial aumento previstas na pronúncia.

ABERRATIO ICTUS

1º) No dia 16 de maio de ....., por volta das 14 horas, em frente ao prédio situado à rua Benjamin Constant nº 18, nesta cidade, houve disparos de arma de fogo em direção a *B*?

2º) Os projéteis, desviando-se da direção visada pelo atirador, atingiram a vítima Antônio Sigismundo, produzindo-lhe as lesões descritas no laudo de fls. 4?

3º) Essas lesões deram causa à morte da vítima?

4º) O autor desses disparos foi o réu Fulano de Tal?

Em seguida, o quesito sobre absolvição. Negativa a resposta, os quesitos da Defesa (diminuição de pena), e, por derradeiro, os da Acusação. Nada sobre agravantes e atenuantes.

Se a pessoa visada foi atingida, sem embargo do que dispõe o § 6º do art. 483 do CPP, formula-se uma série distinta de quesitos.

INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO

1º) No dia 16 de maio de ....., no interior do prédio situado nesta cidade, à rua Benjamin Constant nº 18, Fulano de Tal foi induzido, instigado ou auxiliado a suicidar-se?

OBS.: se a pronúncia cuidou do induzimento, o quesito a ele se limitará. Diga-se o mesmo na hipótese de instigação ou auxílio.

2º) Em consequência dessa conduta, a vítima consumou o suicídio? Ou, então: em consequência desse induzimento, instigação ou auxílio, resultou para a vítima lesão corporal de natureza grave?

3º) Foi o réu, Fulano de Tal o autor do induzimento, instigação ou auxílio?

4º) O réu deve ser absolvido?

Nota: se for o caso, negativo o quesito obrigatório da absolvição, formulam-se os defensivos e, por último, eventuais quesitos como:

3º) O réu, assim agindo, foi impelido à prática do crime por motivo egoísta?

4º) Era a vítima menor de idade?

5º) Tinha a vítima diminuída, por qualquer causa, a sua capacidade de resistência?

INFANTICÍDIO

1º) No dia 16 de maio de ....., por volta de 14 horas, no interior do prédio nº 18 da rua Benjamin Constant, nesta cidade, foram praticadas as lesões descritas no laudo de fls. contra um recém-nascido?

2º) Quem as praticou estava, durante ou logo após o parto, sob a influência do estado puerperal?

3º) Essas lesões (ou esses atos agressivos) ocasionaram a morte da vítima?

4º) Foi a ré Fulana de Tal a autora desses atos agressivos?

5º) Ela deve ser absolvida?

Negativa a resposta, formulam-se eventuais quesitos defensivos (causa de diminuição de pena) e acusatórios (eventuais qualificadoras e causas de especial aumento apontadas na pronúncia).

Nota: se foi denunciada por homicídio e a Defesa sustentou infanticídio, após a resposta afirmando a autoria, formula-se o quesito da defesa: "a ré estava, durante ou imediatamente após o parto, sob a influência do estado puerperal?". Trata-se, à evidência de desclassificação de um crime da competência do Júri para outro que também o é. A propósito o § 5º do art. 483 do CPP. Positiva ou negativa, indagar-se-á: a ré deve ser absolvida? Negativa a resposta, seguem-se eventuais quesitos de acordo com os itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP.

Quando se tratar de tentativa de infanticídio, após os quesitos da materialidade e da autoria, indaga-se: "a ré, assim agindo, deu início à execução de um crime de infanticídio que não se consumou por circunstância alheia à sua vontade?". Positiva a resposta, responderá pelos ferimentos, aplicando-se o art. 492, § 1º do CP. Negativa, responderá por tentativa, indagando o Juiz-Presidente "a ré deve ser absolvida?" Negativa, serão observados, se for o caso, os itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP.

Nota: se alguém incentivou a infanticida ou colaborou na prática dos atos executórios, a despeito da regra do art. 30 do CP, responderá por homicídio, e os quesitos poderão ser assim formulados:

1º) No dia tal em tal local e hora, um recém-nascido foi vítima das lesões (ou atos agressivos) descritas no laudo de fls.?

2º) Essas lesões acarretaram-lhe a morte?

3º) O réu Fulano de Tal instigou, induziu ou colaborou com Fulana de Tal para a prática desses atos?

4º) O réu deve ser absolvido?

Seguem-se eventuais quesitos sobre diminuição de pena alegada pela Defesa e eventuais qualificadoras ou causas de especial aumento reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram possível a acusação.

ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE

1º) No dia 16 de maio de ....., por volta das 14 horas, no interior do prédio situado nesta cidade, à rua Benjamin Constant nº 18, houve uma interrupção de gravidez?

2º) Dessa interrupção resultou a morte do feto?

3º) Foi a ré, Fulana de Tal, quem provocou essa interrupção?

4º) Ela deve ser absolvida?

Se a resposta ao 4º quesito for negativa, formulam-se os quesitos defensivos e, depois, os da Acusação, se houver (itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP).

ABORTO PROVOCADO COM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE (SÃO FEITAS SÉRIES DISTINTAS: UMA PARA ELA E OUTRA PARA ELE)

1º) No dia 16 de maio de ....., por volta das 14:00 horas, no interior do prédio situado nesta cidade, à rua Benjamin Constant nº 18, houve uma interrupção de gravidez?

2º) Dessa interrupção resultou a morte do feto?

3º) A gestante era Fulana de Tal?

4º) Ela consentiu que terceira pessoa nela praticasse manobras tendentes a provocar aborto?

5º) Ela deve ser absolvida? Negativa a resposta, seguem-se eventuais quesitos defensivos e acusatórios (itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP).

ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO COM CONSENTIMENTO DA GESTANTE (QUESITOS RELATIVOS AO TERCEIRO)

1º) No dia 16 de maio de ....., por volta das 14 horas, no interior do prédio situado nesta cidade, na rua Benjamin Constant nº 18, houve uma interrupção de gravidez?

2º) Dessa interrupção resultou a morte do feto?

3º) O réu Fulano de Tal praticou, na gestante Fulana de Tal, com o seu consentimento, manobras tendentes a provocar-lhe o aborto?

4º) Deve ele ser absolvido?

Se negado o 4º quesito, formulam-se eventuais quesitos defensivos e acusatórios (itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP).

ABORTO PROVOCADO SEM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE

1º) No dia ..., por volta das 14 horas, no interior do prédio nº 18, situado nesta cidade, na rua Benjamin Constant, houve uma interrupção de gravidez?

2º) Essa interrupção resultou na morte do feto?

3º) O autor das manobras que resultaram na interrupção da gravidez foi o réu Fulano de Tal?

4º) A gestante deu o seu assentimento para a realização daquelas manobras abortivas?

5º) O réu deve ser absolvido?

Negativa a resposta ao 4º quesito, formulam-se eventuais quesitos defensivos e acusatórios (itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP).

ABORTO QUALIFICADO

Tratando-se de aborto qualificado (art. 127), logo após os quesitos da materialidade e autoria, e negado o da absolvição, seguem-se os defensivos e os atinentes especiais causas de aumento a que se refere o art. 127 do CP. Assim:

a) Em consequência do aborto, sofreu a gestante a lesão corporal de natureza grave descrita no laudo de fls.?

b) Em consequência do aborto, veio a gestante a falecer, conforme laudo de fls.?

ABORTO TERAPÊUTICO

Cuidando-se de aborto terapêutico (art. 128, I e II do CP), após os quesitos atinentes à materialidade e autoria, cumprirá ao Juiz-Presidente, antes de indagar sobre a absolvição, explicar aos jurados o que foi sustentado pela Defesa, no sentido de que "o aborto foi praticado como único meio de salvar a vida da gestante", ou, se for o caso: "a gravidez de Fulana de Tal foi resultante de estu-

pro e houve assentimento da gestante (e na hipótese de ser ela menor, se houve assentimento do seu representante legal)". Perguntando, em seguida às explicações, se os jurados absolvem a ré. Se a resposta for negativa, formulam-se eventuais quesitos de diminuição de pena e, se for o caso, sobre eventuais causas de aumento de pena. Se a defesa sustentou a tese de aborto eugênico (embora sem previsão legal), antes de indagar sobre a absolvição, explicar aos jurados a tese defensiva, no sentido de que "havia malformação física ou psíquica do feto" e que "em face dessa situação de anormalidade não seria lícito exigir da gestante suportar a gravidez até o seu termo final". Em seguida, se a resposta ao quesito "se os jurados absolvem a ré" for negativa, observar-se-á o questionário do aborto terapêutico.

INIMPUTABILIDADE (ART. 26 DO CP)

Evidente que se na fase da pronúncia, a única tese da Defesa for "alegação de inimputabilidade", o Juiz-Presidente pode proferir absolvição sumária nos termos do art. 415, parágrafo único do CPP, aplicando a medida de segurança. Mas, se entender que o réu era imputável, pronuncia-lo-á e, se no Plenário do Júri, a Defesa mantiver a mesma tese serão formulados os seguintes quesitos:

1º) Sobre a materialidade (que pode ser desdobrado). Se a resposta for negativa, haverá absolvição, não podendo o Juiz-Presidente aplicar medida de segurança.

2º) Sobre a autoria. Se resposta for negativa, haverá absolvição, sem possibilidade também, de aplicação de medida de segurança. Se positiva será formulado o quesito da "absolvição". Se a resposta for positiva, o Juiz-Presidente proferirá sentença absolutória, mas imporá medida de segurança, nos termos do art. 97 do Código Penal.

Se a Defesa arguir também outra tese (digamos, legítima defesa), e sem embargo do que dispõe o § 6° do art. 483 do CPP, devem ser formuladas duas séries de questionario. Explica-se: havendo um só questionário, ante a pergunta sobre a "absolvição", positiva a resposta, não se saberia se os jurados absolveram porque entenderam ter havido legítima defesa ou inimputabilidade e, nesse caso, o Juiz-Presidente não poderia saber se seria cabível a aplicação da medida de segurança. Daí entendermos a necessidade das duas séries:

1ª série.

1) sobre a materialidade do fato (podendo ser desdobrado);

2) sobre a autoria;

3) sobre absolvição.

Negada a absolvição, significa que os jurados recusaram (no exemplo dado) a legítima defesa. Nesse caso formulam-se quesitos sobre a inimputabilidade:

2ª série:

Após o Juiz-Presidente dizer que os jurados já reconheceram o fato e a autoria, explica a segunda série (sobre a inimputabilidade), dados os devidos esclarecimentos, postos também em realce pela Defesa quando dos debates, indaga: "o réu deve ser absolvido?".

Se a resposta for positiva estará o réu absolvido, mas sujeito à medida de segurança, nos termos do art. 97 do CP. Se a resposta for negativa, formulam-se eventuais quesitos sobre causas de especial diminuição da pena e, eventualmente também, sobre especiais causas de aumento ou qualificadora.

Entendemos que nas exclusivas hipóteses da inimputabilidade previstas no art. 26, *caput* ou do art. 28, § 1º, ambos do CP, ou do art. 45 da Lei nº 11.343/2006, as questões respectivas devem ser formuladas da mesma forma: 1) materialidade; 2) autoria e 3) se o réu deve ser absolvido.

SEMI-*IMPUTABILIDADE* (PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 26 DO CP)

Nessa hipótese, se afirmados os quesitos sobre fato e autoria, cumpre ao Juiz renovar a explicação sobre a semi-imputabilidade, formulando o quesito sobre a "absolvição". Se positiva, encerra-se o julgamento, devendo o Juiz-Presidente atentar para o parágrafo único do art. 26 e para o art. 98 ambos do Código Penal.

Havendo duas teses, uma sobre a legítima defesa, p.ex., e outra sobre a semi-imputabilidade, negada a excludente de ilicitude, o Juiz passa a formular o quesito atinente à semi-imputabilidade, deixando de formular os atinentes à materialidade e autoria, visto já terem sido respondidos. Esta a indagação: "O réu deve ser absolvido?". Vale dizer, aplica-se a mesma regra já por nós examinada quando há excludente de ilicitude e inimputabilidade.

EMBRIAGUEZ COMPLETA OU A HIPÓTESE DO ART. 45 DA LEI Nº 11.343/2006

1º) materialidade.

2º) letalidade, se for o caso.

3º) autoria.

4º) se deve ser absolvido.

Se a resposta for positiva, estará o réu absolvido. Se negativa, formulam-se os quesitos sobre eventuais causas de diminuição (art. 28, § 2º do CP) e aumento da pena ou qualificadoras.

Quando da formulação dos quesitos essas regras, a nosso juízo, são importantes:

1ª regra) em todo e qualquer caso, mesmo em se tratando de inimputabilidade ou semi-imputabilidade, os quesitos serão sempre estes: 1) materialidade do fato (pode ser desdobrado como no exemplo dado do homicídio); 2) autoria; 3) se o réu deve ser absolvido. Quando da formulação deste quesito, sem deixar entrever seu convencimento pessoal, deve o Juiz-Presidente explicar em que consiste a tese. Assim, p.ex., se for inimputabilidade, esclarecê-la bem à luz do art. 26 do Código Penal, expressando em outras palavras o sentido das frases "era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato" e "era inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento". Dizendo, p.ex., quanto à primeira expressão: "em virtude de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado", (se os Senhores acharem que ele, à época do fato, apresentava esse quadro), indaga-se: em virtude dessa doença ou desse desenvolvimento incompleto ou retardado, ele era inteiramente incapaz de saber que aquilo que ele fizera era contrário à lei e, ainda que soubesse, era ele inteiramente incapaz de, mesmo sabendo que aquilo era ilícito, abster-se de praticá-lo? Acrescentando, ainda, que qualquer das duas situações o absolve.

Se por acaso a tese da Defesa for exclusivamente negativa de autoria, afirmativos os quesitos da materialidade e da autoria, ainda assim o Juiz-Presidente deve formular o último: "o réu deve ser absolvido?". Se a resposta for sim, e o Ministério Público não se conformar com a decisão, uma vez que as provas dos autos, estremes de dúvida, mostraram a inexistência de qualquer excludente de ilicitude ou excludente de culpabilidade (legais ou supralegais) nada o impede de interpor apelação com fulcro no art. 593, III, *d*, do CPP.

2ª regra) negativo o quesito atinente à absolvição, se for o caso, formulam-se quesitos sobre causas de diminuição da pena (desde que alegadas pela Defesa ou no interrogatório) e, ainda se for o caso, quesitos sobre causas de aumento de pena ou qualificadoras previstas na pronúncia ou sobre agravantes arguidas durante os debates.

3ª regra) se os jurados responderem por 4 votos negando o fato, ou negando a autoria, o réu estará absolvido, restando apenas a sentença a ser prolatada pelo Juiz-Presidente. Se for afirmativa a resposta sobre a absolvição (também por 4 votos), estará o réu absolvido, sujeitando-se, entretanto, à medida de segurança na hipótese de inimputabilidade ou redução de pena tratando-se de semi-imputabilidade.

4ª regra) se a tese defensiva objetivar desclassificar o crime da competência do Júri para outro que não o seja, será ou serão formulados os respectivos quesi-

tos, logo após o da autoria. Se forem negados, o Juiz-Presidente simplesmente indagará se o réu deve ser absolvido. Negativa a resposta, seguem-se eventuais quesitos previstos nos itens I e II do § 3ª do art. 483 do CPP.

5ª regra) tratando-se de tentativa, como tese da Acusação ou da Defesa, os quesitos respectivos serão formulados após o relativo à autoria. Se forem negados, indagar-se-á se o réu deve ser absolvido, de acordo com a tese sustentada. Negativa a resposta ao quesito sobre absolvição, seguem-se eventuais quesitos nos termos dos itens I e II do § 3º do art. 483 do CPP. Suponha-se tenha a pronúncia reconhecido uma tentativa de homicídio e um estupro. Bem pode a Defesa sustentar a tese de um estupro tentado. Negada a tentativa, seguem-se o quesito sobre a absolvição e os demais segundo a tese da Defesa e da Acusação.

6ª regra) procedimento idêntico ao previsto na regra anterior será observado se a tese objetivar desclassificar o crime da competência do Júri para outro que também o seja (exemplo: de homicídio para infanticídio).

7ª regra) se houver crimes conexos, e desde que haja absolvição ou condenação quanto ao crime que exerceu a *vis attractiva*, o Conselho de Sentença continuará competente para apreciá-los, nos termos do art. 81 do CPP (não contrariada pelo § 2ª do mesmo estatuto com a redação dada pela Lei nº 11.689/2008), devendo ser formulados questionários para cada uma das infrações.

8ª regra) Se a Defesa entender ter havido concurso formal ou crime continuado, não pode o Juiz-Presidente formular quesito a respeito, mesmo porque o assunto desborda da alçada do Conselho de Sentença, por se tratar de matéria afeta à aplicação da pena, da competência funcional do Juiz-Presidente. Note-se que crime continuado não é tipo de crime, como bem o disse MANOEL PEDRO PIMENTEL (*Do crime continuado*, p. 71).

Finalmente, seja qual for o quesito, se a resposta for por unanimidade, cumprirá ao Juiz registrar apenas "sim" ou "não" por 4 a 3. Nessa hipótese de unanimidade, seria até melhor que o Juiz-Presidente, ao iniciar a contagem, parasse na quarta cédula. Nem ele mesmo saberia se houve ou não unanimidade. Aí está a garantia dos jurados. Da mesma forma que o Bacharel em Direito, sem aquelas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, não ingressaria na Magistratura, e se o fizesse, ser-lhe-ia preocupante condenar alguém influente da comarca, também os jurados, que apenas contribuem graciosamente com a administração da Justiça, ser-lhes-ia por demais desastroso proferir uma decisão que contrariasse interesses de políticos, amigos e parentes. Daí a necessidade do sigilo *da* votação, como diz o inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição, e não o sigilo *na* votação de que trata o art. 487 do CPP. Deve o Juiz-Presidente explicar aos jurados que mesmo que a votação seja unânime, serão considerados apenas 4 votos (SIM ou NÃO), de sorte que o sigilo *do voto* será respeitado e ninguém saberá quem votou "sim" e quem votou "não". Ante

essa explicação, os jurados se sentem mais soltos, mais libertos, mais tranquilos, para julgar de acordo com a sua íntima convicção, sem qualquer receio de represálias ou inimizades, muito comuns nas comarcas interioranas de todo o Brasil.

PRINCÍPIOS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

JORGE LOBO *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípio da eticidade. 3. Princípio da moralidade. 4. Princípio do ativismo societário. 5. Princípio da proteção ao acionista minoritário. 6. Princípio do tratamento equitativo. 7. Princípio da transparência. 8. Princípio da independência dos administradores. 9. Princípio da responsabilidade do administrador. 10. Princípio da razoabilidade. 11. Princípio da função social da empresa.

"Os códigos de governança corporativa estão proliferando... Contudo, os escândalos corporativos continuam surgindo... O que pode e deve ser feito"? (JOHN PLENDER e AVINASH PERSAUD)[1].

1. INTRODUÇÃO

Anualmente, nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social, as sociedades limitadas, com mais de dez sócios, e as sociedades anônimas, pequenas, médias e grandes, qualquer que seja o número de acionistas, são obrigadas a realizar assembleias gerais ordinárias com a finalidade precípua de (*a*) tomar as contas dos administradores, (*b*) examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras, (*c*) deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos e (*d*) eleger os gestores, quando for o caso, ocasião em que, ademais, os sócios das sociedades limitadas e os acionistas das

---

* Jorge Lobo é Procurador de Justiça aposentado.

1. John Plender e Avinash Persaud, "Ética e governança precisam ir além do manual". *Valor*, ed. de 25.08.2005, p. B2.

sociedades anônimas têm a oportunidade de verificar se os administradores, por eles selecionados e eleitos, cumpriram à risca os "Códigos de Conduta Ética", difundidos em todo mundo sob a denominação de "Códigos de Governança Corporativa".

Mas, têm-se indagado, com insistência: o que significa e para que serve a "Governança Corporativa"?

Governança Corporativa é o conjunto de normas, consuetudinárias e escritas, de cunho jurídico e ético, que regulam os deveres de cuidado, diligência, lealdade, informação e não intervir em qualquer operação em que tiver interesse conflitante com o da sociedade; o exercício das funções, atribuições e poderes dos membros do conselho de administração, da diretoria executiva, do conselho fiscal e dos auditores externos, e o relacionamento entre si e com a própria sociedade, seus acionistas e o mercado em geral.

Surgida há mais de um século na Inglaterra, no alvorecer do capitalismo moderno nos países anglo-saxões e praticamente hibernada durante décadas, a governança corporativa reapareceu, com força e vigor, nas décadas de 70 e 80 do século XX e, nos últimos dez anos, passou a ser assunto do cotidiano de políticos, empresários, administradores de empresas, economistas, juristas e auditores, no país e no exterior, em virtude de gravíssimas crises e falências de empresas nacionais e multinacionais, provocadas por gestão temerária e ruinosa, escândalos financeiros, fraudes contábeis, falsificação e deturpação de dados e documentos, manipulação de balanços, dilapidação de ativos patrimoniais, etc.

Processos bilionários (em dólares americanos) de fusões e aquisições (F&A), que se multiplicaram na década de 90 do século passado e no limiar deste novo milênio, aliás em número crescente e deveras impressionante, estão invariavelmente repletos de "armadilhas", das quais sobressaíram sempre o superfaturamento e superestimativas de sinergia e, outrossim, falhas de governança corporativa, não detectadas por *due diligence* pré-aquisição, como ficou patente nos litígios Sunbeam/Coleman, MCI/WorldCom, Cendant e AOL/Time Warner.

Falhas de governança corporativa são comuns, também, quiçá, sobretudo, na fase de integração pós-aquisição, quando aumentam os riscos de fraudes e de perda da garantia dos direitos dos acionistas minoritários, com a agravante de essas falhas poderem ocorrer no curto prazo, durante o período de transição, e no longo prazo, sendo certo que, *"enquanto os efeitos do curto prazo podem ser custosos e traumatizantes, os de longo prazo podem ser fatais"* (LAURENCE CAPSON e KAREN SCHNATTERLY).

A reiteração das falhas pré e pós-aquisição e a sequência de quebras de megacompanhias transnacionais produziram uma pletora de obras sobre governança corporativa, redigidas, nos últimos vinte anos, por professores de direito, administradores de empresas e economistas, e, outrossim, uma série de "Códigos de Condutas", por alguns vistos com ceticismo, porquanto imporiam um exercício

apenas retórico e assaz burocrático de cumprimento de normas, pois *"muitos códigos são exercícios cínicos de relações públicas"*[2], enquanto, para outros, as companhias *"devem elevar seus padrões de governança corporativa e reconhecer que a ética nos negócios é a opção mais lucrativa"*[3].

No firme propósito de colaborar no debate, organizei o seguinte decálogo de "Princípios de Governança Corporativa": eticidade; moralidade; ativismo societário; proteção ao acionista minoritário; tratamento equitativo; transparência e divulgação de informações; independência dos administradores; responsabilidade dos administradores; razoabilidade ou proporcionalidade e função social da empresa, e deles tratarei a seguir.

2. PRINCÍPIO DA ETICIDADE

"Falta ética e decência" (Des. Raul Celso Lins e Silva).

No auge da crise mundial da Parmalat — *"um escândalo contábil cada vez mais complicado"*[4] — , a auditora-chefe da Comissão Europeia afirmou, com ares de previsão, que *"estamos no início de uma onda de novos escândalos financeiros na Europa"*, para, a seguir, advertir: *"não adiantam normas se não houver ética por parte dos executivos"*[5].

Em virtude dos escândalos da Parmalat, Arthur Andersen, Enron, WorldCom e tantos outros, hoje, mais do que nunca, aqui e no exterior, fala-se, escreve-se, discute-se sobre "a ética na política", "a ética ambiental", "a ética na mídia", "a ética nos esportes", "a ética nos negócios" e, até mesmo, "a ética da felicidade", e, por conseguinte, sobre o "princípio da eticidade" e os valores que ele encerra e busca realizar.

O princípio da eticidade, autêntico paradigma das normas sobre governança corporativa, impõe que se dedique *"o homem a fazer a cousa certa"* (SARTRE e KIERKEGGARD), através de *"comportamentos valiosos, obrigatórios e inescapáveis"* (ADOLFO SANCHEZ VAZQUEZ).

A partir dessa concepção, a melhor doutrina estrangeira vem pregando, de forma reiterada e candente, nos EUA, na Europa e na Ásia, que as informações, de qualquer natureza e espécie, em especial quanto aos balanços e demonstrações financeiras, veiculadas pela mídia impressa ou televisiva, devem primar

---

2. John Plender e Avinash Persaud, no livro *A Reality Check on Business and Finance Ethics*.
3. Harvey Pitt, ex-presidente da SEC — Securities and Exchange Commission, *in Capital Aberto*, ano 5, nº 2.
4. *O Globo*, ed. 29.01.2004, p. 23.
5. *O Globo*, ed. 01.02.2004, p. 43.

pela veracidade como uma *"escolha ética e política da empresa"*[6], para evitar *"erros que levem a fraudes"*[7], em prejuízo da sociedade, seus acionistas, empregados, credores e consumidores, o que levou a Lei Sarbanes-Oxley a estabelecer que as companhias de capital aberto devem informar se criaram um código de conduta ética – CCE – para diretores financeiros de primeiro escalão; na falta de um CCE, são obrigadas a declinar as razões e a justificar-se.

É curial que a companhia não é obrigada a divulgar determinadas informações, mas, se decidir fazê-lo, deve dizer toda a verdade, sob pena de responsabilidade dos diretores e funcionários que se comunicam com analistas de mercado e investidores privados ou institucionais, prevendo a regra 10b-5, do Securities Exchange Act de 1934, primeira disposição antifraude americana sobre valores mobiliários, aplicável, inclusive, a atos praticados fora dos Estados Unidos, que devem ser punidos os autores de relatórios inexatos e os responsáveis por omissões de fatos materiais significativos, que levem a decisões equivocadas com base em informações distorcidas.

Determinadas matérias, de relevante interesse para a companhia, seus acionistas e credores, como, por exemplo, o processo de autoavaliação (*assessment*) dos membros do conselho de administração, em especial seu desempenho; a remuneração dos executivos; os planos de opção de ações como estímulo à maximização dos lucros; as doações políticas; a destituição de administradores por má-performance, por erros acidentais (*errors*) e por irregularidades (*irregularities*), devem reger-se por um rigoroso código de conduta ética[8].

A par da transparência e veracidade das informações, o princípio da eticidade inspira e orienta a atuação diuturna dos administradores de empresas, pautando o exercício de suas funções, atribuições, poderes e, em especial, de seus deveres fiduciários, o que os compele a agir com discrição e cautela e jamais se porem em situações de conflito de interesses potencial ou real.

A propósito, relembre-se que a nossa Lei de Anônimas sabiamente coíbe a conduta antiética do acionista controlador, que induz o administrador à prática de ato ilegal ou a descumprir os deveres próprios de seu cargo (LSA, art. 117, § 1º, alínea *c*).

---

6. Janet Dine, *The Governance of Corporate Groups*. Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 138
7. Michael R. Young, "The Origin of Financial Fraud", *in* Michael R. Young (editor). *Accounting Irregularities and Financial Fraud, A Corporate Governance Guide*. Harcourt Professional Publishing, 2000, p. 3.
8. *Idem, loc. cit.*

3. PRINCÍPIO DA MORALIDADE

"Os escândalos financeiros são consequência de comportamentos desonestos" (HÉLÈNE PLOIX)[9].

Como a palavra justiça ultrapassa os limites estreitos e frágeis do direito e abarca e engloba preceitos de ordem ética e moral, os Princípios da Eticidade e da Moralidade vão muito além das normas dos "Códigos de Governança Corporativa" ou "Códigos de Conduta Ética", editados no país e no exterior.

Ao iniciar este estudo pelos Princípios da Eticidade e da Moralidade, tenho por finalidade precípua deixar patente que, tão ou mais importante do que as regras, escritas e consuetudinárias, de Governança Corporativa, que visam, sem dúvida, à realização da Justiça e do Direito, são as ideias, impregnadas de valores perenes, que nos legou a cultura grega, de "homem bom e justo", de "homem prudente e temperante", das virtudes, que ornam a sua personalidade e o seu caráter, e dos vícios, que a maculam.

Embora o cientificismo pregue, com estrépito, que nada existe de permanente e que tudo muda ao longo da história, os problemas essenciais da Filosofia — e também os do Direito — permanecem os mesmos, a desafiar a ciência dos especialistas num mundo que se pauta pela *praxis* e que segue o lema *primun vivere, deinde philosophari* (primeiro viver, depois filosofar).

Por isso, só o Princípio da Moralidade, aliado ao da Eticidade, pode combater procedimentos corriqueiros das empresas, sobretudo das grandes empresas, e dos empresários, os intocáveis "capitães de empresas", que vêm sendo denunciados em todo mundo, pois, frise-se, partindo da noção de Direito ministrada por Aristóteles, enquanto o direito se encontra nas cousas, no real, no exterior, a moral viceja no sujeito, no interior do homem, em sua consciência, daí porque o domínio da Moral é muito mais vasto do que o do Direito.

Se não vejamos, com base num caso concreto, noticiado pela imprensa de todo mundo.

A *Revista Exame*, edição 863, p. 84/85, informa que a Wal-Mart, a maior companhia do mundo, com faturamento de 315 bilhões de dólares e 1,6 milhão de empregados em 15 países, foi acusada: (*a*) de explorar o trabalho de crianças hondurenhas; (*b*) de, nos últimos dez anos, haver levado à falência 31 varejistas americanos; (*c*) de sacrificar seus fornecedores com a imposição de baixíssimos preços, "preços asfixiantes", que os levam a comprometer a qualidade do pro-

---

9. *Le dirigeant et le gouvernement d'entreprise*. Paris, Village Mondial, 2003, p. 24.

duto, a por em risco o futuro da própria companhia, a burlar as leis trabalhistas e a manter suas instalações em precárias condições de higiene.

É curial que a Wal-Mart agiu de comum acordo com os pais dos trabalhadores infantis (ressalve-se, por oportuno, que a reportagem esclarece que a direção da companhia afirma que desconhecia o fato e, quando dele tomou ciência, interrompeu os contratos), com os varejistas e com os fornecedores, razão pela qual provavelmente não feriu o direito, nem a lei, pois, anote-se, de novo, o fim do Direito não é fiscalizar a virtude do indivíduo, nem a busca da verdade, mas atribuir a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), porém, se procedentes as denúncias, violou o Princípio da Moralidade.

Registre-se, a propósito, que não haveria necessidade de os mais diversos países do mundo ocidental, como, por exemplo, atualmente, a Inglaterra, de estabelecer padrões de demonstrativos financeiros, operacionais e de risco, nem, tampouco, de minuciosos e exaustivos regulamentos sobre transparência e divulgação de "*informações cruciais de desempenho*" e "*material prospectivo*"[10], caso o Princípio da Moralidade fosse observado e seguido à risca.

4. PRINCÍPIO DO ATIVISMO SOCIETÁRIO

> "O acionista é um tolo e um arrogante; tolo, porque nos dá seu dinheiro; arrogante, porque deseja ainda receber dividendos" (Frase atribuída ao banqueiro FÜRSTENBERG).

A assembleia geral de acionistas é o órgão supremo e soberano da sociedade anônima, o "parlamento" onde são examinados, debatidos e decididos o passado — o que foi feito e se foi bem feito — e o futuro — o que fazer e como e quando fazer — das atividades e negócios sociais, afirmam inúmeros acadêmicos, estudiosos do Direito Societário.

A assembleia geral de acionistas da sociedade anônima é uma abstração, uma ficção legal, um arremedo de congresso democrático, eis que raros acionistas dela participam, no que se convencionou denominar "fenômeno do absenteísmo dos acionistas", apregoam os pragmatistas.

De fato, durante longo período, reinou o absenteísmo, aqui e no exterior, pois os acionistas, se satisfeitos com a valorização de suas ações e a distribuição de dividendos, não compareciam às assembleias gerais, por confiarem na administração; se insatisfeitos, vendiam-nas e migravam para investimentos mais rentáveis.

---

10. Robert Bruce, do *Financial Times*, de Londres.

Hoje, todavia, a participação dos acionistas, com expressivo ou diminuto número de ações, nas assembleias gerais das companhias, em especial das de capital aberto, vem aumentando consideravelmente devido à crescente preocupação dos governos de valorizar o papel dos acionistas, no que passou a ser conhecido por "ativismo societário".

Na França, por exemplo, com o firme propósito de estimular o interesse dos acionistas pelo destino das empresas e o seu comparecimento às assembleias gerais, a lei aprimorou as condições de funcionamento e de voto nos conclaves, impôs a eleição de administradores independentes, inibiu as restrições e limitações ao direito de voto, facilitou a formação de associações de acionistas, etc.[11]

No Reino Unido e nos Estados Unidos da América, a tônica é exigir dos investidores institucionais — acionistas com grandes lotes de ações com vocação para investimentos duradouros — um exercício ativo, consciente e responsável dos poderes e direitos inerentes e decorrentes de seus *portfolios*, com a finalidade de obter melhores desempenhos das companhias e melhor governança corporativa.

O resultado dessa nova postura pode ser aferido, por exemplo, em dois episódios marcantes: um, no âmbito administrativo — as reformas do regulamento da SEC para garantir uma série de direitos para os acionistas ativos —; outro, no societário — a pressão de investidores institucionais para demissão de executivos, como ocorreu com a exoneração do CEO da GM Robert Stempel[12].

Todavia, anote-se, por oportuno, o princípio do ativismo societário não tem beneficiado somente os grandes e poderosos investidores institucionais, mas, por igual, pequenos acionistas, como se dá em França, eis que a legislação francesa assegura às associações, que detenham apenas 1% (um por cento) do capital social, o direito de convocar assembleias gerais e propor ações em juízo, inclusive para responsabilizar e exigir indenização por perdas e danos dos administradores.

Ressalte-se, ainda, que pequenos e grandes investidores, reunidos em associações ou individualmente, estão sendo também estimulados a defender os seus direitos e interesses e a cobrar dos administradores das anônimas melhores resultados, inclusive sob o aspecto da responsabilidade social da empresa moderna, pelos novos métodos de participação nas assembleias, como o mecanismo de voto à distância, por carta ou por meios eletrônicos, e pela prática de oposições esclarecidas, através de protestos, impugnações e votos divergentes.

---

11. Karine Le Joly e Bertrand Moingeon (dir.). *Gouvernement d'entreprise: débats théoriques et pratiques*. Paris, Ellipses, 2001, p. 154.
12. Margareth M. Blair *Ownership and Control Rethinking Corporate Governance for the Twenty-First Century*, Washington, D.C., The Brookings Institution, 1995, p. 169.

5. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO ACIONISTA MINORITÁRIO

"As pessoas físicas já respondem por 25% dos negócios da BOVESPA" (*Revista Exame* nº 864, p. 26).

Desde 2000, a Bolsa de Valores de São Paulo não pára de crescer, pois "a média diária dos negócios quase dobrou e hoje supera um bilhão de dólares"; "o valor das empresas listadas cresceu 76% desde 2004"; "o volume de contratos futuros de ações na BM&F triplicou em três anos"; "são estimados 30 lançamentos iniciais de ações (IPOs) em 2006, em comparação com apenas 2 entre 2001 e 2002", e, por fim, "nunca tanta gente investiu em ações — as pessoas físicas já respondem por 25% dos negócios"[13].

Para os analistas de mercado, nacionais e estrangeiros, a pujança da BOVESPA é produto da criação do "Novo Mercado", através de "Níveis Diferenciados de Governança Corporativa".

Para os juristas, a revolução do mercado de ações do país é resultado da conjugação do princípio do ativismo societário, tratado anteriormente, que estimula pequenos e grandes investidores a participar, de forma consciente e responsável, do processo decisório das companhias, com o princípio da proteção ao acionista minoritário, ambos inspiradores e orientadores das normas que presidem o "Novo Mercado".

A proteção ao acionista minoritário é fato notório e antigo no direito norte-americano, porquanto, fundado nos valores institucionais básicos da sociedade americana, como os da família, convivência e comunidade, as companhias financeiras, industriais, comerciais e de prestação de serviços são considerados governos na sociedade civil e não apenas empresas produtoras de bens e riquezas e molas geradoras de lucros, razão pela qual devem respeitar e atender aos interesses de seus acionistas, empregados, fornecedores, financiadores e da comunidade local e jamais usar o poder econômico e financeiro, que possuem (o chamado *governance structure*), para impor práticas nocivas aos interesses sociais e coletivos.

No Brasil, a Lei das Sociedades Anônimas e várias resoluções, instruções e pareceres de orientação editados pela CVM visam proteger os direitos individuais dos acionistas e, outrossim, da denominada "minoria qualificada", como ressaltei no estudo "Proteção à minoria acionária", publicado na *RDM*, volume 105, pp. 25 a 36.

---

13. *Revista Exame*, nº 864, p. 26.

Os direitos da minoria qualificada são reunidos sob a forma de regras imperativas, que limitam o poder do controlador, e de direitos de bloqueio, quando o legislador, através de normas cogentes, inderrogáveis pela vontade dos acionistas, restringe, em benefício dos minoritários, a atuação dos controladores e administradores da companhia, como, por exemplo, se dá quanto: à forma especial de convocação e instalação das assembleias gerais de acionistas; à exigência peremptória de, nos avisos de convocação das assembleias gerais, constar, de forma clara e pormenorizada, as matérias que serão submetidas à deliberação; à prévia publicação dos documentos da administração; ao *quorum* qualificado para deliberar sobre determinadas matérias; ao uso do poder de controle; aos deveres de diligência, lealdade e informação dos administradores.

Os direitos individuais dos acionistas são: participar dos lucros sociais e do acervo da companhia, em caso de liquidação; fiscalizar, na forma prevista em lei, a gestão dos negócios sociais; preferência para subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações e bônus de subscrição e retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta lei.

Além desses direitos, intangíveis, irrenunciáveis e inderrogáveis, muitos outros, igualmente essenciais, prevê a Lei de S.A., como, por exemplo: na alienação de controle da companhia aberta, pagar-se aos minoritários 80% do que foi pago pelo bloco de controle; prerrogativa do acionista de negociar direitos patrimoniais isolados, tais como os de subscrição preferencial; direito de participar das assembleias e nelas discutir os assuntos da pauta; direito de exigir a autenticação de cópia ou exemplar das propostas, proposições, protestos e declarações de voto oferecidos em assembleia geral, cuja ata seja lavrada de forma sumária; direito de requerer a redução a escrito dos esclarecimentos prestados pelos administradores e de exigir o fornecimento pela mesa da assembleia da respectiva cópia; direito de propor ação de responsabilidade contra administradores, em nome próprio; direito de propor ação de responsabilidade contra os administradores, por substituição processual da companhia.

6. PRINCÍPIO DO TRATAMENTO EQUITATIVO

> "A cada ação correspondem um voto e um dividendo" (HÉLÈNE PLOIX)[14].

Creio haver demonstrado que os princípios de base ética (da eticidade) e moral (da moralidade) buscam orientar e presidir o comportamento dos membros do conselho de administração, da diretoria executiva, do conselho fiscal, se

14. *Op. cit.*, p. 32.

em funcionamento, e do conselho consultivo, se houver, das companhias, em especial das companhias de capital aberto, bem como o exercício do poder de comando dos acionistas controladores e o desempenho das funções dos auditores independentes.

E, ademais, que os princípios do ativismo societário e da proteção ao acionista minoritário, a seu turno, têm por escopo propiciar, ao detentor de pequeno número de ações, meios de defender, nas assembleias gerais de acionistas, rotineiramente, junto à CVM, quando for o caso, e em juízo, se necessário, os seus direitos e interesses, ameaçados de lesão ou já lesionados por atos ou omissões, dolosas ou culposas, dos controladores e/ou administradores das companhias, às quais pertencem, na qualidade de minoritários.

Agora, vou cuidar do princípio do tratamento equitativo, que atende à necessidade, universalmente reconhecida e proclamada, de tratar-se de forma equitativa os sócios e acionistas das sociedades empresárias, isto é, de forma justa e razoável, adequando o preceito legal ao caso concreto.

Nos Estados Unidos da América, os fundos de pensão, que detém uma massa de recursos financeiros bilionária, só investem em empresas que privilegiem a divulgação de informações relevantes, a responsabilidade dos administradores, a visão estratégica de longo prazo, etc., mas, sobretudo, que provem estar havendo satisfatório funcionamento de suas práticas de governança corporativa, em especial tratamento equânime entre controladores e minoritários.

Na França, por igual, as sociedades francesas são obrigadas a pautar suas condutas pela transparência em relação a seus acionistas, fornecedores, financiadores e o mercado em geral; pelo respeito aos direitos dos minoritários e pelo estrito cumprimento das leis e das normas regulamentares e estatutárias por parte dos administradores, assinalando a doutrina que a adoção e prática de medidas que atentem contra a igualdade dos acionistas é condenada[15].

No país, o IBGC, na cartilha denominada Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, elucida que a equidade ligada às boas práticas de governança corporativa *"caracteriza-se pelo tratamento justo e igualitário de todos os grupos minoritários, sejam do capital ou das demais 'partes interessadas'* (stakeholders), *como colaboradores, clientes, fornecedores ou credores. Atitudes ou políticas discriminatórias, sob qualquer pretexto, são totalmente inaceitáveis"*.

A pedra de toque do princípio do tratamento equitativo está na arraigada noção de que *"cada ação corresponde a um voto e a um dividendo"*, daí a acerba crítica ao "direito de voto duplo", "ações com dividendos majorados sem direito de voto" (as nossas preferenciais), "limitação dos direitos de voto em assembleia", etc.

---

15. Frédéric Parrat, *Le gouvernement d'entreprise*. Paris, Máxima Laurent du Mesnil, 1999, p. 322.

No país, foi objeto de acirrada discussão a questão do ágio na alienação de controle.

Para notáveis juristas, à frente os eméritos autores do Anteprojeto da Lei de Sociedade por Ações, obra prima da legislação brasileira, ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, o ágio pertence exclusivamente aos acionistas controladores[16].

Para outros de igual nomeada, como o eminente Prof. ARNOLDO WALD, o ágio deve ser partilhado entre controladores e minoritários[17].

Para alguns, o ágio pertence a todos os acionistas da companhia aberta[18].

Para a Primeira Turma do STJ, só as ações com direito de voto fazem jus ao ágio, eis que os preferencialistas gozam de outras vantagens[19].

Atualmente, a Lei de Sociedades por Ações, alterada pela Lei nº 10.303, de 2001, no art. 254-A, garante aos acionistas minoritários a alienação de suas ações por 80% do valor pago ao acionista controlador.

As regras do Novo Mercado da BOVESPA, todavia, exigem que seja assegurado tratamento igualitário entre controladores e minoritários.

7. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

> "A divulgação imediata de quaisquer informações que possam vir a afetar materialmente o mercado de ações é requisito fundamental da governança corporativa" (JOSEPH T. BAIO)[20].

Um dos pilares da governança corporativa, o princípio da transparência visa assegurar, aos acionistas minoritários e preferencialistas, investidores de mercado, em especial os institucionais, financiadores e fornecedores de bens e de ser-

---

16. *Fundamentos da Reforma das S/A*, AEDE- SBERJ, Rio de Janeiro, 1976, p. 22-23, *apud* Mauro Rodrigues Penteado, "Apontamentos sobre a alienação do controle de companhias abertas", *RDM*, ano XXVIII, 1989, vol. 76, p. 17.
17. "A proteção dos acionistas minoritários na alienação do controle de companhias abertas", *Revista da CVM*, 4/2, n. 13, 1986, *apud* Mauro Rodrigues Penteado, *op. cit.*, p. 19.
18. São exemplos, Nelson Candido Motta, "Alienação de controle de instituições financeiras. Acionistas minoritários. Notas para uma interpretação sistemática da Lei das S.A.", *RDM*, ano XXI, 1982, vol. 46, p. 41; e Leslie Amendolara, *Os direitos dos acionistas minoritários: com alterações da lei 9457/97*, São Paulo, Editora STS, 1998, p. 105.
19. REsp nº 2276/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, in Nelson Eizirik, *Sociedades Anônimas: jurisprudência*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, pp. 367-372.
20. "Dealing with the Regulators", *in* Michael R. Young (editor). *Accounting Irregularities and Financial Fraud*, *cit.*, p. 171.

viços, rápido e seguro acesso às informações relevantes sobre fatos, atos e negócios jurídicos realizados pelas sociedades empresárias.

Com efeito, divulgadas, pelas companhias, em especial as de capital aberto, de maneira ampla, através de jornais, revistas e meios eletrônicos, informações sobre as atividades sociais, os acionistas estarão mais aptos a avaliar as estratégias político-administrativas dos controladores e membros do conselho de administração e a sua implementação pela diretoria executiva; mais preparados e conscientes para eleger e reeleger administradores e para destituir e responsabilizar os que agiram em prejuízo da empresa; em melhores condições de examinar, debater e decidir sobre as contas dos exercícios sociais, balanços e demonstrações financeiras anuais, etc.

O princípio da transparência atende também aos interesses de potenciais investidores, sobretudo quanto à avaliação do preço das ações, às perspectivas de rentabilidade do negócio, aos mecanismos utilizados na tomada das principais decisões, à forma de remuneração global ou individual dos executivos e seu alinhamento com os interesses da companhia e dos acionistas, etc., o que levou a SEC (a CVM americana) a editar normas regulamentares para garantir a "lealdade do mercado" (*market fairness*) e a atuar na identificação, investigação e punição de fraudes contábeis, financeiras e corporativas.

Anote-se, por oportuno, que a transparência não se restringe ao fornecimento, oportuno e expedito, de informações contábeis, financeiras, fiscais, societárias, etc., mas, outrossim, na descrição pormenorizada e completa de todos os atos administrativos nos relatórios periódicos, particularmente nos relatórios anuais, que deverão passar pelo crivo da auditoria interna e da auditoria externa, respondendo a companhia por dados e informações que não correspondam à verdade.

No país, o IBGC recomenda que as companhias deem amplo destaque e se empenhem na divulgação de todas as informações disponíveis, ressaltando que *"as informações devem ser equilibradas e de qualidade, abordando tanto os aspectos positivos quanto os negativos, para facilitar ao leitor a correta compreensão e avaliação da sociedade. Toda informação que possa influenciar decisões de investimento deve ser divulgada imediata e simultaneamente a todos os interessados. Internet e outras tecnologias devem ser exploradas para buscar a rapidez e larga difusão de tais informações"*[21].

A propósito, ressalte-se que o Nível 1 da BOVESPA estimula a prestação de informações ao mercado, através de relatórios trimestrais, de consolidação das demonstrações contábeis e de revisão especial de auditoria, de fatos relacionados a negociações de ativos e derivativos de emissão da companhia por parte de

---

21. *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*, pp. 33-34.

acionistas controladores ou administradores, da apresentação de calendário anual de eventos corporativos e das demonstrações do fluxo de caixa, entre outras.

Consoante anota, de início, MARTA BARCELLOS, *"obrigatória e nos prospectos e candidata a integrar os relatórios da administração, seção Fatores de Risco extrapola funções legais para se tornar um diferencial de transparência"*[22], para, a seguir, esclarecer: *"(...) muitas companhias avançam nas suas práticas internas de gerenciamento e análise de riscos. E (...) começam a ver vantagens em manter o mercado informado sobre cada detalhe que possa influenciar negativamente suas ações"*[23], e, afinal, arrematar: *"a divulgação de análises e informações adicionais sobre riscos pressupõe um monitoramento mais sofisticado, que interesse aos analistas e investidores"*[24].

8. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS ADMINISTRADORES

> "Para estabelecer um julgamento justo com relação aos administradores operacionais, o conselho de administração deve construir sua independência, sem suprimir sua responsabilidade colegiada e coletiva" (HÉLÈNE PLOIX)[25].

A Lei de Sociedades anônimas (LSA) estabelece, taxativamente, que, nas companhias abertas, nas sociedades de economia mista e nas sociedades de capital autorizado, a administração é cometida ao conselho de administração, órgão colegiado, e à diretoria executiva, responsável pela gestão e representação orgânica da companhia, apenas a sociedade de capital fechado podendo ter ou não conselho de administração.

É voz corrente que o conselho de administração é uma mini assembleia geral de acionistas, em que os representantes dos controladores e dos minoritários defendem, nas reuniões do colegiado, os direitos e interesses dos grupos que os elegeram, não raro atuando em conflito de interesses, o que se choca com a ideia de que tanto os membros do conselho de administração quanto os da diretoria devem exercer suas funções, poderes e atribuições com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social com autonomia e independência.

Por isso, a doutrina, nacional e estrangeira, vem pregando que é absolutamente indispensável que as companhias elejam conselheiros independentes, que

---

22. *Revista Capital Aberto*, ano 2, nº 16, p. 24.
23. *Idem*, p. 25.
24. *Idem*, p. 26.
25. *Op. cit.*, p. 25.

não tenham vínculo de espécie alguma nem com os controladores, nem com os minoritários, nem com a própria sociedade, o que lhes permitirá proferir decisões baseadas exclusivamente no interesse dos acionistas e investidores do mercado; julgar os atos dos diretores executivos com isenção com fundamento em pareceres técnicos do conselho fiscal, da auditoria interna e dos auditores independentes; questionar, "sem pudores"[26], tudo o que se refere à gestão interna dos negócios sociais; não fraquejar diante de pressões expressas ou subliminares do presidente do CA, etc.

Discute-se, entretanto, qual o número ideal de administradores independentes deve ter uma companhia, recomendando o *Cadbury Report* que *"deve ser tal que possa influenciar nas decisões do conselho"*, sobretudo em face de relevantes matérias como, por exemplo, rever o desempenho individual de cada membro do conselho e da diretoria, examinar e deliberar sobre casos de conflito real ou potencial de interesses, a repartição de poderes entre o presidente e demais conselheiros.

Como acentuaram JOLY e NIOCHE[27], a eficácia da fiscalização exercida pelo conselho de administração depende da capacidade real de detectar eventuais insuficiências na gestão da empresa, compreender a origem de tais insuficiências, definir medidas incitativas e corretivas pertinentes e impor tais medidas. O exercício dessas tarefas requer, em diferentes níveis, dos administradores, qualidades de independência e de objetividade (propiciadas, em especial, por administradores sem ligações com a empresa e seus diretores) e capacidade de ter um julgamento crítico, ou seja, esclarecido sobre as propostas elaboradas pela diretoria.

Anote-se que o IBGC recomenda que os conselheiros independentes não tenham qualquer vínculo com a sociedade, exceto eventual participação de capital; não sejam acionistas controladores ou membros do grupo de controle, cônjuge ou parente até segundo grau destes, ou vinculados a organizações relacionadas ao acionista controlador; não tenham sido empregados ou diretores da sociedade ou de alguma de suas subsidiárias; não estejam fornecendo ou comprando, direta ou indiretamente, serviços e/ou produtos à sociedade; não sejam funcionários ou diretores de entidade que esteja oferecendo serviços e/ou produtos à sociedade; não sejam cônjuge ou parente até segundo grau de algum diretor ou gerente da sociedade e não recebam outra remuneração da sociedade além dos honorários de conselheiro (dividendos oriundos de eventual participação no capital estão excluídos desta restrição).

---

26. Bertrand Collomb, *cit.*, por Hélène Ploix, *op. cit.*, p. 27.
27. *"L'implication du conseil d'administration dans la formation de la stratégie"*, *in* Karine Le Joly e Bertrand Moingeon (dir.), *op. cit.*, p. 75.

9. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR

> "Os administradores são responsáveis frente à sociedade ou frente a terceiros, seja por infrações a disposições legais ou regulamentares, seja por violações aos estatutos, seja por faltas cometidas durante sua gestão" (art. 244 da Lei de Sociedades francesa de 1966).

Relembre-se, de pronto, mais uma vez, que, no direito brasileiro, nas companhias de capital aberto, de capital autorizado e de economia mista, a administração é dúplice, dividida entre o conselho de administração, órgão de deliberação colegiada, e a diretoria executiva, órgão de gestão (interna) dos negócios sociais e de representação (externa) da sociedade perante terceiros; nas companhias fechadas e nas sociedades limitadas, é facultativa a criação do conselho de administração, desde logo cumprindo observar que *todos* os administradores devem pautar-se pelo "princípio da responsabilidade", um dos princípios basilares da Governança Corporativa.

De acordo com a Lei de Sociedades Anônimas, o administrador (*a*) "*deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo o homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios*" (art. 153, dever de diligência); (*b*) "*deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os negócios*" (art. 155, dever de lealdade); (*c*) "*de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo econômico, de que seja titular*" (art. 157, dever de informar); (*d*) não deve "*intervir em qualquer operação em que tiver interesse conflitante com o da companhia*" (art. 156, dever de abster-se de participar de situações de conflito real ou potencial de interesses).

A doutrina, pátria e alienígena, calcada em disposições legais e regulamentares, ensina, ademais, que são deveres dos administradores: (*a*) perseguir o interesse social, o que equivale dizer a empenhar-se na consecução do interesse comum de todos os sócios ou acionistas; (*b*) gerir os negócios sociais, com cuidado, diligência e lealdade, com a finalidade de a sociedade realizar o seu objeto e cumprir sua função social; (*c*) informar-se sobre todos os assuntos de interesse da empresa, para poder decidir com conhecimento de causa; (*d*) investigar, decorrente do dever de informar-se e do dever de fiscalizar, os fatos, atos e negócios jurídicos de interesse da sociedade, para apurar, quando for o caso, e definir, de modo claro e preciso, a responsabilidade dos membros do conselho de administração e da diretoria executiva; (*e*) fiscalizar os atos de cada administrador, nas chamadas relações intraorgânicas, e, também, de procuradores e prepostos, para prevenir, sempre que possível, e punir, sempre que necessário, a atuação em conflito de interesses.

Como anota JOÃO BOSCO LODI[28], a propósito do conselho de administração, ele deve agir sempre com *fairness* (senso de justiça e equidade), *disclosure* (transparência) e *compliance* (obediência e cumprimento das leis, regulamentos e estatutos sociais), prestando permanentemente conta de seus atos (*accountability*), o que levou a GM a instituir uma série de normas que a companhia e os seus conselheiros devem observar, a saber: (*a*) deve haver uma maioria de conselheiros externos; (*b*) os conselheiros independentes devem escolher um *lead director* (diretor principal); (*c*) os conselheiros independentes devem reunir-se isoladamente, de maneira regular e programada; (*d*) os conselheiros independentes devem assumir responsabilidade por todos os procedimentos do conselho de administração; (*e*) o conselho de administração deve ter responsabilidade pela seleção de candidatos a novos conselheiros; (*f*) o conselho de administração deve analisar o seu próprio desempenho; (*g*) os membros independentes devem avaliar o CEO e outros importantes executivos com base em programações regulares; (*h*) o conselho de administração deve conhecer e concordar na íntegra com as estratégias de longo prazo da empresa; (*i*) o conselho de administração deve dedicar tempo e atenção à seleção do CEO, sua responsabilidade isolada mais importante[29].

Em resumo, portanto, os administradores da sociedade limitada e os da sociedade anônima têm funções, atribuições e poderes, que devem exercer com diligência e probidade, e deveres, que devem cumprir com zelo e escrúpulo, sob pena de responderem, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, civil e, nas hipóteses previstas em lei, criminalmente, pelos prejuízos causados à sociedade, a seus sócios ou acionistas, a seus credores, ao mercado em geral e ao ecossistema.

10. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

> "Com efeito, razoabilidade enseja desde logo uma ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade" (SUZANA DE TOLEDO BARROS)[30].

A Lei de Sociedades Anônimas (LSA), ao cuidar das atribuições e poderes e ao disciplinar os deveres e responsabilidades dos membros do conselho de administração e da diretoria executiva, através de normas de conteúdo indeterminado, intencionalmente vagas e elásticas, estimula os administradores

---

28. *Governança Corporativa*. O Governo da Empresa e o Conselho de Administração. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 19.
29. Harvard Business Review, *Experiências de Governança Corporativa*. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 2001, p. 186.
30. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília, Brasília Jurídica, 2003, p. 72.

a agirem com discricionariedade, sem, todavia, poderem descurar do cabal cumprimento dos deveres de diligência e cuidado, que fixam os limites de sua responsabilidade.

Com efeito, atento exame dos arts. 153 a 157, da LSA, autoriza afirmar que, fiel aos cânones do "sistema aberto de direito", a lei instituiu "modelos éticos de conduta" — "condutas exigidas" (arts. 153 a 155 e 157) e "condutas proibidas" (art. 156) — com o objetivo de pautar o comportamento dos administradores na consecução do seu mister de *"produzir resultados"* com o tirocínio e prudente arbítrio, conforme o paradigma de DRUCKER: *"a missão institucional do administrador é produzir resultados"*, correndo riscos razoáveis, acrescento.

É curial que a observância estrita (e acanhada) dos deveres de diligência e cuidado dificulta e, por vezes, impede a companhia de *"produzir resultados lucrativos"*, razão pela qual, mitigando o rigor dos deveres de diligência e cuidado, há o "prudente arbítrio", a "discricionariedade esclarecida", que se manifesta através da "ponderação" dos "prós e contras" dos atos dos administradores no exercício diuturno de suas atribuições e poderes de gestão interna e representação.

Essa imprescindível "ponderação dos prós e contras" das operações sociais é norteada pelo "princípio da razoabilidade ou proporcionalidade", o qual visa, na abalizada lição de DANIEL SARMENTO, *"à contenção do arbítrio e à moderação do exercício do poder"*[31], segundo uma *"relação de causalidade entre meio e fim"*[32].

A todo momento, jornais e revistas noticiam situações em que a administração das companhias é instada a tomar decisões de risco e, portanto, *"ponderar os prós e contras"* consoante o princípio da razoabilidade.

Eis alguns exemplos marcantes:

A Nutrella, empresa gaúcha fabricante de pães e bolos, atividade que conhece e exerce há muitos anos, porém que *"impõe limites ao crescimento"*, viu-se compelida a *"arriscar-se num mercado maior, mas desconhecido"*, dominado por *"marcas tradicionais e líderes do seu setor, como Pullman e Seven Boys"*. Consciente que precisava inovar, a Nutrella, diz DANIEL NEITZKE, diretor de marketing e filho do fundador, aceitou o desafio e venceu, correndo riscos razoáveis, porquanto o faturamento, de R$ 37 milhões em 2000, passou para R$ 112 milhões em 2004[33].

Exemplo de riscos bem sucedidos é, também, o da BRA, que, *"em apenas dois meses de operação, se tornou a quarta maior companhia aérea do país"*, adotando uma estratégia de venda de diversos produtos ao mesmo tempo, como pacotes turís-

---

31. Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 77.
32. Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*. São Paulo, Malheiros, 2003, 2ª ed., p. 91.
33. *Revista Exame*, ed. de 9.10.2005.

ticos e diárias em hoteis, além de oferecer passagens aéreas com preços 30% mais baixos que os da concorrência (*Revista Exame*, ed. de 15.03.06), e do hospital paulista Albert Einstein, que se "*transformou num grande negócio de saúde integrada*", ao entregar sua administração a um grupo de profissionais, sem experiência em medicina[34].

Há, todavia, riscos preocupantes, como o da Ford Motor Company, que adotou, como meio de reestruturação, maciço investimento em veículos híbridos, menos poluentes que os carros convencionais, uma obsessão pessoal de BILL FORD, seu presidente, um ambientalista que assumiu a empresa prometendo uma "revolução verde", embora, como acentuou a *Revista Exame*, "*os veículos híbridos ainda custem muito caro e pareçam uma aposta arriscada para uma montadora que precisa recuperar resultados em curto prazo*"[35].

11. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

> "A motivação da atividade corporativa inclui a preocupação com o bem-estar de algumas das partes envolvidas que não são os proprietários e um compromisso subjacente com princípios básicos como integridade, imparcialidade e respeito pelas pessoas" (THOMAS DONALDSON)[36].

O princípio da função social da empresa se dirige, em primeiro lugar, aos administradores das empresas, sobretudo das megacompanhias industriais, orientando-os a atentarem para as questões ambientais, quando forem decidir implantar ou expandir as instalações fabris da companhia; a privilegiarem o desenvolvimento sustentável, para evitar agredir e por em risco o ecossistema; a darem especial tratamento à extração de recursos naturais, para garantir um futuro saudável para as próximas gerações, etc.

Os arautos desse princípio têm sustentado, acerbamente, que somente quando acionistas controladores e principais executivos se conscientizarem da função social da empresa, as companhias transnacionais deixarão de exportar poluição dos países desenvolvidos e produzir por menores custos com o sacrifício das nações mais pobres[37].

---

34. *Revista Exame*, ed. de 4.8.2004.
35. *Revista Exame*, ed. de 9.10.2005.
36. "Definindo o valor de fazer bons negócios". *Valor*. Governança Corporativa, 3ª parte. Ed. de 7.7.2005, p. 2.
37. Dine, *op. cit.*, p. 177.

Pregam ainda que os objetivos das companhias não se limitam a maximizar os lucros e os ganhos de capital dos acionistas, já que elas devem zelar por seus empregados e pela comunidade onde atuam[38], bem como que as companhias, no curso de seus negócios, devem devotar uma parte considerável de seus recursos ao bem-estar público e a propósitos humanitários, educacionais e filantrópicos[39].

Nos EUA, embora "pátria do capitalismo selvagem", a intervenção do Poder Judiciário nas sociedades americanas não se restringe às matérias econômicas, eis que ela também prima por garantir valores institucionais básicos, como família, comunidade e convivência.

Como anota DAVID SCIULLI, desde a formação do governo americano, as cortes e legislações estaduais foram encarregadas da função de supervisionar e regular as atividades corporativas, tendo maior importância as cortes dos estados de Delaware, Nova Iorque, Nova Jérsei e Califórnia, podendo-se dizer, em síntese, que as cortes estaduais visam proteger as sociedades americanas dos possíveis danos causados pelo poder corporativo, além, por certo, de assegurar a observância dos direitos e interesses dos acionistas minoritários, credores, fornecedores, empregados e executivos de médio escalão[40].

Também nos EUA desenvolveu-se a doutrina, consoante pontifica THOMAS DONALDSON, da "Responsabilidade Social Empresarial", segundo a qual as corporações têm deveres com o bem-estar da coletividade e *"compromisso subjacente com princípios como integridade, imparcialidade e respeito pelas pessoas"*[41].

Por fim, o IBGC, em seu Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, afirma: *"Conselheiros e executivos devem zelar pela perenidade das organizações (visão de longo prazo, sustentabilidade) e, portanto, devem incorporar considerações de ordem social e ambiental na definição dos negócios e operações. Responsabilidade Corporativa é uma visão mais ampla da estratégia empresarial, contemplando todos os relacionamentos com a comunidade em que a sociedade atua. A 'função social' da empresa deve incluir a criação de riquezas e de oportunidades de emprego, qualificação e diversidade da força de trabalho, estímulo ao desenvolvimento científico por intermédio de tecnologia, e melhoria da qualidade de vida por meio de ações educativas, culturais, assistenciais e de defesa do meio ambiente"*.

---

38. Blair, *ob. cit.*, p. 203.
39. Lawrence E. Mitchell, Lawrence A. Cunningham e Lewis D. Solomon. *Corporate Finance and Governance Cases, Materials, and Problems for an Advanced Course in Corporations*. Durham, Carolina Academic Press, 1996, 2nd Edition., p. 19.
40. David. Sciulli *Corporations vs. The Court: Private Power, Public Interest*. London, Lynne Reiner Publishing, 1999, p. 1/7
41. *Ob. cit.*, p. 2.

*A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA PORTUGUESA**

JORGE MIRANDA

SUMÁRIO: 1. A história política e constitucional portuguesa. 2. A revolução do 25 de abril e a constituição de 1976. 3. Carácter geral da constituição. 4. As revisões constitucionais. 5. Mudança e continuidade na constituição. 6. Da constituição à prática.

1. A HISTÓRIA POLÍTICA E CONSTITUCIONAL PORTUGUESA

Existe em Portugal – como em qualquer outro país – uma relação constante entre história política e história constitucional. Por um lado, aqui como por toda a parte, são os fatos decisivos da história política que, direta ou indiretamente, provocam o aparecimento das Constituições, a sua modificação ou a sua queda. Por outro lado, contudo, as Constituições, na medida em que consubstanciam ou condicionam certo sistema político e na medida em que se repercutem no sistema jurídico e social vêm a ser elas próprias, igualmente, geradoras de novos fatos políticos.

Daí que, sem se confundirem as perspectivas peculiares de uma e outra, seja possível e necessário considerar em conjunto a história portuguesa dos últimos duzentos anos a partir de três grandes períodos: o período das Constituições liberais, o da Constituição de 1933 e o da Constituição de 1976. É uma divisão muito mais significativa do que o contraste entre constitucionalismo monárquico e republicano.

A *época liberal* vai de 1820 a 1926. Durante ela sucedem-se quatro Constituições – de 1822, de 1826, de 1838 e de 1911 – que se repartem por diferentes vigências; há duas efémeras restaurações do antigo regime; e passa-se da monarquia à república. E, à distância, as principais diferenças entre essas Constituições (relativas aos poderes recíprocos do Rei ou Presidente e do Parlamento e à

*Acessível em *http://www.25abril.org/docs/congresso/democracia/01.01-Jorge%20Miranda.pdf*.

forma de eleição deste) parecem bem menores do que aquilo que as une (a separação de poderes e os direitos individuais).

Vem a seguir, entre 1926 e 1974, a quase obnubilação do Estado constitucional, representativo e de Direito ou, doutro prisma, a pretensão de se erguer um constitucionalismo diferente, um "Estado Novo", um *constitucionalismo corporativo e autoritário*. Eis o período da Constituição de 1933 (apesar de tudo, uma Constituição, ao contrário do que se passou em Itália, Alemanha e Espanha), cujo despontar não surpreende no paralelo com a situação europeia dos anos 20 e 30, mas cuja longa duração não se afigura facilmente explicável.

Com a revolução de 1974, entra-se na época atual – muito recente e já muito rica de acontecimentos, ideologias e contrastes sociais e políticos – em que o país se encaminha para um regime democrático pluralista (ou de liberalismo político) com tendências descentralizadoras, por um lado, e socializantes, por outro lado. A Constituição de 1976, resultante dessa revolução, significa, em primeiro lugar, o termo daquele interregno e, depois, a abertura para horizontes e aspirações de Estado social e de Estado de Direito democrático. E só nesta altura pode falar-se em *constitucionalismo democrático*, porque só agora está consignado o sufrágio universal.

2. A REVOLUÇÃO DO 25 DE ABRIL E A CONSTITUIÇÃO DE 1976

Não houve só o 25 de Abril de 1974. Houve também o 25 de Abril de 1975 e o 25 de Abril de 1976 – a eleição da Assembleia Constituinte e a entrada em vigor da nova Constituição. E pode perguntar-se qual foi mais importante se o primeiro ou se o segundo 25 de Abril.

Por certo, não teria havido o segundo, se não tivesse havido o primeiro. Contudo, no contexto, em que se realizou, foi essa eleição que determinou o rumo do processo revolucionário e que fez interpretação autêntica do Programa do Movimento das Forças Armadas contra desvios totalitários e autoritários que então procuravam prevalecer.

Participando a mais de 91%, os Portugueses criaram uma legitimidade democrática que iria sobrepor-se à legitimidade revolucionária; e, conferindo mais de 70% de votos aos partidos identificados com a democracia representativa e pluralista, fizeram uma opção clara e irreversível por esta forma de governo.

Depois, a Assembleia Constituinte (com 214 Deputados daqueles partidos em 250) soube estar à altura da sua missão, consagrando um período de antes da ordem do dia para intervenções sobre a realidade quotidiana do país; debatendo, muitas vezes com grande qualidade, as questões políticas e jurídicas da Constituição; e fazendo – por sinal nas semanas em que as cúpulas político-militares em Lisboa pareciam mais adversas – opção pela prioridade dos direitos fundamentais sobre a organização económica, por um regime reforçado e por um ca-

tálogo minucioso de direitos, liberdades e garantias, pela divisão do poder, pelos direitos de oposição, pela alternância, pelo papel do Parlamento e pela descentralização.

Fiel ao seu mandato, nunca a Assembleia cedeu perante ameaças ou tentativas de coacção. Sofreu, como não podia deixar de ser, a influência do ambiente do país e da época (traduzido em algumas proclamações ideologicamente marcadas, sem verdadeiro conteúdo preceptivo); e, tendo em conta a sua composição partidária, aprovou disposições de teor socialista ou socializante; mas fazer depender a sua concretização da intervenção do legislador assente no princípio democrático – conforme a jurisprudência constitucional e sucessivas revisões viriam depois a confirmar.

A entrada em vigor da Constituição em 25 de Abril e a entrada em funcionamento do sistema de órgãos de soberania em 14 de Julho de 1976 marcariam o início da democracia institucionalizada.

3. CARÁCTER GERAL DA CONSTITUIÇÃO

I – A Constituição de 1976 é a mais vasta e a mais complexa de todas as Constituições portuguesas – por receber os efeitos do denso e heterogéneo processo político do tempo da sua formação, por aglutinar contributos de partidos e forças sociais em luta, por beber em diversas internacionais ideológicas e por reflectir (como não podia deixar de ser) a anterior experiência constitucional do país.

É uma Constituição-garantia e uma Constituição prospectiva. Tendo em conta o regime autoritário derrubado em 1974 e o que foram ou poderiam ter sido os desvios de 1975, é uma Constituição muito preocupada com os direitos fundamentais dos cidadãos e dos trabalhadores e com a divisão do poder. Mas, surgida em ambiente de repulsa do passado próximo e em que tudo parecia possível, procura vivificar e enriquecer o conteúdo da democracia, multiplicando as manifestações de igualdade efectiva, participação, intervenção, socialização, numa visão ampla e não sem alguns ingredientes de utopia.

Mas foi porque uns temiam pelas liberdades, outros pelos direitos dos trabalhadores, outros pelas nacionalizações e pela reforma agrária, outros pelo Parlamento e pela separação dos poderes, outros ainda pela descentralização regional e local, que a Constituição acabou por ficar como ficou.

II – Como marcas de originalidade (ou de relativa originalidade) da Constituição apontem-se:

– O dualismo complexo das liberdades e garantias e de direitos económicos, sociais e culturais e o enlace entre eles operado, designadamente pelo art. 17º;

– A constitucionalização de novos direitos e da vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias;

– A recepção formal da Declaração Universal dos Direitos do Homem enquanto critério de interpretação e integração das normas sobre direitos fundamentais;

– A perspectiva universalista traduzida no princípio da equiparação de direitos de portugueses e estrangeiros, nas garantias da extradição e da expulsão, na previsão do estatuto de refugiado político e, após 1982, na assunção do respeito dos direitos do homem como princípio geral das relações internacionais;

– O apelo à participação dos cidadãos, associações e grupos diversos nos procedimentos legislativos e administrativos;

– O tratamento sistemático prestado às eleições, aos partidos, aos grupos parlamentares e ao direito de oposição;

– A redobrada preocupação com os mecanismos de controlo recíproco dos órgãos de poder e a constitucionalização do *Ombudsman* (o Provedor de Justiça);

– A coexistência de semipresidencialismo a nível de Estado, sistema de governo parlamentar a nível de regiões autónomas e sistema directorial a nível de municípios;

– O sistema abrangente de fiscalização da constitucionalidade – concreta e abstracta, de acção e de omissão, preventiva e sucessiva – e o carácter misto de fiscalização concreta, com competência de decisão de todos os tribunais e recurso, possível ou necessário, para a Comissão Constitucional, primeiro, e depois para o Tribunal Constitucional.

Os constituintes pretenderam ainda construir uma organização económica nova, conjugando o princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção, um socialismo autogestionário e a iniciativa privada. A realidade do país, as revisões constitucionais e a integração comunitária viriam mostrar que só poderia subsistir se entendida como economia mista ou pluralista, algo diferente, mas não oposta ao modelo típico de Estado social europeu.

4. AS REVISÕES CONSTITUCIONAIS

I – Se a Constituição trouxe a estabilização política segundo um modelo institucional idêntico ou análogo ao das democracias ocidentais, a sua entrada em vigor não significou o apaziguamento ou o consenso constitucional no país. Pelo contrário, desde o início, o debate à volta da Constituição de 1976 assumiu um relevo inédito, por vezes excessivo e, em 1980, quase dramático.

Nem isso surpreende a quem evoque o paralelo com outros momentos dos séculos XIX e XX e, mais de perto, as vicissitudes e as sucessivas atitudes políticas que acompanharam a feitura da Constituição. No entanto, ao invés do que sucedeu nessas épocas, não houve mais alterações ou rupturas da ordem consti-

tucional e a Constituição pôde ir-se adaptando à realidade e a novas circunstâncias e enraizando-se na consciência cívica.

II – Globalmente, assinalaram a revisão de 1982:

a) A redução das marcas ou expressões ideológico-conjunturais vindas de 1975 e, em particular, a supressão das referências ao socialismo em todos os artigos, salvo no 2º (a ponto de se poder questionar se o socialismo tinha ou conservava, doravante, qualquer sentido autónomo);

b) O aperfeiçoamento dos direitos fundamentais e a clarificação da Constituição económica numa linha de economia pluralista;

c) A extinção do Conselho da Revolução e o termo das funções políticas das Forças Armadas;

d) Em conexão com essa extinção, o repensar das relações entre o Presidente da República, a Assembleia da República e o Governo, com reflexos no sistema político, e a criação de um Tribunal Constitucional.

III – Centrada na organização económica, a revisão constitucional de 1989 não se esgotou, porém, aí:

a) Supressão quase completa das menções ideológico-proclamatórias que ainda restavam após 1982;

b) Aprofundamento de alguns direitos fundamentais, mormente os dos administrados;

c) Supressão da regra da irreversibilidade das nacionalizações posteriores a 25 de Abril de 1974, e, em geral, aligeiramento da parte da organização económica;

d) Reformulação parcial do sistema de actos legislativos;

e) Introdução do referendo político a nível nacional, embora em moldes muito prudentes;

f) Modificação de três das alíneas do art. 290º sobre limites materiais da revisão constitucional.

IV – A revisão de 1992 – provocada pelo Tratado de Maastricht, da União Europeia – incidiu nas transformações por ele exigidas:

a) No art. 7º da Constituição (sobre relações internacionais), aditou-se um nº 6, dizendo: "*Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização do princípio da coesão económica e social, convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia*";

b) No art. 15º, consagrou-se a possibilidade de atribuição, em condições de reciprocidade, de capacidade eleitoral a cidadãos de países membros da União Europeia residentes em Portugal na eleição de Deputados por Portugal ao Par-

lamento Europeu;

c) Alterou-se o art. 105º (sobre o Banco de Portugal) para permitir a adopção da eventual moeda única europeia.

V – Em síntese, a revisão constitucional de 1997 traduziu-se em:

a) Desenvolvimento da matéria dos direitos fundamentais e das correspondentes incumbências do Estado;

b) Relativa acentuação do papel da iniciativa privada dentro da organização económica;

c) Desconstitucionalização de vários aspectos do sistema político (colégio eleitoral do Presidente da República, composição e sistema eleitoral da Assembleia da República, órgãos executivos locais, regiões administrativas);

d) Reforço de mecanismos de participação dos cidadãos (participação no planeamento urbanístico, referendos nacionais, regionais e locais, iniciativa popular, possibilidade de círculos uninominais, candidaturas independentes às eleições locais);

e) Desenvolvimento dos poderes das regiões autónomas (no plano legislativo, tributário, administrativo e europeu), bem como das autarquias locais;

f) Aumento dos poderes formais da Assembleia da República e aumento do número de matérias que exigem maioria qualificada de aprovação;

g) Reforço do Tribunal Constitucional (com novas competências relativas aos partidos e às assembleias políticas e maiores garantias de independência dos juízes).

VI – À semelhança do que acontecera em 1992, também em 2001 foi desencadeado um processo de revisão constitucional por causa de um tratado: o tratado constitutivo do Tribunal Penal Internacional assinado em Roma em 1998.

Feita para permitir a ratificação desse tratado, a revisão viria a tocar ainda noutras matérias, tais como:

– Previsão, a propósito da Europa, de um "espaço de liberdade, justiça e segurança (art. 7º, nº 6) e, desde logo, desconstitucionalização, para esse efeito, de algumas garantias relativas à expulsão e à extradição (art. 33º, nº 5);

– Proclamação do português como língua oficial (art. 11º, nº 3);

– Alargamento, em paralelo com o disposto na Constituição brasileira, de direitos a atribuir aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com estatuto de igualdade (art. 15º, nº 3);

– Restrições à inviolabilidade do domicílio durante a noite em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada (art. 34º, nº 3).

VII – Como haviam passado já mais de cinco anos sobre a última revisão ordinária (apesar dos vícios que tinham inquinado esta), em 16 de Outubro de 2003 foi apresentado um projecto de revisão constitucional a que outros se seguiram, acabando por haver projectos de Deputados de todos os partidos[1]. Mais uma vez se tomou, erradamente, o art. 284º da Constituição como determinando uma necessidade, e não uma mera faculdade.

Afastada a ideia de uma revisão mais larga[2] que, em alguns aspectos, comportava uma espécie de Constituição alternativa, os pontos centrais de revisão viriam a ser a integração europeia (apesar de ainda não se saber qual vai ser, em definitivo, o próximo Tratado da União...), a regulação da comunicação social, a limitação de mandatos e a autonomia das regiões insulares (sendo de notar que, quanto a este último, as alterações foram quase todas aprovadas por unanimidade, incluindo, portanto, Deputados do Partido Comunista Português, do Bloco de Esquerda e do Partido Ecologista "Os Verdes").

As alterações consistiram em:

– Modificação do nº 6 do artº 7.º, passando, por um lado, a falar-se também em "aprofundamento da união europeia" e "definição e execução de uma política externa, de segurança e de defesa comum"; mas, por outro lado, a fazer-se depender a "construção" e esse aprofundamento também de "respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático";

– Aditamento de um nº 4 ao art. 8º dizendo: "As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático;

– Criação de uma "entidade administrativa independente", com membros, em parte, eleitos por maioria de dois terços dos Deputados presentes desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções [art. 163º, alínea *h*)] e objecto de lei a aprovar por idêntica maioria (art. 168º, nº 6);

– Prescrição de que a "lei pode determinar limites à renovação sucessiva de mandatos de titulares de cargos políticos executivos" (art. 118º, nº 2) – a lei *pode*, não *deve*, e lei sujeita também ela à regra de maioria de dois terços (art. 168º, nº 6, de novo);

– No tocante às regiões autónomas, aumento dos seus poderes legislativos (arts. 112º e 226º a 228º) – desaparecimento do interesse específico como critério definidor desses poderes e também da referência a leis gerais da República; em vez disso, possibilidade de as regiões legislarem sobre quaisquer matérias não

---

1. V. os textos *in Diario da Assembleia da República*, 9ª legislatura, 2ª sessão legislativa, 2ª série-A, nºs 8 e 14.
2. Cfr. O projecto nº IX dos Deputados do PSD e do CDS-PP.

reservadas aos órgãos de soberania e ainda sobre certas matérias de reserva relativa da Assembleia da República, precedendo autorização legislativa; em vez de enumeração, aliás não taxativa, de matérias sujeitas a legislação regional no art. 228º, devolução para os estatutos[3]; recuperação da faculdade, perdida em 1997, de transposição de directivas comunitárias; reserva de iniciativa das leis eleitorais respeitantes às Assembleias Legislativas a elas próprias, embora caducando se a aprovação das alterações das leis eleitorais não se fizer em certo prazo e prescrição do reforço do princípio da proporcionalidade (disposição transitória);

– Ainda no tocante às regiões autónomas, assimilação do regime de dissolução das Assembleias Legislativas ao da Assembleia da República (arts. 234º e 232º, nº 4), possibilidade de delegação de competências do Governo da República aos Governos Regionais (art. 229º, nº 4) e substituição dos Ministros da República por "Representantes da República" (art. 230º).

O sentido destas alterações é duplo:

a) Enfraquecimento do Estado perante a União Europeia e perante as regiões autónomas.

b) Compromisso dilatório a respeito da regulação da comunicação social e da limitação de mandatos.

Quanto ao texto a que se chegou, ele surge pouco cuidado, mal redigido, por vezes repetitivo, agravando uma tendência que já vinha das revisões precedentes.

5. MUDANÇA E CONTINUIDADE NA CONSTITUIÇÃO

I – A Constituição continua sendo, após seis revisões constitucionais, após a entrada de Portugal para a Comunidade Europeia e a passagem desta a União Europeia e após tantas transformações registadas no País e no mundo, a mesma Constituição que a Assembleia Constituinte aprovou em 1976 – porque uma Constituição consiste, essencialmente num complexo de princípios e não de preceitos.

Foram modificadas dezenas e dezenas de artigos e houve inflexões, formais ou reais, de sentido, mas permaneceram os princípios cardeais que lhes conferem sentido e coerência. A Constituição continua sendo Constituição de liberdade e Constituição de solidariedade.

II – Em primeiro lugar, como se mostrou, as sensíveis modificações relativas aos órgãos políticos de soberania não destruíram a identidade da forma e do sistema de governo; e as restantes alterações sofridas pela parte III – desde o referendo às regiões autónomas e ao poder local – destinaram-se (melhor ou pior) à sua viabilização.

---

3. Corresponda isso a um fenómeno de desconstitucionalização das matérias ou, ao invés, a um fenómeno de constitucionalização das normas estatutárias.

Em segundo lugar, as alterações da parte III, conquanto bem mais profundas, tão-pouco excederam o projecto compromissório e pluralista da Constituição económica. O estatuto da iniciativa privada não apagou o favorecimento da iniciativa cooperativa e a garantia institucional de autogestão (arts. 61º e 85º, nº 2). Continuam a ser admitidas a apropriação pública e planificação [arts. 80º, alíneas *d*) e *e*), 81º, alínea *g*), 83º e 91º e segs.]. As reprivatizações devem observar regras formais e materiais (art. 296º). Subsistem, conquanto muito atenuadas, as normas de vedação de sectores básicos à iniciativa privada (art. 86º, nº 3) e de eliminação dos latifúndios (art. 94º, nº 1).

Em terceiro lugar, as modificações introduzidas no art.º 290º (hoje art. 288º), corroborando a tese da revisibilidade de cláusulas expressas de limites materiais de revisão, não representam também senão benfeitorias e actualizações. O princípio da coexistência de sectores é – e já era em 1976 – mais significativo do cerne da Constituição do que a apropriação colectiva; a modificação respeitante ao planeamento é pouco mais que verbal; a participação das organizações populares de base no exercício do poder local, aliás praticamente sem efectividade, terá sido tão-só um limite de segundo grau, e essas organizações ou associações de moradores não desapareceram do texto constitucional.

III – Uma Constituição que perdura por um tempo relativamente longo vai-se *realizando* através da congregação de interpretação evolutiva, revisão constitucional e costume *secundum, praeter contra legem*. Contudo, pode também acontecer que, noutros casos, o *desenvolvimento* da Constituição se efectue em períodos mais ou menos breves, através da sobreposição dos mecanismos de garantia da constitucionalidade e de revisão, sob o influxo da realidade constitucional.

O desenvolvimento constitucional não comporta a emergência de uma Constituição diversa, apenas traz a reorientação do sentido da Constituição vigente. De certo modo, os resultados a que se chega ou vai chegando acham-se contidos na versão originária do ordenamento ou nos princípios fundamentais em que assenta; e ou se trata de um extrair das suas consequências lógicas ou da prevalência de certa interpretação possível sobre outra interpretação igualmente possível.

Foi um fenómeno de desenvolvimento constitucional, e não de ruptura, aquele que atravessou a Constituição de 1976 ao longo destas quase três décadas, por efeito da jurisprudência, das revisões constitucionais (mesmo, apesar de tudo, a de 1997 e de 2004) e da interacção dialéctica da aplicação das normas e do crescimento de cultura cívica do País.

IV – Dúvidas de peso podem, no entanto, suscitar-se a propósito da União Europeia.

Por um lado, em 1976 a Europa tinha sido completamente ignorada no texto constitucional, o que, aliás, se compreende, tendo em conta o contexto do País e

do próprio estádio de integração[4]; e agora ela aparece, em numerosos preceitos [arts. 7º, nºs 5 e 6, 8º, nº 4, 15º, nº 5, 133º, alínea *b*), 161º, alínea *n*), 163º, alínea *f*), 164º, alínea *p*), 197º, nº 1, alínea *i*), 227º, nº 1, alíneas *v*) e *x*)].

Por outro lado, e sobretudo, pode perguntar-se se as alterações ao artº 7º e o aditamento ao art. 8º, acabadas de introduzir, não ultrapassam os limites da soberania do Estado e do primado da Constituição e do poder constituinte nacional. Há quem assim o entenda, embora se possa atalhar com a invocação aí feita da subordinação sempre aos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático enquanto princípios constitucionais. De momento, não é possível responder com inteira segurança.

6. DA CONSTITUIÇÃO À PRÁTICA

I – O 25 de Abril de 1975 consagrou, pela primeira vez, em Portugal o princípio da legitimidade democrática, e as eleições subsequentes radicaram-no definitivamente. Não foi só sufrágio universal; foi sobretudo a ideia de que não existe outro fundamento temporal para a autoridade dos governantes que não seja a vontade do povo expressa pelo voto; nenhum carisma pessoal, nenhuma vanguarda revolucionária, nenhuma força oculta o pode substituir.

A partir daí implantaram-se e consolidaram-se instituições representativas tanto a nível nacional como a nível regional e local; a liberdade política não tem tido falhas; o pluralismo e o contraditório tornaram-se naturais e irreversíveis; surgiu um sistema de partidos moderno e estável, ainda que deficiente; e a alternância tem funcionado.

A Constituição irradiou para toda a ordem jurídica, implicando alterações profundas em todos os seus sectores. Os tribunais sabem que a devem conhecer e aplicar. E os cidadãos sabem que a podem invocar como carta dos seus direitos, quer como limite da autoridade pública, quer como quadro de exigências de solidariedade.

Finalmente, no plano das relações externas, não foi apenas o reencontro com a Europa, foi também o reencontro com os povos africanos em dignidade. Se a descolonização correu mal – para os dois lados – estes anos têm sido de cooperação económica, cultural e humanitária. Os povos africanos, assim como o povo de Timor, sentem que Portugal representa algo para eles, assim como Portugal sente que a África, Timor e o Brasil (o Brasil, que nunca deve ser esquecido) representam muito para o seu presente e para a sua própria identidade dentro da Europa.

---

4. Só depois do Tratado de Maastricht, de 1992, as Constituições passam a autonomizar o tratamento de integração europeia.

II – Apesar de tudo isto, a prática tem sido, em muitos – talvez em demasiados – aspectos decepcionantes e até subvertedora do sentido da Constituição. Não vale a pena referi-los, tão evidentes eles são neste ano de 2004, desde a educação à saúde, desde a administração pública à economia, desde o desemprego à evasão fiscal.

Só vale a pena salientar que, a par dos vícios e defeitos graves da classe política, também a passividade dos cidadãos, a participação de alguns nesses mesmos vícios ou nos seus benefícios, a queda no consumismo são responsáveis pela situação em que o País se encontra. E só vale a pena acentuar – e agora com mais força – que a solução em caso algum poderá passar pela quebra ou pela revisão permanente da Constituição. Passará, sim, pela efectivação das normas constitucionais com perseverança e equilíbrio.

PERCALÇOS E SUCESSOS NA VIDA DOS PROMOTORES PÚBLICOS NAS COMARCAS DO ESTADO NO FINAL DO SÉCULO XIX
(Pro memoria)

LAIR AMARO DOS SANTOS FARIA *

Completava a República seus nove anos de existência e depois de revoltas armadas, Congresso fechado, estados de sítio, articulações políticas e incertezas quanto ao futuro do regime, parecia que, enfim, a ordem e o progresso estavam de volta ao solo pátrio. Para os promotores públicos do *parquet* estadual, distribuídos pelas diferentes comarcas do Estado, 1897 foi um ano de intensas e extenuantes atividades desenvolvidas nas cidades e municípios mais afastados da capital.

Dos relatórios que enviaram, naquele ano, ao Procurador Geral, diferentes características ressaltam-se: entusiasmados, críticos, lacônicos, sucintos, solícitos, engajados. Mas de uma forma geral, e acima de tudo, muito ocupados. Funcionar como fiscais e guias da lei impunha àqueles indivíduos deparar-se com o que eles entendiam como injustiças e enfrentar as "deficiências da lei".

Embora a documentação ainda se ressinta de consideráveis lacunas quanto a detalhes cruciais daquela época, seus relatos permitem desvelar os percalços com que os promotores se defrontavam. E também os sucessos por eles obtidos[1].

Ao ler aqueles documentos, no entanto, mostra-se forçoso lutar contra qualquer anacronismo e evitar fazer juízo de valores acerca das ideias e ações de sujeitos históricos limitados por seus contextos socioculturais. Por exemplo, se nos remetermos à virada do século XIX para o XX, quando o Brasil acabara de implantar o sistema presidencialista, será possível observar muitos intelectuais e populares ainda conservando afinidades com a monarquia. Do ponto de vista

---

* Historiador.Graduado em História pela UFRJ. Mestrando do PPGHC/UFRJ e pesquisador do CNPq. Prestando contribuição para a memória do *Parquet* fluminense junto à *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*.

1. Optamos por reproduzir as citações com a grafia atual, em vez de transcrevê-las conforme a grafia própria do século XIX.

de uma análise histórica crítica, caberia fazer gracejos ou reprovar aqueles indivíduos? De modo algum.

Ao mesmo tempo, ainda que a revisão do passado possa prestar-se a comparações, mais do que isso, ela pode servir de instrumento útil para a reavaliação do presente e também para a correção de rumos.

Este artigo pretende ser o primeiro de uma série em que as atividades dos promotores públicos do Ministério Público, inicialmente na virada do século, trabalhando nas comarcas, possa ser conhecida pelos atuais membros do *parquet* estadual.

A promotoria pública de Araruama

Próximo ao final do século XIX, a Região dos Lagos, em geral, e Araruama, em particular, foram afetados pela abolição do trabalho forçado de africanos e seus descendentes, desorganizando as atividades produtivas da localidade. A agricultura do café foi substituída pela pecuária em pequena escala, os ex-escravos da zona rural organizaram-se e fundaram uma povoação na Praia da Rasa, em Búzios, passando a trabalhar na pesca e na horticultura, enquanto os escravos da Cidade de Cabo Frio tomaram posse e fundaram a povoação da Abissínia, futuro bairro da Vila Nova, trabalhando no fornecimento de carvão vegetal aos antigos senhores. A produção de sal trocou de mãos, passando a ser executada por imigrantes portugueses do Aveiro que, com técnicas artesanais eficientes, propiciaram o aumento da quantidade e da qualidade da cristalização marinha artificial em Araruama.

É nesse cenário que o promotor público de Araruama, Dr. José Pires Domingues Junior, prepara e envia seu relatório para a capital. Datado de 26 de abril de 1898, o documento assinala que o movimento forense daquela comarca era "por demais reduzido".

Na perspectiva do representante do Ministério Público, havia uma explicação:

> "Outrora, com a existência da escravidão, a lavoura prosperava, havia choque de interesses, e, pois, eram freqüentes as questões por causa de terras e quer em Araruama, quer em Saquarema, havia agitação no fórum (...). Nesses tempos idos havia animação do fórum, hoje a vida judiciária é extraordinariamente apática."

O fim da escravidão, portanto, parecia, aos olhos do promotor, ter provocado a decadência da comarca, já que, debalde "a índole ordeira e pacífica da população" local, os poucos delitos criminais – constituídos de rixas, altercações e

atentados à moral – outra coisa não eram do que o "produto remoto da escravidão, fruto da absoluta ignorância resultante da vida subserviente e abandonada a que milhares de homens estiveram condenados".

Por conseguinte, a dinâmica da criminalidade em Araruama não era influenciada pelas múltiplas causas que eram objeto da "cogitação dos mais eminentes juristas" de seu tempo. Pelo contrário, apenas um fator engendrava o crime: a ignorância absoluta, notada nos delinquentes, "da mais simples noção de moral e completo desconhecimento do que seja piedade".

Como prova inconteste desse fato, o Dr. José Pires Domingues Junior aduzia que, das cinco denúncias oferecidas pelo representante do Ministério Público, figuravam como réus quatro ex-escravos. Enfim, ele pergunta em seu relatório, "a que fator, pois, se deva atribuir a criminalidade senão a uma herança da escravidão?"

Contudo, o promotor divisava uma solução para aquele incômodo problema. Para ele, "difundida a instrução pública de modo a que todo o cidadão possa estabelecer a diferença entre o mérito e o demérito se terá conseguido reprimir a delinqüência".

Enquanto as medidas educacionais sugeridas se encontravam num horizonte bem distante, o promotor prosseguia com sua obrigação e deixou descrições sobre as cinco denúncias oferecidas por ele no ano de 1897. O primeiro caso relatado mostrou-se o "crime de maior gravidade ocorrido em Araruama e que mais profunda e dolorosa impressão produziu". Uma mulher parda de 26 anos de idade de nome Presciliana foi acusada de ter, "sem o menor motivo, agredido e asfixiado com as mãos a menor Hermínia, de 11 anos de idade, dando-lhe a morte". Conforme as palavras do promotor:

> "No correr da formação da culpa, ponderando as causas não existentes para a prática do delito, o modo impassível, ou melhor direi, incompreensível, porque ouvi os depoimentos das testemunhas sem uma contestação nem uma palavra de defesa, despertou-se-me a idéia de se tratar de um caso patológico do domínio da psiquiatria, um caso de imbecilidade congênita."

Um outro caso de denúncia do Dr. José Pires Domingues Junior dirigiu-se contra uma *societas sceleris*, composta de Manoel José Rodrigues (Manoel Caboclo) e os menores Sabino Caetano Pequeno e Elias. Esse episódio delituoso configurava, para o promotor, mais um "exemplo frisante dos legados que ainda hoje recebemos da instituição decaída em 13 de Maio". Em sua opinião, "importados em sua quase generalidade da África", os escravos "traziam consigo heranças absurdas daquelas regiões", ou seja, "a *feitiçaria* – a crença de curar com rezas, etc."

Causava perplexidade ao promotor que, mesmo extinta a escravidão, tais ideias ainda perdurassem entre os indivíduos oriundos do continente

africano. Por conseguinte, o crime denunciado foi considerado pelo representante do Ministério Público como um produto daquelas "bárbaras crenças". E qual foi o crime?

> "Estando moribundo um indivíduo preto, Manoel Caboclo, conhecido como bom curador com rezas, foi chamado para vê-lo, e, examinando o doente, declarou que a sua moléstia *era um sapo que no estômago lhe tinha sido criado por Amélio*, um preto sexagenário, que era *feiticeiro*. A sua patologia lhe tinha indicado a enfermidade e como meio terapêutico prescreveu uma sova de varas de pinhão no sexagenário *para quebrar o feitiço* e fazer sair o sapo do doente. O *sui generis* médico, juntamente com os denunciados Sabino e Elias, deram tantas varadas em Amélio que veio este a falecer dias depois."

Conduzido o inquérito policial, o promotor capitulou o crime no artigo 294, § 1.º, do Código Penal, que foi, pelo juiz de direito da comarca classificado no artigo 303 do mesmo Código porque os peritos não haviam declarado, no auto de corpo de delito, a causa eficiente da morte[2].

Na sequência do relatório, em uma seção intitulada "Tribunais do Júri e Correcionais", uma passagem relevante do documento consiste na defesa que faz o Dr. José Pires Domingues Junior dos tribunais populares. Consoante suas palavras, os tribunais populares "são um instituto democrático e eloqüente afirmação do espírito liberal do povo que o adota". No entanto, para ele, grassava uma falta de compreensão dos deveres de seus membros, tornando tais tribunais "incompatíveis com a justiça". Consequentemente, "o brasileiro, muito principalmente, tem manifestado nas decisões dos tribunais populares um sentimentalismo pueril, mais se deixando dominar pelo coração que pela razão, comprometendo dessa forma a sua idéia da justiça e do bem".

Não é por outra razão que o promotor, portanto, defendia ardorosamente a correção urgente da organização do júri, para que esse pudesse prestar à sociedade inestimáveis serviços, à medida que se tratava de "uma instituição insubstituível, cuja adoção se impõe a todos os países civilizados com a garantia da liberdade individual, agente protetor dos direitos do cidadão". Que reformas sugeria, no relatório, o Dr. José Pires Domingues Junior? Para compensar os "males que têm causado a sociedade", o júri deveria passar por uma "melhor organização da lista dos jurados, maior modéstia no funcionamento dos debates, a supressão do direito de recusa e a obrigatoriedade do juiz de fato fundamentar a sua decisão".

As duras críticas do promotor da comarca de Araruama aos tribunais do júri alcançam o clímax quando ele descreve os veredictos proferidos nos tribunais

---

2. Infelizmente a documentação consultada não traz o nome do juiz de direito da comarca de Araruama.

do crime em Araruama e Saquarema. Nesse último, o Dr. José Pires Domingues Junior assinala a "monstruosidade" que foi a absolvição de João Pintor, acusado de "violência carnal em um menor de 8 anos de idade (art. 266 do Código Penal)".

Conforme o seu ponto de vista era inconcebível o ocorrido. Ele então assevera:

> "O conselho já se formou de parti-pris, pois quão enérgica e forte foi a acusação da promotoria, tão pálida a defesa, apesar dos ingentes esforços do hábil e provecto advogado do réu. Eram por demais acabrunhadoras as provas dos autos."

Mas o cúmulo da injustiça deu-se quando o tribunal correcional de Araruama absolveu Manoel José Rodrigues, Sabino Caetano Pequeno e Elias, aqueles três "indivíduos pretos" que haviam assassinado o sexagenário Amélio. A indignação do promotor não se fez esperar e se manifestou no relatório com os termos seguintes:

> "Absolver, embora contra as provas dos autos, eis a elevada missão a que se impuseram os tribunais populares de minha comarca!
>
> O povo é quem procura anular a ação da justiça e é quem dela mais necessita!
>
> Triste e doloroso!"

Consta no documento as visitas quinzenais que o Dr. José Pires Domingues Junior realizou à cadeia pública de Araruama. Profundamente comovido com o estado da construção, o promotor do Ministério Público expôs em seu relatório:

> "As ruínas são latentemente ameaçadoras, e as grades dos compartimentos que servem de xadrez estão carcomidas pela ação oxidante do ar marinho, que recebem de longos anos, de forma a não poderem oferecer a menor segurança. As paredes externas estão mais ou menos fortes, mas tal é a sua falta de asseio que de brancas estão negras.
>
> Em tempos idos essa casa que, há 40 anos, serviu de câmara municipal, foi reparada, mas hoje não o é mais, e sua cumeeira está em estado de ruínas e tão iminentes são elas que temo vê-la desmoronar sobre os infelizes detentos. No relatório que em Junho tive a honra de dirigir-vos, apelei para os sentimentos caridosos do governo, pedindo que, com urgência, empreendesse a construção de um edifício novo, porque temo ter um sério desastre a lamentar, e aqui faço igual apelo.
>
> Em relação à higiene, que condições pode ter um tal edifício? Nenhuma absolutamente."

Mas a inspeção do promotor não se limitou às instalações físicas do prédio. O Dr. José Pires Domingues Junior também dedicou sua atenção aos prisioneiros. Seu relato é igualmente constrangedor:

> "Observei que os detentos que responderam ao tribunal correcional, com a permanência de menos de 3 meses nas prisões dessa cadeia, saíram macilentos, extremamente pálidos, os olhos amarelos e o olhar sem brilho, sinais evidenciadores de terem contraído a anemia.
>
> Os relatórios de 1896 e 1897 reclamam providências contra esse pardieiro, e eu renovo o pedido e com insistência[3]."

Num cenário de tantas precariedades e injustiças, o promotor da comarca de Araruama sentiu-se, contudo, na obrigação, antes de concluir seu relatório anual, de dedicar duas linhas aos oficiais de justiça que, segundo ele, mereciam "para sua sorte" ter os olhos do Estado voltados para eles. Afinal, seria conveniente, prossegue o promotor:

> "Que o governo procurasse retribuir a esses modestos funcionários que, cercados de mil dificuldades, buscam cumprir o seu dever, e que muitos meses não obtém um real sequer de recompensa, pois as custas nos processos crimes lutam com dificuldades e não conseguem receber. Marcar-lhes um ordenado é um ato soberanamente humano e de justiça."

Com essas considerações escritas o Dr. José Pires Domingues Junior encerrava a parte formal do documento, depositando, nas últimas linhas, o reconhecimento de suas limitações pessoais, embora reafirmando seu "zelo e desejo ardente de bem servir o espinhoso cargo de fiscal e guarda da lei".

---

3. Embora mencione relatórios anteriores, o único que se pode atribuir ao promotor é esse escrito em junho, enquanto os de 1896 e 1897 permanecem de autoria desconhecida.

RECENTES MUDANÇAS NO RITO DOS CRIMES ELEITORAIS

MARCOS RAMAYANA BLUM DE MORAES*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O novo perfil da Defesa Prévia ou Alegação Preliminar. 3. Ritos processuais no Processo Penal Eleitoral.

1. INTRODUÇÃO

A recente Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que altera "dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos", produz novidades no processo penal eleitoral.

A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação, conforme previsão no art. 2º, sendo a mesma publicada no dia 23/06/2008. Assim, em conformidade com o disposto no § 1º do art. 8º da Lei Complementar 95/98, a lei em comento deverá entrar em vigor na data de 22 de agosto de 2008.

Resumidamente podemos elencar mudanças no processo penal eleitoral, a saber:

> O artigo 394 do Código de Processo Penal passa a consagrar espécies de procedimentos, tais como: o *comum* e o *especial*, sendo o comum dos tipos *ordinário, sumário e sumaríssimo*. Assim destaca-se: "*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*".

No âmbito do processo penal eleitoral, o procedimento é *especial*, porque previsto no Código Eleitoral (Lei 4.737/65, *arts. 355 a 364*).

---

* Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O procedimento *comum* é aplicável a *todos os processos*, mas ressalva-se no § 2º do artigo 394 do CPP (lei nova) as disposições contrárias do próprio CPP ou de *lei especial*. Conclui-se que as regras sobre processo penal eleitoral, à primeira vista, por possuírem disciplina própria, não estariam sujeitas às alterações da nova lei. Não é assim.

A nova lei mantém a aplicação *subsidiária* do *procedimento ordinário* (espécie do comum) a todos os procedimentos especiais, *inclusive o eleitoral*. Neste sentido é expresso o § 5º do artigo 394: *"Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário"*.

Não obstante o teor do § 2º do artigo 394, *in verbis*: "Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial"; o § 4º trouxe uma regra específica para todos os procedimentos, inclusive o de natureza eleitoral, nos seguintes termos: *"As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código"* (grifou-se).

De fato, a norma geral não revoga a especial, mas, no caso, tal regra foi ressalvada, o que enseja o complemento da norma específica (Código Eleitoral) com a regra geral (Código de Processo Penal), não incidindo, neste ponto, o princípio da especialidade. Em outras palavras: *o Código Eleitoral está preservado no que não foi alterado expressamente pelo §4º do artigo 394 do CPP.*

Desta forma, o § 2º resguarda o processo penal eleitoral previsto nos artigos 355 a 364 do Código Eleitoral, mas o § 4º determina a aplicação de regras processuais do CPP de forma específica, inclusive, no processo penal eleitoral.

Dentre as inovações, pergunta-se: *o artigo 395 do CPP (lei nova) revogou o artigo 358 do Código Eleitoral?*

Sim, quanto ao artigo e seus incisos. A Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º, § 1º, prevê que a lei posterior revoga a anterior, quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Percebe-se, desta forma, que a nova lei é mais abrangente e técnica do que a lei revogada (Código Eleitoral) tratando integralmente da mesma disciplina, qual seja, a hipótese de rejeição da denúncia ou queixa.

Diz o texto antigo (artigo 358 do Código Eleitoral):

> "A denúncia será rejeitada, quando: I — o fato narrado evidentemente não constituir crime; II — já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III — for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal".

Diz o texto novo (artigo 395 do Código de Processo Penal):

> "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 — falta justa causa para o exercício da ação penal".

A nova lei abrange outras formas já consagradas pela doutrina e jurisprudência de rejeição da ação penal. Assim, *no inciso I do art. 395* é prevista a rejeição da denúncia no caso de ser manifestamente inepta.

Conforme leciona o autor MARCELLUS POLASTRI LIMA, na sua obra intitulada *Manual de Processo Penal* (Ed. Lumen Juris, 2007, p. 185), a inépcia da inicial acusatória se configura pela ausência dos requisitos legais essenciais da denúncia, quais sejam, a qualificação do acusado e a exposição do fato criminoso. Tais requisitos se encontram previstos no art. 41 do CPP, e são classificados como essenciais, enquanto os demais nele previstos configuram-se como não essenciais, isto é, não são capazes de gerar a inépcia da inicial acusatória.

O *inciso II engloba a falta de pressupostos processuais*, o que é uma desejada mudança que se coaduna com a teoria geral do processo penal. Os pressupostos processuais podem ser divididos em pressupostos processuais de existência e de validade. O Autor acima mencionado ensina que: "São três os chamados pressupostos de existência: 1. Necessidade de demanda; 2. Necessidade de órgão dotado de jurisdição, e 3. Necessidade de partes que possam figurar no processo".

De outra forma, os pressupostos de validade *"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"* (*apud*, p. 162).

Já as condições da ação são esclarecidas pela teoria geral do processo como legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Verifica-se que a lei não definiu o que seriam as condições da ação e os pressupostos processuais, tarefa esta atribuída à doutrina.

O *inciso III trata da justa causa*, colocando-a à parte da previsão das condições da ação, o que acaba por reforçar a corrente doutrinária que não a compreendia como uma condição da ação. De qualquer forma, trata-se de uma condição de admissibilidade.

A definição clássica de *justa causa* se refere à existência de prova do fato criminoso e indícios suficientes de autoria.

Cumpre ainda frisar que, no segundo grau de jurisdição, segue-se o procedimento da Lei nº 8.038/90, que disciplina os processos de competência originária do STJ e STF. Nas palavras do renomado Marcellus Polastri, já antes citado, "ao procedimento de ação penal originária dos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal, bem como aquele dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, bem como aquele dos Tribunais Regionais Federais, passou

a ser aplicado sempre a lei 8.038/90, obviamente com normas complementares, via de regra, dos respectivos Regimentos Internos dos Tribunais" (*apud*, p. 683).

Outra questão que se apresente é a seguinte: *o parágrafo único do artigo 358 do Código Eleitoral está revogado tacitamente pela lei nova?*

O art. 43 do CPP, que tratava das hipóteses de rejeição da denúncia, possuía uma previsão em seu parágrafo único semelhante ao que consta, atualmente, no parágrafo único do art. 358 do Código Eleitoral, *in verbis*: "Nos casos do número III, a rejeição da denúncia não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição".

Ocorre que o art. 358 e seu parágrafo único, do Código Eleitoral, não foi expressamente revogado, o que pode suscitar dúvidas sobre se tal disciplina teria sido ou não tacitamente revogada.

O que se pode perceber é que o parágrafo único do art. 395 do CPP (lei nova) não foi vetado, mas surgiu nesta lei nova como já tendo sido revogado, sendo que, de fato, nunca existiu.

É necessário frisar que as hipóteses de rejeição da denúncia eram tratadas pelo art. 43, e não pelo art. 395, que tem um parágrafo único que já surgiu como revogado.

Com isso, verifica-se que o parágrafo único do art. 358 do Código Eleitoral, *a princípio*, também teria sido revogado tacitamente pela Lei nº 11.719/08. Todavia, a lei nova errou ao fazer menção ao parágrafo único do artigo 395 do CPP. Desta forma, não é possível ampliar um equívoco do legislador de forma a atingir o dispositivo do Código Eleitoral, até porque ele contém normas inerentes à teoria geral do processo, quando permite que satisfeita uma condição da ação o processo seja aproveitado. Não subsiste nenhum sentido na revogação desta regra já imanente na prática do processo penal.

Todavia, há de se considerar que tal dispositivo faz menção ao antigo inciso III, que trata da ilegitimidade da parte ou da falta de uma condição da ação, e estas hipóteses já estão previstas no inciso II do atual art. 395. Assim, não obstante deva ser tal regra ainda aplicável, não subsiste nenhuma razão para manutenção da referência contida no parágrafo único do art. 358 do atual Código Eleitoral.

Desta forma, *podemos concluir que o art. 358 e seu parágrafo único estão revogados tacitamente pela nova moldura processual penal adotada no art. 395 da lei nova.* Entretanto, isso não significa que o seu teor não incida nos casos atuais, pois, como dito acima, é imanente à teoria geral do processo.

2. O NOVO PERFIL DA DEFESA PRÉVIA OU ALEGAÇÃO PRELIMINAR

No que concerne ao procedimento específico do processo penal eleitoral, há de se acrescentar um novo perfil para a *defesa prévia ou alegação preliminar*.

A defesa prévia ou alegação preliminar não deverá estar restrita ao arrolamento de testemunhas, simples requerimento de diligências ou mera indicação da inocência do réu. Caberá ao advogado de defesa abordar *"preliminares e tudo o que interesse a defesa do seu cliente"* (artigo 396-A do CPP), ou seja, mérito.

Antes da alteração legislativa, a defesa prévia não se prestava a argumentações profundas de teses defensivas, pois estas eram reservadas para as alegações finais, como tática defensiva.

Agora, em razão da possibilidade de absolvição sumária, surge um novo sistema defensivo nas alegações preliminares, quando compete, nos moldes do processo moderno, a adoção da ampla defesa e de todas as teses possíveis, inclusive da contra-investigação que poderá obstaculizar a acusação penal levando à absolvição sumária do acusado.

Assim, o juiz da causa terá três momentos para a absolvição do réu: com a rejeição da denúncia, com a absolvição sumária prevista no art. 397 do CPP, e com a sentença final, após o término do procedimento em 1ª instância.

A *justificação*, nos moldes do processo civil (art. 861 do CPC), poderá ser utilizada na defesa prévia, quando o acusado terá a oportunidade de protestar por documentos essenciais, provas emprestadas e oitiva de testemunhas. Tudo no intuito de impedir o seguimento da ação penal e objetivar a *absolvição sumária*.

3. RITOS PROCESSUAIS NO PROCESSO PENAL ELEITORAL

Nos casos de *crimes eleitorais de menor potencial ofensivo* (*procedimento sumaríssimo*), ou seja, quando a pena máxima não for superior a 2 (dois) anos, antes do Ministério Público oferecer a denúncia, caberá a transação penal no âmbito da competência da Justiça Eleitoral. Por exemplo: se um cabo eleitoral for detido fazendo "boca de urna" (art. 39, § 5º, II, da Lei 9.504/97 — pena de detenção de 6 meses a 1 ano e multa no valor de 5.000 a 15.000 UFIR), cumprirá ao Promotor Eleitoral com atribuições na Zona Eleitoral do local do crime (art. 70 do CPP, aplicável subsidiariamente conforme artigo 364 do Código Eleitoral) propor a transação penal ao autor do fato, antes de oferecer a denúncia ao juiz eleitoral.

Não sendo aceita a transação penal ou mesmo inviabilizada, segue-se no *rito especial do Código Eleitoral, artigos 357 a 362*, conforme entendimento do TSE e 1ª turma do STF, (respectivamente, PA-18956, publicação em 7/2/2003, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira; e HC 88587-SP, publicação em 9/6/2006, rel. Min. Cézar

Peluso). *Registramos posição contrária* na 2ª Turma do STF, no sentido de que se deve seguir o rito da Lei dos Juizados Especiais Criminais (HC 85694-MG, publicada em 01/7/2005, Rel. Min. Ellen Gracie). Desta forma, entendemos que está correta a posição majoritária e será oferecida a denúncia, mas caberá a *suspensão condicional do processo* observando-se os termos do artigo 89 da Lei 9.099/95.

Cabe destacar que o rito especial dos crimes eleitorais previstos nos artigos 357 a 362 do Código Eleitoral se sujeita às novidades introduzidas pelos artigos 395 a 398 do Código de Processo Penal.

Nos casos de crimes eleitorais punidos com pena privativa de liberdade igual ou superior a quatro anos (procedimento ordinário), e nos casos de penas privativas de liberdade, cuja sanção máxima seja inferior a quatro anos e superior a dois anos (procedimento sumário), adotar-se-á o seguinte rito processual penal eleitoral do Código Eleitoral.

Ressalte-se que deve ser observado o cabimento da suspensão condicional do processo na forma do art. 89 da Lei 9.099/95, porque em crimes cuja pena mínima for de 1 (um) ano poderá incidir tal dispositivo.

1 — OFERECIMENTO DA DENÚNCIA — PRAZO DE 10 DIAS. Acusado solto ou preso. O prazo conta-se do recebimento do inquérito policial concluído e apto à exteriorização da *opinio delicti*. Artigo 357 do Código Eleitoral.

2 — Em casos de arquivamento do inquérito, havendo discordância do juiz eleitoral (art. 357, § 1º, do Código Eleitoral), os autos são encaminhados ao Procurador Regional Eleitoral, que designará, com a indicação do Procurador-Geral de Justiça, outro Promotor Eleitoral, adotando-se, por similitude, o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal.

3 — REJEIÇÃO LIMINAR DA DENÚNCIA, artigo 395 e 396 do Código de Processo Penal. A rejeição ocorre pela análise do art. 395 do CPP, pois cabe ao juiz expor as razões de fato e de direito de admissibilidade da acusação. O juiz recebe a denúncia e ordena a citação do acusado, até porque o fato de a denúncia ser recebida, não inibe o contraditório logo no início da ação penal para fins da absolvição sumária. O art. 399 do CPP não se aplica ao processo penal eleitoral, porque o § 4º do art. 394 limitou a aplicação dos artigos 395 a 398.

Assim sendo, a controvérsia referente ao momento inicial do recebimento da denúncia instituída pela redação dos artigos 396 e 399 do CPP, não atinge o processo penal eleitoral.

Nesse diapasão, entendemos que o momento inicial de interrupção da prescrição ocorre com o recebimento da denúncia na forma do art. 396 do CPP, que se coaduna, neste aspecto, com o art. 359 do Código Eleitoral.

4 — RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, artigo 359 do Código Eleitoral. Com a nova alteração, especialmente dos arts. 396 e 396-A do CPP, entendemos que os juízes eleitorais não devem mais designar o interrogatório, mas, sim, determinar a citação do acusado para responder à acusação no prazo de 10 dias (defesa prévia ou alegação preliminar).

Após o oferecimento da defesa prévia, o juiz deve analisar se é caso ou não de absolvição sumária, cuja previsão está no art. 397 do CPP. Somente após a decisão fundamentada sobre a absolvição sumária é que o juiz deverá dar impulso processual com a designação do interrogatório.

Podemos concluir que o interrogatório foi postergado para uma data que sucede à análise da absolvição sumária.

Cumpre salientar que a ampla defesa estará assegurada ao acusado, pois no processo penal eleitoral o interrogatório somente foi introduzido com a Lei 10.732/03.

O TSE tem precedentes no sentido de que no processo penal eleitoral não há necessidade de interrogatório (Recurso Especial Eleitoral 12658, Classe 22ª, Rel. Min. Eduardo Ribeiro). Os precedentes são anteriores à vigência da Lei 10.732/03, mas já sob a égide da Constituição da República de 1988.

Como se nota, em razão das novas mudanças, não haverá prejuízo ao acusado, porque ele não deixará de ser interrogado, mas apenas será realizado este ato após a análise do novo instituto da absolvição sumária, não havendo que se falar em condenação antes de ser ouvido o réu, observando-se, assim, os pactos internacionais referentes à ampla defesa e contraditório.

5 — DEFESA PRÉVIA OU ALEGAÇÃO PRELIMINAR. Prazo de 10 dias. Arguição de todas as matérias de defesa (mérito) e das preliminares (artigo 396-A do CPP). Rol de testemunhas, aplicação subsidiária do CPP, máximo de 8 (oito) em casos de *procedimento ordinário*, e de 5 (cinco) nas hipóteses de *procedimento sumário*. Requerimento de diligências.

6 — ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. Trata-se de nova regra prevista no art. 397 do Código de Processo Penal. Desta forma, o acusado tentará objetivar o encerramento da ação penal utilizando os fundamentos legais.

O art. 397 do CPP consagra um rol taxativo. Os fundamentos da absolvição sumária previstos nos incisos I a IV do art. 397 do CPP, ao nosso pensar também são aptos a viabilizar a rejeição liminar da denúncia. Exemplo, uma das causas é a prescrição (hipótese de extinção da punibilidade do agente), porque não se pode receber denúncia por crime já prescrito, até porque tal fato configura constrangimento ilegal e dá ensejo à impetração de *habeas corpus*.

Não sendo caso de absolvição sumária, o juiz eleitoral se pronunciará sobre as provas requeridas na defesa prévia, pois as da denúncia já podem ter sido deferidas na decisão de recebimento da denúncia.

7 — RECURSO CONTRA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. A absolvição sumária desafia recurso de apelação, pois se trata de sentença terminativa de mérito, similar ao art. 593, inciso I do CPP. Assim sendo, o recurso cabível desta decisão é o previsto no art. 362 do próprio Código Eleitoral ("Art. 362. Das decisões finais de condenação ou absolvição cabe recurso para o Tribunal Regional, a ser interposto no prazo de 10 (dez) dias"), denominado de apelação criminal eleitoral, sendo o prazo de interposição e de apresentação de razões de 10 dias. Não se aplica a regra geral dos recursos eleitorais cuja previsão de prazo recursal é de apenas 3 dias (art. 258 do Código Eleitoral), até porque o art. 5º, inciso LV da CRFB/88 garante o contraditório e a ampla defesa, não subsistindo nenhuma dúvida de que o prazo de 10 dias favorece a defesa.

8 — Oitiva das testemunhas de acusação e defesa numa só assentada (artigo 360 do Código Eleitoral). Requerimento de diligências complementares e apreciação pelo juiz eleitoral para deferi-las ou não.

9 — Alegações finais do Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias, artigo 360 do Código Eleitoral.

10 — Alegações finais da defesa em 5 (cinco) dias, art. 360 do Código Eleitoral. Prazo único independente do número de acusados.

11 — Sentença. Prazo de 10 dias, artigo 361 do Código Eleitoral.

12 — Recurso Inominado ou Apelação Criminal Eleitoral. Prazo de 10 dias. Artigo 362 do Código Eleitoral. Prazo único para interpor e arrazoar.

13 — Contra-razões do apelado. Prazo de 10 dias. Artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, considerando que não há previsão expressa no Código Eleitoral, mas em garantia ao princípio do contraditório adota-se prazo idêntico para as partes.

14 — Autos ao Tribunal Regional Eleitoral seguindo-se na forma regimental.

Pareceres e Razões

Habeas corpus – Persecução direta pelo Ministério Público – Prisão temporária – Análise da necessidade cautelar e posicionamento dos tribunais superiores.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
HABEAS CORPUS N° 2008.059.06073
IMPETRANTE 1: FERNANDO FRAGOSO OAB/RJ 21600
IMPETRANTE 2: CHRISTINANO FRAGOSO
PACIENTE 1: ODENIR CARDOSO MOREIRA
PACIENTE 2: ANGELA MILLER DE SOUZA MOREIRA
PACIENTE 3: LARISSA MILLER DE SOUZA MOREIRA
PACIENTE 4: THAYSSA DE ARAÚJO MOREIRA
PACIENTE 5: ANA PAULA REIS PINTO
PACIENTE 6: MARCOS VINICIUS DA SILVA RIBEIRO
PACIENTE 7: LUIZ FERNANDO DA SILVA FERNANDES
PACIENTE 8: GRAZIELLE VIEIRA DE OLIVEIRA
PACIENTE 9: OTÁVIO CARDOSO MOREIRA
PACIENTE: 10: ODILON CARDOSO MOREIRA
AUTORIDADE COATORA: VARA CRIMINAL DE TERESÓPOLIS
RELATOR: JDS.DES. MÁRIO HENRIQUE MAZZA

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

HABEAS CORPUS. Prática, em tese, dos delitos tipificados nos artigos 288, 312, 317, 333, todos do CP, art. 89 da Lei nº. 8666/93, art. 1º, inciso V, da Lei 9613/89. Operação denominada tarja preta. Prisão temporária decretada. ***Análise de prova. Mérito da ação que não pode ser analisado pela estreita via do habeas corpus. Investigação direta pelo Ministério Público - Possibilidade. Presença de pressupostos que autorizam a segregação cautelar. Manifestação pela denegação da ordem.***

Eminente Relator,

Egrégia Câmara:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor dos pacientes em epígrafe, com pedido de liminar, porquanto estariam sofrendo constrangimento ilegal, em virtude de prisão temporária decorrente da prática, em tese, dos delitos dos artigos 288, 312, 317, 333, todos do CP, art. 89 da Lei nº 8666/93, art. 1°, inciso V, da Lei 9613/89, dentre outros. Pugnam os impetrantes pela concessão da ordem para cassar definitivamente a prisão temporária.

Sustentam, em síntese, que não existiria fundamento legítimo para decretação da prisão temporária. Afirmam que não ocorreu o crime de peculato, pois não teria existido desvio de dinheiro público. Alegam, também, a não ocorrência de fraude a licitações, porque as drogarias sempre teriam participado dos fornecimentos de remédios nos termos em que a Municipalidade os propôs. Asseveram, ainda, que não haveria falsidade ideológica nos contratos sociais das farmácias, sendo, estas empresas familiares.

Os impetrantes questionam a legalidade e a constitucionalidade do procedimento investigatório realizado diretamente pelo MP. Além disso, os impetrantes alegam que não existiriam fatos concretos e específicos que fundamentem a prisão temporária.

A liminar foi deferida (fls. 22 e 22 verso), pelo Desembargador Elton Martinez Carvalho Leme, em exercício no Plantão Judiciário do dia 23/08/2008.

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora às fls. 59/70.

Em seguida, vieram os autos a esta Procuradoria de Justiça.

É o que de importante havia a se relatar.

Primeiramente, imperioso ressaltar que a prisão cautelar, como já remansado, não ofende o princípio da presunção de não-culpabilidade (Súmula n° 09/STJ), bastando, para tanto, que a constrição cautelar tenha base empírica e concreta (HC 91.729/ST, 1ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11/10/2007) e que seja demonstrada a real necessidade (HC 90.862/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27/04/2007), com a satisfação fática dos pressupostos legais adiante alinhados, o que atendido no presente caso concreto.

Deve ser consignada, ademais, a inexistência de exigência quanto à fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto constritivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão temporária (RHC 89.972/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU de 29/06/2007). E a proficiente decisão da lavra da culta Magistrada de primeiro grau, Dra. Daniela Barbosa Assumpção de Souza, atende, com perfeição, as tais exigências.

A prisão temporária, como de amplo conhecimento, é uma das espécies de prisão cautelar e, conforme o ensinamento do Procurador da República Eugênio Pacelli de Oliveira:

> ***"Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei nº 7.960/89 no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela. E será ainda provisória, porque tem a sua duração expressamente fixada em lei, como se observa de seu art.2º e também do disposto no art.2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)"*** **(Curso de Processo Penal, 9ª edição, Eugênio Pacelli de Oliveira, página 425, Editora Lumen Juris)**

Nesse passo importante transcrever o que dispõe a Lei nº 7.960/89:

> Art. 1º Caberá prisão temporária:
> I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
> II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
> III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

Analisando atentamente os autos do processo em epígrafe, observa-se que a prisão temporária foi decretada de forma escorreita, pois estão presentes os requisitos exigidos nos artigos primeiro e terceiro da r. Lei, não existindo qualquer ilegalidade a ser reparada.

Os impetrantes buscam, por via oblíqua, discutir antecipadamente o mérito da presente demanda, todavia olvidam que o presente remédio constitucional não é o meio idôneo a tal fim, não cabendo dilação probatória na via estreita de *habeas corpus*.

Assim já se manifestou esta Colenda Câmara:

> Habeas corpus. - **Crime hediondo, em tese. Impossibilidade de dilação probatória. - Prisão temporária, substituída por prisão preventiva, decretada com o recebimento da denúncia. Inexistência de constrangimento ilegal. - Pedido julgado improcedente e denegada, em conseqüência, a ordem. Unanimidade. Impossível juridicamente, em sede de habeas**

> **corpus, tal como pretendido que se investigue a inocência do paciente, eis que, para tanto, indispensáveis seriam a produção e a valoração de provas.** [...] (2001.059.02768 - HABEAS CORPUS - 1ª Ementa DES. NILDSON ARAUJO DA CRUZ - Julgamento: 13/11/2001 - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL)

Além disso, os impetrantes questionam a atuação do Ministério Público, afirmando que todo o procedimento investigatório foi realizado em diligências externas por policiais militares ligados ao MP e reunidos numa certa Coordenadoria de Segurança e Inteligência. Sustentam ser ilegal e inconstitucional a investigação direta pelo Ministério Público.

Tal argumentação é frágil e não merece prosperar. No ordenamento jurídico pátrio a investigação criminal é feita através de inquérito policial ou outro procedimento análogo, sendo o MP o destinatário imediato de tais procedimentos, cabendo a essa instituição promover a ação penal pública. O MP é o ***dominus litis*, exerce também o controle externo da Polícia, portanto seria uma excrescência jurídica coibir seu poder investigatório. Ora, se qualquer um do povo pode realizar investigações, servindo estas como peças de informação para o oferecimento de denúncia, por que o próprio MP não poderia investigar?**

Ademais, é preciso esclarecer: investigação preliminar ou investigação criminal não se confundem com inquérito policial. A inquisa é sempre realizada por meio de investigação criminal, gênero que reúne o inquérito policial e as peças de informação – que são procedimentos apuratórios distintos do inquérito policial, como o inquérito policial-militar, os procedimentos administrativos vários, as sindicâncias, os relatórios de comissão parlamentar de inquérito, o inquérito judicial, inquérito civil público, etc.

O que não se discute é o monopólio da polícia civil em relação à condução do inquérito policial, cabendo ao Ministério Público requisitar sua instauração e diligências investigatórias, exercendo verdadeiro controle finalístico. No entanto, nada impede até mesmo pela miríade de infrações que já são investigadas pela polícia, que alguns fatos sejam apurados de outras formas, até mesmo diretamente pelo Ministério Público.

Neste contexto, em *Crime e Constituição: A Legitimidade da Função Investigatória do Ministério Público*, os autores Lenio Streck e Luciano Feldens afirmam que *"um Ministério Público, protetor dos interesses individuais, na moldura de uma sociedade liberal-individualista, salta-se para um novo Ministério Público, que claramente deve(ria) assumir uma postura intervencionista em defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais sociais."* Na obra, destaca-se que o Estado Democrático de Direito nem de longe pode ser um conceito vazio e que esse novo paradigma é que deve nortear a atuação da instituição ministerial.

É, portanto, da essência da atividade do Ministério Público a possibilidade e o direito de investigar. Se não for assim, o MP e o Judiciário, na área penal, serão

reféns da Polícia. O primeiro denunciará e o segundo julgará o que, ao fim e ao cabo, a Polícia quiser. Com as devidas vênias, se conferida a privacidade ou a exclusividade das investigações na seara criminal, o Ministério Público, como diz o ilustre Ministro Carlos Ayres Britto, passará a ser o "bobo da Corte".

O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social.

Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o art. 144 da CRFB que "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais (neste sentido: STJ, AgRg no REsp 887.240/MG, sob a relatoria do Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. 26/04/2007, DJ 25/06/2007, p.326).

Ademais, a investigação criminal está sob a batuta da Delegacia de Repressão ao Crime Organizado – DRACO, através do inquérito policial nº 84, sendo certo que o fato de Promotores de Justiça comparecerem na Delegacia, quando da lavratura do procedimento administrativo e assistir, não significa que foi ele que dirigiu as investigações.

De mais a mais, qualquer um que presencie um crime pode atuar para prender o autor e levá-lo à presença da Polícia para ser lavrado o correspondente procedimento, na correta dicção do art. 301 do CPP.

Neste particular, registre-se que a presença do membro do Ministério Público durante a lavratura do procedimento não o torna impedido, *ipso facto*, para atuar nos demais termos da persecução penal. As investigações e o inquérito não são fins em si mesmo. São peças e documentos destinados ao MP, que é o titular da ação penal (art. 129, inciso I, da CRFB). Assim, a diligência do *Parquet*, para melhor exercício da função, não pode servir de argumento para cercear a própria atuação (neste sentido: STF, HC 89.158-06/RJ, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/08/2006). Fosse de outra forma, o Promotor de Justiça que conduzisse o inquérito civil não poderia ajuizar a correspondente Ação Civil Pública, o que é de todo absurdo (e, não por outro motivo, deu vazão à Súmula nº 234/STJ).

Um dado técnico que costuma ser deslembrado pela Defesas Letradas é que as Autoridades Policiais em geral não possuem capacidade postulatória, apanágio que, na esfera persecutória criminal, o legislador constituinte reservou exclusivamente ao Ministério Público nos casos de crimes de ação penal pública, o que autoriza e legitima a atuação do Ministério Público, por sua representação de Teresópolis na denominada operação Tarja Preta. Sem o Ministério Público (e sua estrutura), inviável a obtenção e cumprimento dos mandados de busca e apreensão e dos mandados de prisão temporária.

Ademais, sendo a investigação criminal preliminar essencialmente informativa, a constatação de eventual vício nessa fase pré-processual não tem o condão de contaminar ou de tornar nula a prisão provisória fundamentadamente decretada pela autoridade competente, antes de sua conclusão (neste sentido: STJ, HC 99773/RJ, sob a relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 04/03/2008, DJe 17/03/2008).

Noutro eito, ainda que superado o raciocínio anterior, a insatisfação dos impetrantes cai por terra, por fundar-se em um *falso problema*. Ao contrário do que tentam sugerir os nobres Impetrantes, não se tem nos autos situação que pudesse levar ao debate sobre o poder de investigação do Ministério Público, matéria em discussão pelo Plenário da Corte Suprema no HC 84.548/SP, hoje com votação suspensa pelo pedido de vista do Min. Cezar Peluso.

Como de fácil constatação pela rápida leitura das peças que compõem o processo, constata-se que a investigação teve início por meio do Inquérito Civil nº 190/2006, então em curso perante a 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Teresópolis, responsável pela apuração de atos de improbidade administrativa. A atuação combinada dos órgãos de execução ministeriais (*in casu*, Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Promotorias de Justiça Criminais) só atende à missão constitucional outorgada à Instituição, sendo lídima a utilização do Inquérito Civil Público como elemento informador da denúncia criminal.

Neste sentido, segue orientação pretoriana:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA COM BASE EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. VIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Denúncia oferecida com base em elementos colhidos no bojo de Inquérito Civil Público destinado à apuração de danos ao meio ambiente. Viabilidade. 2. O Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de investigação policial, desde que possua os elementos mínimos de convicção quanto à materialidade e aos indícios de autoria, como no caso (artigo 46, §1°, do CPP). 3. Recurso a que se nega provimento (STF – RE 464893/GO, da relatoria do Min. Joaquim Barbosa,

2ª Turma, julgado em 20/05/2008, DJ 01/08/2008, votação unânime).

No Superior Tribunal de Justiça, interessante a consulta aos precedentes RHC 13.823/RS, HC 61.105/SP, RHC 16.805/SP, EDcl no RHC 18.768/PE e AgRg no REsp 887240/MG.

Note-se, por oportuno, que a cognição sumária transmitida pelo presente *Habeas Corpus* permite vislumbrar que o paciente *Odenir Cardoso Moreira*, além de possuir patrimônio incompatível com sua renda, foi capturado no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, quando embarcava para a cidade de *Punta del Este*, na República Oriental do Uruguai.

Os demais pacientes, em sua maioria integrantes da unidade familiar de *Odenir Cardoso Moreira*, compunham a estrutura criminal da associação criminosa, emprestando seus nomes (e recebendo contraprestações por isso) para a descentralização do patrimônio de origem ilícita.

Diante de tais considerações, o parecer é pela **denegação** da ordem, restabelecida a prisão dos pacientes.

Rio de Janeiro, 01 de setembro de 2008.

ASTÉRIO PEREIRA DOS SANTOS
Procurador de Justiça

E.C.A. **Error in procedendo.** ***Nulidade do feito. Pedido de aplicação de medida protetiva formulado pelo Ministério Público ao juízo da Infância e Juventude. Inobservância do devido processo legal. Inexistência de exercício de função jurisdicional. Aplicação de medida protetiva. Função do Conselho Tutelar. Princípio da eventualidade. Reforma da sentença extinguindo-se o processo sem exame de mérito por inécpia da inicial.***

JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE FAMÍLIA, INFÂNCIA E JUVENTUDE E DO IDOSO DA COMARCA DE NILÓPOLIS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através da Promotora de Justiça signatária, no uso de suas atribuições legais, interpõe tempestivamente o presente recurso de **APELAÇÃO** da sentença de fls. 40/42, pelas razões de natureza jurídica a seguir expostas.

Oportunamente, requer o Ministério Público seja exercido o juízo de retratação, conforme permite o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 198, inciso VII.

Nilópolis, 26 de fevereiro de 2007.

CARLA CARVALHO LEITE

Promotora de Justiça

RAZÕES DE APELAÇÃO
COLENDO CONSELHO DA MAGISTRATURA,
DOUTA PROCURADORA DE JUSTIÇA,

I) DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO:

Presentes estão os requisitos de admissibilidade recursal, quais sejam: condições para o regular exercício do direito de recorrer (legitimidade do recorrente, interesse em recorrer e possibilidade jurídica do recurso) e pressupostos recursais (órgão *ad quem* investido de jurisdição, capacidade processual e tempestividade).

De acordo com o disposto no *caput* e no § 2º do artigo 499 do Código de Processo Civil, o Ministério Público tem legitimidade para recorrer tanto nos casos em que atua como parte quanto naqueles em que oficia como fiscal da lei. O interesse em recorrer, consistente na *utilidade do provimento pleiteado através do recurso*[1], também está presente, uma vez que o interesse do Ministério Público em recorrer é presumido, existindo *sempre que for necessário ao Ministério Público recorrer para a exata aplicação da lei*[2]. A possibilidade jurídica do recurso existe *quando o mesmo estiver previsto em lei*[3]. Por fim, presentes os pressupostos recursais (órgão *ad quem* investido de jurisdição, capacidade processual e tempestividade).

Presente está o pressuposto recursal da **tempestividade**, diante da prerrogativa do **prazo em dobro** para a interposição de recursos pelo Ministério Público, consoante o disposto no artigo 188 do Código de Processo Civil, e considerando que este órgão de execução do Ministério Público foi intimado da sentença ora recorrida no dia **07 de fevereiro de 2007**. Sendo o prazo para a interposição do recurso de apelação previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente de 10 (dez) dias (artigo 198, inciso II), o prazo para sua interposição pelo Ministério Público é de 20 (vinte) dias.

II) DO OBJETO DO RECURSO:

1) BREVE RELATO DOS FATOS:

No mês de fevereiro de 2005, R. B. F, filha de I. N. N. e I. B. R., foi ao Conselho Tutelar para denunciar situação de maus tratos a que seus pais estavam subme-

---

1. Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. II, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999, p. 56.
2. Paulo Cézar Pinheiro Carneiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 10.
3. Alexandre Freitas Câmara, *op. cit.*, p. 58.

tendo a criança P. E. L. S., nascida em 19/10/99, cujos pais (J. E. S. e R. S. L.) se encontravam em local ignorado.

Segundo relato de R., a genitora de P. (R.) "entregou" a criança, ainda recém-nascida, a I., companheira de I., de modo que estes últimos, desde tenra idade da criança, estavam exercendo a sua guarda fática. No entanto, I. passou a espancar a criança e a violar outros de seus direitos fundamentais, privando P. de cuidados básicos, situação que era do conhecimento de I.

Aquele órgão colegiado, verificando a veracidade dos fatos narrados por R. através da realização de visita domiciliar, adotou várias medidas em prol da criança, a qual foi entregue a R., que pretendia pleitear a sua guarda, e comunicou o fato ao Ministério Público através de ofício para a adoção de providências referentes à esfera de atribuição do *Parquet*.

O Ministério Público, através da Exmª. Srª. Promotora de Justiça que, à época, se encontrava em exercício na Promotoria de Justiça de Infância e Juventude de Nilópolis, deduziu perante o Juízo prolator da sentença ora recorrida ***"pedido de aplicação de medida protetiva"*** *em favor da criança*, o que fez através da petição de fls. 02/03, onde, após breve relato dos fatos acima expostos, pleiteava o seguinte: ***recebimento e atuação do presente como PEDIDO DE APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA;*** **concessão de guarda provisória da criança a. R. B. F.**; a realização de estudo social pela equipe técnica do Juízo; ***e a aplicação das medidas previstas no art. 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente que se mostrarem adequadas ao final da instrução.***

Realizou-se audiência, na qual o Juízo Monocrático deferiu a guarda provisória da criança a R. e determinou a realização de estudo social (fl. 29), o qual, após elaborado, foi juntado às fls. 32/37, sugerindo a aplicação de algumas medidas protetivas, além da realização de estudo psicológico e inserção do casal I. e I. no "Grupo de Pais", coordenado pelo Serviço Social do Juízo.

No mês de dezembro de 2006, os autos foram remetidos ao Ministério Público, quando a Promotora de Justiça signatária, intervindo pela primeira vez nos autos, requereu o seu arquivamento, bem como a expedição de ofício ao Conselho Tutelar, instruído com cópia dos autos para a aplicação de medidas protetivas cabíveis, alegando o seguinte:

> *O E.C.A. não prevê "procedimento de aplicação de medida protetiva", função, aliás, que cabe ao Conselho Tutelar, nos termos do art. 136, inc. I, daquele diploma legal.*

Ocorre que o Juízo da 2ª Vara de Família, Infância e Juventude e do Idoso da Comarca de Nilópolis proferiu sentença, através da qual, ao argumento de que as medidas protetivas previstas no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente não são de atribuição exclusiva do Conselho Tutelar, ***aplicou*** à criança as seguintes medidas protetivas previstas no art. 101 do E.C.A., nos seguintes termos:

1 - matrícula e freqüência obrigatória na Escola Estadual Antônio Figueira de Almeida (AFA), na classe especial (art. 101, inc. III);

2 - encaminhamento à SBA - Sociedade Beneficente de Anchieta, para tratamento médico (inc. V).

Através da mesma sentença, **o Juízo Monocrático deferiu guarda provisória da criança a I. e a I.** e, fundamentando-se no disposto no art. 129 (que trata de medidas aplicáveis aos pais ou ao responsável), determinou a inclusão dos guardiães da criança no *Grupo de Pais (2007), coordenado pela equipe técnica do Juízo*, referindo-se a sentença especificamente ao disposto no inc. IV do art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê como uma das medidas aplicáveis aos pais ou responsável o *encaminhamento a cursos ou programas de orientação.*

2) DO *ERROR IN PROCEDENDO*:

Pretende o Ministério Público seja anulada não somente a sentença ora recorrida, mas também todo o feito por ser evidente o *error in procedendo.*

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90), como toda e qualquer norma jurídica, deve ser interpretado em conformidade com as normas e os princípios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

O **art. 1º da CRFB** declara que a República Federativa do Brasil constitui-se em **Estado Democrático de Direito**. Daí decorrem o **princípio da legalidade** (expressamente previsto no **art. 5º, inc. II** e no **art. 37, *caput***, ambos da Constituição da República) e o **princípio da legitimidade** dos atos que emanam dos Poderes da República, o qual se extrai de diversas normas constitucionais, dentre as quais se destacam as garantias do **devido processo legal (art. 5º, inc. LIV)** e da **ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LVII)**.

Decorrem da garantia constitucional do devido processo legal todos os princípios de Direito Processual, como por exemplo – para citar apenas alguns – o princípio da ampla defesa e do contraditório (o qual também foi consagrado pela Magna Carta), o princípio do juiz natural, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o princípio da inércia jurisdicional (também relacionado ao princípio da demanda).

Partindo-se da premissa incontestável de que todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deve se pautar pela Constituição da República, torna-se evidente que **o exercício da função jurisdicional**, qual seja, a de *atuar a vontade concreta do direito objetivo*[4], conferida privativamente ao Poder Judiciário pela Carta Magna, **imprescinde da existência de um processo**, ou melhor, prescinde da existência do **devido processo legal**.

---

4. Alexandre Freitas Câmara. *Lições de Direito Processual Civil, vol. I*, Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 1998, p. 74.

No caso em comento, não se respeitou o princípio do devido processo legal. Não houve possibilidade de exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa pelos genitores da criança ou por seus "guardiães fáticos", isto é, por aqueles que, de acordo com os fatos narrados pelo Ministério Público na petição de fls. 02/03, supostamente teriam violando direitos fundamentais da criança, por ação ou por omissão. Em suma, não se deu oportunidade aos jurisdicionados envolvidos no caso concreto para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Caso o Estatuto da Criança e do Adolescente houvesse previsto um procedimento jurisdicional que tivesse por escopo **unicamente a aplicação de medida protetiva pelo Juiz de Direito** – o que ora se admite somente a título de argumentação –, imprescindível seria, **sob pena de insconstitucionalidade**, oportunizar o exercício das garantias constitucionais do **contraditório e da ampla defesa**, as quais decorrem do princípio do **devido processo legal**. Em suma, **a jurisdição imprescinde do devido processo legal.**

No caso em tela, o Juízo Monocrático concedeu a tutela jurisdicional sem a observância do devido processo legal – o que já constitui verdadeira contradição em termos –, de modo que é nula a sentença de fls. 40/42. A propósito, **não somente a sentença padece do vício de nulidade, mas todo o feito, desde fls. 02/03**, já que, ao deduzir em Juízo os fatos narrados na referida petição, o Ministério Público não requereu a citação dos genitores da criança e/ou até mesmo de seus guardiães fáticos[5], de modo que **o devido processo legal foi desrespeitado até mesmo pelo *Parquet*.**

Diante dos fatos que, à época, chegaram ao conhecimento do Ministério Público, este poderia, por exemplo, ter deduzido em Juízo em face dos genitores da criança, pedido de imposição de penalidade administrativa, cujo procedimento – previsto nos arts. 194 a 197, do E.C.A. – está em consonância com o princípio do devido processo legal. Poderia até mesmo ter deduzido em Juízo em face dos genitores da criança pedido de suspensão ou de destituição de poder familiar, cujo procedimento – que também se encontra sob o amparo do princípio constitucional devido processo legal – encontra-se previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 155 a 163).

Observe-se, contudo, que **um dos pedidos formulados pelo Ministério Público na petição inicial é o de concessão de guarda provisória da criança P. E. L. S. a R. B. F.** Ora, isso nada mais é do que **pedido de nomeação de guardião**, o qual se encontra dentre as atribuições conferidas ao Ministério Público pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como se infere de seu art. 201, inc. III:

---

5. Embora discutível, alguns operadores do Direito admitem a inclusão do guardião de fato no pólo passivo da relação processual.

*Art. 201 – **Compete ao Ministério Público:***

(...)

*III – **promover** e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder, **nomeação** e remoção de tutores, curadores e **guardiães**, bem como oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude.*

(Os grifos não constam do original).

Ora, o pedido de **nomeação de guardião** deve seguir o **procedimento relativo aos pedidos de colocação em família substituta**, previsto nos arts. 165 e segs. do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, todavia, **não foi observado pelo Juízo Monocrático e nem mesmo pelo Ministério Público**. Eis, portanto, mais um argumento que leva à conclusão da **nulidade** do feito *ab initio* em razão da **inobservância do devido processo legal.** Aliás, como se verá adiante, outro argumento sustentado é o da inépcia da inicial em razão da inobservância dos requisitos legais exigidos pelo art. 165 do E.C.A.

A propósito, observe-se que **o Juízo Monocrático concedeu a guarda da criança a pessoa diversa daquela a que se refere o pedido formulado pelo Ministério Público**, de modo que a **sentença**, neste particular, **ultrapassou os limites do pedido**, violando o **princípio da adstrição da sentença** (art. 460 do CPC), tratando-se de **sentença *extra petita*** – a par dos demais argumentos já suscitados que invocam sua nulidade.

Levando-se em consideração que há procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 165 e segs.) a ser adotado no caso de pedido de nomeação de guardião, não poderia a autoridade judiciária ter procedido da forma que o fez, concedendo a guarda da criança a pessoa diversa daquela indicada na petição inicial, como se infere do disposto no art. 153, do E.C.A.:

> *Art. 153 – **Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei**, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.*
>
> (Os grifos não constam do original).

Ora, diante da inclusão do pedido de concessão de guarda na petição inicial, conclui-se que, em respeito ao devido processo legal, deveria ter sido adotado o procedimento cabível (arts. 165 a 170 do ECA), oportunizando-se o exercício da ampla defesa e do contraditório, isto é, a manifestação dos genitores da criança. **Caso o Ministério Público tivesse indicado o procedimento legal correto ao elaborar a petição inicial e o Juízo tivesse respeitado o devido processo legal**, seguindo regularmente o procedimento e julgando o mérito nos limites do pedido, não haveria qualquer razão para a interposição de recurso.

Teria sido até mesmo irrelevante o fato de – incorretamente – o Ministério Público ter requerido que o feito fosse autuado como *PEDIDO DE APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA*. Isto porque, como se sabe, ação judicial não tem nome. O que importa, de fato, é a formulação correta do pedido, a observância do rito processual, a observância dos requisitos da petição inicial, etc. Com a observância dos requisitos legais, em que pese a indicação incorreta do *nome* posto na autuação, o fato é que o Juízo Monocrático julgaria (aí sim no legítimo exercício da função jurisdicional) o pedido de nomeação de guardião e, ainda no exercício legítimo da função jurisdicional, sob a condição inafastável da observância do devido processo legal e seus consectários, julgaria o pedido de aplicação de medidas de proteção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê *procedimento jurisdicional* que tenha por finalidade única e exclusivamente a aplicação de medida protetiva em favor de crianças ou adolescentes (entendendo-se como medidas protetivas aquelas previstas no art. 101 do E.C.A.). Sabe-se que a função de aplicar medidas de proteção previstas no art. 101, incisos I a VII e a de aplicar medidas aos pais ou responsável, previstas no art. 129, incisos I a VII, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe ao Conselho Tutelar, conforme dispõe o art. 136, incisos I e II da referida lei federal. Com isso não se quer dizer que o Juiz de Direito não terá, em hipótese alguma, competência para aplicar medidas de proteção.

Ao Juiz de Direito cabe aplicar a lei **nos limites de sua função jurisdicional**, exigindo-se, para tanto, o respeito ao **princípio da legalidade**, ao princípio do **devido processo legal** e aos demais princípios e garantias constitucionais dele decorrentes. Pode o Juiz de Direito aplicar medidas de proteção (art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e/ou medidas aplicáveis aos pais ou responsável (art. 129, do E.C.A.), desde que no âmbito de um processo regularmente constituído, através do qual o Magistrado exercerá legítima e legalmente a jurisdição, observando o devido processo legal.

Mais uma vez parte-se da premissa de que a função típica do Poder Judiciário é a função jurisdicional, sendo certo que somente são admitidas as funções atípicas que tenham amparo na Constituição da República. **O Magistrado exerce a função jurisdicional através de um processo, com observância do devido processo legal.**

Não é por outra razão que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê expressamente que cabe ao Juiz de Direito aplicar medidas de proteção ao adolescente autor de ato infracional (art. 112, inc. VII). Observe-se que, neste caso, há o legítimo exercício da função jurisdicional, já que ao adolescente são garantidos todos os princípios inerentes ao devido processo legal (contraditório, ampla defesa, etc.), conforme se extrai dos artigos 110, 111, 182, 184 e 186, todos do E.C.A.

No mesmo sentido, a aplicação de medida de proteção prevista no inciso VIII do art. 101 do E.C.A., qual seja, a de *colocação em família substituta* (cujas modalidades são guarda, tutela e adoção, nos termos do *caput* do art. 28 do E.C.A.) – esta sim, de competência exclusiva do Magistrado – imprescinde da existência do devido processo legal.

As demais medidas de proteção (art. 101, incs. I a VII do E.C.A.) e as medidas aplicáveis aos pais ou responsável (art. 129 do E.C.A.) podem ser pleiteadas pelo Ministério Público juntamente com o pedido de imposição de penalidade administrativa, cujo procedimento está previsto nos arts. 194 a 197, do E.C.A. Neste caso, o Magistrado aplica medidas de proteção e medidas referentes aos pais ou responsável, no legítimo exercício de sua função jurisdicional, observando-se o devido processo legal.

Esta reflexão é oportuna, eis que um dos fundamentos postos na sentença recorrida parece seguir a linha de que, em casos urgentes, o Juiz da Infância e da Juventude deve atuar *no lugar* do Conselho Tutelar:

> *Não se trata de "enfraquecer" o Conselho Tutelar, mas de reconhecer que, em casos específicos, faz-se necessária a atuação do Judiciário: no aguardo do "empoderamento" do Conselho Tutelar, há urgências que não podem esperar.*

A propósito, o Magistrado gaúcho João Batista Costa Saraiva refere que[6]:

> A substituição da ação do Conselho Tutelar, por ineficiente ou omisso, pela ação judicial de aplicação de medida protetiva, acaba por reviver o antigo sistema dos Juizados de Menores.

Há uma única hipótese excepcional em que o Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza ao Magistrado que exerça plenamente as funções do Conselho Tutelar em substituição a este órgão colegiado[7]: trata-se da hipótese de ainda não ter sido instalado o Conselho Tutelar, conforme dispõe o art. 262 do E.C.A.:

> *Art. 262 - Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária.*

Não sendo mais o caso na Comarca de Nilópolis, onde o Conselho Tutelar foi instalado há bastante tempo, não pode o Magistrado adentrar a esfera de atribuição do Conselho Tutelar, ainda que, no seu entender, a atuação do Conselho tenha sido ineficiente. Decorrência lógica do Estado Democrático de Direito.

---

6. João Batista Saraiva. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional.* Livraria do Advogado, Porto Alegre, 3ª edição, 2006.
7. Obviamente, não se considera hipótese excepcional a competência originária do Magistrado, expressamente prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, de aplicar medidas de proteção nos procedimentos de apuração de ato infracional (art. 112, inc. VII). Também não se considera hipótese excepcional a aplicação de medida de proteção pelo Magistrado no exercício da função jurisdicional, observando-se o devido processo legal, como exaustivamente exposto nestas razões de apelação.

À guisa de conclusão, é pertinente lembrar o quão urgente se faz aos operadores do Direito livrar-se das amarras do revogado Código de Menores (Lei Federal nº 6.697/79), que adotava a Doutrina da Situação Irregular. A Constituição da República de 1988, antecipando-se à Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança[8], rompeu definitivamente os paradigmas da Doutrina da Situação Irregular, ao consagrar no ordenamento jurídico pátrio a Doutrina da Proteção Integral[9], que veio a ser posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90).

Como já se destacou em outra oportunidade[10], crianças e adolescentes passaram à condição de sujeitos de direitos, restando ultrapassado o conceito de *menor* enquanto *objeto de tutela do Estado*. Cabe ao Juiz da Infância e da Juventude o exercício da relevante função jurisdicional, deixando-se definitivamente sepultadas no passado funções assistencialistas que o revogado Código de Menores atribuía ao *Juiz de Menores*. À luz da Carta Magna de 1988, rearranjaram-se os papéis do Magistrado e do Ministério Público e se inseriram novos atores no sistema de garantias de direitos de crianças e adolescentes, destacando-se o Conselho Tutelar e os Conselhos de Direitos.

O Princípio Republicano e o Estado Democrático de Direito exigem que cada Poder instituído exerça as suas funções dentro dos limites que a lei – com amparo na Constituição da República – lhes impõe. Escapar a este princípio adentrando a esfera de atribuição alheia e ultrapassando a própria configura inadmissível arbitrariedade.

3) DO *ERROR IN IUDICANDO:*

À luz do princípio da eventualidade, caso esse Órgão Colegiado não acolha os argumentos suscitados anteriormente, pleiteia o Ministério Público a reforma da sentença recorrida, de modo que o *processo* seja extinto sem exame de mérito, com fulcro no art. 267, inc. I, do CPC, diante da **inépcia da petição inicial** (art. 295, inc. I, do CPC), já que a referida peça processual **não observou os requisitos previstos no art. 165 do E.C.A.**

---

8. A Convenção da ONU sobre Direitos da Criança foi aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, isto é, mais de um ano após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
9. A Doutrina da Proteção Integral encontra respaldo constitucional no art. 227, *caput*, da Constituição da República: *"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"*.
10. Carla Carvalho Leite. *Da Doutrina da Situação Irregular à Doutrina da Proteção Integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas*. Revista do Ministério Público nº 23, jan./jun., 2006, p. 93-107.

III) DO PREQUESTIONAMENTO:

O Ministério Público requer a esse Colendo Conselho da Magistratura, visando a eventual interposição de Recurso Especial e/ou Recurso Extraordinário, a análise de possível violação aos seguintes dispositivos da legislação federal e da Constituição da República:

• Legislação Federal:

- Art. 1° da Lei Federal n° 8.069/90 – O referido dispositivo legal torna explícito que o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta a Doutrina da Proteção Integral, a qual se contrapõe à Doutrina da Situação Irregular adotada pelo revogado Código de Menores de 1979.

- Art. 148 da Lei Federal n° 8.069/90 – O referido dispositivo legal prevê as hipóteses de competência do Juiz da Infância e da Juventude, não se encontrando dentre tais hipóteses a aplicação de medidas de proteção previstas no art. 101 e de medidas aplicáveis aos pais ou responsável previstas no art. 129.

- Art. 131 e art. 136, incs. I e II da Lei Federal n° 8.069/90 – O art. 131 conceitua o Conselho Tutelar como *órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.* Dentre as atribuições que o Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao Conselho Tutelar, estão a de aplicar medidas de proteção previstas no art. 101, incs. I a VII, conforme dispõe o art. 136, inc. I, e a de aplicar aos pais ou responsável medidas previstas no art. 129, incs. I a VII, conforme disposto no art. 136, inc. II.

- Arts. 165 a 170, da Lei Federal n° 8.069/90 – Tais dispositivos tratam do procedimento de colocação em família substituta, especialmente, dos requisitos da petição inicial (art. 165) e dos demais atos processuais e prazos a serem observados no rito em questão.

- Art. 152 da Lei Federal n° 8.069/90 – O referido dispositivo legal versa que *aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.* Aplicam-se, portanto, as normas gerais de natureza processual previstas em outras leis, como, por exemplo, o Código de Processo Civil.

- Art. 153 da Lei Federal n° 8.069/90 – Eis o teor do referido dispositivo legal: *Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.* Como, no caso em comento, há procedimento previsto na Lei Federal n° 8.069/90 para a colocação em família substituta, o Magistrado não pode atuar de ofício.

- Art. 262, da Lei Federal n° 8.069/90, interpretado *a contrario sensu.* O referido dispositivo legal autoriza ao Magistrado que, excepcionalmente, exerça as funções do Conselho Tutelar enquanto este não for instalado. Interpretando-se o

referido dispositivo legal *a contrario sensu*, conclui-se que, uma vez instalado o Conselho Tutelar, não pode o Magistrado exercer as funções que cabem exclusivamente àquele órgão colegiado.

- Art. 1° do Código de Processo Civil – Cabe ao Juiz de Direito o exercício da função jurisdicional, função típica do Poder Judiciário. Não pode o Magistrado exercer função atípica que não expressamente autorizada pela Constituição da República.

- Art. 2° do Código de Processo Civil – Princípio da inércia da função jurisdicional (também conhecido como *princípio da demanda*).

- Art. 460 do Código de Processo Civil – Princípio da adstrição da sentença ao pedido. No caso em tela, prolatou-se sentença *extra petita*.

Constituição da República:

- Art. 1°, *caput* – institui o Princípio Republicano e o Estado Democrático de Direito.

- Art. 2° - Princípio da Separação e Harmonia entre os Poderes.

- Art. 5°, inc. II (princípio da legalidade).

- Art. 37, *caput* (princípio da legalidade).

- Art. 5°, inc. LIV (princípio do devido processo legal).

- Art. 5°, inc. LVII (princípios do contraditório e da ampla defesa).

- Art. 5°, incisos XXXVI e LIII (princípio do juiz natural).

- Art. 227, *caput* (doutrina da proteção integral).

O art. 1° da CRFB declara que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Daí decorrem o princípio da legalidade (art. 5°, inc. II e art. 37, *caput*, ambos da Constituição da República) e o princípio da legitimidade dos atos que emanam dos Poderes da República, os quais são independentes e harmônicos entre si (art. 2°).

Os atos emanados dos Poderes instituídos devem observar o princípio da legalidade e o princípio da legitimidade: decorrência do Estado Democrático de Direito. Os atos do Poder Judiciário no exercício de sua função típica (função jurisdicional) encontram seu fundamento de validade no **devido processo legal** (art. 5°, inc. LIV, da CRFB) – princípio do qual derivam as garantias da **ampla defesa** e do **contraditório** (art. 5°, LVII, CRFB), bem como todos os demais princípios de Direito Processual, dentre os quais o princípio do juiz natural (art. 5°, incs. XXXVI e LIII, CRFB).

A Constituição da República inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a Doutrina da Proteção Integral, a qual estatui que todas as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, paradigma que se contrapõe à Doutrina da Situação

Irregular adotada pelo revogado Código de Menores de 1979, segundo a qual os *menores* que se encontrassem em *situação irregular*, nos termos daquela lei, passavam a ser *objeto* de tutela do Estado. A Doutrina da Proteção Integral, instituída pela Constituição da República de 1988, rompeu de vez com os paradigmas que lhe antecederam: da *situação irregular*, do *assistencialismo*, da *estatalidade e centralização* das ações e das *funções anômalas* do Poder Judiciário – exercidas pelo *Juiz de Menores* –, as quais extrapolavam sua função jurisdicional.

IV) OBSERVAÇÃO:

Diante da necessidade de acompanhamento da criança, no intuito de verificar se foi regularizada sua representação legal, e, em caso negativo, demandar em Juízo a medida legal pertinente, observando o devido processo legal, este órgão de execução do Ministério Público, com fulcro em suas atribuições legais, instaurou procedimento administrativo e notificou os genitores da criança, bem como a Sra. I., o Sr. I. e a Sra. R., para prestar declarações a respeito do assunto no Gabinete desta Promotoria de Justiça.

V) DO PEDIDO:

Considerando todo o exposto, requer o Ministério Público:

1) seja o presente recurso admitido, uma vez que estão presentes os pressupostos recursais e as condições para o regular exercício do direito de recorrer;

2) seja dado provimento ao presente recurso, **anulando-se a sentença recorrida, bem como todo o feito a partir de fls. 02/03**, em razão do evidente *error in procedendo* do Juízo Monocrático, que inobservou o princípio constitucional do **devido processo legal**, (art. 5°, inc. LIV, da Constituição da República), a garantia da **ampla defesa e do contraditório** (art. 5°, LVII, da CR), além de outros princípios e garantias constitucionais: princípio da legalidade (art. 5°, inc. II e art. 37, *caput*, da CR), princípio republicano e princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1°, da CR), princípio da separação e harmonia entre os Poderes instituídos (art. 2°, da CR);

3) à luz do princípio da eventualidade, seja dado provimento ao recurso, **reformando a sentença, de modo que o *processo* seja extinto sem exame de mérito**, com fulcro no art. 267, inc. I, do CPC, diante da **inépcia da petição inicial** (art. 295, inc. I, do CPC), caso esse Colendo Órgão Colegiado não acolha o argumento mencionado no item 2.

Nilópolis, 26 de fevereiro de 2007.

CARLA CARVALHO LEITE
Promotora de Justiça

Investigação criminal direta. Preclusão da prova oral defensiva. Prisão domiciliar. Duração razoável do processo.

EMENTA: *PROCESSO CRIMINAL ORIGINADO DE PERSECUÇÃO PRELIMINAR REALIZADA DIRETAMENTE PELO* **MP** *– REQUERIMENTO DEFENSIVO BUSCANDO REINQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA E CONVERSÃO DE CUSTÓDIA PREVENTIVA ORDINÁRIA EM PRISÃO DOMICILIAR.* **ALEGAÇÃO** *INDIRETA DE DILAÇÃO INDEVIDA DA INSTRUÇÃO DA DEMANDA – PRETENSÕES DEFENSIVAS QUE NÃO DEVEM VERDEJAR – CONCEITO ONTOLÓGICO DE "PROCESSO", COM ATENÇÃO AOS SEUS MEIOS ACELERATÓRIOS – SISTEMA DE PRECLUSÃO E LIMITAÇÕES DA ATIVIDADE PROBATÓRIA – AMPLITUDE DE DEFESA QUE ENCONTRA RESTRIÇÕES NO PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE – RÉU ALCANÇADO PELA GARANTIA DA PRISÃO ESPECIAL* **(CPP, 295),** *INSTITUTO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A PRISÃO DOMICILIAR* **(LEP, 117),** *REGIME MAIS BENÉFICO E EXCEPCIONAL – DISCIPLINA DO* **STJ** *E DO* **TJ/RJ** *– FUNDAMENTOS DA NECESSIDADE CAUTELAR QUE NÃO SE IMISCUEM COM QUESTÕES DE SAÚDE PESSOAL DO IMPUTADO –* **(IN)***DEVIDA DILAÇÃO TEMPORAL PROCESSUAL E RELAXAMENTO DO ERGÁSTULO –* **EC Nº 45/2004 E CRFB, 5º, LXXVIII** *– TUTELA EFETIVA/EFICAZ E EM TEMPO ÚTIL, POR MEIO DE CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO – CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO CASO PENAL E LIMITAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO RÉU – CRIMINALIDADE NÃO CONVENCIONAL E SOBRECARGA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA, COM AUMENTO DOS PROCESSOS EM GERAL – COMPLEXIDADE DE TIPOS PENAIS E DA PROVA – NOVAS TECNOLOGIAS E MEIOS TÉCNICOS QUE AUMENTAM O ALCANCE E TRABALHO PERSECUTÓRIO E JURISDICIONAL – CONTROLE NORMATIVO DE CONTROLE DA DURAÇÃO PROCESSUAL* **(LEI 9034/95, 8º)** *AMAINADO PELA JURISPRUDÊNCIA –* **CIDH:** *IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MARCO IMUTÁVEL – DOUTRINA DOS SETE CRITÉRIOS DO "CASO* **WEMHOFF***" –* **CEDH:** *COMPLEXIDADE DO CASO, ATIVIDADE PROCESSUAL DOS INTERESSADOS E CONDUTA DAS AUTORIDADES JUDICIAIS, DOS AUXILIARES E DA JURISDIÇÃO INTERNA DE CADA PAÍS – ANÁLISE GLOBAL DO PROCEDIMENTO – TRIBUNAIS ESPANHÓIS: COMPLEXIDADE DO LITÍGIO, COMPORTAMENTO DOS LITIGANTES E DO ÓRGÃO JURISDICIONAL E MARGEM ORDINÁRIA DE DURAÇÃO NORMAL DE PROCESSOS SIMILARES, NO QUE SE REFERE À INTEGRALIDADE DO PROCEDIMENTO – INOCORRÊNCIA DE DELONGA INDEVIDA –* PROMOÇÃO PELO INDEFERIMENTO DOS ROGOS

Eminente Julgador,

Cuida a intervenção defensiva de pedido vazado pelo imputado *Luiz Henrique da Silva Nogueira*, através da segura pena do Dr. *Norbert Cohn*, buscando a reinquirição de testemunha e a prisão domiciliar.

Alega, em síntese apertada, que a única imputação que recai sobre ele seria o auxílio na prática de tráfico (olvidando, levianamente, as imputações de associação para o tráfico e corrupção), e afirma ser necessária a reinquirição da testemunha *Alair Ramos*, pois ela "compareceu em Juízo e nada disse sobre os fatos que tinha conhecimento" (fls. 770 – item "3"), indicando que ela teria sido "intimidada e ameaçada injustamente por um ou mais policiais envolvidos na prisão do defendente a não falar em Juízo o que sabia, sob pena de mal injusto" (fls. 770 – item "4").

Por outro turno, aponta-se que o "acusado está com grave crise de depressão na cadeia onde se encontra (...) que só pode ser melhorado com a presença de seus familiares" (fls. 771 – item "7"), sopesando-se que a demora no deslinde da instrução criminal vem "atormentando psiquicamente o acusado, eis que como advogado militante nesta Comarca, vários de seus clientes ficaram a 'deriva' sem qualquer solução para as lides em que este os patrocinava" (fls. 771 – item "8"), buscando, assim, a possibilidade de aguardar o desfecho do caso penal em prisão domiciliar. Aduz, por derradeiro, que "já se expirou o prazo legal para que o encerramento da ação penal, o que torna a prisão do acusado ilegal" (fls. 771 – item "9").

A peça defensiva não se faz escoltar por qualquer documento.

Esta a breve panorâmica do rogo. Segue a promoção.

DA REINQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA

De proêmio, cumpre assinalar que, ontologicamente, "processo" é um *caminhar para frente*, que é delineado, em âmbito interno, pelo *procedimento*.

Invoca-se os sempre oportunos ensinamentos de DINAMARCO, quando trabalha os *meios aceleratórios do procedimento*: a) os *prazos aceleratórios*, impostos para que os atos das partes e do juiz não possam retardar-se além de um tempo razoavelmente dimensionado pelo legislador (*v.g.*, o prazo de três dias para apresentação da defesa prévia, na forma do art. 395 do Código de Processo Penal); b) ***as preclusões em geral***, definidas como perda de faculdade de realizar atos, entre as quais as que decorrem da inobservância de prazos (preclusão temporal) e de

oportunidade (preclusão consumativa ou lógica); c) a *coisa julgada formal* (preclusão máxima), que impede a eternização de recursos contra a sentença.[1]

As cláusulas democráticas exigem, do legislador a *imposição* e do juiz a concreta *observância* de certas diretrizes capazes de oferecer aos litigantes suficiente nível de segurança quanto ao que cada um pode esperar do andamento do processo. **O *due process of law* exige também que a cada um dos sujeitos processuais sejam *oferecidas oportunidades* previamente conhecidas para a realização de atos do processo, assim como lhe sejam *impostas certas limitações* relacionadas com o tempo, lugar e modo de realização dos atos permitidos – o que constitui fator de segurança para os demais sujeitos.**[2]

Impossível o retrocesso processual, com a reinauguração de fases já cumpridas.

Seguindo a sabença de DINAMARCO, é possível fixar que cada ordenamento jurídico opta por rigor maior ou menor, na exigência da ordem em que os atos do procedimento devem ser realizados. **O brasileiro adere tradicionalmente ao sistema de *procedimento rígido*, caracterizado pela nítida distribuição dos atos processuais em *fases* e pelo emprego acentuado do instituto da *preclusão*, destinado a impedir retrocessos.**[3]

A lei brasileira não define de modo direto as fases do procedimento, sequer com referência ao procedimento ordinário. A delimitação destas é o resultado de um antigo trabalho doutrinário de reconstrução sistemática, consistente em agrupar os atos do processo segundo sua finalidade comum e levando em conta a ordem em que eles se sucedem: a primeira fase começa logo com o ato de iniciativa do demandante (propositura da demanda) e cada uma das demais, no ponto em que termina a precedente (como já destacado, concernentes ao juízo de admissibilidade da imputação, à instrução probatória, aos debates e ao julgamento).

O instituto da *preclusão* tem imensa relevância no sistema brasileiro de procedimento rígido. Ele dá apoio às regras que regem a ordem seqüencial de realização dos atos do procedimento e sua distribuição em fases – **fazendo-o mediante a imposição da perda de uma faculdade ou de um poder em cartas situações.** Quando a preclusão ocorre, já não poderá a parte realizar eficazmente o ato a que tinha direito nem exigir do juiz os atos que antes poderia exigir. Com isso, ela é um dos grandes responsáveis pela *aceleração processual*. Segundo as

---

1. Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 141/142.
2. Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30.
3. Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 455.

circunstâncias em que ocorre, a preclusão será: a) *temporal*, quando decorre do decurso do prazo sem a prática do ato que a parte tinha o poder ou a faculdade de realizar; b) *lógica*, que é a conseqüência da prática de um ato incompatível com a vontade de exercer a faculdade ou poder; c) *consumativa*, pelo exercício da própria faculdade ou poder. Indica a doutrina uma outra categoria de preclusão, que se pode reputar *mista*, ocorrente quando presentes cumulativamente dois requisitos, que são o decurso do tempo e o prosseguimento do processo.[4]

Dessarte, no momento em que o requerente pretende a designação de data para nova oitiva da testemunha *Alair Ramos* (que já expôs seu conhecimento a esse r. Juízo), re-inauguraria a fase instrutória do procedimento comum, promovendo verdadeiro retrocesso na demanda e transgredindo regra básica do direito ao procedimento tipificado.

Na mesma alheta, é possível trabalhar com o *princípio da progressividade das etapas do processo penal e a vedação de retroceder a atos precluídos.*

> "El Alto Tribunal respondió a ese interrogante diciendo que: ...*tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento... en la necesidad de lograr una administración de Justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero además, y esto es esencial atento a los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal*".[5]

Cumpre assinalar que o retrocesso à fase procedimental anterior não pode ser *salvo* pela invocação do princípio da ampla defesa, pois, deslembrar não se deve que inexiste controvérsia, na doutrina, de que os direitos fundamentais (e a "ampla defesa" é um deles) não surgem absolutos e podem sofrer limitações, ainda que de maneira não expressa.[6]

Gize-se, por oportuno, dois fatores:

1) estranhável o *repentino* surto de coragem que tomou a testemunha *Alair Ramos*.

De fato, sendo a testemunha em referência **assessora da Câmara de Vereadores de Teresópolis**, não pode ser confundida com pessoa desorientada ou mal informada. Além disso, possui rede de contato com diversas autoridades municipais e estaduais.

---

4. Cândido Rangel Dinamarco. *Op. cit.*, p. 456/457.
5. Alejandro D. Carrió. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 517/518.
6. Por todos: Jorge Reis Novais. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Se verídica fosse a alegada tentativa de intimidação feita por policiais, deveria a testemunha (pessoa esclarecida, repise-se) ter imediatamente comunicado o acontecimento a qualquer autoridade com quem tivesse contato: a) à douta Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Teresópolis, quando da sua regular oitiva como testemunha nos autos deste processo (devendo ser ressaltado que, como era realizada oitiva, impossível a presença de "um ou mais policiais envolvidos na prisão do defendente", como aventado a fls. 770 – item "4"); b) com qualquer dos Vereadores com quem tem contato diário na Câmara Municipal; c) com a autoridade policial da 110ª DP, **de preferência, fazendo o necessário Registro de Ocorrência sobre o fato narrado** (o que, para variar, não é comprovado pela Defesa Técnica do requerente).

2) estranhável, outrossim, a menção realizada de que a testemunha *Alair Ramos* teria procurado o **Ministério Público** para relatar tal coação.

Como faz prova a certidão acostada a esta promoção, no livro de registro de atendimento a pessoas, partes e advogados destes Órgãos de Execução Criminais **não há qualquer menção à sua passagem**.

Ademais, trabalhando nesta Comarca (diariamente, presume-se), é deveras excêntrico ou extravagante, para dizer o menos, que a testemunha *Alair Ramos* tenha procurado "uma Promotora de Justiça que estava de plantão" (fls. 770 – item "5").

No mais, a tentativa de renovação do préstimo de depoimento da testemunha arrolada pela Defesa, permitiria sua correta instrução e preparo, o que desnaturaria o intuito do ato processual.

DA PRISÃO DOMICILIAR

Em que pese o louvável esforço do signatário da peça de fls. 770/771, incabível o encaminhamento do réu à prisão domiciliar.

Com efeito, é inquestionável que o imputado, por ser portador de diploma de instrução superior e, ainda, por ser Advogado regularmente inscrito nos quadros da OAB/RJ, é destinatário do benefício previsto no art. 295 do diploma processual penal (prisão especial). No entanto, o instituto da prisão domiciliar suscita disciplina própria, não adimplida pelo requerente nestes autos.

Sem ambabes, o recolhimento à prisão domiciliar, a teor do disposto no art. 117 da Lei nº 7.210/84, somente será admitido, em princípio, aos apenados submetidos ao regime aberto, salvo hipótese excepcional (cf. STJ – HC 74898/RN – Rel. Min. Laurita Vaz – 5ª Turma – j. 17/04/2007 – v.u. – DJ 14/05/2007, p. 359).

Conferindo vida ao dispositivo mencionado, decidiu o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

"Mandado de Segurança com pedido liminar. Condenação. Art. 214, caput, c/c art. 224, a, na forma do art. 71, §único, c/c art. 61, II, g todos do CP. Processo em fase de apelação, concluso com o relator. Pretende o impetrante, enquanto não transita em julgado a sentença, seja mantido o privilégio da prisão especial, afastando-o dos presos comuns. Aplicação do artigo 295 do CPP e Lei 7.172/83. **Comprovada a situação funcional de professor, é direito líquido e certo do condenado gozar do privilégio legal, cabendo ao Estado dispor de meios suficientes para atender os ditames legais, todavia, inaplicável o regime mais benéfico (prisão domiciliar), por excepcional, e com limites evidenciados na LEP.** A Lei 5.256, de 06 de abril de 1967, em seu artigo 1°, orienta no sentido de conceder-se a autorização para segregar-se o réu na própria residência, em consonância com a gravidade e circunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, que no caso dos autos, manifestou-se desfavoravelmente ao pleito defensivo, tornando inaplicável a excepcionalidade pretendida pela defesa (prisão domiciliar). Ordem concedida para deferir-se somente a prisão especial, cumprindo-se a determinação de fls. 39 e verso" (TJ/RJ – MS n° 2006.078.00147 – Rel. Des. Suely Lopes Magalhães – 8ª Câmara Criminal – j. 07/12/2006 – grifos acrescidos na transcrição).

Seguindo a mesma esteira, o Colendo Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte orientação:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CUSTÓDIA CAUTELAR. CONCESSÃO PELO JUÍZO DO BENEFÍCIO DA PRISÃO DOMICILIAR. DECISÃO CASSADA EM SEDE DE RECLAMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO REGIMENTAL. RÉU QUE SE ENCONTRA SOB O MANTO DA PRISÃO PREVENTIVA, INEXISTINDO, NA ESPÉCIE, CONDENAÇÃO.

1. Inexistindo previsão legal contida no art. 581, do Código de Processo Penal, de que a decisão judicial concessiva de benefício de prisão domiciliar seja atacável em sede de recurso em sentido estrito, tem-se que o órgão ministerial utilizou-se adequadamente da previsão regimental da reclamação que, segundo o regimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro, seria o recurso cabível contra as decisões judiciais irrecorríveis.

2. **O recolhimento à prisão domiciliar, a teor do disposto no art. 117, da Lei n.° 7.210/84, somente será admitido, em sede de execução da pena, aos apenados submetidos ao regime aberto. Inexiste, em princípio, a possibilidade de se estender tal benefício aos segregados cautelarmente, em razão da natureza do título judicial que justifica o seu encarceramento.**

3. Ordem denegada." (STJ – HC 59604/RJ – Rel. Min. Laurita Vaz – 5ª Turma – j. 07/12/2006 – v.u. – DJ 05/02/2007, p. 278 – destaques não constantes do original).

Como se depreende da simples leitura da peça defensiva, o réu está albergado em prisão especial ou cela de Estado Maior, respeitadas suas garantias legais, não havendo qualquer menoscabo ou desrespeito à sua dignidade ou integridade física.

Note-se que, em que pese o profundo estado de depressão mencionado, não foi aviado qualquer documento comprobatório de tal anomalia.

Ademais, ainda que constasse apontamento médico/psicológico neste sentido, é de se reconhecer que questões de saúde pessoal do imputado-preso não são motivos impeditivos da prisão provisória, por não alterarem os fundamentos da necessidade cautelar (desde que o Estado forneça – quando instado – o devido tratamento médico).

Não é por outro motivo que a jurisprudência endossa o ensinamento doutrinário, refutando pretensões liberatórias como a que é agora analisada.

> "HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS. Prisão preventiva. Doença grave. **O fato de ser portador de doença infecto-contagiosa grave não garante a quem quer que seja o direito à liberdade provisória, desde que lhe seja assegurada assistência médico-hospitalar adequada**. Irregularidades processuais. A ausência nos autos do exame de lesão corporal do paciente não tem qualquer relevância na fase em que se encontra o processo, uma vez não demonstrado de plano a legitima defesa, ou hipótese de desclassificação para crime menos grave. Legitima defesa. O reconhecimento da descriminante, por ser matéria que demanda profundo exame da prova, não pode ser objeto de apreciação no âmbito estreito do habeas corpus. Excesso de prazo. Já estando encerrada a instrução criminal correspondente à primeira fase do procedimento escalonado dos crimes contra a vida, não há que se falar em excesso de prazo . Pronuncia. Estando devidamente fundamentada na sentença de pronúncia a necessidade de manutenção da custódia preventiva do paciente, inexiste o alegado constrangimento ilegal. Ordem que se denega" (TJ/RJ – HC nº 2003.059.02443 – Rel. Des. Manoel Alberto – 3ª Câmara Criminal – j. 15/07/2003 – grifos acrescidos na transcrição).

> "PROCESSUAL PENAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - LIBERDADE PROVISÓRIA - DOENÇA GRAVE - NECESSIDADE DE HEMODIÁLISE - PACIENTE QUE ESTÁ TENDO O DEVIDO TRATAMENTO HOSPITALAR - INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.
>
> - **No caso, o réu, mesmo preso, está sendo submetido a tratamento hospitalar**, fazendo a pretendida hemodiálise 03 vezes por semana. É o

que se infere do v. acórdão guerreado quando salientou (fls. 656): 'que o paciente recolhido naquele estabelecimento encontra-se sob tratamento médico no Hospital da Cruz Azul, onde é submetido a sessões de hemodiálise 3 (três) vezes por semana.' Assim, ao paciente está sendo dispensado o devido tratamento médico.

- De outro lado, é inviável a concessão de liberdade provisória ao acusado pela prática de crime hediondo, consoante recente entendimento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal (informativo 329).

- Ordem denegada" (STJ - HC 32609/SP - Rel. Min. Jorge Scartezzini - 5ª Turma - j. 23/03/2004 - v.u. - DJ 24/05/2004, p. 315 - destaques ausentes do original).

No que pertine ao estado de ânimo ou espiritual do acusado, é natural que ele seja alvo de "grave crise de depressão" (fls. 771 - item "7"), pois está encarcerado, não sendo recorrente nos manuais acadêmicos ou na prática forense a externação de sentimentos de alegria ou felicidade por parte daqueles que são alvo de medidas restritivas impostas pelo Estado.

O contato com familiares, que constitui outro direito do preso (provisório ou definitivo), vem sendo corretamente respeitado pelo Estado-Administração. No entanto, é evidente que tal contato também sofre restrições, passando a ser feito nas oportunidades previamente fixadas e autorizadas pela autoridade responsável pelo custodiado (a denominada "visitação").

No que toca ao "tormento psicológico" suportado pelo requerente, por entender que "seus clientes ficaram a 'deriva' sem qualquer solução para as lides em que este os patrocinava" (fls. 771 - item "8"), deve-se pacificar que tal fator não altera, de igual sorte, a necessidade cautelar já evidenciada nestes autos, sendo certo que a Justiça Criminal de Teresópolis/RJ não se imobilizou por esse motivo, passando a integrar o conhecimento geral que diversos Advogados e o nobre Defensor Público assumiram o mister deixado pelo requerente, não havendo qualquer prejuízo no patrocínio das causas por ele havidas.

DA (IN)DEVIDA DILAÇÃO TEMPORAL PROCESSUAL

De forma implícita, como parece ser o trunfo escolhido pela nobre Defesa Técnica, argumenta-se com a ocorrência de hipótese de relaxamento, "já se expirou o prazo legal para que o encerramento da ação penal, o que torna a prisão do acusado ilegal" (fls. 771 - item "9").

A Constituição da República Federativa do Brasil, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, teve acrescentado o inciso LXXVIII ao tradicional rol de direitos individuais do art. 5º, determinando a asseguração, a todos, no âmbito judicial e administrativo, da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Pretende-se com esta previsão normativa a obtenção de uma tutela efetiva/eficaz e em tempo útil. Porém, o faz de maneira aberta, através de um conceito jurídico indeterminado.

A duração do processo penal é de vital importância. De um lado, as dilações constituem uma grave afetação ao imputado em aspecto individual. De outra ponta, para o Estado, as implicações negativas podem ser resumidamente fixadas em dois pontos: o primeiro, o derivado do descumprimento da tarefa que lhe dá razão de ser, é dizer, a tutela das garantias individuais, e, o segundo, o referente aos custos que se somam à carga fiscal da sociedade, assim como aos gastos que a família (do imputado) deve suportar, não só para a defesa, senão para poder enfrentar as situações difíceis de readaptação. Isso para não abordar a questão da descrença social e da vítima e seus entes, em especial.

Segundo entendimento majoritário, que passará a ser objeto de análise, as circunstâncias concretas do caso conduzirão a que a situação de limitação do direito fundamental seja a mínima imprescindível a teor dos objetivos concretos.

É necessário levar em consideração, por oportuno, o tipo de delito que está sendo apreciado, pois a duração do processo deverá corresponder ao delito em questão.

> "...Mayor criminalidad convencional y criminalidad no convencional más compleja sobrecargan a la administración de justicia por obvias razones: aumento de los procesos en general, sobre todo por delitos tradicionales contra la propiedad y por las afectaciones de otros bienes jurídicos importantes que ellos normalmente conllevan, pero también por el aumento desmedido de las figuras delictivas (inflación penal), complejización de los tipos penales – que llegan has una vaguedad que los hace indescifrables e ilegítimos – y complejización de la prueba. Más allá de los grande favores que el mecanizado mundo moderno pueda aportar a la administración de justicia penal, sobre todo en materia de ordenación de datos, lo cierto es que las nuevas tecnologías han desatado, también en el sistema penal, la sensación de que todo objetivo puede ser alcanzado y, así, casos que antes eran descartados por el sistema con motivo de sus insuperables dificultades probatorias hoy son investigados hasta el final con la ayuda de los nuevos medios técnicos. Resultado: montañas de grabaciones magnetofónicas y cintas de vídeo congestionan la arquitectura de los tribunales; documentación inabarcable, que en papel representaría toneladas, se reduce a soporte magnético y exige ser conocida y evaluada por todos los intervinientes del proceso. Se trata de una 'complejización' de la cuestión probatória del hecho punible que ha superado las posibilidades de un regimen procesal diseñado hace doscientos años, como fruto de un compromiso entre el *Ancien Régime* y

el pensamiento ilustrado, con el fin de enjuiciar hechos demostrables, en lo fundamental, por la memoria de los testigos".[7]

A doutrina brasileira amoedou uma espécie de controle normativo-jurisprudencial da duração do processo, lançando mão, para tanto, do art. 8º da Lei nº 9034/95, que dispõe, com a alteração introduzida pela Lei nº 9303/96, que o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata o diploma legal, será de oitenta e um dias, quando o réu estiver preso, e de cento e vinte dias, quando solto.

Todavia, a atividade pretoriana cuidou de amainar essa construção, apontando que:

"a) a orientação de que o tempo de oitenta e um dias é exigível para o encerramento da instrução, não para a prolação da sentença, havendo mesmo forte inclinação no sentido de ser exigido esse prazo somente para o encerramento da prova acusatória;

b) a justificação do excesso em virtude de vários motivos – grande número de acusados, complexidade da causa, necessidade de expedição de precatória, instauração de incidentes (insanidade mental, dependência toxicológica, falsidade documental);

c) a declaração de inexistência de constrangimento ilegal quando o excesso resultasse de diligências de interesses da defesa;

d) a afirmação de que o excesso deveria ser verificado em cada caso concreto, dentro de um critério de razoabilidade".[8]

Assim, o prazo legalmente "fixado" passou a ser mero *marco para a verificação do excesso*. A vulneração deste ponto serviria, tão-somente, para provocar a discussão jurisdicional do tema, o que poderia ser combatido com a tese da razoabilidade.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por seu turno, já assentou que não é possível definir o conceito de *prazo razoável* e que os Estado não têm a obrigação de prescrever/firmar um *prazo fixo*.[9-10] A CIDH sustenta que o prazo pode ser razoável ainda quando supere um prazo determinado legal-

---

7. Daniel Roberto Pastor. *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2002, pp. 66/67.
8. Antonio Scarance Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2003, p. 119/120. Prossegue o autor opinando que a norma em comento deve ser aplicada para todos os crimes punidos com reclusão, e não apenas aos crimes organizados, ressalvando a hipótese do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, em que o prazo é considerado como de encerramento da instrução para a pronúncia.
9. Alberto Bovino. *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998, p. 170/171.
10. v. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Informe nº 12, de 1º de março de 1996, caso Jorge A. Jiménez v. Argentina.

mente, e que a violação do prazo só supõe uma presunção de ilegitimidade da prolongação do encarceramento que pode ser rebatida de acordo com as circunstâncias particulares do caso.[11]

A determinação da razoabilidade do prazo, diz a doutrina, é oportunamente realizada em cada caso concreto, onde se analisem distintos fatores. Sustenta-se que o prazo razoável não é o *prazo ótimo*, senão aquele que deve estar em um ponto entre este prazo e o prazo excessivo. Porém, deve-se ter em conta, não a média da duração dos processos comuns ou normais, mais simples, senão o tempo de duração das causas mais complexas, porque de outra maneira, estas nunca seriam alvo de pronunciamento jurisdicional.

A razoabilidade do prazo deve ter em conta as circunstâncias ou contingências que poderiam surgir no curso de um processo, independentes ou externos à atividade própria do órgão jurisdicional, qual é, a de ditar uma sentença condenatória ou absolutória.

Há processos que levam anos que não são considerados excessivos e processos de curta duração que violam a garantia.[12]

Assim, quais seriam os elementos que devem ser levados em conta para determinar o prazo razoável?

Preliminarmente, elaborou-se a *doutrina dos sete critérios*, que tinham valores relativos, admitindo-se a preponderância de um deles para a descoberta do excesso de prazo, como indicado por LOPES JR.:

> "Foi no caso 'Wemhoff' (STEDH de 27/6/1968) que se deu o primeiro passo na direção da definição de certos critérios para a valoração da 'duração indevida', através do que se convencionou chamar de 'doutrina dos sete critérios'. Para valorar a situação, a Comissão sugeriu que a razoabilidade da prisão cautelar (e conseqüente dilação indevida do processo) fosse aferida considerando-se:
>
> a) a duração da prisão cautelar;
>
> b) a duração da prisão cautelar em relação à natureza do delito, a pena fixada e a provável pena a ser aplicada em caso de condenação;
>
> c) os efeitos pessoais que o imputado sofreu, tanto de ordem material como moral ou outros;
>
> d) a influência da conduta do imputado em relação à demora do processo;

---

11. Alberto Bovino. *Op. cit.*, p. 178/179.
12. O *Manual Amnistía Internacional*, correspondente ao ano de 2002, página 105, afirma que os processos que foram prolongados até dez anos foram considerados razoáveis, enquanto que o prazo de outros com uma duração menor de um ano constituíram dilação indevida.

e) as dificuldades para a investigação do caso (complexidade dos fatos, quantidade de testemunhas e réus, dificuldades probatórias, etc.);

f) a maneira como a investigação foi conduzida;

g) a conduta das autoridades judiciais".[13]

Empós, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), seguindo o critério firmado pela Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH), expressou que devem ser tomados em conta três elementos para determinar a razoabilidade do prazo no qual se desenvolve o processo: a) a complexidade do caso/assunto; b) a atividade processual dos interessados; e c) a conduta das autoridades judiciais, dos auxiliares e da jurisdição interna de cada país.[14-15]

Adicionalmente ao estudo das eventuais demoras nas diversas etapas do processo, a Corte Européia empregou para determinar a razoabilidade do prazo, no conjunto de seu trâmite, o que se chama *análise global do procedimento*.[16]

Os Tribunais espanhóis, alternativamente, têm sustentado que, para a determinação do prazo razoável, deve considerar-se a complexidade do litígio, o comportamento processual tanto dos litigantes como do órgão jurisdicional e uma margem ordinária de duração normal de processos similares, no que se refere à integralidade do procedimento, e não apenas a um seu trecho específico.[17]

Segundo setor da doutrina, o estabelecimento de prazos acabaria por viciar a formação do processo ou forçar sua conclusão, aceitando a duração limitada como um fim em si mesmo e não mais um princípio a ser observado, o que acarretaria resultados contrários e contraproducentes.

Dessarte, deve-se abandonar a frustrada tentativa de fixação do prazo de oitenta e um dias, até porque trata-se de imputação de crimes graves.

A complexidade do presente caso, com a ocorrência de interceptações telefônicas judicialmente concedidas, autorizam e mantêm lídima a dilação processual até agora assumida, razão pela qual não deve ser encampado o pedido de relaxamento por excesso de prazo.

---

13. Aury Lopes Jr. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 104/105.
14. Neste sentido: Gilson Bonato. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 189/190; Aury Lopes Jr. *Op. cit.*, p. 104/105.
15. Às vezes, faz-se menção a um quarto elemento não indicado usualmente pela doutrina, em consonância com o art. 8º da Convenção Americana sobe Direitos Humanos: "la forma cómo se ha tramitado la etapa de instrucción en el proceso" (de acordo com o Informe 43/96; caso 11430, de 15 de outubro de 1996, ponto 54, Comissão Interamericana de Direitos Humanos).
16. CIDH, Caso Genie Lacayo, Sentença de 29 de janeiro de 1997.
17. Tribunal Constitucional Español, STC nº 223/1999, del 29 de noviembre de 1999.

Conclusão

Diante do exposto, promove o **Ministério Público** pelo **integral indeferimento** dos rogos defensivos (reinquirição de testemunha, prisão domiciliar e relaxamento da prisão), nos termos do parecer acima vazado.

Teresópolis, 15 de junho de 2007.

DÉCIO ALONSO GOMES

Promotor de Justiça

Embargos infringentes na ação rescisória. Violação a dispositivo de lei. Art. 20 § 4º do CPC. Interesse e legitimidade do procurador em rescisória ajuizada contra o cliente e seus advogados, credores de verba subumbencial. Descabimento da rescisão, que não se confunde com a revisão do julgado.

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PROCESSO nº 2009.005.00010
Embargos Infringentes na Ação Rescisória nº 161/07
Relator: Des. Ricardo Bustamante
Embargantes: Xerox Comércio e Indústria Ltda. e outro
Embargado: Estado do Rio de Janeiro

Parecer do Ministério Público

Embargos infringentes na ação rescisória. Violação a dispositivo de lei. Art. 20 § 4º do CPC. Condenação contra a Fazenda Pública fixada em 10% sobre o valor da causa. Limites da divergência: legitimidade passiva da parte originária, em litisconsórcio com a procuradora e ocorrência da hipótese legal. Desprovimento do 1º recurso e provimento do 2º. Reforma da decisão embargada para extinguir a rescisória.

Trata-se de embargos infringentes opostos contra decisão que julgou procedente rescisória proposta pelo Estado do Rio de Janeiro em face de contribuinte e seus advogados, credores de verba sucumbencial estabelecida em ação anulatória de débito fiscal. O acórdão se encontra assim ementado (fls. 892):

> "Ação rescisória. Argüição de violação à literal disposição de lei. Art. 485, V, do CPC. As partes na ação rescisória são as mesmas do processo originário. Rejeição da preliminar de ilegitimidade de parte. Discussão a respeito de verba honorária. Parte integrante da sentença, constituindo um de seus capítulos. Admissibilidade de ação rescisória parcial. Lição da doutrina e da jurisprudência. Arbitramento da verba da sucumbência em 10% (dez por cento) do valor da causa. Invocação ao art. 20, § 3º, do CPC. Necessidade de observar o art. 20, § 4º, daquele diploma legal citado,

tendo em vista cuidar a hipótese de condenação contra a fazenda pública. Decisão teratológica. Julgamento que não ocorreu de acordo com a lei, mas contra ela. Necessidade de resguardar os interesses fazendários. Violação à literal disposição lei admitida. Art. 485, V, do CPC. Procedência do pedido rescisório obrigatoriedade de rejulgamento da apelação. Inexistência de grande complexidade na causa. Discussão envolvendo a cobrança de ICMS, quando da transferência de mercadoria da matriz para a filial da mesma empresa. Questão singela, objeto da súmula nº 166, do STJ. Trabalho que não exigiu grande esforço dos advogados para a vitória na demanda. Circunstâncias do caso concreto que aconselham arbitrar os honorários advocatícios em importância que observe os critérios da moderação e da razoabilidade, de acordo com o art. 20, § 4º, daquele diploma legal citado. Sujeição dos réus ao pagamento de custas e honorários para esta ação rescisória. Matéria preliminar rejeitada, por unanimidade e provimento parcial ao recurso, por maioria de votos."

O voto vencido está às fls. 897 e expressa a acirrada divergência entre os membros do Órgão Especial no julgamento, decidido por apertada maioria, como se vê da certidão de fls. 891. A corrente vencida acolhia a preliminar de ilegitimidade passiva da 1ª Ré, sob fundamento de que (1) "não há justificativa para que (...) a parte que não será afetada de modo algum pela rescisão da verba honorária permaneça no pólo passivo"; e julgava extinto o processo por descabimento da rescisória na espécie, uma vez que (2) "não ficou comprovada a violação literal de lei". Estes os limites da divergência.

O 1º recurso, da contribuinte, está às fls. 905. Invocando a lição do mestre Barbosa Moreira, sustenta sua ilegitimidade, por se dirigir a rescisão à parte da decisão que não lhe interessa, qual seja, a condenação em honorários. Segundo o Estatuto da OAB, afirma, os honorários de sucumbência não lhe pertencem, mas sim ao outro Embargante, que detém a qualidade de parte. Sobre a questão da titularidade do direito, traz à colação decisões da Corte (fls. 910). Sendo assim, não se justifica sua participação no processo, muito menos a condenação ao pagamento de custas e honorários imposta nesta ação.

Embargos oferecidos pelo 2º Réu às fls. 918. Insiste na tese da impossibilidade de se "rediscutir eventual injustiça dos honorários na sede excepcional da rescisória". Afirma que o voto vencedor teria julgado procedente a rescisória sob o fundamento de que a decisão rescindenda teria aplicado equivocadamente o art. 20 § 3º do CPC, e por consequência, deixado de aplicar o § 4º do mesmo dispositivo. A referência ao § 3º, ao contrário, teria ocorrido apenas em relação aos critérios valorativos, não ensejando, portanto, a rescisão do julgado. Sustenta, em síntese, a inocorrência de violação à lei, trazendo à colação aresto do STJ, recentemente publicado, que acolhe a tese do Embargante (fls. 927).

O Estado apresentou contra-razões aos dois recursos, às fls. 936 e 939.

É o relatório.

O 1º recurso não merece provimento.

A preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela contribuinte, sob fundamento de que não possui interesse jurídico-processual na rescisória, deve ser afastada, prevalecendo o entendimento da maioria, que acolheu a regra geral da identidade das partes no processo original.

O argumento de que a questão dos honorários, pertencentes exclusivamente ao patrono da parte, constitui "capítulo da decisão" que não interessa à parte, sua cliente, embora sedutor, não convence. Com efeito, a regra geral que atribui qualidade de parte a quem integrou a relação processual originária admite exceções, como registra a doutrina, valendo lembrar que este processo é um exemplo disto, pois a sociedade de advogados não figurou como *parte* no feito original.

Na esteira da citada lição de Barbosa Moreira, sobre o tema também se pronunciou o Prof. Alexandre Câmara, nobre integrante desta Corte. Confira-se:

> "Caso interessante é o da sentença que contém dois ou mais capítulos e a ação rescisória ter por objeto a desconstituição de apenas um deles. Neste caso, o pólo passivo será ocupado apenas por quem tivesse qualquer elemento de conexão com aquele capítulo da sentença. Pense-se, por exemplo, no caso de ter A proposto demanda condenatória em face de B e, na própria petição inicial, denunciado a lide a C. Julgado improcedente o pedido principal e procedente a denunciação da lide, pode acontecer de C propor ação rescisória (alegando, por exemplo, que o juiz era impedido de atuar na causa). Neste caso, evidentemente, apenas A será legitimado passivo para a rescisória, já que não há qualquer pretensão de rescisão do capítulo da sentença que diz respeito a B. O mesmo se dará, por exemplo, se dois autores, X e Y, demandaram em face da empresa Z para pleitear reparação de danos decorrentes de vícios existentes em produtos idênticos, de fabricação da ré, que adquiriram. Julgados improcedentes ambos os pedidos, pode acontecer de apenas X propor ação rescisória, postulando a desconstituição do julgamento de improcedência de sua pretensão (sob o fundamento, por exemplo, de que obteve documentos inédito de que não pode fazer uso). Neste caso, evidentemente, não haverá qualquer razão para que Y participe do pólo passivo da demanda de rescisão." (*Ação Rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 133)

Os exemplos acima, assim como aqueles indicados por Barbosa Moreira (fls. 908), dizem respeito à cumulação de demandas, por litisconsórcio voluntário ou intervenção de terceiros, quando há várias relações jurídicas independentes, estabelecidas entre os litisconsortes e a parte adversa. Não há qualquer semelhança com o caso dos autos.

Ao contrário do que ocorre com as situações de pluralidade subjetiva por cumulação de demandas, entre a parte e seu patrono há – necessariamente – uma comunhão de interesses. Tanto assim que a jurisprudência afirma, de for-

ma pacífica, a legitimidade da parte inclusive para executar os honorários, embora pertencentes ao advogado. Vale trazer à colação:

> "PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEGITIMIDADE, TANTO DA PARTE COMO DO PATRONO PARA PLEITEAR. JUNTADA DA ÍNTEGRA DA DECISÃO RESCINDENDA E DA CERTIDÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. AÇÃO TEMPESTIVA. EXECUÇÃO NÃO-EMBARGADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. AÇÃO AJUIZADA ANTES DA MP Nº 2.180/01. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE. 1. A jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que o art. 23 da Lei nº 8.906/94, apesar de estabelecer que o advogado tem o direito autônomo de executar a verba sucumbencial, em nenhum momento afasta a legitimidade da própria parte para executar os honorários de seu patrono, mormente não havendo entre eles qualquer conflito. 2. Havendo nos autos dados suficientes que permitam aferir os limites do acórdão rescindendo e a ocorrência do seu trânsito em julgado, torna-se prescindível a juntada da cópia integral da decisão e da certidão com tal informação. 3. Embora o INSS tenha invocado a Súmula 343/STF, não logrou demonstrar em que residiria a controvérsia sobre a matéria analisada, restringindo-se a mencionar a ocorrência de dissídio dentro do próprio STJ. Inexistindo notícia de que a divergência tenha se dado também no âmbito de outras cortes, há de ser afastada a aplicação da referida súmula. 4. A Medida Provisória nº 2.180/01, que modificou o artigo art. 1º-D da Lei nº 9.494/97, determinando que não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas, tem incidência apenas nos processos executivos iniciados após a sua vigência. 5. Ação rescisória procedente." (AR .975/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/06/2008, DJe 12/11/2008)

Se é assim, havendo interesse jurídico-processual, a parte deve responder, juntamente com o advogado, aos termos da rescisória, sujeitando-se inclusive à nova sucumbência, tal como ocorreu neste caso.

Quanto ao 2º. recurso, dirigido contra o *iudicium rescindens*, deve ser provido.

O Estado alega violação ao art. 20, §4º. do CPC, sob fundamento de que foi condenado ao pagamento de honorários "exorbitantes e desproporcionais", em quantia que corresponde a 10% do valor da causa, porém monta a mais de 3 milhões de reais. Afirma que, apesar do elevado valor, tratou-se de causa de pouca complexidade, fundada em teses consagradas, que não exigiu dos advogados um "esforço incomum que justificasse o valor estipulado".

Mais não precisaria ser dito para concluir pelo descabimento da rescisória na espécie. O fundamento invocado pelo autor, ora embargado, revela claramente que se pretende a reapreciação da questão e não sua anulação. Não ocorreu a violação direta ao texto da lei, hipótese que de forma extraordinária daria ensejo a desconstituir a coisa julgada material.

A norma, supostamente violada, não contém comando que possa admitir violação direta. Tratando-se de ação deduzida em face do Estado, diz a lei processual, os honorários devem ser fixados "conforme apreciação eqüitativa do juiz" que, como o próprio Embargado afirma, não ficará sequer adstrito ao valor da condenação. Não há parâmetros estabelecidos nesta regra, os quais, eventualmente, poderiam ter sido olvidados pela decisão, que se tornaria rescindível. Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 20, § 4°., DO CPC. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA. I.- É possível a fixação da verba honorária sobre o valor da causa, em ações julgadas improcedentes. II.- Para que "a ação rescisória seja acolhida por violação a dispositivo de lei (CPC, art. 485, V) é preciso que a norma legal tida como ofendida tenha sofrido violação em sua literalidade" (AR n° 1.228/RJ, Segunda Seção, Relator o Ministro Castro Filho, DJ de 28/6/04). 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" (AR n° 464/RJ, Segunda Seção, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 19/12/03). III.- No caso, portanto, ao fixar a verba honorária, o julgador deu uma das interpretações cabíveis ao tema, tanto que indicou o artigo 20, §§ 3° e 4° do Código de Processo Civil como base da sua decisão. Agravo improvido." (AgRg no Ag 677.164/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 03/10/2008)

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA PELO JULGADO RESCINDENDO. APONTADA EXORBITÂNCIA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MATÉRIA APRECIADA E DECIDIDA COM EXPRESSA APRECIAÇÃO DA PROVA PELA SENTENÇA E PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO LITERAL DO ARTIGO 20, §§ 3° E 4°, DO CPC. AÇÃO RESCISÓRIA NÃO-PROVIDA. 1. Cuida-se de ação rescisória ajuizada com o fim de impugnar acórdão que, em sede de agravo de agravo regimental (embargos de declaração recebidos como agravo regimental) em agravo de instrumento, conferindo parcial provimento ao pedido, determinou que, na correção monetária do balanço da empresa contribuinte, fosse adotado o IPC, ao percentual de 42,72% em janeiro de 1989 e de 10, 14% em fevereiro de 1989. Anote-se, por relevante, que o trânsito em julgado da decisão rescindenda se verificou em 25/04/2005, conforme certidão de fl. 531, a ação foi ajuizada em 19/04/2007 (fl. 2), estando observado o prazo bienal reservado para a apresentação do inconformismo. O inconformismo, todavia, dirige-se ao percentual dos honorários advocatícios, fixados ao percentual de 10% sobre o valor da condenação pela sentença, sendo que, no julgado rescindendo, ao ser em parte deferido

o pedido, houve a inversão dos ônus da sucumbência, passando essa obrigação a ser reputada à Fazenda Nacional. 2. No que se refere ao particular objeto de irresignação, a apontada exorbitância de honorários, verifica-se que a decisão que se busca rescindir, tão-somente, inverteu tal ônus, e assim manteve o juízo eminentemente probatório realizado pela sentença e pelo Tribunal a quo. Nesse sentido, a propósito, está expressamente consignado na sentença (fl. 137) que a fixação de honorários se deu com apoio na consideração dos elementos constantes no art. 20, parágrafos 3° e 4° do Código de Processo Civil, como se demonstra: "Por derradeiro, condeno a União Federal ao pagamento das custas processuais adiantadas pela autora, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios do patrono da demandante, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, levando em conta o disposto nos §§ 3° e 4°, do art. 20, do CPC." 3. Evidenciado, portanto, o absoluto descabimento do inconformismo, porquanto a simples edição de resultado diverso do buscado pela parte, o que na espécie se dá em relação à Fazenda Nacional, por si só, não caracteriza o motivo rescisório regulado no precitado artigo 485, V, do Estatuto Processual. 4. Ação rescisória não-provida." (AR 3.754/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2008, DJe 23/06/2008)

A decisão embargada, esta sim, afasta a aplicação do art. 20, §4°. do CPC e, a prevalecer, converte a rescisória em mais um recurso à disposição da parte para obter o reexame da matéria decidida, descaracterizando-a como instrumento para desconstituição da coisa julgada.

Ainda que se possa considerar injusta a decisão rescindenda, a questão se encontra abrigada pelo manto da coisa julgada e o erro de direito, sustentado pelo Estado-embargado, não está incluído dentre as hipóteses de cabimento da rescisão.

Pelo exposto, o Ministério Público opina pelo desprovimento do 1°. recurso, confirmando-se a legitimidade da Embargante, e pelo provimento do 2°., para reformar a r. decisão de fls. 892, e julgar extinto o processo sem julgamento de mérito, pelo descabimento da rescisória na espécie.

Rio de Janeiro, 13 de fevereiro 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

Ação de investigação de paternidade. Exame hematológico (DNA). Não constitui constrangimento ilegal a realização da perícia que exige a colaboração da parte para a retirada, levada a efeito por médico, do seu sangue. Prova de natureza científica que não atenta contra a moral ou os bons costumes. Recusa injustificada que se traduz em abuso de direito. Legitimidade de condução coercitiva do investigado para que seja compelido a fornecer o material necessário para a efetivação da perícia médica.

Proc. No.: 2001.031.004524-2

MM. Dr. Juiz,

"Resta indisputado que o direito de família e, especificamente, a identificação da paternidade, foi a área do direito que mais evoluiu com a descoberta do teste de DNA.

*(...)...**passou-se a acreditar em "busca da real paternidade" enquanto alhures, mesmo com sentenças, acórdãos e coisa julgada, esta permanecia sempre no movediço terreno do "talvez".** " (grifamos)*

Schonblum, Paulo Maximilian Wihelm *in Temas Polêmicos do Direito de Família*, Ed. Freitas Bastos, 10 Edição, 2003, Rio de Janeiro, pág. 39.

Trata-se de ação investigatória de paternidade aforada por Geisa Antônia de Sá, representada por sua genitora Marlúcia Antônia de Sá, em face de Getúlio José da Silva.

O Ministério Público elaborou relatório circunstanciado às fls. 40/41, ora acolhido, opinando que a desídia da parte ré, em tema de direitos indisponíveis, não produz o efeito principal da revelia. Acrescentou que, nada obstante o comando do art. 232 do Código Civil, a presunção relativa deve ser aferida de conformidade com o conjunto probatório.

Contudo, nos termos da Promoção *supra* referida:

*"Pela análise das **provas** coligidas aos autos, percebe-se que a mesma é **nebulosa** no tocante à prova da paternidade da réu, uma vez que genitora da autora, pelo que se depreende dos depoimentos prestados às fls. 35 e 36, manteve com o réu e com pessoa chamada Paulo, relacionamentos bastante próximos, chegando mesmo a afirmar que des-*

cobriu que estava grávida um mês após ao reatamento com o réu, logo após terminar o relacionamento com Paulo.

Ademais, afirma a autora que possui uma filha com o réu, reconhecida por ele, porém não junta cópia da certidão de nascimento.

Em vista do exposto e visando buscar a verdade acerca dos fatos, a fim de resguardar os interesses da autora, requer o Ministério Público a designação de audiência como última tentativa de viabilizar a realização do exame de DNA, intimando-se o réu."

Designada a audiência requerida, o réu não atendeu ao chamado judicial conforme certidão de fls. 48.

Às fls. 54 foi ouvida mais uma testemunha, companheira do irmão da genitora, tendo sido declarado que o relacionamento desta com Paulo terminou mais de um ano antes da gravidez de Geisa bem como foi informado que o Réu trata a menor como sua filha, encontrando nesta reciprocidade.

Às fls. 56/58 a autora ofereceu alegações finais requerendo a procedência do pedido ante a prova oral e documental produzida.

Do confronto do depoimento de fls. 54 com os de fls. 55 há um choque de versões.

Declara a genitora: *"que logo após a separação com Paulo voltou com o réu e engravidou (...) que ao final do relacionamento com Paulo não mais mantinham relações sexuais, razão pela qual tem a depoente certeza de que a filha é de Getúlio; que ficou sabendo que estava grávida de Geisa* ***mais ou menos um mês*** *após o início do relacionamento com Getúlio."* (grifamos)

Já a companheira do irmão da genitora afirma: *"que sabe que Marlúcia morou com um tal de Paulo, mas que esse relacionamento terminou* ***mais de um ano*** *antes da gravidez de Geisa."* (grifamos)

A terceira testemunha somente acrescentou impressão pessoal de que a autora seria parecida com o réu pelos olhos, testa e cabelo.

Este o quadro fático.

A declaração de paternidade não pode decorrer da desídia do investigado, sob pena de constituir punição que findará por incidir sobre o investigante.

Consignando a orientação das Cortes Superiores, por deferência aos precedentes, permite-se o *Parquet*, por respeito à consciência, opinar pela condução do investigado para realização da perícia.

Antes, porém, cumpre colacionar a nota de rodapé produzida por **Paulo Maximilian Wilhelm Shconblum** que, não obstante conclua em sentido diverso do aqui sustentado, reconhece:

"No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, forte é a corrente que entende ser obrigatória a realização do exame."

"Exame hematológico (DNA). Não constitui constrangimento ilegal a perícia que exige a colaboração da parte para a retirada, feita por médico, do seu sangue para exame. Perícia admitida, no saneador há de ser feita antes da audiência da ação ordinária." TJ/RJ - 10 Câm., Rei. Des. Martinho Campos, Ag.1708/92.

Investigação de paternidade. Prova hematológica. HLA (...) Tratando-se, como se trata, de prova científica que não atenta contra a moral, nem aos bons costumes, ao contrário, profilática em relação a que, por vezes se praticam as investigações de paternidade, têm os autores um lídimo direito de produzi-la. (TJ/RJ - 70 Câm., Rei. Des. Paulo Roberto de Freitas, Ag.1317/88)."Ob.Cit.Pág.62.

Para tanto, colacionam-se insuspeitas lições.

Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra "Reconhecimento da Paternidade e seus Efeitos", bem percebe que a fixação do tipo sangüíneo em termos tão precisos resulta em *"elemento de convicção definitivo de hereditariedade biológica." apud* Peña de Moraes, Guilherme *in* Direitos Fundamentais - Conflitos & Soluções, 1ª Edição, Labor Juris, 2000, pág. 76.

Como salienta o Ministro **Moreira Alves,** os direitos fundamentais não podem ser utilizados como escudo protetor para a prática de ilícitos e, acrescentamos, nem de atos imorais.

A doutrina constitucional pós positivista defendida em língua portuguesa, dentre outros, por **Luiz Roberto Barroso, J. J. Gomes Canotilho** e **Jorge Miranda** soluciona a matéria através da técnica de ponderção de interesses.

Nesse diapasão, preciosa é a lição do eminente **Eros Roberto Grau** acerca da efetividade dos princípios constitucionais:

"Tais princípios, em estado de latência existentes sob cada ordenamento, isto é, sob cada ***direito posto****, repousam no* ***direito pressuposto*** *que a ele corresponda."* (grifamos) Grau, Eros Roberto *in* Despesa Pública - Conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas - O princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o Princípio da legalidade da despesa pública. Pág. 134.

Prossegue o Mestre sistematizando a melhor doutrina européia e americana:

"Como porém enfatiza ***Robert Alexy****, são também normas os princípios: ambas,* ***princípios e regras afirmam o dever ser****; ambas são formuladas a partir da deontologia da expressão básica da ordem. (...) a distinção entre regras e princípios se equaciona como distinção entre duas espécies de norma."* (grifamos) *Ob. Cit,* pág. 135.

"...observa ***Dworkin*** *-e seu pensamento passo a expor- uma distinção lógica apartando os princípios das regras jurídicas.*

As regras são aplicáveis por completo ou são ou não são, de modo absoluto aplicáveis. *Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira - o suporte fático hipotético, o Tatbestand - se verifiquem em uma situação*

concreta e, sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada. ***Já os princípios atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para a sua aplicação se manifestam.*** "Ob. Cit. Pág. 138.

Reconhecida a normatividade dos princípios os casos de antinomia que entre eles se revelem são superáveis sem crise do sistema jurídico que, justamente por sê-lo, se pretende coerente e internamente harmônico.

Basta interpretar sistematicamente as normas constitucionais. Estas reconhecem valores e princípios que, se em concreto conflitarem entre si, devem ser, também em concreto, compatibilizados pelo Magistrado.

Com tal exercício hermenêutico, não há em doutrina ou jurisprudência quem seriamente sustente ofensa a qualquer dos princípios constitucionais sobre os quais se exerce a ponderação.

Muito ao revés, o hermeneuta acaba por reconhecer-lhes a autoridade na exata medida em que o resultado de sua interpretação importará na superação daquela determinada antinomia e de nenhuma outra mais.

Nos presentes autos trava-se oposição entre a intimidade de um adulto quanto ao direito de não ser tocado, *v.g.*, por uma espátula, e o direito de uma criança saber, com a certeza permitida pela ciência, qual é sua ascendência biológica.

Intuitivo o interesse que deve ceder.

"O sacrifício imposto ao pretenso pai é "risível"." Min. Francisco Resek, *in* HC no. 71373-4, voto vencido. *apud Maria* Celina Bodin de Moraes, A recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade *in* A Nova Família: problemas e perspectivas. Org. Vicente Barreto. Ed. Renovar, 1ª Edição, 1999, Fls. 189.

.....

"...a alegação de que a ínfima quantidade de sangue (...uma única gota de sangue ou um mero fio de cabelo) retirada com a finalidade de comprovar a filiação, violaria integridade física, traz à memória o sofisma infligido à Shylock, o célebre personagem de Shakespeare." Ob. Cit, Fls. 189.

Não só por que à criança o Poder Constituinte originário reservou **absoluta prioridade** como também pelos reflexos diretos quanto ao direito à vida e à efetiva prestação jurisdicional.

Uma filtragem constitucional impede qualquer alegação séria de que a absoluta prioridade constitucionalmente reservada encerre mera exortação. Tal assegura, na expressão do Min. Carlos Ayres Brito, a "salvaguarda da vangurada".

No mesmo sentido leciona o insuspeito Gustavo Tepedino:

"Em sede interpretativa, tais dispositivos constitucionais consubstanciam o que se denominou um deslocamento do objeto da tutela do direito de família; representam, com efeito, a preponderância atribuída, constitucionalmente, aos direitos e interesses de cada um dos membros da família, devendo a "comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana e, em particular, da criança e do adolescente. " Tededino, Gustavo *in* A Tutela Jurídica da Filiação. Pág. 231 *apud Ob. Cit.* Fls. 178 (grifamos).

Quanto ao direito à vida, basta pensar nas doenças geneticamente transmissíveis, desde logo acompanháveis se há certeza quanto à ascendência, bem como os casos de transplante, nos quais o parentesco diminui sensivelmente o risco de rejeição.

Sintetiza Maria Celina Bodin de Moraes, *verbis:*

"...significa não apenas impedir o incesto e possibilitar a aplicação dos impedimentos matrimoniais ou prever e evitar enfermidades hereditárias mas, responsavelmente, estabelecer o vínculo entre o titular do patrimônio genético e sua descendência, assegurar o uso do sobrenome familiar, com sua história e reputação, garantir o exercício dos direitos e deveres inerentes ao pátrio poder, além das repercussões patrimoniais e sucessórias. " (grifamos) Ob. Cit., Fls. 188

Em atenção ao direito de acesso à justiça, este só pode ser entendido como aquele que realiza pacificação social e esta certamente estará mais próxima se a decisão for acertada. **Dispondo a ciência de um juízo de certeza, não pode o Poder do qual se espera a produção de Justiça operar com presunções.**

Nas famílias arcaicas os filhos não eram considerados sujeitos de direito, restando perpetuamente submetidos à autoridade do chefe da família. Nestes autos, sequer se pretende ser pai, mas se quer gravar o patrimônio genético da investigante com uma espécie de cláusula perene de presunção da origem, marcando para sempre suas futuras gerações, numa eternidade que nem o direito patrimonial ousou permitir.

Nos presentes autos a prova oral é frágil, colhida no núcleo familiar da genitora e ainda assim apresentando as contradições já apontadas.

Em situações tais, precisa é a lição do ilustre Professor e Procurador da República Daniel Sarmento:

"Na nossa opinião, a posição do Min. Sepúlveda Pertence (HC 76.0606/SC) está absolutamente correta. Quando a realização do exame de DNA afigurar-se realmente vital para a identificação da paternidade, será justificável a restrição ao direito à intangibilidade corporal do suposto pai. (no mesmo sentido, Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. 5º Ed São Paulo: Atlas,1999, p. 607.) Mas quando existirem outros meios de prova, suficientes ao esclarecimento da questão sob o prisma cientifico, a realização coativa do exame representará constrangimento ilegal. ***Em outras palavras, o resultado da ponderação de interesses irá variar de acordo com as***

circunstancias em que eclodir o conflito entre o direito à incolumidade física e o direito ao reconhecimento do genitor natural, já que ambos possuem dignidade constitucional." in A ponderação de interesses na Constituição federal, Lumen Juris, 2000, 1ª Ed. Rio de Janeiro, Pág. 187. (grifamos)

O investigado é desidioso e com tal conduta espera embaraçar os trabalhos do Juízo.

A quem se pretende imputar o resultado do drama?

Procedência ou improcedência importarão na eterna incerteza a afligir o menos responsável pelo quadro que suporta: o descendente.

A este não foi permitido escolher os pais. Por certo o Poder Constituinte Originário não lhe proibiu de ao menos saber com segurança quem são.

Vai nesse sentido a lição de Maria Celina Bodin de Moraes. *Verbis:*

"A integral tutela da criança, em particular de sua dignidade, reflete, nessa medida e ainda hoje, tarefa primária e urgente, da qual decorre, em primeiro lugar, o conhecimento da identidade verdadeira, e não presumida dos progenitores. Núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem no patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou direitos de natureza patrimonial, **a paternidade e a maternidade representam as únicas respostas possíveis ao questionamento humano acerca de quem somos e de onde viemos.**" Ob. Cit., Fls.187/188. (grifamos)

.....

"Saber a verdade sobre sua própria historicidade é direito elementar e fundamental que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar. " Osmar Brina, Procurador Geral da República, em parecer relativo à ação de contestação de paternidade julgada procedente no STJ, no REsp. no. 4987-RJ *in* RSTJ 26/382 *apud Ob.* Cit., Fls. 188.

Examinando os argumentos vencedores em jurisprudência, as Cortes vêm inadmitindo a obrigatoriedade do exame de DNA por ausência de texto legal que o exija. Vai-se além, considerando que tal lei, caso existisse, seria inconstitucional.

Disseca Maria Celina Bodim:

"Quanto a tal alegação, colhem-se, no voto do Min. Francisco Resek, dois fundamentos legais permissivos da aludida perícia forçada, quais sejam, o do art. 27 do ECA e do art. 339 do CPC. O primeiro estabelece que o reconhecimento do estado de filiação não pode sofrer qualquer restrição, sendo certo que a recusa significará restrição. O segundo estipula que todos têm o dever de colaborar com o Poder Judiciário para o estabelecimento da verdade.

Cita, ainda, o Ministro Resek outros dispositivos processuais, em tema de prova. São eles os arts. 130 e 332 do CPC, que servem a autorizar, de um lado, que o juiz determine as provas que considera necessárias à instrução do processo e, de outro lado, a

admitir não apenas meios legais do processo, mas também meios moralmente legítimos, desde que hábeis a provar a verdade dos fatos em que se funda a ação. Ob. Cit., Pág. 190.

Por fim, é de se reconhecer, mais uma vez com fundamento na lições do insuspeita Professora, que a recusa injustificada constitui abuso de direito:

"trata-se, mais propriamente, de confrontar as duas faces de uma mesma moeda, quais sejam, o aspecto lógico-formal do direito(estrutural) e o aspecto ético-social (funcional), e considerar que ***o princípio da proibição do abuso do direito atua como limite interno ao próprio direito (subjetivo), o qual somente vigorará para o seu titular se, e enquanto, não for exercido de nodo nocivo ao interesse social"*** Ob. Cit. Pág. 193.

(grifamos).

.....

"Aos que temem a instauração de precedente, a ser evitado a qualquer custo, pode-se opor a consideração de que, na nossa ordem constitucional, ***o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece sempre os limites intransponíveis, para além dos quais há apenas ilicitude.*** " Ob. Cit. Pág. 194. (grifamos).

Por todo o exposto, opina o Ministério Público pela condução coercitiva do investigado para que, seja compelido a fornecer o material necessário à produção da perícia médica.

Maricá, 21 de junho de 04.

Mateus Picanço de Lemos Pinaud
Promotor de Justiça Substituto

JURISPRUDÊNCIA

HABEAS CORPUS 85.526 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto
Paciente: João Batista Bernardo
Impetrantes: Alberto Silva dos Santos Louvera e outros
Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. ***Alegação de constrangimento ilegal decorrente da admissibilidade e do julgamento de recurso especial interposto pelo Ministério Público. Condenação em primeira instância e absolvição na segunda. Recurso especial que teve por objetivo restaurar a sentença condenatória.***

Superada a decisão condenatória com a qual assentiu, recobra o Ministério Público legitimidade para o recurso cabível. Inexistência de constrangimento ilegal.

Habeas corpus **indeferido.**

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, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 23 de agosto de 2005 – Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus*, no qual se argúi constrangimento ilegal por efeito do provimento de recurso especial pelo Superior Tribunal Justiça. Recurso, esse, interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, tribunal que reformou sentença condenatória do paciente, absolvendo-o da acusação de infração ao art. 168-A do Código Penal.

2. Pois bem, no entender do impetrante, como deixou de ser manejada apelação pelo *Parquet* após a prolação da sentença condenatória, esta passou em julgado para a acusação. Daí reputar inaceitável a admissão do recurso especial interposto pelo órgão ministerial público, já agora contra a decisão absolutória que veio de proferir a Corte Regional, em recurso do réu. Por esse motivo, o impetrante pede, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, e, no mérito, a decretação de nulidade do recurso especial.

3. Na seqüência, indeferi a liminar pleiteada, ao tempo que solicitei informações à autoridade apontada como coatora. Prestadas tais informações, sobreveio parecer da Procuradoria-Geral da República pela denegação do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Conforme relatado, a controvérsia jurídica a ser equacionada no presente *mandamus* consiste em saber se é processualmente possível que, à ausência de interposição de recurso de apelação da sentença condenatória, o Ministério Público venha a recorrer da decisão de segunda instância em sentido contrário àquela com a qual se satisfez. *In casu*, houve condenação em primeira instância, com a qual se conformou o *Parquet*. O paciente, entretanto, recorreu, logrando absolvição no Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Daí a interposição do recurso especial pelo órgão ministerial público, visando à restauração da sentença condenatória.

6. Pois bem, o que alega o impetrante é estar a sofrer constrangimento ilegal decorrente da admissibilidade e do julgamento do referido recurso especial. Isso porque a decisão monocrática transitou em julgado para a acusação, não havendo mais ensejo processual para atuação do órgão ministerial público.

7. Começo por anotar que, ao despachar a liminar, deixei consignado (fls. 73/74):

> "É bem verdade que o Ministério Público, ao não recorrer da sentença condenatória, se deu por satisfeito com a decisão, tal como proferida, vedado recurso posterior para aumentar a pena ou qualquer outro pedido que prejudique o réu. Mas o parâmetro a ser observado não deixa de ser a condenação, sendo este o pronunciamento judicial aceito pela acusação. Assim, posterior decisão absolutória do tribunal de apelação alterando esse quadro, por certo, devolve legitimidade ao *Parquet*, que pode contra ela se insurgir, muito embora tal recurso fique adstrito aos parâmetros da sentença condenatória reformada".

8. Prossigo neste voto para dizer que a primeira impressão acerca da *quaestio juris*, expressa quando da sumária cognição da medida liminar, está a se confirmar neste exame mais aprofundado do mérito da impetração, sobretudo por mérito do parecer ofertado pela Procuradoria-Geral da República, parecer do qual se extrai o seguinte trecho (fls. 109/110):

"No caso em tela, quer o impetrante fazer crer que se o MP não recorreu da sentença, não teria ele direito de demonstrar sua insatisfação em outro momento. Ora, deve-se ter em mente que o único efeito de não ter recorrido, já que se conformou com a pena aplicada, seria a impossibilidade, em sede de recurso, de agravar a sanção imposta ao ora paciente, tendo em vista que, nesse ponto, de fato, houve o trânsito em julgado para o *parquet*.

Entretanto, em havendo, como houve, uma decisão do TRF Segunda Região no sentido de extinguir a sanção outrora aplicada, com a qual concordou o órgão ministerial, foi-lhe devolvida a possibilidade de recorrer para ver restabelecida a pena anteriormente imposta.

(...)

Não se vislumbrando, na espécie, qualquer constrangimento ilegal, opina o Ministério Público Federal pela denegação da presente ordem de *habeas corpus*".

8. É como penso na matéria. E por assim pensar, indefiro o writ.

EXTRATO DA ATA

HC 85.526/RJ — Relator: Ministro Carlos Britto. Paciente: João Batista Bernardo. Impetrantes: Alberto Silva dos Santos Louvera e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Eitel Santiago de Brito Pereira.

Brasília, 23 de agosto de 2005 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 85.803 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto
Paciente: Luiz Gustavo Baptista Teixeira
Impetrantes: Henrique Pereira Baptista e outros
Coator: Primeira Turma do Conselho Recursal dos Juizados Especiais Criminais da Comarca da Capital

Habeas corpus. ***Alegação de inexistência de justa causa para a ação penal. Denúncia baseada apenas no registro de ocorrência feito pela vítima. Crime de ameaça. Importância da palavra da vítima. Juizados Especiais Criminais.***

Apesar de lastreada apenas no Registro de Ocorrência, a denúncia preenche os requisitos minimamente necessários a dar início à persecução penal, portando consigo elementos suficientes para que o acusado conheça o fato que lhe é imputado e possa dele se defender.

Nos crimes de ameaça, a palavra da vítima se reveste de importância para a formação dos indícios de autoria, capazes de deflagrar a ação penal.

Nos juizados especiais criminais, a acusação pode ser oferecida exclusivamente com base no Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO, dispensando-se o próprio inquérito policial. Daí se mostrar prematuro o trancamento da ação penal.

***Habeas corpus* indeferido.**

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 maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus;* vencido o Ministro Cezar Peluso, que o deferia.

Brasília, 30 de agosto de 2005 – Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus,* impetrado contra decisão da 1ª Turma do Conselho Recursal dos Juizados Especiais Criminais da Comarca do Rio de Janeiro. Decisão que restou assim ementada:

"Justa causa presente — Denúncia regularmente formulada de forma objetiva com lastro nas informações da vítima e da verossimilhança das alegações — Denegação da ordem."

2. Pois bem, o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do crime de ameaça (art. 147 c/c art. 70 do Código Penal). Todavia, sustenta que inexiste justa causa para a ação penal, uma vez que a denúncia foi elaborada com base exclusivamente no registro de ocorrência que fora lavrado na Delegacia de Polícia. Argumenta que a peça acusatória *"está embasada em um nada jurídico, pois não há indícios de autoria e materialidade"*. Isso pelo fato de que apenas uma das vítimas fez a comunicação da ocorrência na delegacia, além de não se haver colhido nenhum outro depoimento; seja da outra suposta vítima, seja de testemunhas, ou mesmo do paciente. Daí pedir, liminarmente, o sobresta-mento do processo-crime e, no mérito, o trancamento da ação penal.

3. Na seqüência, indeferi a liminar pleiteada, em face da ausência dos respectivos pressupostos.

4. Encaminhados os autos à douta Procuradoria-Geral da República, sobreveio parecer pelo deferimento do *writ* (fls. 127/130).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Consoante relatado, a controvérsia jurídica a ser equacionada no presente *writ* consiste em saber se pode a ação penal por crime de ameaça ter início com base unicamente em registro de ocorrência, feito pela vítima na delegacia de polícia. Como anotado, o paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 147 c/c art. 70 do Código Penal, pela prática do crime de ameaça contra seu vizinho e respectiva mulher. A peça acusatória está assim redigida (fls. 19 e 20):

> "No dia 24.10.03, por volta das 21:00 horas, na Rua Sabina Abreu Aguilera, n. 347, Vale dos Pinheiros, Nova Friburgo, *RJ*, o denunciado ameaçou **Alexandre Carney Ned e Nabila Miranda Gonçalves de Zevedo** por gestos, de causar-lhes mal injusto e grave.
>
> Que o denunciado ao ser indagado pela vítima Alexandre Carney Ned, seu vizinho, sobre fato ocorrido em data anterior, oportunidade em que o denunciado havia feito disparos de arma de fogo próximo a sua residência, sacou o denunciado de arma de fogo apontando-a para a vítima e ofendendo-a.
>
> Que o denunciado, também apontou a arma de fogo, em direção da esposa da vítima acima referida, **Nabila Miranda Gonçalves de Azevedo,** que estava grávida e tendo ainda apontado a arma em direção do veículo em que as crianças, filhos do casal, estavam.

Está assim incurso nas sanções do art. 147 do Código Penal c/c art. 70 do mesmo diploma legal.

Assim sendo, **requer o Ministério Público** o recebimento da denúncia, com a citação do denunciado, para que responda aos termos da ação penal, com a procedência da pretensão punitiva e a condenação do denunciado".

7. Dito isso, pontuo que o paciente não aceitou a proposta de transação penal que lhe fez o Ministério Público (fl. 31), preferindo impetrar *habeas corpus* junto à Primeira Turma do Conselho Recursal dos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro, com vistas a obter o trancamento da ação penal. Ordem que foi denegada, ao fundamento de que:

"(...)

De fato, a denúncia se baseia tanto nas informações prestadas pela vítima, como na razoabilidade e verossimilhança de suas alegações.

Como já decidiu a Egrégia Corte 'a precariedade da prova apresentada com a denúncia não basta para ensejar o trancamento da ação penal por falta de justa causa, tendo em vista a possibilidade de que outros elementos probatórios apareçam no curso da instrução (...)'.

(...)

Portanto, o trancamento da ação penal por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é possível se houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não ocorre na espécie.

(...)

Registre-se por oportuno que a palavra da vítima se reveste de importância para a formação dos indícios suficientes de autoria capazes de deflagrar a ação penal. Não se exige para a propositura da ação penal a certeza da autoria, cuja verificação dependerá da instrução probatória".

8. Com efeito, não merece reparos a decisão guerreada. Isso porque a peça acusatória faz a exposição do fato havido por criminoso, com as respectivas circunstâncias de tempo e lugar. Valendo ressaltar que, nos termos da própria decisão impugnada, nos crimes de ameaça *"a palavra da vítima se reveste de importância para a formação dos indícios suficientes de autoria capazes de deflagrar a ação penal"*. Desse modo, apesar de lastreada apenas no Registro de Ocorrência, a denúncia oferecida contra o paciente preenche os requisitos minimamente necessários a dar início à persecução penal, portando consigo elementos suficientes para que o acusado conheça o fato que lhe está sendo imputado e possa dele se defender.

9. Também impende ressaltar que, no âmbito dos Juizados Especiais, a acusação pode ser oferecida exclusivamente com base no Termo Circunstanciado de Ocorrência – TCO, dispensando-se o próprio inquérito policial. Inquérito, esse, apenas necessário para averiguar infrações penais de maior complexidade,

o que não é o caso dos presentes autos. Daí mostrar-se prematuro o trancamento da ação penal, sendo a instrução criminal a fase propícia para esclarecer em definitivo a real atuação do paciente no evento tido por criminoso e descrito na inicial.

10. Nesse claro contexto, importa ainda colacionar a farta jurisprudência que, nesta Suprema Corte, é no sentido de que o trancamento da ação penal por falta de justa causa é medida excepcional e deve ser conseqüência da inequívoca ausência de dados fundamentais na peça acusatória. Confira-se:

> "*Habeas Corpus*. 2. Lesão Corporal. 3. Trancamento da ação penal por ausência de justa causa. 4. Impossibilidade, diante da descrição de crime em tese. Precedentes. 5. Ordem denegada."
> (HC 85.164, Rel. Min. Gilmar Mendes)
> "**Ação penal — Ausência de justa causa — Trancamento.** O trancamento da ação penal por órgão diverso do retratado como juiz natural pressupõe que os fatos na denúncia não consubstanciem crime, ou que haja incidência de prescrição ou defeito de forma, considerada a peça inicial apresentada pelo Ministério Público.
> (HC 84.738, Rel. Min. Marco Aurélio)

11. Com esses fundamentos, indefiro o *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sr. Presidente, peço vênia para conceder a ordem e trancar a ação penal.

Na verdade, nem declarações da vítima, segundo consta da referência do eminente Ministro Relator, foram tomadas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há um boletim de ocorrência.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): É Juizado Especial?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Sim, Juizado Especial. Louvei-me muito nesse aspecto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ainda que seja Juizado Especial.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Para processos de julgamento de crime de menor potencial ofensivo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Sim, aí a inquirição da vítima se faz em juízo. Não há inquérito.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Penso que o risco de uma ação penal temerária persiste mesmo nesse âmbito. Isso é, não é o fato de se tratar de crime de menor potencial ofensivo que justifica a diminuição das garantias contra ação penal temerária.

Creio que deveria ser colhido algum outro elemento para fundamentar a propositura da ação penal. Aliás, foi esse princípio que a Corte acolheu no famoso caso "Ribeiro x Medina", em que ficou vencido apenas o Ministro Marco

Aurélio. Há, aqui, risco de uma ação penal sem fundamento. Não é possível transformar a ação penal em inquérito. Aqui foi lançada denúncia para se verificar, no curso da ação penal, se existem, ou não, elementos suficientes para o que seria o início de uma ação penal! Ou seja, é mera proposta de se apurar, no curso da ação penal, se o que consta do registro de ocorrência é, ou não, verdadeiro.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, é quase um paradoxo: parecer pela concessão da ordem; o voto do Ministro Cezar Peluso pela concessão; e eu, aqui, acompanhando o Relator, para indeferir essa mesma ordem.

O que temos? A peça primeira da ação penal atendeu o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, conteve a narração do fato tido como criminoso, com a exposição das circunstâncias e referência, inclusive, à utilização de arma de fogo; os dados quanto à ameaça dirigida à mulher, ao cidadão que a esta altura é vítima; a qualificação do agente com os esclarecimentos a respeito — um vizinho — e a classificação do crime, crime de ameaça.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Há alusão ao vizinho?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, há alusão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, há alusão ao vizinho. Ele foi indicado como testemunha e não foi ouvido.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Então, vamos declarar inconstitucional o artigo 77 da Lei dos Juizados Especiais?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O vizinho seria o próprio agente. Parece que tudo decorreu de uma desavença de vizinhança?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É uma desavença de vizinhança.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, Senhor Presidente, prevê ainda o mencionado artigo 41 que, se necessário, a denúncia deve revelar o rol das testemunhas.

Ao Ministério Público cumpre, durante a instrução do próprio processo, desincumbir-se do ônus da prova. Cabe provar a causa de pedir da própria condenação. Mas há de se aguardar essa mesma instrução. Em alguns crimes, não se tem elementos probatórios de início como, por exemplo, o crime de estupro que, geralmente, é praticado sem testemunha. O risco de alguém sentar no banco dos réus é latente.

Mencionou o Relator a verossimilhança e fatos constantes do boletim de ocorrência e transcritos na denúncia que, se procedentes — aí, competirá ao Ministério Público demonstrar —, levarão à condenação.

Existe a possibilidade de se ofertar a notícia do crime sem base alguma, mas há o contrapeso: aquele que o tenha feito a descoberto poderá responder pela denunciação caluniosa.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas, se isso fosse suficiente, poderíamos generalizar o princípio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, o que não posso, não sendo nem mesmo o juiz natural da própria ação em curso, é antecipar o entendimento sobre a procedência, ou não, da imputação.

Por isso, pedindo vênia ao Ministro Cezar Peluso, acompanho o Relator no voto proferido e indefiro a ordem.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sr. Presidente, gostaria de ponderar que, levado às últimas conseqüências esse raciocínio, não precisaria boletim de ocorrência, bastaria que o Ministério Público resolva denunciar pura e simplesmente. Depois, no curso da ação penal, ver-se-á se à denúncia corresponde prova, ou não. A minha preocupação é exatamente quanto ao risco de fazer pesar em relação a alguém o constrangimento — o Código também o considera como tal e considera-o ilegal, quando não haja fundamento suficiente para isso — de ação penal que não tenha nenhum fundamento, como se fosse inquérito, em que se vai apurar se o fato é, ou não, verdadeiro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas o inquérito serviria a quê? A demonstrar-se que ele realmente puxou a arma e a direcionou para uma mulher grávida?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas, se a própria vítima fez referência a uma testemunha que teria presenciado a ameaça, não custava nada que fosse ouvida.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): A declaração da vítima no juizado é feita na hora. Crimes de menor potencial ofensivo, não é?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O crime pode ser teoricamente de menor potencial ofensivo, mas o constrangimento que resulta do curso de uma ação penal é o mesmo.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Diz o art. 77 da Lei n. 9.099:

> "Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.
>
> § 1º Para oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame de corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida em boletim médico ou prova equivalente."

Não me arrisco, com todas as vênias, a trazer à analise caso a caso esse juízo da imprescindibilidade ou não de diligências prévias ao oferecimento da denúncia, nos casos do procedimento sumaríssimo previstos na Lei n. 9.099, nem a sugerir-lhe a inconstitucionalidade.

Por isso peço vênia ao Ministro Cezar Peluso e acompanho o Relator.

EXTRATO DA ATA

HC 85.803/RJ — Relator: Ministro Carlos Britto. Paciente: Luiz Gustavo Baptista Teixeira. Impetrantes: Henrique Pereira Baptista e outros. Coatora: Primeira Turma do Conselho Recursal dos Juizados Especiais Criminais da Comarca da Capital.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus;* vencido o Ministro Cezar Peluso, que o deferia.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

Brasília, 30 de agosto de 2005 - Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 756 — SP

Relator: o Sr. Ministro Carlos Britto
Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo
Interessado: Fernando Antonio Ramos Gonçalves

Constitucional. Conflito negativo de atribuições. Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual Representação destinada à apuração de supostas irregularidades na privatização do sistema de transporte ferroviário nacional. Incompetência do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a letra *d* do inciso I do art. 105 da Magna Carta, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os conflitos entre juízes vinculados a tribunais diversos.

No caso, transparece um virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do *Parquet* ora em divergência. Tal situação impõe uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional acima referido, de sorte a fixar a competência daquela Corte Superior para solucionar o dissenso instaurado nos presentes autos. Precedente: Pet 1.503, Relator Ministro Maurício Corrêa.

Conflito de atribuições não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, sob a Presidência do Ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, remeter os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para que decida a matéria, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 4 de agosto de 2005 – Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo.

2. Tudo começou com a representação feita pelo cidadão Fernando Antônio Ramos Gonçalves, em agosto de 1998, ao Ministério Público Federal. Disse o representante que, após a privatização do sistema de transporte ferroviário na-

cional, operado pela Rede Ferroviária Federal S.A., o serviço correspondente foi transferido às empresas privadas mediante concessão. Para esse fim foram leiloadas as seis malhas ferroviárias então existentes. Entretanto, as empresas concessionárias não vêm cumprindo os termos dos respectivos contratos, o que resulta em prejuízo e má qualidade do serviço público. O próprio Ministério dos Transportes — aduz o representante — modificou o objeto da licitação, em afronta às Leis n. 8.666/93 e 8.987/95.

3. Pois bem, a digna Procuradora da República a quem foi distribuído o expediente, Dra. Fernanda Teixeira S. D. Taubemblatt, entendeu descabida a intervenção do Ministério Público Federal, no caso, por se tratar *"de atos de empresas privadas, que não perdem tal identidade pelo fato de serem concessionárias de serviço público."* Dessa forma, citando dispositivos da Lei Complementar n. 75/93, Sua Excelência determinou o envio do feito ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

4. Deu-se então que o *Parquet* estadual discordou de tal entendimento, pela palavra do Promotor de Justiça da Cidadania, Dr. Fernando Capez, segundo quem há *"notório interesse da União no deslinde da questão"*. Para ele, cabe ao poder concedente fiscalizar os atos praticados pelas empresas concessionárias, aplicando-lhes, se for o caso, as penalidades previstas na lei e nos contratos.

5. Na mesma linha posicionou-se o Procurador-Geral de Justiça, Dr. Rodrigo César Rebello Pinho, que focalizou a questão na "inércia do poder concedente no que diz respeito à fiscalização do serviço concedido, de competência da União (CF, artigo 21, 12, *d*), e cuja qualidade — segundo se alega — estaria comprometida justamente em razão da suposta complacência do Poder Público com as empresas prestadoras." Por isso — concluiu o ilustrado Procurador —, deverá o Ministério Público Federal prosseguir nas investigações.

6. Criado, assim, o impasse, aquela eminente autoridade determinou a remessa dos autos a esta egrégia Corte, para resolvê-lo, nos termos do art. 102, inciso I, letra *f*, da Magna Carta. Considerou Sua Excelência, enfim, que subjaz um conflito entre a União e o Estado bandeirante, por estar em causa *"o exercício de deveres institucionais não-concorrentes"*.

7. Mas este não é o pensamento do douto Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, a quem enviei os autos assim que os recebi. Para ele, o conflito de atribuições não deve ser conhecido *"no âmbito do Supremo Tribunal Federal, encaminhando os autos ao Procurador-Geral da República para seu exame e decisão"*. Ou seja, de acordo com a manifestação de fls. 1.036/1.040, o incidente ora noticiado encerra matéria *interna corporis* do Ministério Público, que desconhece hierarquia entre as esferas federal e estadual. Em suma, o raciocínio aqui desenvolvido é o seguinte: ***"no espaço em que se controverte, onde não há pedido formalizado em juízo; onde não há partes****, por qualquer perspectiva, o chamamento do Poder Judiciário é injurídico"*. Daí o pedido para que se devolva o feito ao mesmo digno parecerista, que entende estar investido da necessária competência para resolver o *"incidente"*, como ele próprio o chama.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Como visto no relatório, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo dissentem quanto à competência para processar representação feita por cidadão brasileiro, em que se alega descumprimento dos contratos de concessão resultantes da privatização do sistema de transporte ferroviário nacional.

10. Convém esclarecer que, até agora, não houve manifestação do Poder Judiciário no caso, que pudesse caracterizar conflito de jurisdição.

11. Dito isso, relembro que os autos vieram a esta egrégia Corte ante a invocação do art. 102, inciso I, letra *f*, da Magna Carta, assim legendado:

> "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> I - processar e julgar, originariamente:
> (...)
> f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
> (...)"

12. É bom lembrar que, na sessão do dia 3-10-2002, o Plenário desta egrégia Corte teve oportunidade de apreciar caso semelhante, em que se antagonizavam o Ministério Público Federal e o Ministério Público de Minas Gerais. Tratava-se da Petição 1.503, Relator Ministro Maurício Corrêa. O pano de fundo era uma suposta falsificação de guias de contribuição previdenciária. Decidiu-se, então, pela remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, por força de acórdão assim ementado:

> "**Conflito negativo de atribuições. Ministério Público Federal e Estadual. Denúncia. Falsificação de guias de contribuição previdenciária. Ausência de conflito federativo. Incompetência desta corte.**
> Conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual. Empresa privada. Falsificação de guias de recolhimento de contribuições previdenciárias devidas à autarquia federal. Apuração do fato delituoso. Dissenso quanto ao órgão do *Parquet* competente para apresentar denúncia.
> A competência originária do Supremo Tribunal Federal, a que alude a letra *f* do inciso I do artigo 102 da Constituição, restringe-se aos conflitos de atribuições entre entes federados que possam, potencialmente, comprometer a harmonia do pacto federativo. Exegese restritiva do preceito ditada pela jurisprudência da Corte. Ausência, no caso concreto, de divergência capaz de promover o desequilíbrio do sistema federal.
> Presença de virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do *Parquet* em dissensão.

Interpretação analógica do artigo 105, I, *d*, da Carta da República, para fixar a competência do Superior Tribunal de Justiça a fim de que julgue a controvérsia.

Conflito de atribuições não conhecido."

13. No seu voto, o ínclito Relator desenvolveu o seguinte raciocínio:

"(...)

7. A função institucional reservada a esta Corte, por sua magnitude, destina-se exclusivamente a preservar o vínculo federativo e a garantir a simetria das relações políticas entre as pessoas que integram a Federação, não sendo possível dela valer-se, contudo, para a solução de toda e qualquer controvérsia entre a União e os Estados, ou destes entre si. Por essa razão, o Tribunal tem repelido a aplicação do dispositivo às situações que não apresentam conteúdo político grave e relevante, capaz de pôr em risco a harmonia da Federação (ACO 359, Celso de Mello, *DJ* de 11-3-94; ACO 433, Célio Borja, *DJ* de 28-2-91 e ACO 450, Pertence, *DJ* de 12-4-93, *v.g.*).

8. No caso concreto, não estão configurados os requisitos que justificam a atuação originária desta Corte. Com efeito, a controvérsia não fere questão de ordem política nem traduz interesses contrapostos capazes, ainda que de forma potencial, de vulnerar os valores que informam o pacto federativo. Na verdade, cuida-se de mero dissenso jurídico, de natureza exegética, entre membros do Ministério Público, acerca da amplitude da competência da Justiça Federal para apreciar hipótese de conduta criminal em que envolvida autarquia federal, especificamente no que, por essa razão, implica exclusão da competência ordinária da Justiça Comum.

9. Embora inexista, a meu juízo, pressuposto necessário para o reconhecimento da competência desta Corte, é certo que a matéria não pode ficar sem solução, sob pena de evidente negativa de prestação jurisdicional, excluindo-se da apreciação do Poder Judiciário a constatação de lesão de direito, em especial de natureza criminal.

10. Na hipótese, porém, a negativa dos órgãos envolvidos decorreu do entendimento de que os ramos do Judiciário em que atuam não seriam competentes para julgar a conduta delitiva em fase de apuração. Como dito, a Justiça não foi instada a manifestar-se sobre a sua própria competência. O Procurador da República não submeteu sua posição ao juízo federal, em tese competente, nem o Promotor de Justiça o fez em face do Juiz de Direito que, ao menos em princípio, poderia conhecer da questão.

11. Na busca de solução para o problema, cogitei inicialmente da submissão dos entendimentos contrapostos ao Poder Judiciário, em primeiro grau de jurisdição, de forma que, se os juízes estadual e federal igualmente declinassem de suas respectivas competências, aí sim haveria

conflito negativo de jurisdição passível de ser dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, artigo 105, I, *d*).

12. Acolhida eventualmente a competência por algum desses órgãos judiciais, e remanescendo a recusa do Ministério Público respectivo em atuar no feito, por decisão de seu titular, estaria configurado o conflito de atribuições a ser dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, artigo 105, I, *g*). Este Tribunal, porém, após debates sobre a questão, optou por interpretar extensivamente a alínea *d* do inciso I do artigo 105 da Constituição Federal, determinando a remessa dos autos àquela Corte de Justiça, proposta que contou com o meu assentimento.

13. Com efeito, do conflito de atribuições instaurado poderia resultar, em caso de provocação dos juízos estadual e federal, um conflito de jurisdição cujo deslinde competiria ao Superior Tribunal de Justiça. Há, na verdade, uma virtual colisão de competência jurisdicional, circunstância que permite ampliação exegética do disposto no artigo 105, inciso I, letra *d*, da Carta da República.

14. A competência do Superior Tribunal de Justiça advém de sua atribuição jurisdicional para sanar o possível conflito decorrente do caso concreto. Na trilha do jargão 'quem pode o mais pode o menos' tem-se como salutar que o STJ diga, desde logo, o juízo competente e, assim, o órgão do *Parquet* responsável pela persecução penal.

15. Em face do exposto, evidenciada a não-ocorrência de conflito federativo e, por isso mesmo, incompetente esta Corte para dirimir a desavença, o processo deve ser remetido ao Superior Tribunal de Justiça para que julgue o conflito como entender de direito."

14. Muito bem. Esta é a última palavra da Suprema Corte sobre o assunto. Devo dizer, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça pensa diferentemente e não aceita a sua competência para decidir casos tais. Aferrando-se ao disposto no art. 105, inciso I, alínea g, da Carta de Outubro, aquela Corte Superior não conheceu, entre outros, dos Conflitos de Atribuições n. 98 e 126 (inquéritos para apurar desvios de recursos do Sistema Único de Saúde); 115 (inquéritos para apurar irregularidades havidas no ambiente do trabalho); e, mais recentemente, 155 (representação formulada contra prefeito).

15. Em todos os casos a tônica foi a mesma, estampada, exemplificativamente, no julgamento do último conflito de atribuição — o de número 155 —, relatado pelo Ministro José Arnaldo da Fonseca, em 13-10-2004, de que resultou a seguinte ementa:

"Conflito de atribuição. Penal. Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual. Representação formulada contra prefeito. Não-enquadramento no art. 105, I, *g*, da Constituição Federal. Não-conhecimento.

Nos termos do disposto na alínea *g*, inciso I do art. 105 da Carta Magna, ao STJ compete processar e julgar 'os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União ou entre autoridades

judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União'.

Afastada a competência desta Corte na espécie, resultante do conflito suscitado entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, por não se enquadrar em quaisquer das hipóteses mencionadas.

Precedente.

Conflito não conhecido."

16. Já se vê, eminentes Ministros, que a matéria é polêmica e não encontra uma solução linear nas disposições constitucionais que traçam as competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

17. Por outro lado, é relativamente parcimoniosa a produção doutrinária sobre o tema. Dele se ocuparam, com maior ou menor profundidade, Sergio Demoro Hamilton, Hugo Nigro Mazzilli e o então Procurador da República Cláudio Lemos Fonteles, hoje à frente do Ministério Público Federal. A maioria dos estudos foi feita sob a égide da Ordem Constitucional pretérita e também não deságua numa solução única. Mais recentemente temos Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Eugênio Pacelli de Oliveira. Este último, no seu **Curso de Processo Penal** (2ª edição, 2003, Editora DelRey) faz um apanhado das soluções possíveis e manifesta a sua concordância com o entendimento desta Suprema Corte, expresso no julgamento da Pet 1.503.

18. Transcrevo as suas palavras (pp. 39/40):

"Na primeira hipótese — conflito entre Ministério Público Federal e Estadual — também não se pode aceitar a competência do Procurador-Geral da República para a solução do conflito, uma vez que não ocupa ele qualquer posição (administrativa, funcional ou operacional) hierarquicamente superior aos procuradores-gerais de Justiça dos Estados.

Assim, a solução do problema, aparentemente insolúvel, tanto para uma, quanto para outra hipótese, poderia ser aquela preconizada por Paulo Cezar Pinheiro *Carneiro* (O Ministério Público no processo civil e penal. 1999, p. 213), no sentido da aplicação do disposto no art. 102, *f*, da Constituição Federal, atribuindo-se ao Supremo Tribunal Federal a solução da pendenga. O dissenso, assim, constituiria uma causa e envolveria órgãos integrantes da União e dos Estados, resolvendo-se entre estes o conflito.

Outra solução possível, por meio de recurso eminentemente analógico, art. 105, I, *d*, CF, diante da ausência de norma aplicável, seria a fixação da competência no Superior Tribunal de Justiça, que é o órgão da jurisdição competente para a solução de conflito entre a Justiça estadual e a Justiça Federal de primeira instância. Assim, como os membros do Ministério Público atuam perante esses órgãos, a competência do Superior Tribunal de Justiça seria logicamente a mais adequada. Ficamos com essa última, mais coerente com a preservação do sistema de solução de conflitos de jurisdição, tendo em vista que a matéria, embora discutida ao nível de

conflito entre membros do Ministério Público, é, efetivamente, de definição da jurisdição.

De se registrar que em decisão recente o Pleno da Suprema Corte veio a sufragar esse entendimento, que sustentávamos desde a primeira edição deste Curso, consoante se vê no julgamento da Pet 1503/MG, em acórdão relatado pelo eminente Min. Maurício Corrêa, publicado no DJ de 14.11.2002, vol. 2091, p. 59, constando da ementa exatamente a mesma fundamentação:

> '(...) Presença de virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do *parquet* em dissensão. Interpretação analógica do artigo 105, I, *d*, da Carta da República, para fixar a competência do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que julgue a controvérsia.'

19. Pois bem, Senhor Presidente. Feito esse giro sobre o assunto, volto ao ponto de partida, para alinhar o meu pensamento à orientação traçada por esta colenda Corte ao julgar a multicitada Petição 1.503. Afinal, há que se dar uma solução ao caso. Se não existe a dicção literal do texto normativo, dê-se-lhe a interpretação que melhor se afine com o espírito da Lei Maior. O conflito imediato é de atribuições, não se pode negar, mas ele encerra, nas dobras do processo, um conflito potencial de jurisdição. Lembremo-nos, uma vez mais, de Carlos Drummond de Andrade: *"sob a pele das palavras há cifras e códigos"*.

20. Ante o exposto, não conheço do conflito. Em conseqüência, declino da com-petência para o Superior Tribunal de Justiça, ao qual deverão os autos ser oportuna-mente remetidos.

21. É como voto.

EXTRATO DA ATA

ACO 756/SP — Relator: Ministro Carlos Britto. Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo. Interessado: Fernando Antonio Ramos Gonçalves.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, decidiu remeter os autos para o Superior Tribunal de Justiça, para que decida a matéria, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Carlos Velloso. Presidiu o julgamento o Ministro Nelson Jobim.

Presidência do Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Vice-Procurador-Geral da República, DJ. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 4 de agosto de 2005 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 463.210 – SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso
Agravante: Município de Santo André
Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Constitucional Atendimento em creche e pré-escola.
I - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela Administração Pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.
II - Agravo não provido.

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, *negar provimento* ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 6 de dezembro de 2005 — Carlos Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de agravo regimental, interposto pelo **Município de Santo André**, da decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário (fls. 194-200), ao entendimento de ser responsabilidade do Município disponibilizar vagas em creches para crianças de zero a seis anos de idade.

Sustenta o agravante, em síntese, o seguinte:

a) indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário do Executivo, ao obrigar as matrículas das crianças em creches;

b) a questão em debate envolve aspectos de orçamento e disponibilidade de Erário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Assim a decisão agravada, por mim proferida:

"(...)

Em caso semelhante, **RE 402.024/SP**, proferi a seguinte decisão:

'O acórdão recorrido decidiu:

'(...)

A matéria debatida nestes autos diz respeito à obrigação da municipalidade em disponibilizar ou não vagas em creches para crianças de zero a seis anos de idade.

Sustenta a apelante que tal obrigação não existe para ela, pois a Constituição Federal, em seus arts. 208 e 211, lhe impôs apenas a entrega do ensino fundamental e não a da educação infantil.

A tese da municipalidade-apelante, a partir da Emenda Constitucional n. 14/96, perdeu todo o seu sabor acadêmico, já que, com sua promulgação, ficou assentado no § 2° do art. 211 da CF, que **'os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.'**

Então, se a CF impôs ao Município prover com prioridade o ensino fundamental e a educação infantil é porque lhe ordenou o dever de observar com primazia essas áreas educacionais, sendo que, por educação infantil, há de se entender o ensino de crianças de zero a seis anos de idade, quer com o rótulo de creche ou de pré-escola.

Aliás, isso é o que está expresso no inciso IV do art. 54 do ECA, que acentuou o dever do Estado em assegurar às crianças de zero a seis anos de idade **'atendimento em creche e pré-escola.'**

(...).' (Fls. 93/94)

Nos embargos de declaração, pretendeu o Município o prequestionamento dos artigos 2°; 206, *caput* e inciso VII; 208, I e VII, e seus parágrafos; e 249; todos da CF (fls. 97-98).

Sustenta-se, no RE, ofensa aos arts. 2°; 165; 169; 206, I, VI e VII; 208, I e II, redação da EC 14; e 211, § 2°, primeira parte; todos da CF.

Primeiro que tudo, verifica-se o não-prequestionamento das questões constitucionais dos arts. 165 e 169 e dos incisos I e VI do art. 206. Esclareça-se que a interposição dos embargos de declaração, vale dizer, a sua simples interposição, realiza o prequestionamento de questões que vinham sendo debatidas e que o acórdão se omitiu. É o que deflui das Súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal.

Examinemos o recurso.

Destaco do parecer do ilustre Subprocurador-Geral Prof. Geraldo Brindeiro:

'(...)

11. Conquanto tenha entendido o E. Desembargador Denser de Sá que a admissibilidade do apelo extremo se restringiria ao art.

211, § 2° é forçoso reconhecer que também o art. 208 foi prequestionado, como se verifica do *decisum* do Tribunal *a quo*: 'Sustenta a apelante que tal obrigação não existe para ela, pois a Constituição Federal, em seus arts. 208 e 211, lhe impôs apenas a entrega do ensino fundamental e não o de educação infantil. A tese da municipalidade-apelante, a partir da Emenda Constitucional n. 14/96, perdeu todo o seu saber acadêmico, já que com sua promulgação, ficou assentado no § 2°, do art. 211, da Constituição Federal que 'os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.'

12. É induvidoso que a questão em tela é normatizada por normas infraconstitucionais, como a Lei 9.424, de 24 de dezembro de 1996 e a Lei 9.394 de 20-12-96, cujo desrespeito não enseja recurso extraordinário, uma vez que a ofensa porventura ocorrente dar-se-ia de maneira reflexa à Constituição Federal, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário, como assentado em pacífica jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

> Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 347.205-São Paulo, Relator Ministro *Maurício Corrêa*, DJ de 11-4-2003.
>
> *'Agravo regimental em recurso extraordinário matéria afeta à norma infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição e reexame de provas. Impossibilidade de conhecimento do extraordinário.* Para que o recurso extraordinário possa ser conhecido a vulneração à norma constitucional há de ser direta e frontal e não a que exige o prévio exame da legislação ordinária e reexame de provas. Agravo regimental não provido.'

13. No mérito, improcedente afigura-se a alegação de ofensa ao art. 208 da Constituição, porque somente o ensino fundamental seria de observância obrigatória pelo Estado; bem como a apontada vulneração ao art. 211, § 2°, da Constituição, ao argumento de que seria atuação do Município prioritária quanto ao ensino fundamental, que viria em primeiro lugar no texto, e em segundo plano estaria a educação infantil.

14. Ora, o acórdão recorrido não contrariou tais disposições e sim acolheu-as, uma vez que o art. 208, IV, da Constituição expressamente estabelece que 'o dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade'.

15. Por sua vez, o art. 211 determina que 'a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino' e em seu parágrafo 2° esclarece que a atuação dos municípios dá-se prioritariamente no ensino

fundamental e na educação infantil. Como visto, não houve violação a esse dispositivo, mas sua concretização.

16. Quanto à alegada ofensa ao princípio da separação de poderes, entendo não haver restado configurada, uma vez que a educação, nos termos do art. 205, *caput*, da Constituição da República 'é direito de todos e dever do Estado e da família'. Prescreve, ainda, o art. 227 da Constituição 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.'.

17. Nesse passo, sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.

18. Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, o parecer é pelo não-conhecimento do presente recurso extraordinário.

(...).' (Fls. 164-166)

O RE é, na verdade, inviável.

A uma, porque, com a edição da EC 14, de 1996, ficou estabelecido que 'os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil' (CF, art. 211, § 2°, com a EC 14/96).

A duas, não há falar haja o acórdão contrariado o disposto no art. 2° da CF. É que cabe ao Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição. Se assim procede, estando num dos pólos da ação o Estado, o fato de o Judiciário decidir contra a pretensão deste não implica, evidentemente, ofensa ao princípio da separação dos Poderes, convindo esclarecer que, conforme lição de Balladore Palieri, constitui característica do Estado de Direito sujeitar-se o Estado à Jurisdição.

Finalmente, esclareça-se que o acórdão, para julgar procedente a ação, utilizou-se de mais de um fundamento suficiente. E que o acórdão invocou, também, o art. 54, IV, do ECA. Trata-se de disposição infraconstitucional, que não autoriza a interposição do recurso extraordinário, porque integra o contencioso de direito comum, certo que o recorrente não atacou o fundamento infraconstitucional mediante recurso especial. No recurso especial, que não foi admitido, limitou-se o recorrente a alegar ofensa ao art. 535, II, CPC.

Incide, no caso, portanto, a Súmula 283-STF.

Aliás, em caso similar, AI 410.646-AgR/SP, agravante o Município de Santo André, Relator o Ministro Nelson Jobim, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

'Ementa: Ação civil pública. Garantia de vaga em creche para menor. Ausência de prequestionamento (Súmula 282 e 356). Fundamento do acórdão recorrido não afastado (Súmula 283). Regimental não provido." *(DJ* de 19-9-2003)

Em outros casos similares, RE 411.518/SP e RE 401.673/SP, recorrente o Município de Santo André, Relator o Ministro Marco Aurélio, aos recursos foi negado seguimento, em 3-3-2004 e 26-3-2004, respectivamente.

Do exposto, nego seguimento ao recurso.'

Do exposto, reportando-me ao precedente mencionado, **nego seguimento** ao recurso.

(...)." (Fls. 195-200)

A decisão, está-se a ver, é de ser mantida, por seus próprios fundamentos. Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

RE 463.210-AgR/SP - Relator: Ministro Carlos Velloso. Agravante: Município de Santo André (Advogada: Monica Maria Hernandes de Abreu Vicente). Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Decisão: A Turma, por votação unânime, *negou* provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos.

Brasília, 6 de dezembro de 2005 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

MANDADO DE SEGURANÇA 24.958 – DF

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio
Impetrante: Humberto dos Santos
Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União

Aposentadoria — Regência. **A aposentadoria é regida pelas normas constitucionais e legais em vigor na data em que implementadas as condições pelo servidor — Verbete n. 359 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.**

Aposentadoria em cargo civil — Militar reformado. **A Constituição Federal de 1967 bem como a de 1988, na redação primitiva, anterior à Emenda Constitucional n. 20/98, não obstaculizavam o retorno do militar reformado ao serviço público e posterior aposentadoria no cargo civil, acumulando as vantagens respectivas.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator, excluída da legitimação passiva o Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Departamento de Administração da Agência Brasileira de Inteligência.

Brasília, 2 de fevereiro de 2005 — Nelson Jobim, Presidente Marco Aurélio, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ao proceder ao exame do pedido de concessão de medida acauteladora e acolhê-lo, assim resumi o caso retratado neste processo:

> Este mandado de segurança é impetrado contra atos do Presidente do Tribunal de Contas da União e do Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Departamento de Administração da Agência Brasileira de Inteligência do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República. Colho da inicial:
>
> a) o impetrante, ainda na qualidade de militar da ativa, foi colocado à disposição do Serviço Nacional de Informações;
>
> b) em 30 de julho de 1979, passou para a reserva remunerada;

c) em 10 de agosto de 1979, veio a ser integrado ao Serviço Nacional de Informação, no cargo de Agente Administrativo, havendo firmado contrato de trabalho;

d) em 12 de dezembro de 1990, foi extinto o contrato de trabalho, passando a relação jurídica a estar regida pela Lei n. 8.112/90;

e) em 14 de agosto de 1996, aposentou-se, com proventos proporcionais, no cargo de Auxiliar de Informações;

f) passados mais de sete anos da aposentadoria, o impetrante foi surpreendido com a ciência de que deveria fazer a opção entre os proventos concernentes à reserva remunerada do Exército Brasileiro e aqueles decorrentes da aposentadoria no cargo civil;

g) no dia imediato, foi editada portaria suspendendo a satisfação dos proventos do impetrante.

O impetrante afirma a insubsistência do ato do Tribunal de Contas da União. Restara inobservado o contraditório, afastando-se unilateralmente a aposentadoria. O fenômeno teria ocorrido com ofensa a ato jurídico perfeito e a direito adqui-rido. Vale-se a impetração de trecho de artigo de Michael Temer, publicado no Jornal *O Globo* de 16 de junho de 2003, sob o título "Inativos e Direito Adquirido", no qual salientada a intangibilidade do ato jurídico perfeito e acabado. Evoca o Verbete n. 359 da Súmula deste Tribunal, cujo texto revela que, ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários para a aposentação. Refuta o autor a incidência, no caso, da Emenda Constitucional n. 20/98, porquanto posterior ao implemento da aposentadoria, em 1996. Discorre a respeito, ressaltando que o caso não envolve acumulação vedada pela Carta da República. Discute também a questão da isonomia e do devido processo legal na acepção material, buscando apoio na doutrina — "O Princípio da Proporcionalida-de e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais", de Suzana Toledo. Menciona precedentes, requerendo a concessão de medida acauteladora que suspenda os efeitos do ato atacado, vindo-se, alfim, a conceder a segurança, assentando-se o direito ao *status proventus*. À inicial juntaram-se os documentos de folhas 18 a 52.

À folha 55, instei o subscritor da petição inicial a declarar autênticas as peças anexadas, partindo do disposto no artigo 544, § 1°, do Código de Processo Civil, aplicado por analogia. Veio ao processo a petição de folhas 57 a 59. Com a declaração de autenticidade dos documentos, aditou-se a inicial, citando-se a prescrição prevista no Decreto n. 20.910/32, presente o fato de a suspensão dos proventos acontecer mais de vinte e quatro anos após o ingresso na reserva remunerada e sete anos da concessão da segunda aposentadoria, tendo-se, assim, completado os cinco anos para revisão judicial das dívidas passivas da União. Salientando-se o instituto da simetria jurídica, diz-se imprópria a revisão administrativa verificada. Traz-se à balha lição de Hely Lopes Meirelles, segundo a qual, quando a

lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Decreto n. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei n. 6.838/80) e da cobrança do crédito tributário (Código Tributário Nacional, artigo 174). Sucessivamente, aponta-se também, em aditamento à inicial – artigo 294 do Código de Processo Civil –, a decadência do direito, aludindo-se ao artigo 54 da Lei n. 9.784/99. Ter-se-ia anulação de ato administrativo do qual decorreu efeito favorável a terceiro, não se tratando de comprovada má-fé.

À folha 61, o Presidente desta Corte, Ministro Nelson Jobim, determinou fossem solicitadas informações. Daí o aviso de folha 73, encaminhando pronunciamento da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, assim sintetizado:

> Mandado de segurança, com pedido de liminar, contra os termos do Acórdão n. 1.210/2004 TCU – Primeira Câmara, que negou provimento a pedido de reexame interposto contra o Acórdão n. 2.853/2003 – TCU –Primeira Câmara, que considerou ilegal o ato de aposentadoria do impetrante, na Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, diante da impossibilidade de acumulação de aposentadorias relativas a cargos inacumuláveis na atividade, negando registro ao ato, determinando ao órgão de origem que suspendesse o pagamento dos proventos, dispensando a devolução dos valores recebidos de boa-fé e esclarecendo que o servidor deve optar entre a aposentadoria ou a reforma militar.
>
> 1. Carência da ação dada a ausência de direito líquido e certo e de arbitrariedade ou ilegalidade por parte do TCU.
>
> 2. Inexistência de direito do impetrante de acumular as duas inativações enquanto militar e auxiliar de informações da Abin, uma vez que, tanto na vigência do texto constitucional anterior, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, quanto após a vigência da Constituição Federal de 1988, anterior ou posterior à Emenda Constitucional n. 20, a acumulação de duas aposentadorias somente é permitida quando os cargos/empregos públicos são acumuláveis na atividade.
>
> 3. Na atividade, não se vislumbra a possibilidade de um militar acumular outro cargo de auxiliar de informações da Abin.
>
> 4. Inexistência de ofensa a direito adquirido ou ato juridicamente perfeito, diante de erro do órgão concedente em aposentar um servidor já inativo e, ante, também, a natureza complexa do ato aposentatório e o fato de que um ato ilícito não pode ser juridicamente perfeito.
>
> 5. Segundo o afirmado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no RE n. 163.301, "no tocante aos atos concessivos de aposentadoria ainda não julgados ilegais, e registrados, a afirmação de sua

definitividade, como conteúdo de direito adquirido dos beneficiários, agride o princípio da legalidade da Administração, de que deriva a Súmula 473, primeira parte".

6. O não-chamamento ao processo de servidor de órgão destinatário de determinação proferida pelo TCU não configura violação ao contraditório e à ampla defesa.

7. Ausência de inconstitucionalidade do ato hostilizado por afronta aos princípios da igualdade e da proporcionalidade por tratamento desigual em relação aos servidores aposentados em cargo tutelado pelo art. 11 da Emenda Constitucional n. 20/1998, uma vez que esta emenda constitucional apenas permite aos inativos que tenham reingressado no serviço ativo antes da sua vigência que acumulem os proventos da inatividade com a remuneração do novo cargo ocupado, não autorizando, em hipótese alguma, a dupla aposentadoria.

8. Não-cabimento da liminar ante a ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora.*

9. Denegação da segurança pela proibição de acumulação das aposentadorias, bem assim pela inexistência de ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, à ampla defesa e ao contraditório e aos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade.

Às informações anexaram-se as peças de folhas 108 a 132.

Às folhas 134 a 137, está a manifestação da Agência Brasileira de Inteligência, remetendo ao parecer Conjur/IC n. 1511-2.4/2002 e Ofício Circular n. 59/2002, de 21 de agosto de 2002, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, consoante o qual "os militares regidos pelo art. 142 da Constituição Federal, reformados ou na reserva remunerada que, até a data da promulgação da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e título, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, vinculados ao regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição, possuem o direito de perceberem simultaneamente os valores decorrentes de proventos na inatividade daquele e deste regime de previdência".

O processo voltou-me para exame do pedido de concessão de medida acauteladora em 19 do corrente mês.

Ao processo vieram informações complementares assim sintetizadas:

Informações complementares em Mandado de Segurança, com liminar concedida, contra os termos do Acórdão n. 1.210/2004 - TCU – 1ª Câmara, que negou provimento a Pedido de Reexame interposto contra o Acórdão n. 2.853/ 2003 – TCU – 1ª Câmara, que considerou ilegal o ato de aposentadoria do impetrante na Agência Brasileira de Inteligência – ABIN – diante da impossibilidade de acumulação de aposentadorias relativas a cargos inacumuláveis na atividade, negando registro ao ato, determinando

ao órgão de origem que suspendesse o pagamento dos proventos, dispensando a devolução dos valores recebidos de boa-fé e esclarecendo que o servidor deve optar entre a aposentadoria ou a reforma militar.

1. Improcedência dos novos argumentos trazidos pelo impetrante em seu aditamento da inicial.

2. Inexistência de ofensa ao Princípio da Segurança Jurídica ante a natureza complexa do ato de concessão de aposentadoria pendente de registro por esta Corte de Contas, ainda mais quando é contrário a normas legais e constitucionais e está amparado somente em erro do órgão de origem em conceder inativação a um servidor que já era inativo, uma vez que um ato ilícito não pode ser considerado juridicamente perfeito e a ilegalidade não pode se convalidar com o decurso do tempo.

3. Não-incidência da decadência administrativa em face da inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/99 aos processos por meio dos quais o TCU exerce a sua competência constitucional de controle externo, consoante asseverado pela Ministra Ellen Gracie no MS 24.495-0/DF, e, por unanimidade, pelo Plenário do STF no MS 24.859/DF.

4. Não-cabimento da liminar ante a ausência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

5. Denegação da segurança pela proibição de acumulação das aposentadorias, bem assim pela inexistência de ofensa ao direito adquirido e o ato jurídico perfeito, à ampla defesa, ao contraditório e aos princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade e da segurança jurídica, além de pelo fato de não ser aplicável *in casu* o instituto da decadência administrativa previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/99.

A Procuradoria-Geral da República emitiu o parecer, de folhas 194 a 200, pela concessão da ordem. Eis o resumo da peça:

> Mandado de Segurança contra ato do TCU. Acúmulo de proventos de aposentadoria militar e civil. Alegações de ofensa ao contraditório e à ampla defesa, ocorrência de decadência administrativa e legalidade da dupla percepção por cumulação sucessiva de cargos públicos no tempo refutadas. Situação excepcional do impetrante, legitimada pelas disposições da Constituição de 1967 e da redação original da Carta vigente. Precedente julgado por essa Egrégia Corte em 8-9-2004. Parecer pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Antes de adentrar o tema de fundo, afasto a alegada decadência administrativa. Reporto-me ao que decidido no Recurso Extraordinário n. 195.861-8/ES, Segunda Turma, por mim relatado, cuja publicação ocorreu no *Diário da Justiça* de 17 de outubro de 1997, à melhor dou-

trina sobre ato complexo- Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello – e ao enquadramento da homologação, ou não, da aposentadoria como a integrá-lo, no dizer de Lúcia Valle Figueiredo, que tanto honrou a magistratura.

Para efeito de documentação, eis os textos aludidos, constantes do parecer da Procuradoria-Geral da República, com acréscimo da lição do pensador do Direito que é Celso Antônio:

> 20. No que concerne à alegada decadência administrativa, releva notar que a jurisprudência dessa Excelsa Corte já assentou o caráter complexo do ato de aposentadoria, em vista do que dispõe o artigo 71, III, da Carta Política. Tal entendimento pode ser visualizado na sempre rememorada decisão a seguir transcrita:
>
> > *"Aposentadoria. Ato Administrativo do Conselho da Magistratura. Natureza. Coisa julgada administrativa. Inexistência.*
> > O ato de aposentadoria exsurge complexo, somente se aperfeiçoando com o registro perante a Corte de Contas. Insubsistência de decisão judicial na qual assentada, como óbice ao exame da legalidade, a coisa julgada administrativa." (RE 195.861/ES – 2ª Turma - Rel. Min. Marco Aurélio - DJ de 17-10-1997)
>
> 21. O ato complexo é assim caracterizado por Hely Lopes Meirelles:
>
> > "é o que se forma pela conjugação de vontades de mais de um *órgão administrativo*. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes para a *formação* de um ato único. (...) O ato complexo só se aperfeiçoa com a integração da vontade final da Administração, e a partir deste momento é que se torna atacável por via administrativa ou judicial."(*Direito Administrativo Brasileiro*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167 -grifos no original)
>
> 22. Diante de tal explanação, o ato de aposentadoria não se aperfeiçoa antes do registro levado a efeito pelo Tribunal de Contas da União. É o posicionamento também adotado por Lúcia Valle Figueiredo. Confira-se:
>
> > "Doutra parte, as concessões de aposentadorias, reformas e pensões também serão examinadas e, se legais, serão registradas, dando-se, destarte, eficácia plena ao ato praticado, que deixa de estar sob condição resolutória." (*Curso de Direito Administrativo*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 350 e 351)

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Curso de Direito Administrativo*, 17ª edição, Malheiros, 2004, página 392, os atos complexos são "os que resultam da conjugação de vontade de órgãos diferentes. Exemplo: a nomeação, procedi-

da por autoridade de um dado órgão, que deve recair sobre a pessoa cujo nome consta de lista tríplice elaborada por outro órgão".

No mais, ao deferir a medida acauteladora, assim expressei-me, revelando convencimento sobre a matéria que, a esta altura, encontra-se robustecido mediante o endosso, pelo Plenário, a uma só voz, do voto que proferi, na qualidade de Relator, no Mandado de Segurança n. 24.742-8/DF:

> 2. Inicialmente, consigno não ter o Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Departamento de Administração da Agência Brasileira de Inteligência do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República a qualificação de autoridade coatora, porquanto se limitou a dar cumprimento ao que decidido pelo Tribunal de Contas da União, e o Acórdão n. 2.853/2003, da Primeira Câmara, é explícito na determinação de o órgão concedente da aposentadoria fazer cessar os pagamentos decorrentes da concessão impugnada, fixado prazo máximo de quinze dias, sob pena de responsabilidade solidária. Constata-se, até mesmo, que, no caso, ocorreu insurgimento, gerando reexame do próprio Diretor de Administração da Agência Brasileira de Inteligência –ABIN.
>
> 3. Sob o ângulo do contraditório, é de registrar a natureza do processo relativo à aposentadoria. Mostra-se complexo, com o implemento da aposentadoria pelo órgão de origem, a fim de não haver quebra da continuidade da satisfação do que percebido pelo servidor, seguindo à homologação pelo Tribunal de Contas da União. Vale dizer que não se tem o envolvimento de litigantes, razão pela qual é inadequado falar-se em contraditório para, uma vez observado este, vir o Tribunal de Contas da União a indeferir, a atuar. Nesse sentido, o precedente desta Corte: Mandado de Segurança n. 24.784, relatado pelo Ministro Carlos Velloso perante o Plenário, cujo acórdão foi publicado no *Diário de Justiça* de 25 de junho de 2004. Na espécie, não houve a cassação de aposentadoria deferida e homologada anteriormente, mas a continuidade de processo, visando ao exame da respectiva legalidade.
>
> No mais, o impetrante alcançou a reforma sob a regência da Constituição Federal de 1967 e, aí, viu-se contratado e, posteriormente, guindado a cargo público para postar serviços técnicos, nele permanecendo até 14 de agosto de 1996. A Carta de 1967 preceituava no artigo 93, § 9°:
>
> > A proibição de acumular proventos de inatividade não se aplicará aos militares da reserva e aos reformados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de função de magistério ou de cargo em comissão ou quanto ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.
>
> O retorno ao trabalho, após reforma em relação à qual não foi articulado qualquer defeito, fez-se ao abrigo do citado § 9°. É essa a conclusão a que chego nesta análise preliminar, precária e efêmera, porque situado no

campo acautelador. Vale frisar que regra semelhante à da Carta de 1967 é dado encontrar relativamente aos servidores civis, no que estabelecia o parágrafo 4° do artigo 99 daquele diploma que:

> A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.

A distinção entre servidores civis e militares, beneficiando estes últimos, diz respeito apenas à acumulação de proventos, tendo em vista cargo de magistério, mas, mesmo assim, é mitigada pela premissa de que, possível a acumulação em atividade, inexiste óbice à de proventos. A Carta de 1988, na redação primitiva, nada dispôs a respeito, em si, da acumulação de serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos e pelas demais formas previstas na Lei Maior, vedando-se, isso em 1988, a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o artigo 40 da Constituição Federal, aplicando-se o limite do § 11 do artigo 40, na redação imprimida:

> "§ 11. Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI," – (limites gerais) –" à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo."

Quanto à aplicação da lei no tempo, é dado, então, assentar:

a) o impetrante foi reformado sob a égide do Diploma Republicano de 1967 e a legitimidade, em si, não se faz em jogo;

b) o impetrante retomou ao serviço público em data anterior à Carta de 1988, ou seja, quando o § 9° do artigo 93 da Lei Básica de 1967 o permitia;

Aplica-se à reforma a Carta de 1967 e à aposentadoria subseqüente no campo civil a Constituição Federal de 1988, na forma primitiva. Então, a glosa procedida pelo Tribunal de Contas da União, ante as peculiaridades da regência da matéria, mostra-se, a princípio, incabível.

O Plenário, conforme o *Informativo* n. 360, assim decidiu:

O Tribunal, por maioria, deferiu mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União que declarara ilegal a reforma do marido da impetrante, Coronel da Aeronáutica falecido em 1998, e que implicara o cancelamento da pensão militar por ela recebida. Na espécie, o militar servira à Força Aérea Brasileira por trinta e seis anos, tendo sido reformado em 1982, quando passara a receber os proventos respectivos. Após sua reforma, trabalhara, sob o regime da CLT, por um

período de onze anos, como pesquisador sênior do Centro Técnico Aeroespacial – CTA, emprego que, nesse ínterim, fora transformado em cargo público e no qual o militar veio a se aposentar, em 1993, percebendo proventos. Com seu falecimento, a impetrante vinha recebendo duas pensões (militar e civil). Tendo em conta que a reforma do militar e o seu retorno ao serviço público se deram sob a égide da CF/67, que, no § 9° do art. 93, permitia a acumulação de proventos de inatividade dos militares da reserva e dos reformados quanto a contratos para prestação de serviços técnicos ou especializados, como no caso, entendeu-se que não haveria óbice ao recebimento da pensão militar pela impetrante. Salientou-se, ainda, que a CF/67 seria aplicável à reforma e a CF/88, na sua redação original, à aposentadoria civil, haja vista que, somente a partir do advento da EC 20/98, que instituiu o teto previsto no § 11 do art. 40, estaria vedada a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o aludido artigo. Vencido, em parte, o Min. Joaquim Barbosa, que fazia ressalva no sentido de possibilitar que o TCU verificasse a regularidade da aposentadoria civil. (CF/67, com a redação dada pela EC 1/69: "Art. 93. As patentes, com as vantagens, prerrogativas e deveres a elas inerentes, são asseguradas em tôda a plenitude, assim aos oficiais da ativa e da reserva como aos reformados. (...) § 9° A proibição de acumular proventos de inatividade não se aplicará aos militares da reserva e aos reformados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de função de magistério ou de cargo em comissão ou quanto ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados."). (MS 24.742, julgado em 8-9-2004)

Defiro a ordem, tornando definitiva a liminar, assentando a legitimidade da aposentadoria do impetrante no cargo civil que veio a ocupar, afastando do cenário jurídico os Acórdãos n. 2.853/2003 e 1.210/2004, da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, relativamente ao impetrante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a situação é idêntica à que acaba de ser relatada, com o pormenor de que afastei da relação processual o Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Departamento de Administração da Agência Brasileira de Inteligência, do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, já que o órgão se limitou a cumprir a decisão do Tribunal de Contas da União. E, no caso, articula-se mais, na impetração, com a passagem do tempo, como se houvesse a decadência relativamente à homologação da aposentadoria pelo Tribunal de Contas da União.

É o aditamento que faço e tenho o relatório do caso como implementado.

EXTRATO DA ATA

MS 24.958/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Impetrante: Humberto dos Santos (Advogados: Amauri Serralvo e outro). Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, concedeu a segurança, nos termos do voto do Relator, excluída da legitimação passiva o Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Departamento de Administração da Agência Brasileira de Inteligência. Presidiu o julgamento o Ministro Nelson Jobim.

Presidência do Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 2 de fevereiro de 2005 —Luiz Tomimatsu, Secretário.

RECURSO ESPECIAL N. 746. 765-PA (2005/0072040-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Gabriel Cesar Salgado Pomar
Advogado: Edson Vieira Salgado Pomar

EMENTA

Recurso especial. Penal. Crime contra o meio ambiente. Prescrição. Falsidade ideológica. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade.

1. O princípio da consunção pode ser aplicado quando um delito mais leve serve como fase preparatória ou de execução para um crime mais grave, restando absorvido por este, sendo incabível, reconhecer a absorção de crime mais grave pelo mais leve, para declarar a prescrição.

2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra-Relatora.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 19.12.2005

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido, em sede de **habeas corpus**, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Infere-se dos autos que o Recorrido, Gabriel César Salgado Pomar, foi indiciado pela prática, em tese, de crime ambiental e de falsidade ideológica.

Irresignada, a defesa impetrou ordem de **habeas corpus** perante o Tribunal a quo, almejando o trancamento do inquérito policial. A impetração restou, ao final, concedida em acórdão assim ementado, in verbis:

> "Processo Penal. **Habeas corpus.** Crime-meio (crime ambiental: transporte de madeira) e crime-fim (falsidade ideológica). Prescrição do crime-fim. Absorção do **crime-meio**.
>
> Prescrita a pretensão do crime-fim (na hipótese o transporte de madeira, art. 46, parágrafo único, da Lei n. 9.605/1998, punido com pena de 6 meses a 1 ano de detenção e multa) prejudicada fica a pretensão do crime meio (no caso, falsidade ideológica, art. 299 do CP, punido com pena de 1 a 5 anos de reclusão e multa)." (fls. 48/55).

Sustenta o Recorrente, nas razões do especial, contrariedade ao art. 109 c.c. o art. 297, ambos do Código Penal, e dissídio jurisprudencial sobre a interpretação do princípio da consunção, porquanto "para a infração ser totalmente absorvida pela outra devem ser preenchidos certos requisitos, dentre os quais que o crime absorvido deve ser menos grave que o crime absorvente"(fl. 64).

Sem contra-razões.

Admitido o recurso na origem, ascenderam os autos à apreciação desta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 91/96, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Após a acurada leitura dos autos, entendo que assiste razão ao Recorrente.

Com efeito, princípio da consunção pode ser aplicado quando um delito mais leve serve como fase preparatória ou de execução para um **crime mais grave**, restando absorvido por este.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> "**Habeas corpus**. Direito Penal. Art. 306 da Lei n. 9.503/1997. Alegação da adoção do rito sumaríssimo. Supressão de instância. Extinção da

punibilidade quanto ao crime tipificado no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro. Princípio da consunção. Inaplicabilidade.

1. Não se conhece de pedido de **habeas corpus** cuja matéria da impetração não se constituiu em objeto de decisão da Corte de Justiça Estadual, pena de supressão de um dos graus de jurisdição.

2. O crime de condução de veículo automotor sob a influência de álcool (art. 306 da Lei n. 9.503/1997) é de ação penal pública incondicionada.

3. A extinção da punibilidade do crime de lesão corporal culposa no trânsito, pela renúncia ao direito de representação, não afeta o crime de embriaguez ao volante, eis que, *no princípio da consunção, o crime mais grave absorve o de menor lesividade.*

4. *Writ conhecido parcialmente e denegado.*" (HC n. 24.136-SP, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 23.05.2005.) (grifei)

"Recurso ordinário em **habeas corpus**. Emprego irregular de verbas públicas. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade.

1. *O princípio da consunção pode ser aplicado quando um delito serve como fase preparatória ou de execução para um crime mais grave, restando absorvido por este.*

2. Na hipótese vertente, não se observa que o crime previsto no art. 315 do Código Penal possa absorver crimes mais graves como os tipificados nos arts. 89 e 90 da Lei n. 8.666/1993, bem como os descritos nos arts. 288 e 299, parágrafo único, ambos do Código Penal, sendo, pois, inaplicável o princípio da consunção.

3. *Recurso desprovido.*" (RHC n. 10.870-SE, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 14.03.2005.) (grifei)

"RHC. Concurso de crimes. Arts. 303 e 306 do código de trânsito. Embriaguez ao volante (art. 306 do CTB) subsistente. Ação penal pública. Princípio da consunção. Não-aplicabilidade.

O crime de embriaguez ao volante, definido no art. 306 do CTB, é de ação penal pública incondicionada, dado o caráter coletivo do bem jurídico tutelado (segurança viária), bem como a inexistência de vítima determinada.

No princípio da consunção o crime mais leve é absorvido pelo mais grave e não o contrário.

Recurso desprovido." (RHC n. 13.729-MG, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 1°.09.2003.) (grifei)

Na espécie, porém, a Corte **a quo**, para declarar a prescrição, reconheceu a absorção de crime mais grave pelo mais leve, descaracterizando-se portanto o referido princípio.

Ante o exposto, amparada nos precedentes acima citados, dou provimento ao recurso para cassar a decisão recorrida, determinando, por conseguinte, o prosseguimento do inquérito policial.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 18.116-SP (2005/0120859-5)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Paulo Roberto Araújo

Advogado: Rony Vainzof

Recorrido: Tribunal Regional Federal da 3ª Região

EMENTA

Recurso em **habeas corpus**. Penal. Art. 241. Internet. Sala de bate papo. Sigilo das comunicações. Inviabilidade. Trancamento do inquérito policial. Necessidade de exame aprofundado do conjunto probatório. Inadequação da via eleita.

1. A conversa realizada em "sala de bate papo" da internet, não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais.

2. O trancamento do inquérito policial em sede de recurso em **habeas corpus** é medida excepcional, somente admitida quando constatada, **prima facie**, a atipicidade da conduta ou a negativa de autoria.

3. Recurso que se nega provimento, com a recomendação de que o juízo monocrático determine a realização imediata da perícia requerida pelo Parquet nos autos, sob pena de trancamento da ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, porém, recomendou ao juízo da 4ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, a realização da imediata perícia requerida pelo Parquet nos Autos de n. 2002.61.81.004444-2, sob pena de trancamento da ação penal, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 06.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso ordinário interposto em benefício de Paulo Roberto Araújo, contra decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, por maioria de votos, indeferiu o writ originário, em acórdão que restou assim ementado (fls. 149/160):

> "**Habeas corpus**. Lei n. 8.069/1980. Art. 241. Internet. Competência. Justiça Federal. Inquérito policial. Constrangimento ilegal. Inexistência.
>
> 1. A Justiça Federal é competente para processar e julgar o delito de divulgação de imagens pornográficas de crianças e adolescentes pela Internet, nos casos em que, iniciada sua execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, nos termos do art. 109, V, da Constituição da República.
>
> 2. A alegação de atipicidade dos fatos imputados ao paciente não restou comprovada nos autos, uma vez que depende da realização de perícia e da análise dos elementos constantes do inquérito policial.
>
> 3. Não merece prosperar a afirmação de violação ao sigilo das comunicações, uma vez que a conversa do paciente foi realizada em "sala de bate papo" da internet, de acesso irrestrito e destinado a conversas informais.
>
> 4. A quebra do sigilo dos dados cadastrais do paciente junto à provedora de acesso à internet não configura constrangimento ilegal, uma vez que determinada por autoridade judicial com base na necessidade de apuração da autoria dos fatos investigados em inquérito policial.
>
> 5. Ausência de elementos nos autos que comprovem a alegação de abuso na realização da busca e apreensão e de coação ao paciente em seu interrogatório perante a autoridade policial.
>
> 6. A devolução dos equipamentos do paciente depende de nova perícia, não sendo possível atribuir à autoridade judicial a demora em sua realização.
>
> 7. Ordem de **habeas corpus** denegada."

O acusado requer o trancamento do inquérito policial, sob o fundamento de que a prova que deu origem à investigação está viciada.

O Ministério Público Federal é pelo improvimento do recurso, afirmando que a simples instauração de investigação para apuração de fatos não enseja o constrangimento ilegal, bem como aduz que não existem elementos capazes de provar que a interceptação realizada seria ilícita. (Fls. 190/195)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Segundo consta dos autos está em curso procedimento administrativo policial visando à apuração de crime previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dos documentos acostados é verificado que a Interpol interceptou conversa do acusado em "sala de bate papo" na internet, momento em que foi noticiada a transmissão de imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes. Esta conduta funcionou como elemento condutor da instauração do referido inquérito policial.

Ao final, a investigação concluiu pela ausência de provas quanto à autoria do recorrente, porém o Ministério Público, com amparo na lei adjetiva penal, requereu novas diligências no material apreendido.

Desse modo, em 22 de julho de 2003 foram os computadores do acusado enviados à perícia, porém até a presente data não fora realizado nenhum exame.

2. Cumpre destacar quanto à utilização de prova ilícita para a instauração do inquérito policial, na qual o recorrente aduz a violação do sigilo das comunicações, que a argüição não merece prosperar.

Acertada a decisão do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região que sobre o tema entendeu não haver o sigilo das comunicações, uma vez que a conversa fora realizada em "sala de bate papo" da internet, em que se caracteriza, em "ambiente virtual de acesso irrestrito e destinado a conversas informais". (Fl. 21)

3. Ademais, o trancamento do inquérito policial e da ação penal em sede de recurso em **habeas corpus** é medida excepcional, somente admitida quando constatada, prima facie, a atipicidade da conduta ou a negativa de autoria.

In casu, a matéria **sub exame** – a simples alegação, sem provas, de que a interceptação seria ilícita – se mostra insuscetível de ser detectada **primus ictus oculi**, mostrando-se, por conseqüência, estranha ao âmbito da angusta via do presente recurso.

Nesse sentido, o firme entendimento desta Corte Superior de Justiça:

> "**Habeas corpus**. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Não evidenciada de plano. Análise sobre a materialidade dos delitos que não pode ser feita na via eleita.
>
> 1. O trancamento da ação penal pela via de **habeas corpus** é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas no caso.
>
> 2. Narrando a denúncia fatos configuradores de crime em tese, de modo a possibilitar a defesa dos acusados, não é possível o trancamento da ação penal na via do **habeas corpus**, mormente quando a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos.
>
> 3. A versão de inocência apresentada pelo réu é contraposta por elementos indiciários apresentados pela acusação, tais como comprovante de depósito, depoimento da vítima e de testemunha. Há evidente confronto de versões para o mesmo fato, somente deslindável por meio da instrução criminal, garantidos o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Justa causa não evidenciada.

4. Ordem denegada." (HC n. 36.665, Sexta Turma, minha relatoria, DJ 28.11.2005).

4. Pelo exposto, nego provimento ao recurso ordinário em **habeas corpus**. Porém, recomendo ao Juízo da 4ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, a realização imediata da perícia requerida pelo *Parquet* nos Autos de n. 2002.61.81.004444-2, sob pena de trancamento da ação penal.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 436.869-SP (2002/0054493-7)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrentes: Palhares Advogados Associados S/C e outros Advogados: Márcio Mello Casado e outros

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso especial. Ação civil pública. Contrato para realização de serviços técnicos especializados, mas não singulares. Escritório de advocacia. Licitação. Dispensa.

1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/1993, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.

2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro-Relator. O Dr Antônio Janyr Júnior sustentou oralmente pela parte recorrente, Palhares Advogados Associados S/C. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 6 de dezembro de 2005 (data do julgamento).
Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 1°.02.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Tratam os autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em desfavor da Prefeitura Municipal de Santos, Palhares Advogados Associados S/C e David Capistrano da Costa Filho e outros, visando à declaração de nulidade de contrato administrativo firmado com o objetivo de obter prestação, sem a respectiva licitação, de serviços na área jurídica. O autor também requereu a condenação dos réus ao ressarcimento dos danos ocasionados ao Município, a suspensão dos direitos políticos dos réus, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público.

A ação foi julgada parcialmente procedente para extinguir o feito com relação aos réus, permanecendo no pólo passivo apenas a prefeitura municipal e a sociedade civil, as quais foram condenadas ao ressarcimento do Erário Público em R$ 200.000,00, em virtude da nulidade do contrato administrativo. Com relação ao prefeito, foi ele condenado, nos termos do art. 12, inciso II, da Lei n. 8.429/1992, à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos por cinco anos.

Prefeitura, prefeito e escritório de advocacia apelaram, e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a sentença em acórdão assim ementado:

"Ação civil pública. Contratação de escritório de advocacia para prestação de 'serviços técnicos especializados' sem a devida licitação. Existência, no Município, de Procuradoria Geral. Inadmissibilidade. Procedimentos judiciais que deveriam ser acompanhados pela respectiva Procuradoria. Ocorrência de lesão ao patrimônio público. Ação parcialmente procedente. Decisão mantida. Recursos não providos."

Foram opostos embargos declaratórios, que restaram rejeitados pelo Tribunal.

Então, Palhares Advogados Associados S/C aviou recurso especial com fulcro nas alienas **a**, **b** e **c** do permissivo constitucional, apontado vulneração dos arts. 535, II, do Código de Processo Civil, e dos arts. 13, V, e 25, II, e § 1°, da Lei n. 8.666/1993. Afirmou que o art. 64 da Lei Orgânica do Município de Santos, que instituiu a "Procuradoria Geral do Município", contrariou os dispositivos legais ora mencionados, bem com apontou divergência de entendimento jurisprudencial com paradigma oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Também foi aviado recurso extraordinário.

Os recursos foram contra-arrazoados, conforme consta das fls. 803/804 e 805/806.

O recurso especial ascendeu a esta Corte por decisão positiva de admissibilidade às fls. 809/813. Na mesma decisão, resolveu-se obstar o seguimento do recurso extraordinário, tendo sido interposto agravo de instrumento, conforme certidão de fl. 815.

O Ministério Público Federal exarou parecer pelo não-provimento do recurso especial.

E o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Os recorrentes, nas razões do recurso especial, apontam que foram vulnerados os arts. 535, II, do Código de Processo Civil, e os arts. 13, V, e 25, II e § 1°, da Lei n. 8.666/1993. Pretende, em razão da violação de tais dispositivos, que o recurso especial seja conhecido no que se refere à alínea **a**, bem como à alínea **b** do permissivo constitucional, sustentando incompatibilidade entre o art. 64 da Lei Orgânica que do Município, que instituiu a Procuradoria Geral do Município, e as referidas disposições legais.

Ab initio, não conheço do recurso especial fundado na alínea **b**, porquanto, com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, em vigor desde a sua publicação, a contestação de lei local em face de lei federal passou à competência do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a irresignação não merece prosperar quanto à alegada violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois se verifica que o Tribunal de origem examinou e decidiu, fundamentadamente, todas as questões suscitadas pela parte, não havendo, assim, por que cogitar de negativa de prestação jurisdicional.

Extrai-se ainda que os recorrentes, objetivando a reapreciação da matéria, opuseram embargos de declaração, recurso que não possui essa feição entre suas hipóteses de cabimento, sendo próprio para o caso de esclarecimento de contradição ou obscuridade e suprimento de omissão no julgado.

Nesse contexto, oportuno transcrever as palavras do insigne Ministro Carlos Velloso, para quem "os EDcl têm pressupostos certos no CPC, 535, não se prestando para corrigir **error in judicando**. Só se admite a oposição do recurso de EDcl quando o erro cometido pela decisão embargada for no procedimento, quer dizer, erro na aplicação de norma de processo ou procedimento. Quando o erro for de julgamento, ou seja, de aplicação incorreta do direito à espécie, não cabem os EDcl" (STF, Segunda Turma, EDcl no ROMS n. 22.835-4, DJ 23.10.1998).

No que concerne aos arts. 13 e 25 da Lei n. 8.666/1993, conheço do recurso porque satisfeitos os requisitos de admissibilidade, estando a matéria devidamente prequestionada.

Estabelece o art. 25 da Lei n. 8.666/1993 que a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição, ou porque o objeto a ser contratado seja único, ou exclusivo seja o fornecedor do bem ou prestador de serviços. Confiram-se os termos da lei:

> *"Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:*
>
> I - para aquisição de materiais, equipamentos; ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda, pelas entidades equivalentes;
>
> *II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;*
>
> III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.
>
> *§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior; estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.*
>
> § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis."

In casu, a discussão centra-se na contratação de escritório de advocacia para condução de ações judiciais nas quais se discutem contratos relativos a operações de crédito efetuadas pela prefeitura com as seguintes instituições financeiras: Banespa, Bicbanco, Real, BMG, Fibra, Geral do Comércio, BMC e Itamari.

Evidentemente, não se descuida de que são contratos de alto valor e que exigem atuação profissional atenta e eficiente. Todavia, isso não autoriza a prefeitura a entender que o escritório contratado, Palhares Advogados Associados S/C, era o único habilitado ao patrocínio de tais causas, pois questões atinentes ao direito financeiro (ou bancário, como alguns propugnam) estão, atualmente, bastante disseminadas atualmente e exigem, tanto quanto qualquer outro ramo do Direito, eficiência na condução de processos judiciais.

Assim, caso a Procuradoria do Município não contasse, à época da contratação nos autos questionada, com profissionais hábeis para o patrocínio de tais ações (o que poderia acontecer ante a inexigência de tal requisito quando

da realização de concurso público para seleção dos procuradores – embora se trata de hipótese que não me parece plausível), é certo que poderia lançar-se no mercado em busca de outros. Mas isso, de forma alguma, pode ser corroborado com o entendimento de que apenas a recorrente seja habilitada, pois existem vários advogados especializados no assunto, principalmente na cidade de São Paulo, sede do mais movimentado centro financeiro do País, bem mais próxima de Santos do que do Rio de Janeiro, onde está estabelecida a recorrente – sem contar com os profissionais estabelecidos em Santos, que poderiam se interessar pelo patrocínio das ações da prefeitura.

Ante esse quadro, a dispensa da licitação e a contratação direta não encontram previsão em lei. Observe-se o que dispõe o art. 13, principalmente seu § 1°:

> "Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
> I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
> II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
> III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras;
> IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
> V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
> VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
> VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
> § 1° Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.
> § 2° Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.
> § 3° A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato."

Portanto, os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/1993, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa. E, não obstante a recorrente se arvore de tais requisitos, por óbvio que não é a única, pois, como ela, tantos outros também detêm tal especialização.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a propósito, faz as seguintes considerações:

> "A contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (inciso II);

não é para qualquer tipo de contrato que se aplica essa modalidade: é apenas para os contratos de prestação de serviços, desde que observados os três requisitos, ou seja, o de tratar-se de um daqueles enumerados no art. 13, o de ser de natureza singular, e o de ser contratado com profissional notoriamente especializado..."

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no art. 13; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo, tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer, que torna inexigível a licitação..." (in "Direito Administrativo", 12ª edição, 2000, p. 312).

Conclui-se, então, que não há, considerando a decisão recorrida, nenhuma contrariedade à Lei n. 8.666/1993.

No mesmo sentido da doutrina acima exposta é o acórdão paradigma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, citado para dar sustentação ao presente recurso no que se refere à alínea c do permissivo constitucional.

No mencionado aresto, o entendimento prevalecente foi o de haver dispensa de licitação no caso de o objeto a ser prestado compreender serviços de natureza singular a serem realizados por profissionais de notória especialização. Sustenta-se que a "notória especialização" indica que o profissional não é único, mas que ele se destaca dos demais.

Pois, bem, **in casu**, ao contrário do que consta no paradigma, não há, nos autos, menção alguma a eventual notoriedade dos profissionais que compõem o escritório recorrente em relação a outros que atuam no mesmo ramo, o que justificaria a dispensa de licitação.

Há, ainda, outra diferença fundamental. No paradigma está firmado que não há, no Município, procurador com experiência na condução de processos no Superior Tribunal de Justiça, o que não é o caso dos autos.

Portanto, com relação à alínea c do permissivo constitucional, o recurso também não merece prosperar, uma vez que o acórdão recorrido possui suporte fático distinto do aresto paradigma.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e nego-lhe provimento.

Determino a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para que se proceda à análise do recurso quanto à contestação da lei municipal em fase da lei federal (EC n. 45, de 2004).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 658.139-RS (2004/0063876-0)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Recorrentes: I. G. dos S. e outro
Advogados: Eduardo Ferreira Fischer e outros
Recorrido: M. Z. S. (menor)
Representado por: D. Z.
Advogado: Flávio José Halmenschlager

EMENTA

Civil. Alimentos. Responsabilidade dos avós. Obrigação complementar e sucessiva. Litisconsórcio. Solidariedade. Ausência.

1. A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que "sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos".

2. O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras.

3. Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no pólo passivo da demanda.

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Não participou do julgamento o Ministro Jorge Scartezzini (art. 162,

§ 2°, do RISTJ). Ausente, justificadamente, o Ministro Aldir Passarinho Junior.
Brasília (DF), 11 de outubro de 2005 (data de julgamento).
Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJ 13.03.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Trata-se de ação revisional de alimentos proposta por Manuela Zubaran Santos, menor impúbere, representada por sua mãe, contra Ivan Gruendling dos Santos seu pai e Nelson dos Santos, avô paterno.

Na contestação, em preliminar, os réus argüiram a necessidade de citação também dos avós maternos, sob o entendimento de litisconsórcio necessário.

A preliminar foi rejeitada, **verbis**:

> "Foi também repelida a preliminar de litisconsórcio necessário dos avós maternos e paternos, na medida em que há obrigação solidária, salvo melhor juízo". (Fl. 66)

Interposto o agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a ele nega provimento, com os seguintes fundamentos:

> "Agravo de instrumento. Verba alimentar. Obrigação avoenga. Ausência de solidariedade. Tempestividade. O **decisum** pregresso ostentava contradição, pelo que cabível a oposição de embargos declaratórios, interrompendo-se o prazo recursal anteriormente iniciado. A obrigação, aqui, característica guarda de divisibilidade e não solidariedade, não gerando, pois, litisconsórcio necessário. Exegese do art. 1.698 do Código Civil em vigor, cuja redação não enseja dúvida ao efeito de se cuidar de litisconsórcio facultativo impróprio.
>
> *Agravo de instrumento improvido.*"
>
> (...)
>
> Tratando-se de obrigação, como a hipótese contempla, avoenga, não se cuida de litisconsórcio necessário, como pretendem os recorrentes e sim de litisconsórcio passivo facultativo, bastando haja a opção por um dos avós que logre suportar o encargo nos limites de suas possibilidades." (Fls. 100/103)

No recurso especial, manejado pela alínea **a** do permissivo constitucional, Ivan Gruendling dos Santos e Nelson dos Santos sustentam violação ao art. 1.698 do Código Civil de 2002.

Admissão na origem.

Parecer do Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães opinando pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O art. 397 do Código Civil revogado possui o seguinte teor:

> "O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros."

Na órbita deste diploma, esta Corte havia pacificado a tese de que, na ação de alimentos proposta por netos contra o avô paterno, seria dispensável a citação dos avós maternos, por não se tratar de litisconsórcio necessário, mas sim, facultativo impróprio. A propósito:

> "Ação de alimentos proposta por netos contra o avô paterno. Citação determinada dos avós maternos. Inocorrência de litisconsórcio passivo necessário.
>
> O credor não está impedido de ajuizar a ação apenas contra um dos coobrigados. Não se propondo a instauração do litisconsórcio facultativo impróprio entre devedores eventuais, sujeita-se ele às conseqüências de sua omissão.
>
> Recurso especial não conhecido." (REsp n. 50.153-RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, publicado no DJ 14.11.1994)

> "Processual Civil e Civil. Complementação de alimentos. Ação proposta contra avô paterno. Legitimidade. Ausência de litisconsórcio necessário com os avós maternos. Dissídio não demonstrado. Precedentes. Orientação da Turma. Recurso não conhecido." (REsp n. 261.772-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ 20.11.2000)

A questão debatida consiste em saber se o art. 1.698 do Código Civil de 2002 tem o condão de modificar a interpretação pretoriana firmada sobre o art. 397 do Código Civil revogado.

Eis a nova redação:

> "Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, *intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.*"

Em primeira análise, a interpretação literal do dispositivo parece conceder uma *faculdade* ao autor da ação de alimentos de trazer para o pólo passivo os avós paternos e/ou os avós maternos de acordo com a sua livre escolha. Todavia, essa não representa a melhor exegese.

É sabido que a obrigação de prestar alimentos aos filhos é, originariamente, de ambos os pais, sendo transferida aos avós subsidiariamente, em caso de inadimplemento, em caráter complementar e sucessivo.

Neste contexto, mais acertado o entendimento de que a obrigação subsidiária – em caso de inadimplemento da principal – deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento.

Isso se justifica, pois a necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado, maior provisionamento tantos quantos réus houver no pólo passivo da demanda.

Note-se que esse entendimento está alinhavado com outros julgados desta Corte, **verbis**:

> "Civil. Família. Alimentos. Responsabilidade complementar dos avós.
>
> Não é só e só porque o pai deixa de adimplir a obrigação alimentar devida aos seus filhos que sobre os avós (pais do alimentante originário) deve recair a responsabilidade pelo seu cumprimento integral, na mesma quantificação da pensão devida pelo pai.
>
> Os avós podem ser instados a pagar alimentos aos netos por obrigação própria, complementar e/ou sucessiva, mas não solidária.
>
> Na hipótese de alimentos complementares, tal como no caso, a obrigação de prestá-los se dilui entre todos os avós, paternos e maternos, associada à responsabilidade primária dos pais de alimentarem os seus filhos.
>
> Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, para reduzir a pensão em 50% do que foi arbitrado pela Corte de origem." (REsp n. 366.837-RJ, Relator p/ o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado no DJ 22.09.2003).
>
> "Civil. Alimentos. Responsabilidade dos avós. Alimentos provisórios.Termo final. Trânsito em julgado.
>
> 1. A orientação pretoriana é no sentido de que havendo fixação de alimentos provisórios, na forma do disposto no art. 13, § 3°, da Lei n. 5.478, de 1968, serão eles devidos até decisão final (trânsito em julgado).
>
> 2. A responsabilidade dos avós quanto aos alimentos é complementar e deve ser diluída entre todos eles (paternos e maternos).
>
> 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para estabelecer que, até o trânsito em julgado, o pensionamento deverá ser no valor estabelecido provisoriamente, reduzido em 50% (cinqüenta por cento) o quantitativo estabelecido em definitivo." (REsp n. 401.484-PB, Relator Ministro Fernando Gonçalves, publicado no DJ 20.10.2003).

Destaque-se, ainda, que a melhor doutrina civilista, apesar de antiga, não se mostra ultrapassada. A propósito:

> "Outro aspecto interessante da obrigação alimentar: na hipótese de coexistirem vários parentes do mesmo grau, obrigados à prestação, não existe solidariedade. Exemplificativamente: um indivíduo de idade avançada, pai de vários filhos, carece de alimentos. Não se tratando de obrigação solidária, em que qualquer dos co-devedores responde pela dívida toda (Código Civil, art. 904), cumpre-lhe chamar a juízo, simultaneamente, num só feito, todos os filhos. Não lhe é lícito dirigir a ação contra um deles somente, ainda que o mais abastado. Na sentença o juiz rateará entre os litisconsortes a soma arbitrada, de acordo com as possibilidades econômicas de cada um. Se um deles se achar incapacitado financeiramente, será por certo exonerado do encargo.
>
> Anote-se ainda que divisível é a obrigação. Em tais condições, numa ação de alimentos, não pode o réu defender-se com a alegação de que existem outras pessoas igualmente obrigadas e aptas a fornecê-los." (**Monteiro, Washington de Barros**. "Curso de Direito Civil". 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 298).

> "Por isso que os ascendentes de um mesmo grau são obrigados em conjunto, a ação de alimentos deve ser exercida contra todos, e a quota alimentar é fixada de acordo com os recursos dos alimentantes e as necessidades do alimentário. Assim, intentada a ação, o ascendente (avô, bisavô etc.; avó, bisavó etc.) pode opor que não foram chamados a prestar alimentos os outros ascendentes do mesmo grau." (**Miranda, Pontes de**. "Tratado de Direito Privado", tomo IX, 1ª ed., atualizado por **Vilson Rodrigues Alves**, Campinas: Bookseller, 2000, p. 278).

> "Em melhor expressão: em primeiro lugar são obrigados os pais, depois os avós, depois os bisavós, e, assim, os trisavós, etc. E em existindo um ascendente de grau mais próximo, os de grau mais remoto ficam excluídos e liberados daquela obrigação. (...)
>
> Exemplificando: na falta de pais, ou se estes estão impossibilitados de cumprir essa obrigação, pode o filho, sem recursos para a sua subsistência, pedir alimentos aos avós, nas mesmas condições em que pediria aos pais, a dizer: sem distinção de sexo e de regime de bens, na proporção dos seus capitais e na medida das necessidades do alimentário.
>
> O que se faz necessário esclarecer é que se há avós paternos e maternos, são todos chamados, simultaneamente, a cumprir a obrigação, nas devidas proporções.
>
> Os ascendentes do mesmo grau são, sem dúvida, obrigados em conjunto, como se diz no Código Civil alemão, art. 1.066.
>
> Dessa verdade resulta que a ação de alimentos deve ser exercida contra todos e a cota alimentar será fixada de acordo com os recursos dos alimentantes e necessidade do alimetário.

Ressalta ainda que pode o ascendente (avó, bisavó, etc.; avô, bisavô, etc.) opor que não foram chamados a prestar alimentos os outros ascendentes do mesmo grau." (**Santos, J. M. de Carvalho**. "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. VI, 10ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 171)

Na atualidade, frente ao novo Código Civil, preleciona Belmiro Pedra Welter, verbis:

> "Com a promulgação do Código Civil de 2002, embora se tenha mantido o caráter de não-solidariedade da obrigação alimentar, isto é, "sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos" (art. 1.710), haverá alteração de pensionamento com relação ao recebimento da pensão, pois, de acordo com o art. 1.698 do mesmo digesto legal, 'se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide'. Significa dizer que o demandado terá o dever e não só o direito, de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso ele não consiga suportar sozinho esse encargo, porque o credor tem o direito de receber a integralidade dos alimentos, que deverão ser fixados nesse processo.
>
> A esse respeito, a doutrina informa que se trata de mais uma hipótese de intervenção de terceiros, não constante da legislação processual, pelo que houve inovação pelo Código Civil, porquanto, a partir de agora, 'não há mais dúvida de que tal chamamento é possível, o que certamente permitirá que se dê solução mais adequada à lide, quando há vários obrigados a prestar alimentos, definindo-se, desde logo, o quanto caberá a cada um'.
>
> Como se vê, o Código Civil de 2002 contrariou a doutrina e a jurisprudência vigentes, porquanto exige, e não apenas faculta, a convocação de todos os co-obrigados para, no processo pendente, ser distribuída a pensão alimentícia, de acordo com a necessidade do alimentando e as possibilidades de todos os co-responsáveis. E isso significa que o litisconsórcio não é mais facultativo, e sim litisconsórcio passivo obrigatório simples: passivo, porque a pensão deve ser paga somente pelo demandado ou pelos demais parentes; obrigatório, porque o legislador optou pelos princípios da celeridade e da economia processual, com a concessão dos alimentos em um único processo; simples, porque a verba alimentar será distribuída entre os parentes de acordo com as suas possibilidades financeiras." ("Alimentos no Código Civil", Thomson, IOB, 2ª ed., pp. 222/223)

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para determinar a citação dos avós maternos, por se tratar de hipótese de litisconsórcio obrigatório simples.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, na forma do que dispõe o art. 1.698 do Código Civil de 2002, a solução que V Exª. propõe é a que se impõe e com a observação de que a lei nova é aplicável ao caso.

Acompanho o voto de V Exª., na linha também do voto do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, trata-se de ação revisional de alimentos proposta por Manuela Zubaran Santos, menor impúbere, representada pela sua mãe, contra seu pai e seu avô paterno. Os réus argüiram a necessidade de citação também dos avós maternos sob o entendimento de que haveria litisconsórcio necessário.

Essa preliminar foi rejeitada em 1° grau, e o egrégio Tribunal de Justiça manteve a decisão. Daí o recurso especial, tendo a douta Subprocuradoria opinado pelo seu improvimento.

O Relator, o eminente Ministro Fernando Gonçalves, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, consignando, no que mais interessa, em seu judicioso voto, de que faço uma citação livre, *que a questão debatida consiste em saber se o art. 1.698 do Código Civil de 2002 tem o condão de modificar a interpretação pretoriana firmada sobre o art. 397 do Código Civil revogado.*

O art. 1.698 pontifica que, se o parente que deve alimento em primeiro lugar não estiver em condição de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato. Sendo várias as pessoas obrigadas a prestarem alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos e, intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

O nosso entendimento, à luz do anterior Código Civil, era em sentido contrário ao que exposto pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves, que agora o retifica com fincas, dentre outros fundamentos, pelo que posto na seguinte lição doutrinária:

> "Com a promulgação do Código Civil de 2002, embora se tenha mantido o caráter de não-solidariedade à obrigação alimentar, isto é, sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos – é o que está dito no art. 1.710. E haverá alteração de pensionamento com relação ao recebimento da pensão, pois, de acordo com o art. 1.698 do mesmo digesto legal, se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato. Sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem

concorrer na proporção dos respectivos recursos e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide."

Comungo com essa mesma compreensão sobre o tema até por, se assim não fosse, o alimentando poderia, a seu alvitre, escolher um dos avós que teria que suportar, sozinho o cogitado encargo, quando a responsabilidade repousa sobre todos eles.

Em conformidade com o douto voto do eminente Relator, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para determinar a citação dos avós maternos, por se tratar de hipótese de litisconsórcio obrigatório simples.

RECURSO ESPECIAL N. 686.978-RS (2004/0116174-4)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: J. M. da S. da M.
Advogada: Bernadete Maciel Seibt
Interessado: D. S. da M.

EMENTA

Direito Civil e Processual Civil. Separação judicial. Litigiosidade. Revelia. Instrução do processo.

Deixando o réu de apresentar contestação ao pedido de separação judicial de cunho litigioso a envolver interesse de menores, filhos do casal, não pode o juiz simplesmente decretar a pena da confissão ficta.

As ações de separação judicial, nas quais o debate cinge-se ao âmbito do casal separando, tratam de direitos transigíveis.

As conseqüências da separação judicial com pedido de decretação de culpa, em especial aquelas a envolver os interesses dos filhos do casal, ainda menores, sobrepõem-se, necessariamente, à disponibilidade dos direitos restritos à esfera dos cônjuges, e não permitem que os graves efeitos da revelia preponderem ante a imprescindibilidade da instrução processual.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

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, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com a Srª. Ministra-Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2005 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ 13.02.2006

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJRS.

Ação: de separação judicial c.c. busca e apreensão de veículo, proposta em 26.01.2000, por J. M. da S. da M., ora recorrida, em face de D. S. da M.

Alegou que contraíram matrimônio pelo regime de comunhão parcial de bens em julho de 1981, e que o requerido abandonou o lar em dezembro de 1999, levando consigo o automóvel de uso comum do casal, deixando-a sozinha com dois filhos menores.

Relatou a impossibilidade da vida em comum do casal em decorrência do alcoolismo do ex-marido. Informou que tem seqüelas de paralisia infantil e necessita do veículo para sua locomoção.

Formulou pedido liminar de busca e apreensão do veículo e fixação de alimentos em valor equivalente a três salários mínimos.

Despacho com conteúdo decisório: o ilustre juiz fixou os alimentos provisórios em valor equivalente a um salário mínimo mensal, determinou a citação do réu, e indeferiu o pedido liminar de busca e apreensão do veículo.

A recorrida informou que o ex-cônjuge espontaneamente procedeu à devolução do veículo e, em virtude de ter ele celebrado novo contrato de trabalho, postulou o arbitramento dos alimentos em 30% dos seus rendimentos, descontados em folha de pagamento.

Citado, o réu não apresentou contestação.

O Ministério Público opinou pela designação de audiência.

Sentença: diante dos efeitos da revelia, foi julgado procedente o pedido para decretar a separação judicial do casal, reconhecida a culpa do ex-marido. Os alimentos por ele devidos à recorrida e aos filhos foram fixados em 30% sobre seus rendimentos brutos, excluídos os descontos obrigatórios, permanecendo a ex-mulher na posse dos bens até a realização da partilha.

Apelação: interposta pelo Ministério Público, ora recorrente, ao argumento de que em ações de estado, de cunho litigioso, nas quais se reclama um juízo de culpa, impõe-se a instrução do feito, porque tratam de direitos indisponíveis. Aludiu ainda ao fato de que, havendo prole resultante do matrimônio, imprescindível que se decida a respeito da guarda, educação, visitas e sustento dos filhos do casal.

Acórdão: negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

> (fl. 61) – "separação judicial. Ministério público.
>
> Ainda que disponha o Ministério Público de legitimidade para recorrer na ação de separação judicial, **in casu**, não se visualiza a impossibilidade de acolher-se a demanda, em face da revelia do demandado. Apelo conhecido e improvido."

Embargos de declaração: rejeitados.

Recurso especial: interposto sob alegação de ofensa aos arts.:

i) 535, II, do CPC, porque omisso o acórdão recorrido;

ii) 320, II, do CPC, ao argumento de que não poderia ter sido decretada a revelia do réu ante a natureza indisponível dos direitos em litígio, tais como a guarda dos filhos.

Pugna pela reforma do julgado para que se proceda à instrução processual do feito.

Exame prévio de admissibilidade: o ilustre Desembargador 3° Vice-Presidente do TJRS negou seguimento ao presente recurso especial.

Ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso especial conferi provimento e determinei a subida dos autos principais.

Parecer do MPF: opinou pelo provimento do recurso (fls. 123/126).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Versa o debate acerca dos efeitos da revelia se operarem ou não em ação de separação judicial com caráter litigioso.

Da violação ao art. 535, II, do CPC

Sustenta o recorrente que o acórdão recorrido foi omisso ao não analisar questões por ele levantadas quando da interposição do recurso de apelação e reiteradas em sede de embargos de declaração. Contudo, não aduz a respeito de quais temas haveria omissão, o que impede a compreensão da controvérsia ante o óbice da Súmula n. 284-STF.

Da violação ao art. 320, II, do CPC

Narram os autos que o réu deixou de apresentar contestação ao pedido de separação judicial litigiosa, ao que o ilustre juiz decretou a pena da confissão ficta, operando-se os efeitos dela decorrentes, com a procedência do pedido inicial em julgamento antecipado da lide, sendo-lhe imputada a culpa pela dissolução da sociedade conjugal.

O recorrente alega que, dada a natureza de ordem pública dos direitos em litígio, dos quais ressai a necessária discussão a respeito da guarda dos filhos, não poderiam operar-se os efeitos da revelia, recomendando-se a realização da instrução do processo.

Por certo que, em havendo consenso do casal e preenchidos os pressupostos legais, pode a separação ocorrer em procedimento de jurisdição voluntária, o que empresta aos direitos emergentes dessa modalidade de dissolução da sociedade conjugal caráter de disponibilidade.

Contudo, o natural embate que advém da separação litigiosa com pedido de decretação de culpa, e as conseqüências dela decorrentes, tais como a necessária decisão judicial a respeito da guarda dos filhos, que se insere no âmbito

dos direitos indisponíveis, assinalam para a imprescindível instrução do processo, a despeito da ocorrência de revelia.

E é sob essa ótica que tem a jurisprudência do STJ se lançado, conforme evidencia-se das ementas a seguir transcritas:

> "Separação judicial. Revelia.
>
> Não fere direito líquido e certo do autor a decisão judicial que, não obstante a revelia, determina se proceda à instrução. Ainda que o direito da separação, em si, possa considerar-se como disponível, já que passível de fazer-se por mútuo consenso, uma vez reunidos os pressupostos legais, dela resultam conseqüências a cujo respeito o juiz deve prover e que se inserem entre os direitos indisponíveis. Dentre elas a pertinente à guarda dos filhos." (RMS n. 684-CE, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 25.02.1991).

> "Civil e Processual. Ação de separação litigiosa. Revelia. Julgamento antecipado da lide. Ausência de qualquer prova ou colheita do depoimento pessoal das partes. Impossibilidade. Interesse público. Divergência jurisprudencial.
>
> I - Os reflexos da separação judicial litigiosa não se restringem à esfera dos cônjuges, mas também refletem no âmbito do interesse público, de sorte que a revelia não deve ser motivo suficiente à dispensa de qualquer instrução processual, seja por prova material ou oral, incorretamente procedendo-se ao julgamento antecipado da lide, com a decretação da culpa do réu, sem que sequer se tenha oportunizado ao menos a colheita do depoimento pessoal das partes em audiência.
>
> II - Divergência jurisprudencial caracterizada.
>
> III - Recurso especial conhecido e provido, para decretar a nulidade do processo, cuja fase instrutória, com realização de audiência, deverá ser reaberta, em atenção à recomendação legal constante do art. 3°, § 2°, da Lei n. 6.515/1977." (REsp n. 485.958-SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 08.03.2004).

É forçoso, pois, o relevo de ordem pública que decorre de pedido de separação com caráter litigioso, notadamente no que concerne às conseqüências advindas do pleito a envolver interesse de menores, filhos do casal, conforme testifica a presente hipótese.

Dessa forma, impõe-se a decretação da nulidade do processo com o conseqüente retorno dos autos ao 1° grau de jurisdição, para que se proceda à instrução processual.

Forte em tais razões, *conheço parcialmente* do recurso especial e, nessa parte, *dou-lhe provimento* para anular o processo e determinar que se proceda à nova instrução processual, em submissão ao devido processo legal.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

INVESTIGAÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA *

"HABEAS CORPUS – Nº 99.02.07263-1/RJ
RELATOR: DES. FED. FERNANDO MARQUES
RELATOR P/ ACÓRDÃO: DES. FED. BENEDITO GONÇALVES
IMPETRANTE: JOSÉ CARLOS FRAGOSO
IMPETRADO: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA/RJ
PACIENTE: ARNOLDO SOUZA DE OLIVEIRA
ADV: JOSÉ CARLOS FRAGOSO

EMENTA

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. REPRESENTANTE DO *PARQUET* (CF, ART. 129). REALIZAÇÃO DIRETA DE PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS. NÃO CABIMENTO. POLÍCIA (CF, ART. 144, § 1°, IV). ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO.

- O Ministério público, como *dominus litis*, é o verdadeiro destinatário das investigações preparatórias da ação penal, cabendo a operacionalização das mesmas, de forma exclusiva, pela Polícia Judiciária (CF, art. 144, 1°, IV).

- '(...) Pode o Ministério Publico, portanto, presentes as normas do inc. VIII, do art. 129, da CF, requisitar diligências investigatórias e requisitar a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. As diligências e a instauração de inquérito policial deverão ser requisitadas, obviamente, à autoridade policial' (STF

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Subprocurador-Geral da República, aposentado. Professor do curso de pós-graduação da Universidade Cândido Mendes. Diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

– RE 215.301 – CE 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELOSO, Informativo-STF 145, *DJ* 28/05/99, p.1.303).

- Diante da falta de atribuição legal ao Ministério Público Federal para promover diretamente atos investigatórios, há que ser reconhecida a ilegalidade das provas coligidas, sob pena de violação ao princípio do *due process of law.*

- *Habeas corpus* concedido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as indicadas;

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, conceder a ordem, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 08 de novembro de 2000 (data do julgamento)".

(*Diário da Justiça*, Seção 2, nº 52, 15 mar 2001, p. 163)

COMENTÁRIO

Os eminentes juízes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, aliás desembargadores federais, têm proporcionado, como no caso em comentário, certa perplexidade no espírito de quem lê seus acórdãos, principalmente quando a leitura se faz no órgão oficial, *Diário da Justiça*, que publica as decisões dos diversos Tribunais Regionais. Então, o leitor desavisado acha esquisito que os juízes do Tribunal da 1ª Região se chamem juízes mesmo, como está na Constituição, com isso podendo dar a impressão de que talvez ocupem categoria jurisdicional inferior, enquanto os juízes, aliás desembargadores federais, do Tribunal da 2ª Região, têm denominação diferente, ou autodenominação própria, hipótese última que sugere uma certa liberdade com a lei da parte de seus aplicadores.

O exemplo vem sendo seguido. "Os juízes do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) do Maranhão resolveram autodenominar-se desembargadores federais do Trabalho", noticiou o *Jornal do Brasil* no dia 17-10.02, dizendo mais o seguinte: "A comunicação foi feita à presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), que mandou cópia do documento ao Procurador-Geral da República, para que

providencie a anulação da modificação regimental. Segundo o STF, o ato fere a Constituição e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional".

Isso me faz lembrar fato semelhante, que, ainda estudante, me intrigava sobremaneira, ao ler revista jurídica. Encontrava em acórdãos de um dos Tribunais Regionais do Trabalho (por coincidência, do sediado também no Rio de Janeiro) a designação desembargador (sem o "federal"), dada a seus juízes em seus votos.

Certamente para reprimir e prevenir abusos, o legislador constituinte houve por bem incluir nas Disposições Gerais e Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1-10-1969), art. 193, 1º, que o *"título de desembargador é privativo dos membros dos Tribunais de Justiça; o de juiz, dos integrantes dos Tribunais inferiores de segunda instância e da magistratura de primeira instância"*.

Acredito que esteja ainda em vigor, vez que normas constitucionais caducas, segundo muitos anos atrás li em livro de cujo nome não mais me recordo (acredito que se trata de uma obra de *Direito Administrativo*, de HILDEBRANDO ACIOLY), permanecem como lei ordinária, enquanto não revogadas regularmente. De outro modo poderia haver abusos. Conselheiros de Tribunal de Contas estadual poderiam, contrariando a cabeça do dispositivo constitucional citado, se autodenominarem ministros. E não pegaria mal se árbitros do campeonato nacional de futebol se autodenominassem juízes federais. Tanto mais que são popular e tradicionalmente chamados de juízes.

Não é que seja um despropósito a designação ilegalmente adotada por juízes de alguns tribunais regionais federais. Muito antes, pelo contrário. Diferentemente do que diz o samba de Ataulfo Alves, recriado por Itamar Assumpção, merecem-na, sim. Ela, porém, deve ser dada pela via adequada, a legislativa. E, quer-me parecer, por norma constitucional. E nesse caso, não haveria o legislador de esquecer-se dos juízes dos conceituados Tribunais de Alçada, igualmente merecedores do título, nem também dos dignos juízes que integram as juntas recursais dos Juizados Especiais, certo que também julgam em segundo grau jurisdicional, com zelo, segurança e dedicação exemplares. Sem falar nos igualmente dignos juízes dos Tribunais de Justiça Militares, que até já fazem jus à denominação de desembargadores militares, por pertencerem a um tribunal de justiça, o Tribunal de Justiça Militar.

2. O tema versado no acórdão é polêmico, havendo várias decisões, de diversos tribunais, em outro sentido. O acórdão mesmo, aliás, deixa ver isso, vez que não foi por votação unânime. Pelo menos um juiz ficou vencido. Pena não se tenha feito um resumo de seu voto, cujo teor nos é desconhecido. Votos vencidos muito frequentemente espelham um melhor entendimento. Merecem, por isso mesmo, publicados.

Os comentários aqui desenvolvidos, não seria preciso dizer, baseiam-se nas conclusões do acórdão postas na ementa acima transcrita, ignorados que nos

são os fundamentos da decisão e do voto vencido. De qualquer modo, são insustentáveis certas conclusões do acórdão, como já se verá, afastando-se aqui qualquer consideração que envolva a decisão citada do colendo STF, vez que se desconhecem os termos e fundamentos do voto do insigne e seguro relator, não se sabendo sequer se conheceu ou não do recurso julgado.

3. Assim é que, logo de início já vem o enunciado da decisão em comentário com a falsa tese do *"não cabimento (CF, art. 144, § 1º, IV)" da "realização direta de procedimentos investigatórios" pelo Ministério Público.*

Antes de maiores indagações, urge lembrar que todo mundo pode investigar.

Independentemente de permissão legal para fazê-lo, a imprensa pode e investiga, e o particular *idem*. De sua vez, até porque gozam para tanto de autorização legal em certos casos, o Legislativo pode, o Ministério Público pode (e aqui não estou pensando no inquérito administrativo de que cuida a Constituição, mas em investigações referentes a infrações penais praticadas por membros da instituição), e até mesmo o judiciário também pode. Todo mundo pode!

Em nosso direito o juiz, com efeito, pode e faz. Não só em certos casos particulares, como os de crimes de magistrados. Faz até *inquérito*, o chamado inquérito judicial, de que trata o Código de Processo Penal. Muito mais do que isso, era a rotina dos juízes em todo o País, no procedimento sumário do art. 531 do Código de Processo (o notável José Frederico Marques via nele atos investigatórios praticados pelo juiz), incrementada com a abrangência pela agora revogada Lei 4.611/65 dos homicídios e das lesões corporais culposas, feijão-com-arroz da Justiça Criminal. Isso só deixou de vigorar cerca de duas décadas atrás, por inconstitucionalidade não da atuação do juiz, mas do procedimento de ofício. Ainda ultimamente, com relação ao crime organizado, foi editada Lei 9.034/95, cujo art. 3º outorgou ao juiz poderes instrutórios na fase de investigação, não tendo ainda sido declarada a inconstitucionalidade de que, segundo um entendimento, se revestiria.

Por que, então, não poderia fazê-lo o Ministério Público, cuja função típica é a da promoção da ação penal pública, a exigir, de modo geral, investigações prévias?

Pode o *Parquet* investigar fatos não só porque, como já se decidiu, isso se inclui no poder mais amplo de fiscalizar a correta aplicação da lei; nem igualmente apenas porque, como também se tem entendido, isso decorre da faculdade, hoje já na Carta, de "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial" (CF, art. 129, VIII); mas também, e principalmente, porque, como também já se decidiu, cabe-lhe privativamente promover a ação penal pública, visto que, para tanto, necessita seja apurado, e bem e corretamente apurado, o fato delituoso e sua autoria.

O velho Código de Processo Penal nos dá um excelente exemplo de investigação direta, que ele próprio autoriza, ao preceituar no art. 47 que, se *"o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares*

ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los".

Ora, o particular investiga, para tanto não carecendo de autorização legal, exatamente no interesse de promover a ação penal, de assistir o Ministério Público, ou de fazer sua própria defesa. Tenho uma cliente, assistente do Ministério Público em um determinado processo, que investigou e descobriu testemunhas excelentes que a polícia ignorava, indicando-as à autoridade policial ou ao Ministério Público, além de haver descoberto um antecedente policial muito importante, obtendo a esse respeito documento oficial que fez juntar aos autos. Um outro obteve uma absolvição sumária graças a testemunha ocular que ele próprio descobriu em investigação pessoal que seus 83 anos de idade não lhe impediram.

Eis aí o principal fundamento do poder de investigar do Ministério Público: o seu poder-dever, privativo e indeclinável, de promover a ação penal pública. Nem precisaria ter atribuição legal para promover diretamente atos de investigação, o que até poderia implicar a transformação de uma faculdade em dever.

Se é inegável que pode investigar, isso não significa, entretanto, que o *Parquet* poderá fazê-lo mediante *inquérito policial* – função da polícia, como o próprio nome indica, e que compreende poderes que ele não tem, como o de ordenar busca e apreensão mandar intimar testemunhas – , a não ser excepcionalmente, e em caráter supletivo, como modalidade de controle externo da atividade policial, se a tanto autorizado por lei orgânica. E leis orgânicas estaduais há que autorizavam ou autorizam a avocação de inquérito ou, quando outras medidas resultarem ineficazes para a apuração do fato delituoso, a assunção da presidência de inquérito[1].

4. Dizer, porém, como fez o acórdão, que cabe a operacionalização das investigações preparatórias da ação penal, *"de forma exclusiva"*, à Polícia Judiciária (CF, art. 144, 1°, IV), é, *data venia*, um tremendo equívoco.

Não existe, com efeito, a imaginada exclusividade.

Em primeiro lugar porque o texto constitucional citado, além de não estabelecer, como ainda se verá, nenhuma exclusividade para investigações, cuida de exclusividade para o exercício de funções de *polícia judiciária da União* tão somente, não incluídas, portanto, as de polícia judiciária dos Estados, exercidas pelas polícias civis, pelo que há na afirmativa uma generalização indevida, isto é, extensão às polícias civis do que a Constituição estabelece para a Polícia Federal.

Era o que, aliás, já se podia extrair da Lei n. 5.010 de 1966, art. 65: "A polícia judiciária federal será exercida pelas autoridades policiais do Departamento Federal de Segurança Pública, observando-se no que couber as disposições do Código de Processo Penal, da Lei 4.483 de 16 de novembro de 1964, e demais

---

1. Em artigo sobre projeto de inquérito policial, enfeixado neste volume, dissemos um pouco mais a esse respeito.

normas legais aplicáveis ao processo penal". Quer dizer, a outros órgãos policiais da união, como a polícia rodoviária, não incumbe o exercício da polícia judiciária federal.

Nas palavras de MARCELLUS POLASTRI LIMA, a "Constituição Federal não dá às Polícias Civis dos Estados-Membros a exclusividade de apuração das infrações penais e nem mesmo das atividades de Polícia Judiciária, pois o que faz é dizer que *incumbe* à Polícia Civil as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, mas sem o caráter de *privatividade*" (*Ministério Público e persecução penal*, 3ª ed., Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 54).

Em segundo lugar, porque ao preceituar que incumbe à polícia federal "exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União", a Constituição não está dizendo, como supõe o acórdão, que cabe exclusivamente *à polícia judiciária* as investigações preliminares, coisa bastante diferente.

Foi dada exclusividade (para a polícia federal tão-somente, não também para as polícias civis, como visto) para o exercício de funções de polícia judiciária da União, *não também para investigações*. Quer dizer, a exclusividade para uma coisa não inclui exclusividade para outra, sendo certo que é a Constituição mesma que distingue uma coisa de outra, ao estatuir no § 4º do mesmo art. 44 que "as polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares". Como se vê, trata-se de atribuições diferentes – *funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais* –, dadas a uma mesma polícia.

Não fosse assim, estaria ab-rogada a vetusta e importante regra do parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, jamais posta em dúvida, de que "A competência definida neste artigo [a da polícia judiciária, exercida pelas autoridades policiais, para o fim de apuração das infrações e de sua autoria] não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função".

Ora, se esse dispositivo do Código de Processo está em vigor, como de fato está, não existe a falada exclusividade.

O que quer dizer o dispositivo constitucional invocado nada mais é que o que está escrito nele, isto é, que a polícia federal destina-se a "exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União", vale dizer, só a ela – e não também às outras polícias organizadas e mantidas também pela União, quais sejam as polícias rodoviária e ferroviária, – cabe *exercer* aquelas *funções* (de polícia judiciária da União), o que a doutrina, aliás, já tem ensinado.

Mesmo porque, a exclusividade não é para o *desempenho* de atos de polícia judiciária, mas para o *exercício* das funções próprias dela, o que indica habitualidade, permanência da atribuição, em última análise ocupação de função.

Então, apenas se afastam outras polícias da própria União. Caso contrário, também seriam apanhadas pelo preceito da Constituição, como que atingidas por uma espécie de bala perdida – que a final resvalaria e ricochetearia na pró-

pria polícia federal – as polícias civis dos Estados, que não mais deveriam, por isso mesmo, a título algum, lavrar flagrantes do interesse da polícia federal, abrogados tacitamente que estariam, por incompatibilidade com o texto constitucional, convênios que se celebraram para a colaboração das polícias civis.

5. Como apontado, a investigação criminal, ainda que através de inquérito policial, não é, sequer, exclusividade de polícia alguma. Incluída a federal.

Não é porque a Constituição distinguiu, posto alguns estudiosos ainda não se tenham dado conta disso, *atividades investigatórias* de *atividades de polícia judiciária*.

É certo que umas e outras são exercidas pela polícia federal e, nos Estados, pelas polícias civis. Mas, a despeito da promiscuidade, a elaboração de inquérito policial não mais constitui tarefa típica da polícia judiciária, senão da polícia civil, como é agora conhecido um setor da polícia que exerce também funções de polícia judiciária, esta atualmente com suas tarefas típicas reduzidas àquelas que lhe eram secundárias, quais sejam as do art. 13 do CPP.

Estas, de fato, têm algo a ver com o nome, por isso que ligadas ao judiciário, ao passo que a elaboração de inquérito não justificaria a denominação, nem com a explicação corrente de que ela apurava fatos delituosos para o judiciário punir. Apurava, antes, para o Ministério Público ou o particular acusar em juízo.

O que realmente justificava a denominação, que hoje, em realidade, não mais se justificaria senão em razão de se tratar de órgão auxiliar do judiciário e do Ministério Público e pelo forte motivo da tradição e do uso internacional, era a prática de atribuições realmente judiciárias, ou seja, de julgar infrações penais ou praticar atos processuais típicos do judiciário.

Foi o que sempre praticou até que os últimos vestígios dessas atribuições desapareceram com a nova Constituição, que introduziu aquela nova denominação – *polícia civil*.

De fato, antes da Constituição vigente, tínhamos o procedimento das contravenções penais, arts. 26 e 531 e seguintes do CPP, expressamente revogado em data mais recentemente com a Lei 9.099/95, em que a polícia procedia não a simples inquérito policial, mas a processo propriamente dito, chamado no foro, por isso mesmo, de "processo judicialiforme".

Falou, com propriedade, em *polícia judiciária* o Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, estabelecendo, no art. 3º, sua competência para, dentre outros atos, os de proceder a corpo de delito e de prender culpados, e – o "de *julgar crimes*, a que não esteja imposta pena maior que multa até 1000$00, prisão, degredo ou desterro até seis meses com multa correspondente à metade desse tempo, ou sem ela, e três meses de casa de correção, ou oficinas públicas, onde as houver".

Sem precisar ir muito longe, vou apenas lembrar um fato mais da atualidade e curioso, talvez de umas duas décadas atrás, com certeza não mais que isso, que foi o surpreendente aparecimento de uma lei que veio revogar a atribuição

dada à autoridade policial de *processar e julgar* crimes contra a bandeira e símbolos nacionais.

Havia, portanto, uma polícia que realmente se podia dizer judiciária, porque processava e julgava. Essa não mais existe. E era aquilo que a tornava judiciária, visto que não é nem nunca foi subordinada ao Poder Judiciário. Dizer, como por vezes se dizia, que era judiciária porque apurava delitos para o Judiciário julgar, não justificaria o nome, como se pretendia. Mas à conta disso é de ser mantida a denominação, já que é tradicional. E que servirá para designar o setor da polícia civil que tem isso a seu cargo, isto é, que tem como sua principal atribuição a realização de inquéritos policiais. Mas quando hoje se falar, restritivamente, em polícia judiciária para efeitos como os de que aqui se cuida, é de ser entendida como aquela que tem a seu cargo as funções de órgão auxiliar do Judiciário e do Ministério Público, tais como os arrolados no art. 13 do Código de Processo Penal, dentre eles o cumprimento de requisições daqueles órgãos, o cumprimento de mandados de prisão.

6. Fixado que o Ministério Público pode investigar, e esclarecido que, do mesmo modo que não o fará mediante *inquérito judicial* nem instaurará uma *comissão parlamentar de inquérito*, igualmente não o fará através de *inquérito policial*, que, como o próprio nome indica, cabe às autoridades policiais, a não ser nos casos excepcionais em que, no exercício do controle externo da atividade policial, venha a assumir a presidência de inquérito ou avocá-lo, se autorizado por lei orgânica, outras considerações ainda são pertinentes.

Assim, é bem de ver que, fazendo uma investigação, no âmbito da Procuradoria, não está o Ministério Público, de modo algum, ao contrário do que poderia parecer, exercendo atividade de polícia judiciária, mas simplesmente atividade de investigação, não em procedimento ou inquérito próprio da polícia judiciária, mas de maneira semelhante à que o particular também pode agir. Só o faz até com muito maior desenvoltura e com mais recursos que o particular, já que pode requisitar diligências, informações e documentos de autoridades que posam fornecê-los.

Desse modo, não regulamentadas suas atividades investigatórias, faltam-lhe condições para certas diligências, que serão requeridas ao juiz ou requisitadas à autoridade policial. Assim, a busca e apreensão, o exame de corpo de delito. Demais disso, um requerimento de prisão preventiva só poderá ser atendido se se instaurar inquérito policial (pela autoridade policial) ou processo penal, vez que a medida é adotada no curso deles.

E, se pode ouvir testemunhas, falta-lhe, contudo, autoridade para intimá-las a comparecer, sob as penas da lei, como a do crime de desobediência a ordem legal de funcionário público. Pode convidá-las a comparecer, ou melhor, solicitar seu comparecimento. Mas não pode expedir mandado de intimação para comparecimento.

Se não pode instaurar inquérito policial, o que significaria usurpação de função da polícia, e se, por outro lado, pode e tem o direito de investigar, pode-

ria adotar no âmbito da promotoria ou da procuradoria um procedimento ou inquérito semelhante ao policial?

Nisso, efetivamente, reside a confusão que tem havido a respeito da questão. Uma coisa é pretender abrir inquérito policial. Porque aí existiria um procedimento oficial, disciplinado pelo Código de Processo Penal, para o qual há autorização legal, por exemplo, de mandar intimar testemunhas, que se sujeitariam até a processo penal em caso de desobediência. Outra coisa é o direito de fazer investigações próprias, não oficiais, que não se identificam com o inquérito policial. Para tanto, goza o Ministério Público de poderes legais investigatórios diversos, como o de *requisitar* esclarecimentos, documentos complementares ou novos elementos de convicção, "diretamente de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los", como de há muito prescreve o Código de Processo Penal. Além disso, pode requisitar a abertura de inquérito policial, como prescreve o Código e hoje consagra a Constituição.

A questão, como se vê, se resume num problema de poder agir ou não direta e oficialmente, organizando um instrumento oficial e, num caso ou noutro, saber qual a extensão de seus poderes.

Autorizado pela Constituição, é oficial o "inquérito civil" que o Ministério Público pode realizar para os devidos fins. Para tanto, poderá expedir notificações e tomar outras providências, como explicita sua lei orgânica nacional.

Estaria incluída aí matéria penal?

Essa é questão polêmica. Para alguns, sim; para outros não.

Então, a entender-se que sim, poderá fazê-lo em qualquer caso. Acredito que não é esse o espírito da lei. Tanto mais quanto, se a lei lhe conferiu o direito de requerer diligências e inquérito, ficou nisso. Quer dizer, não chegou a lei a lhe outorgar expressamente promover um inquérito próprio, ou um inquérito ministerial, com o mesmo objetivo ou a fazer as vezes de um inquérito policial. Por outras palavras, o Ministério Público pode fazer inquérito particular, isto é, investigação própria, não oficial, mas não pode fazer uma como que espécie própria de inquérito policial, qualquer que seja o nome que se lhe dê, a não ser que o faça se e quando autorizado por lei.

Não poderá fazê-lo ainda porque nem mesmo indiretamente a Constituição, lei complementar ou lei ordinária a tanto o autoriza.

Se da legislação se pode perfeitamente extrair que lhe é dado, como já foi dito, proceder a uma investigação particular, um inquérito próprio, informal, nem por isso se poderá entender, de modo algum, que autorizado estará a proceder a um inquérito oficial, como que se de inquérito policial se tratasse. Disso, repita-se, não cogitou o legislador. Mesmo porque, não se cuidou de disciplinar um procedimento a ser obedecido.

É verdade que a Lei Complementar n. 75/93 diz no art. 8º que o Ministério Público da União poderá "notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada", mas isso, é bem de ver, "nos procedi-

mentos de sua competência". Procedimento de sua competência, porém, é o inquérito civil público, não também assim um inquérito penal. Quanto a matéria penal, o que autorizou a lei foi *acompanhar* diligências investigatórias ou inquérito policial que requisitar.

Por outro lado, a incumbência de investigações penais a Constituição deixou com a polícia. De outro modo, estaria a lei absurdamente admitindo a regularidade de dois inquéritos, paralelos e simultâneos, com um mesmo objetivo, sendo que o Ministério Público até teria em seu favor a vantagem de requisitar a condução coercitiva de testemunhas, direito de que nem mesmo o investigador principal, a polícia, goza, como de há muito tenho sustentado. E essas pessoas seriam oprimidas com chamados para comparecer não só à polícia, mas também ao Ministério Público, aí sujeitas a condução, permissão que pareceu perigosa ao abalizado advogado que é o eminente Prof. Édson O'Dwyer, em depoimento prestado à Comissão Especial da Câmara dos Deputados a respeito do Projeto 633/75, de novo Código de Processo Penal, que cuidava da providência, depoimento que se pode ler no v. 5, p. 60, da *Revista Interamericana de Direito Processual Penal*, de Porto Alegre.

Temia-se, com certeza, o risco – que tenho por improvável – de algum promotor ou promotora mais desabusada não simplesmente encher a boca de "condução coercitiva", mas de mandar buscar mesmo, por qualquer dá cá aquela palha. Temia-se, com certeza, o risco – que tenho por improvável – de algum promotor ou promotora mais desabusada não simplesmente encher a boca de "condução coercitiva", mas de mandar buscar mesmo, por qualquer dá cá aquela palha. Um temor desses, que uma função investigativa favoreceria, deve ser evitado. O perfil do promotor de Justiça deve ser, antes, como sempre foi, o de um órgão imparcial. Órgão protetor não apenas dos interesses da sociedade, mas também de certos interesses individuais legítimos. Um órgão confiável, que até impetra *habeas corpus*.

A questão da polícia (a omissão policial foi certamente o mais desgastante problema que por vezes me aparecia nos velhos tempos de Promotor de Justiça) na atualidade só pode ser resolvida com o controle externo pelo Ministério Público, complementado quando necessário por suas investigações particulares. Aí está, com certeza, a razão de vir o Ministério Público investigando: um modo particular e eficaz de suprir um necessário controle externo da atividade policial, ainda não satisfatoriamente regulado.

Pessoalmente, não me inclino a preconizar a adoção de outro sistema. Isso porque para a tarefa já existe a polícia. E o Ministério Público tem outras a seu cargo. De outro modo, se transformarmos o promotor de justiça em promotor investigador, que não deverá eleger casos para intervir, certamente perderíamos o promotor processante e fiscal da lei, e teríamos de arranjá-lo em outra instituição. Quer dizer, o promotor de justiça se transformaria em promotor investigador, tomando o lugar da polícia, e então, quem iria tomar o seu? Demais disso, acredito que a investigação penal rotineira pelo Ministério Público, em

concorrência com a polícia, enfraqueceria sua credibilidade como órgão imparcial de promoção da ação penal, principalmente ao escolher casos para agir ou para *arrancar* na frente.

Por outro lado, é de ser não só mantido, mas ampliado, o sistema constante de legislações locais diversas, segundo o qual o Ministério Público pode instaurar o inquérito policial, ou assumir a presidência do que já tiver sido instaurado, sempre que outras medidas não surtirem o resultado da instauração ou do prosseguimento do inquérito. A ampliação é necessária principalmente com relação aos inquéritos da competência da polícia federal[2], diante da omissão da lei orgânica do Ministério Público da União sobre a matéria.

Essa atividade é da maior necessidade ante a insuficiência de nossa lei penal no que diz respeito à repressão das omissões da polícia.

O Ministério Público estará, então, não só agindo rigorosamente dentro do espírito da Constituição, que lhe defere o controle externo da polícia, mas também exercendo suas atribuições típicas de promover e fiscalizar a execução da lei, como quer e resume o art. 257 do CPP.

7. Outro equívoco do acórdão é dizer que, "diante da falta de atribuição legal ao Ministério Público Federal para promover diretamente atos investigatórios, há que ser reconhecida a ilegalidade das provas coligidas, sob pena de violação ao princípio do *due process of law*".

A ir por aí, até documentos particulares ou públicos coligidos fora do inquérito policial não teriam valor ou seriam ilegais.

Nem careceriam as investigações particulares do Ministério Público de valor para justificar uma denúncia, que pode ser oferecida até mesmo à simples vista de uma representação da própria vítima interessada na punição nas ações a ela condicionadas, ou de comunicação de terceiro. E isso com dispensa de inquérito.

A Lei 4.898/65 (*Abuso de autoridade*) mais que simplesmente permitir a dispensa do inquérito policial, toma por base para a denúncia a necessária representação do ofendido, apta para o fim, salvo, evidentemente, alguma requisição de diligência.

Inquérito disciplinar em que tenha a autoridade administrativa apurado crime, poderá dar diretamente margem a denúncia, embora seja aconselhável, de modo geral, proceder-se também a inquérito policial.

---

2. No que concerne à polícia federal, não há um controle mais efetivo, nos moldes de legislações estaduais. Trata-se de polícia de excelente conceito, mas o episódio do rompimento de ex-presidente, juntamente com filha candidata à presidência, com o presidente em exercício, por supostas intervenções, ou falta delas, para a polícia agir ou deixar de agir, deu a impressão de que ela é controlada pelo governo, para agir ou para se omitir, em se tratando de infrações atribuídas a políticos. A impressão que ficou, para repetir a expressão de personagem de romance do jurista e romancista que também foi Orlando de Souza (notas bio-bibliográficas neste volume), em seu inédito *Sant´Ana de Serrinha*, – "não pode dar um traque sem pedir autorização".

Nessa questão vou até bem mais longe. Como tenho sustentado em escritos diversos (assim, em *Direito Processual Civil e Penal*, Editora Forense, Rio, 1995, pp.156-158), de acordo com nosso direito processual positivo, a denúncia, como também a queixa, de ordinário não carece, para ser oferecida e recebida, ser instruída com inquérito, documento, ou qualquer elemento de convicção. Quando a lei expressamente exige a produção inicial de elemento probante – serve de exemplo o art. 513 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre o procedimento se delito funcional afiançável – aí, sim, pode o juiz rejeitar a peça acusatória por falta de prova, nos termos do art. 43, III. Essa exigência de produção inicial de prova em casos especiais, por outro lado, demonstra que em outros casos ela não se faz essencial. Mas é fortemente aconselhável jamais deixar o autor de apresentar um bom começo de prova, para não correr o risco de surpresas.

E é evidente que, recebida a denúncia ou queixa, a prova testemunhal será colhida na instrução. Toda prova apresentada será submetida ao contraditório,tudo sem qualquer ofensa ao devido processo legal.

A mencionada afirmação genérica da ementa do acórdão de que, "diante da falta de atribuição legal ao Ministério Público Federal para promover diretamente atos investigatórios, há que ser reconhecida a ilegalidade das provas coligidas, sob pena de violação ao princípio do *due process of law*", é tão desastrada que acaba por sepultar o art. 7°, VII, da Lei Complementar Federal n. 40/81 (estaria ela, segundo alguns estudiosos, em vigor em certos aspectos, recepcionados pela Constituição), que admite expressamente a avocação de inquérito policial instaurado onde inexistir delegado de carreira.

E redundaria também no absurdo do desaproveitamento de prova obtida em inquérito civil, a que a Constituição mesma autoriza o Ministério Público a proceder.

O pior é que afirmação como aquela poderá levar pessoas desavisadas a acreditar que requisições outras que não as de inquérito ou diligências pela polícia poderiam ser desatendidas impunemente, quando, em realidade, o desatendimento estaria a configurar crime de desobediência ou prevaricação.

8. O que é realmente admirável é que, com todas as dificuldades e limitações, o Ministério Público vem realizando um trabalho notável, sem o qual crimes graves, praticados por poderosos, não teriam sido investigados nem punidos.

Relíquias do Júri

O MINUTO QUE ABSOLVEU A RÉ!

ANTONIO AUGUSTO DUNSHEE DE ABRANCHES *

No ano de 1929, quando o Rio de Janeiro, embora capital da República, não passava de uma província, com bondes puxados a cavalo e provida de poucos meios de comunicação — os existentes tinham circulação limitada ao centro comercial e político —, um crime de morte abalou a população e conseguiu repercutir em todo o país.

Sílvia Serafim Thibau — a autora confessa — era uma personagem pública. Mulher avançada para a sua época, por não se limitar às cercas do lar, como a maioria das esposas, passara a exercer com destaque as atividades de jornalista, escritora, defensora dos direitos das mulheres e promotora de notáveis saraus literários e musicais.

Por esse motivo, segundo informam os registros da época, fora levada a assinar com o marido, o respeitado médico João Thibau Junior, uma petição de desquite amigável, sob alegação de incompatibilidade de gênios, que aguardava secretamente sentença de homologação no Fórum do Rio de Janeiro.

Entretanto, o jornal *A Crítica* descobriu o fato e preparou uma longa matéria contando todos os detalhes da separação (verdades e suposições); e não titubeou em atribuir como causa do desquite um romance de Silvia com o não menos famoso João de Abreu, o inventor da abreugrafia.

Graças a amizades na imprensa, Silvia soube da existência da matéria que abalaria sua honra dias antes da publicação. Inconformada, ligou para a redação de *A Crítica* e pediu que desistissem da idéia. Enfatizou que desquite amigável era assunto protegido por sigilo legal, mas não foi bem recebida. O máximo que conseguiu foi o diretor que a atendeu convidá-la para ir à redação do jornal e esclarecer alguns pontos do texto ainda obscuros.

Desesperada com a antevisão do mal que sua reputação sofreria com a publicação de matéria jornalística sobre assunto tão íntimo, sobretudo para dois filhos em idade escolar, Silvia fez uma última tentativa de impedir a divulgação

---

* Antonio Augusto Dunshee de Abranches é advogado no Rio de Janeiro.

da reportagem sobre sua vida privada: procurou o *O Jornal*, para o qual colaborava com artigos e poesias, e pediu ao seu chefe, jornalista Figueiredo Pimentel, que a acompanhasse até a redação de *A Crítica* para ajudá-la a demover a família Rodrigues, proprietária do periódico, a desistir da publicação.

Mas nada demoveu *A Crítica*. No dia seguinte saiu a enorme "estória" do desquite de Silvia e João Thibau Jr e a caluniosa afirmação de que a separação ocorrera em razão do adultério de Silvia com João de Abreu (quem se interessar em ler o inteiro teor da reportagem encontrará o texto na íntegra, em *fac simile*, publicado no livro *O Anjo Pornográfico*, ed. Companhia das Letras, 2004).

Acordada pela empregada, Silvia leu tudo que a *A Crítica* publicara sobre ela, sem tirar uma vírgula do que estava pronto na véspera. Depois de muito chorar, vestiu-se, saiu de casa, passou numa loja de venda de armas, comprou uma pistola 22, colocou na bolsa, subiu as escadas da redação de *A Crítica* e pediu para falar com Mário Rodrigues, dono do jornal. Informada de que ele não estava, pediu para falar em particular com o filho dele, Roberto Rodrigues, a quem conhecera na visita da véspera. Convidada a entrar numa sala reservada, as testemunhas disseram que *"em um minuto"* ela atirara e matara Roberto Rodrigues, o filho do dono e desenhista autor das charges que ilustraram a longa reportagem. Silvia não fugiu. Ficou impassível aguardando a polícia. Foi presa e levada para o 1º Distrito Policial. De lá contratou meu avô, Clóvis Dunshee de Abranches, então com 35 anos de idade, seu advogado; e também deu procuração a meu pai, Carlos Alberto Dunshee de Abranches, então com 19 anos de idade, estudante de direito, para funcionar como assistente. Foi deles que recebi o relato que se segue.

Em 1930, Silvia Serafim Thibau foi julgada por homicídio no I Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, sob a presidência do respeitado juiz Magarinos Torres. A acusação coube ao saudoso e ilustre promotor Max Gomes de Paiva, com a assistência do futuro grande criminalista Romeiro Neto. Na defesa, Clóvis Dunshee de Abranches e seu filho recém-formado, Carlos Alberto Dunshee de Abranches. Silvia foi absolvida por 5 a 2 e logo libertada da prisão.

Porém, o júri não se limitou aos debates e ao veredicto. Antes da sessão de julgamento muita coisa importante aconteceu e me foi relatada por meus antepassados, tanto quanto a tese da defesa, fundada em "privação de sentidos", uma excludente que hoje não existe mais no nosso ordenamento jurídico, revogada que foi pelo Código Penal de 1940.

De fato, na minha avaliação de hoje, a vitória de Silvia se deve sobretudo a três detalhes de suma importância, cuja conquista credito ao talento de meu avô e de meu pai. Primeiro, os júris no Rio de Janeiro eram atração popular de primeira linha; todos queriam assistir às sessões, como diversão, porque o cinema estava engatinhando, o rádio fazia transmissões precárias e não havia outro espetáculo, alem do futebol, que empolgasse a população. Segundo, Silvia Serafim Thibau ganhara a simpatia da população e isto precisava ser transmitido aos

jurados. Terceiro, um lance de gênio, no início da defesa oral, teve o condão de solidificar as duas situações acima em prol da absolvição de Silvia.

Realmente, com a simpatia que lhe era peculiar, segundo relatos de amigos e admiradores, meu avô conseguiu do juiz Magarinos Torres, antes do júri começar: *a*) que mudasse o critério de compor a platéia com convidados e pediu que fossem admitidos os que chegassem em primeiro lugar aos assentos; *b*) que ele enchesse a sala com simpatizantes de Silvia que a aplaudiam nos momentos cruciais; *c*) que o júri fosse transmitido por alto-falantes para o povo simpatizante aglomerado na rua Dom Manoel; *d*) e o toque de gênio: quando Magarinos deu a palavra a meu avô para iniciar a defesa oral, ele demorou um pouco para encontrar as palavras certas e ficou andando de um lado para o outro pensando e falando três vezes seguidas *"meritíssimo juiz, ilustres jurados"*; imediatamente foi admoestado por Magarinos: *"Dr. Clóvis, este é um tribunal de respeito; comece logo a sua defesa!"* Então, num lampejo de gênio, meu avô respondeu: *"Meritíssimo, se vossa excelência, juiz experiente, em 35 segundos, irritou-se comigo por não encontrar as palavras certas, imagine o que se passou em* ***um minuto*** *naquela sala onde morreu Roberto Rodrigues!"*

Hoje, lembrando-me das peripécias contadas por meu bisavô, João Dunshee de Abranches, ao lado de meus filhos, Luciana e Rodrigo, a quinta geração de advogados, posso afirmar que as vitórias não devem ser creditadas apenas ao estudo do Direito.

Noticiário

A RMP passa a ser trimestral *

Os leitores habituais da *Revista do Ministério Público* – RJ devem ter observado que, a partir do nº 27 (vinte e sete), ela passou a ser trimestral. Anteriormente, a edição era semestral. A razão da mudança decorreu por força da Instrução Normativa nº 1, de 11 de fevereiro de 2008 emanada do Superior Tribunal de Justiça (Ofício nº 57/2008 – GDR), que estabeleceu, em seu art. 6º, que qualquer repositório autorizado ou credenciado de jurisprudência, a publicação, seja ela impressa seja ela eletrônica, deveria apresentar periodicidade trimestral, com tiragem mínima de 2.000 (dois mil) exemplares.

Como sabido, a *RMP* possui o título de repositório autorizado do egrégio Superior Tribunal de Justiça (Registro n. 37, Portaria n. 1, de 26.10.1998, publicado no *DJU* de 05.11.1998, p. 137).

Portanto, há mais de dez anos, nossa Revista ostenta o honroso título.

Posse na Amperj

Os membros da Diretoria e dos Conselhos Consultivo e Fiscal que dirigirão a Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro no biênio 2009/2010 tomaram posse, dia 5 de janeiro, na sede da entidade. São todos integrantes da Chapa Azul, que venceu as eleições realizadas no último dia 10 de outubro.

A mesa diretora dos trabalhos foi composta pelo então Presidente da Amperj, *José Eduardo Ciotola Gussem*; pelo PGJ, *Marfan Martins Vieira*; pelo Corregedor-Geral do MPRJ, *Cezar Romero de Oliveira Soares*; pelo Presidente da Camperj, *Arthur Pontes Teixeira*; pelo Presidente do Centro dos Procuradores de Justiça, *Roberto Abranches*; pelo Presidente da Coomperj, *Luiz Antônio Ferreira de Araujo*; e pelo Vice-Presidente reeleito da Amperj, *Nicanor Médici Fischer*.

Após a composição da mesa, o Presidente, Dr. *José Eduardo Ciotola Gussem* abriu a cerimônia e em seguida agradeceu à sua diretoria, aos conselheiros e funcionários que o acompanharam em sua gestão à frente da Amperj, no biênio 2007/2008. Em sua manifestação, *Gussem* destacou a criação do Instituto Superior do Ministério Público, projeto acadêmico de ponta, que oferece cursos de extensão e pós-graduação ao meio jurídico.

Em seguida, o novo Secretário-Geral, *Alexandre Murilo Graça*, fez a leitura do compromisso, sendo acompanhado pelos novos membros da diretoria e dos conselhos que, após, assinaram o termo de posse. *Marfan Martins Vieira* passou às

---

* Notícia publicada com atraso, por motivo de força maior.

mãos de *Nicanor Médici Fischer*, Vice-Presidente da entidade, documento em que comunicou sua licença temporária da Presidência da Amperj, para cumprir seu mandato como PGJ, que se encerrou em 16 de janeiro.

Durante a cerimônia, foi anunciada a nomeação do Dr. *Cláudio Soares Lopes* para exercer o cargo de PGJ no biênio 2009/2011. Ao término da solenidade, foi oferecido um coquetel no auditório da Amperj.

Conheça os novos dirigentes da Amperj:

Presidente: *Marfan Martins Vieira*

Vice-Presidente: *Nicanor Medici Fischer*

Secretário-Geral: *Alexandre Murilo Graça*

Diretor Financeiro: *Sérgio Nogueira de Azeredo*

Diretor Cultural: *Rosana Barbosa Cipriano Simão*

Diretor Social: *Sumaya Therezinha Helayel*

Diretor de Defesa de Direitos e Prerrogativas Funcionais: *Luciano Oliveira Mattos de Souza*

Diretor Assistencial e de Assuntos Relativos a Aposentados e Pensionistas: *Pedro Moreira Alves de Brito*

Diretor de Assuntos Legislativos: *Rodrigo Molinaro Zacharias*

Diretor de Esportes: *Marcus Cavalcante Pereira Leal*

Conselho Consultivo

Dimitrius Viveiros Gonçalves

Eduardo da Silva Lima Neto

Francisco Lopes da Fonseca

Homero das Neves Freitas Filho

Nelma Glória Trindade de Lima

Victoria Siqueiros Soares Le Cocq D'Oliveira

Vinicius Ribeiro

Virgílio Panagiotis Stavridis

Walberto Fernandes de Lima

Conselho Fiscal

Guilherme Braga Peña de Moraes

Guilherme Mattos de Schueler

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova

Plínio de Sá Martins

Stênio Lutgardes Neves

Vera de Souza Leite

Solenidade de Posse do Procurador-Geral de Justiça

O Procurador de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, tomou posse, no dia 16 de janeiro, no cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão solene do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça.

Cláudio Soares Lopes ingressou no MPRJ em 14 de dezembro de 1987. Inicialmente, exerceu suas funções nas Comarcas de Campos e São João da Barra por quatro anos. Em 1991, foi convidado pelo PGJ para integrar sua Assessoria Criminal, onde ficou até 1994. Neste período, presidiu ainda as comissões de Licitações e de Inquérito Administrativo da PGJ, além de ter auxiliado a Secretaria-Geral. De janeiro de 1995 a julho de 2001, exerceu sua titularidade na Promotoria de Justiça junto à 36ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Desde 2001, é Procurador de Justiça, lotado, atualmente, na 3ª Procuradoria junto à 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça. Em agosto de 2002, ocupou o cargo de Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal, até janeiro de 2003. De janeiro de 2003 a janeiro de 2005, foi Assessor Especial do PGJ. Também no biênio 2003/2005 foi eleito pela classe dos Promotores de Justiça para o Conselho Superior do Ministério Público. De janeiro de 2005 até 2008, exerceu o cargo de Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento e Modernização Organizacional.

A concorrida cerimônia contou com a presença de inúmeras autoridades. A mesa foi composta pelo Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*; pelo Governador *Sérgio Cabral*; pelo Vice-Governador, *Luiz Fernando de Souza*; pelo Presidente da Assembleia Legislativa, *Deputado Jorge Picciani*; pelo Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador *José Carlos Schmidt Murta Ribeiro*; pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, *Marco Aurélio Mendes de Faria Melo* e *Carlos Alberto Menezes Direito*; pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado, *José Maurício de Lima Nolasco*; pelo Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, *Leonardo Bandarra*; pelo Chefe da Casa Civil, *Régis Fichtner*; pelo Presidente da Amperj, *Nicanor Médici Fischer*; pela Procuradora-Geral do Estado, *Lúcia Lea Guimarães Tavares*; pelo Presidente da Seccional Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil, *Wadih Nemer Damous Filho*; pelo Defensor Público-Geral, *José Raimundo Batista Moreira*; e pelo Corregedor-Geral de Justiça do Estado e Presidente eleito do TJ, *Luiz Zveiter*.

A solenidade, realizada perante o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, foi aberta pelo Procurador-Geral, *Marfan Martins Vieira*, que encerrava seu mandato.

Deu-se a seguir a execução do Hino Nacional.

Após, *Marfan Martins Vieira* fez uso da palavra, agradecendo aos seus colaboradores e aos servidores do MPRJ pelo inestimável apoio recebido nos quatro anos em que esteve à frente da Instituição.*

Ao encerrar sua fala, *Marfan Martins Vieira* desejou ao Procurador empossado pleno êxito em sua gestão.

Após, realizaram-se os atos de investidura do novo Procurador-Geral que prestou o juramento e em seguida a leitura do termo de posse pela secretária do Órgão Especial, Dra. *Márcia Álvares Rodrigues*.

Dando seguimento à solenidade, o Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Cláudio Soares Lopes*, assumindo, a partir daquele momento a presidência dos trabalhos convidou a prestar compromisso os Subprocuradores-Gerais *Mônica da Silveira Fernandes, Carlos Roberto de Castro Jatahy, Leonardo de Souza Chaves* e *Antônio José Campos Moreira*.

Discursando, em seguida, *Cláudio Soares Lopes*, assim se pronunciou:

> "Gostaria de iniciar essas palavras, as quais prometo, não serão longas, pois como costuma dizer o nosso Governador, existem os discursos longos e os bons. Assim, se de um lado não tenho nenhuma pretensão de fazer um discurso inesquecível, por outro lado, vou tentar não cansar demasiadamente os Senhores aqui presentes.
>
> Nesse sentido, quero começar lembrando meus tempos de criança e adolescente. Obviamente, talvez como qualquer menino, sempre tive meus sonhos ligados à prática de carreiras esportivas.
>
> Mas, a realidade é que, afastados os sonhos, sempre tive convicção de que exerceria a profissão de advogado, certamente influenciado por presenciar a carreira de meu pai, e com quem iniciei minha atividade profissional aos dezessete anos, ocasião em que comecei a cursar simultaneamente a Faculdade de Direito, na gloriosa UERJ.
>
> No entanto, acabei por enveredar para a área dos concursos jurídicos, e foi assim que conheci o Ministério Público mais particularmente.
>
> Ingressei na Instituição ainda jovem, aos vinte e quatro anos, em dezembro de 1987, aliás, junto com minha irmã, a Procuradora de Justiça DENISE SOARES LOPES e, desde o inicio, me apaixonei de forma definitiva pelo nosso *parquet*.

---

* O discurso respectivo, embora solicitado, não foi remetido para fins de publicação.

Atuando pelo Ministério Público, sempre senti como se tivesse vestido uma capa de proteção, diante de tantos instrumentos legais e constitucionais que podemos dispor, de forma que agindo como guardião da sociedade, diferentemente do que ocorre na minha vida cotidiana, sempre tive um sentimento de destemor no exercício de minhas atribuições.

Mas, o amor pelo Ministério Público veio com a Carta Magna de 1988, constituição que conferiu à nossa Instituição o modelo ímpar que possui nos dias atuais, sendo o organismo responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Deste modo, lembro com perfeição até hoje, o entusiasmo que tinha pela atividade ministerial na Comarca onde exerci minha primeira titularidade – São João da Barra. Ali tive a oportunidade de me sentir um verdadeiro Promotor de Justiça, atuando não só na área criminal, minha verdadeira paixão acadêmica, mas, principalmente, em razão da atuação que pude realizar na área dos interesses difusos e também no que concerne à proteção da criança e do adolescente.

Lembro, por exemplo, da minha primeira atribuição como Promotor eleitoral na região, nas eleições de 1988, fiscalizando diversas seções eleitorais por cerca de 500 Km em um só dia.

Lembro, também, com orgulho, quando fui instado pelo nosso então Procurador-Geral de Justiça, **o nosso** hoje Deputado Federal aqui presente, Dr. Antonio Carlos Biscaia, a providenciar, quase que por minha conta e responsabilidade, com os parcos recursos da época, a instalação do que hoje equivale às promotorias de investigação penal na Comarca de Campos, na medida em que passaríamos a receber diretamente os inquéritos policiais sem ingerência do Poder Judiciário, com certeza, verdadeiro marco para o Ministério Público.

A partir daí, talvez como prêmio pela bem sucedida missão, fui posteriormente convidado por ele para integrar sua Assessoria Criminal, onde acabei por participar, junto com outros valorosos colegas, basicamente integrantes da minha geração, os colegas ANTONIO JOSÉ, JATAHY, WALBERTO, MENDELSONH, RAMAYANA E RICARDO MARTINS, de um dos eventos mais significativos da história de nossa Instituição, que foi o "estouro" da Fortaleza do conhecido contraventor Castor de Andrade. Essa diligência, não tenho dúvida, contribuiu para demonstrar a necessidade de se permitir a investigação direta por parte do Ministério Público, mecanismo fundamental para a defesa da sociedade, especialmente quando maus policiais estão envolvidos.

O entusiasmo pela atuação do Ministério Público em suas diversas áreas, cada vez mais me levou a crer na Instituição e, por que não dizer, a partir daí, passei a me interessar de forma mais profunda pelos aspectos políticos, administrativos e orgânicos do *parquet*

E foi esse interesse pelos destinos do Ministério Público que fez com que tivesse, nesses vinte e um anos de carreira, por que não admitir, uma intensa vida política interna, culminando sempre por participar das questões associativas e institucionais, o que me levou a concorrer em alguns pleitos para cargos em nossa entidade de classe e para o Conselho Superior do Ministério Público, felizmente, sempre bem sucedidos e com respaldo eleitoral.

Mas, com absoluta certeza, foi talvez o infortúnio do nosso então querido chefe, ANTONIO VICENTE DA COSTA JÚNIOR, que teve de se afastar do cargo em razão enfermidade - e a quem todos nós devemos sempre render homenagens – que pela primeira vez passei a encarar concretamente a possibilidade de chefiar nossa instituição.

Naquele momento, ousei em concorrer para o cargo de Procurador-Geral junto com outros dez colegas, logrando êxito em integrar a lista tríplice. No entanto, correta e merecidamente, foi escolhido o Dr. Marfan Martins Vieira, na ocasião o mais votado.

Aliás, aproveito a oportunidade para agradecer, publicamente, ao Dr. Marfan, o convite que me foi feito na época para ocupar o cargo de Subprocurador-Geral de Planejamento, o qual exerci em toda a sua administração com orgulho até momentos antes desta cerimônia, circunstância que contribuiu muito para meu credenciamento às funções que ora assumo de Procurador-Geral.

Tenho plena convicção que chego ao topo de nossa carreira preparado para os desafios que, tenho certeza, virão desde logo. A certeza das dificuldades que ocorrerão decorrem em parte da experiência que procurei adquirir ao trabalhar em quatro administrações diferentes.

No entanto, a certeza do êxito é fruto, em especial, da confiança que deposito na equipe formada por colegas extremamente preparados e competentes, e que aceitaram os convites que lhes foram feitos para integrar a futura administração, o que me dá a tranqüilidade necessária para partir em busca da concretização de nossos objetivos.

Assim, a minha geração está assumindo a administração do Ministério Público, aliada neste objetivo com colegas mais novos e outros de grande experiência institucional. Em relação a estes últimos podemos mencionar os Professores Sérgio Demoro Hamilton e José dos Santos Carvalho Filho, além da grande dama do Ministério Público, Marija Yrneh Rodrigues de Moura, que tenho certeza, após merecido descanso, estará irmanada com nossos ideais.

Aos colegas que passarão a integrar o nosso staff, tenham a certeza de que será uma administração participativa e descentralizada, onde todos terão o seu espaço para desenvolver suas potencialidades, o que realmente acredito ser fundamental para o sucesso da administração e que se reverterá em benefício da classe e da sociedade.

Importante lembrar que durante minha caminhada visando o pleito de oito de dezembro, balizei minhas metas, sintetizando-as em duas: combatividade e qualidade institucional.

Não tenho dúvidas de que a maior característica do Ministério Público é exatamente a combatividade. E Ministério Público sem combatividade é uma instituição desacreditada.

Por isso tenho plena convicção de que o Procurador-Geral possui um papel fundamental nesse particular. Há necessidade de se estimular essa combatividade. Em primeiro lugar, no que concerne as atribuições originárias do Procurador-Geral. Sempre com responsabilidade, vamos procurar exercer com determinação essas atribuições.

Para tanto, vamos erigir a qualidade de Subprocuradoria às tarefas até então afetas a assessorias, criando a Subprocuradoria-Geral de Atribuições Originárias, de modo que seja possível ao nosso competente e brilhante mestre do processo penal e Subprocurador-Geral, o meu amigo ANTONIO JOSÉ CAMPOS MOREIRA, cuidar de forma mais direta dos feitos e investigações relevantes, auxiliando concretamente ao Procurador-Geral neste árduo mister.

Quanto à combatividade dos membros, vou procurar estimulá-la, defendendo sempre de forma intransigente nossas garantias e prerrogativas, especialmente quando qualquer membro for injustamente atacado.

Nesse particular, será fundamental estimular a atuação em grupo dos Promotores de forma coordenada, o que permitirá um desempenho mais efetivo no combate ao crime organizado, em suas variadas formas, além de uma performance eficaz na proteção e defesa, em especial, do meio ambiente, dos interesses da criança e do adolescente e do idoso em situação de risco.

A combatividade também será exercida na área dos direitos humanos e terceiro setor. Para tanto, contarei com a experiência, astúcia e lealdade do Subprocurador-Geral, LEONARDO DE SOUZA CHAVES.

Em outro aspecto, é fundamental que o Ministério Público se prepare de forma adequada para enfrentar os desafios e dificuldades, por ser na atualidade um dos últimos pilares de salvação da sociedade em busca de justiça social, fundamentalmente diante das mazelas que tanto atormentam o povo brasileiro, como fome, desemprego, criminalidade crescente, falta de políticas públicas adequadas para as áreas de saúde, educação, saneamento, transporte e meio ambiente.

Estou absolutamente convencido, que o Ministério Público precisa atingir de forma plena a qualidade institucional a fim de agir com eficiência em defesa dos interesses da coletividade. A consecução deste

fim, porém, dependerá de um planejamento mais elaborado, talvez, de um plano estratégico de longo prazo, onde metas e objetivos bem definidos da atividade ministerial estejam delineados, e os resultados monitorados, para que os devidos ajustes sejam realizados.

Mas, de outro lado, estamos cientes de que ainda existem demandas materiais e pessoais que precisam de solução e, tenham certeza, na qualidade de novo chefe institucional, vou procurar resolvê-las dentro da realidade de nosso orçamento, para isso, vou contar com a colaboração da nossa dinâmica e inteligente Subprocuradora-Geral de Administração, MÔNICA FERNANDES

Reafirmo, ainda assim, o compromisso de empreender luta para que possamos dar início a política de dotar todos os nossos órgãos de execução de primeiro grau de um assessoramento jurídico, única forma de racionalizar nossa atuação e permitir que os Membros do Ministério Público, sem descuidar das atividades cotidianas, possam dispor de tempo suficiente para o enfrentamento das grandes e graves questões que afligem nossa sociedade.

Porém, para atingir a qualidade institucional, é fundamental reconhecer a necessidade de treinar de forma adequada nossos servidores e grupos de apoio.

Aliás, no que concerne ao GRUPO DE APOIO AOS PROMOTORES, tenho certeza que os integrantes de nosso Parlamento estadual, depois de devidamente informados da realidade institucional e das funções exercidas, serão sensíveis a manutenção dos policiais que servem aos promotores em suas investigações e diligências, inclusive, naquelas que envolvem a proteção de crianças, adolescentes e idosos. Vamos demonstrar, se houver necessidade, quanto o apoio destes policiais é decisivo para a atuação do Ministério Público e, conseqüentemente, para a proteção da sociedade.

Retornando ao tema central, devemos admitir que nós, Procuradores e Promotores de Justiça precisamos de mais treinamento específico, fundamentalmente, no que diz respeito às novas questões que vieram à colação diante do desempenho da atividade ministerial.

Nessa ordem de idéias, apresenta-se indispensável que os membros do Ministério Público cada vez mais se familiarizem com os diversos aspectos que envolvem a inteligência nas investigações criminais, lavagem de dinheiro, contabilidade de contas públicas, políticas públicas referentes ao menor e a saúde, questões ambientais, etc.

Outra preocupação será cada vez mais na condução da direção de nosso MP, levar a Instituição a uma aproximação cada vez maior com a sociedade, a imprensa, que deve ter papel decisivo na divulgação de nossa atuação, bem como, ainda, com os demais Poderes constituídos,

como o Executivo, Legislativo, Judiciário, Tribunal de Contas, nas diversas esferas, e demais instituições co-irmãs, como é o caso das forças de segurança, OAB e da nobre Defensoria Pública, isto, sem prejuízo da intangibilidade da independência funcional, compromisso que jamais abrirei mão.

Agora, peço licença a todos os presentes para me dirigir especialmente aos membros do Ministério Público aqui do Rio de Janeiro – Colegas: tenham certeza que vou me doar como nunca. Prometo trabalhar diuturnamente pelo Ministério Público fluminense e pela sociedade, esta última, razão de ser de nossa própria existência.

Acreditem que vou procurar ser o Procurador-Geral mais próximo de vocês de todos os tempos. Confirmo que tenho plena convicção das dificuldades que enfrentarei, mas estou absolutamente seguro de que todos nós, passado o processo eleitoral interno, estaremos juntos na medida em que integramos a mesma Instituição e possuímos objetivos comuns. Nesse sentido, vejo como fundamental a pacificação e união entre os diversos seguimentos políticos.

Agora, já finalizando nossa fala, gostaria aqui neste momento, de proceder alguns rápidos agradecimentos.

Em primeiro lugar, nunca podemos deixar de agradecer a Deus. Tenho certeza que foi ele quem me conferiu essa missão, razão pela qual estou plenamente confiante no sucesso da empreitada. Tenho certeza, antes de tudo, que foi a vontade dele que me colocou no lugar que vou ocupar.

Gostaria de agradecer, também, ao nosso Governador, Sérgio Cabral, que democraticamente e sem pestanejar, embora com o direito constitucional de escolha de outro candidato, de plano, optou pelo meu nome dentre os integrantes da lista tríplice, prestigiando a vontade da classe que me fez o mais votado na nossa eleição, preservando a independência do Ministério Público, conduta que por sua vez, confere maior credibilidade ao seu governo e legitimidade ao escolhido.

Tenha certeza Governador, que o Ministério Público buscará parcerias com o seu governo em proveito da sociedade e estará a disposição para ajudar nos projetos de interesse social.

Aproveito ainda o momento para agradecer aos colegas que disputaram o pleito comigo com absoluta lisura e elegância, e também aos demais integrantes da lista tríplice que, desde o início manifestaram seu apoio a escolha do mais votado.

O agradecimento deve ser dirigido também, particularmente, aos colegas que acreditaram em minhas propostas e ideais e que contribuíram e trabalharam de forma decisiva em minha campanha. A vocês, o meu muito obrigado.

A extensão do agradecimento deve-se dar ainda em relação aos colegas que confiaram em mim e, assim, depositaram o seu voto.

Ao meu irmão e companheiro, dentro e fora do Ministério Público, CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY, futuro Subprocurador-Geral de Planejamento, a quem competirá à responsabilidade de formular e executar os projetos mais importantes de interesse institucional, escolhido por mim para o cargo diante de sua reconhecida capacidade, agradeço sua amizade e lealdade de quase trinta anos.

Não posso deixar de mencionar o apoio de todos aqueles que tanto torceram e oraram por mim, em especial, amigos e familiares.

Com destaque relevante, agradeço aos meus Pais, CASSIANO E COÊMA aqui presentes, que me criaram com dedicação, carinho e amor e que, com certeza, são partícipes de meu sucesso.

À minha irmã, a Procuradora de Justiça DENISE SOARES LOPES, amiga e conselheira de sempre, peça fundamental, na minha formação moral e intelectual, o meu agradecimento particular.

Finalmente, quero agradecer de forma realmente especial e destacada a minha esposa ANA BEATRIZ, verdadeira companheira e amiga de vinte anos, pessoa que sempre auxiliou a mim, conferindo-me toda a força do mundo necessária para enfrentar os desafios, especialmente nos períodos difíceis, fundamental, assim, para minha tranquilidade, e que me ajudou a acreditar na vitória em alguns momentos críticos e que, além disso, concebeu os dois maiores amores e orgulho de nossas vidas, meus filhos IGOR e RENAN, também aqui presentes, meus grandes amigos e que também muito contribuíram para aumentar a confiança no sucesso desta jornada que ora se inicia.

Para terminar, e agora eu vou cumprir realmente a promessa, encerro lembrando o pensamento dos romanos, que acredito muito se assemelha ao ideal do Ministério Público: "PERMITA QUE A JUSTIÇA SEJA FEITA MESMO QUE OS CÉUS CAIAM"

Muito obrigado."

No encerramento da cerimônia, fez uso da palavra o Governador Sérgio Cabral, que, discursando de improviso, parabenizou o ex-Procurador-Geral, *Marfan Martins Vieira*, pela forma segura como conduziu a instituição e saudou o novo Procurador-Geral, *Cláudio Soares Lopes*, desejando-lhe uma gestão plena de êxitos e realizações.

Após a execução do Hino Nacional, a solenidade foi dada por encerrada pelo Procurador-Geral de Justiça.

Em seguida ao ato formal de posse, foi oferecido um coquetel aos convidados, no prédio das Procuradorias de Justiça.

Grande o número de Procuradores e Promotores de Justiça presentes, cumprindo destacar, entre outros, o comparecimento do Diretor-Presidente da CAMPERJ, *Arthur Pontes Teixeira*; do Presidente do CEPROJUS, *Roberto Abranches*; do Presidente da COOMPERJ, *Luiz Antonio Ferreira de Araujo*; do Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público, *Mendelssohn Erwin Kielling Cardona Pereira*; dos Deputados Federais *Antonio Carlos Silva Biscaia, Octávio Leite, Hugo Leal, Fábio Ramalho,*; da Secretária de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos, *Benedita Souza da Silva Sampaio*; do Secretário de Estado de Administração Penitenciária, *Cesar Rubens Monteiro de Carvalho*; do Secretário de Estado de Fazenda, *Joaquim Ferreira Levy*; do Secretário de Estado de Segurança, *José Mariano Beltrame*; do Secretário de Transportes, *Júlio Luiz Baptista Lopes*; da Secretária de Estado do Ambiente, *Marilene de Oliveira Ramos Múrias dos Santos*; do Secretário de Estado de Trabalho e Renda, *Ronald Abrahão Azaro*; do Secretário de Estado de Planejamento e Gestão, *Sergio Ruy Barbosa Guerra Martins*; do Conselheiro do CNMP, *Paulo Freitas Barata*; do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, *Alberto Motta Moraes*; do Superintendente Regional da Polícia Federal no Estado do Rio de Janeiro, *Ângelo Fernandes Gioia*; da Procuradora-Geral da Justiça Militar, *Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz*; da Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional da República da 2ª Região, *Cristina Schwansee Romano*; do Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, *Joaquim Antônio Castro Aguiar*; do Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro, *Eduardo da Costa Paes*; do Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, *Thiers Vianna Montebello*; do Procurador-Geral do Município do Rio de Janeiro, *Fernando dos Santos Dionísio*; do Chefe da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro; *Gilberto da Cruz Ribeiro*; do Comandante Geral da Polícia Militar, *Gilson Pitta Lopes*; do Comandante Militar do Leste, *Luiz Cesário da Silveira Filho*; do Comandante do III Comando Aéreo Regional, *Marco Aurélio Gonçalves Mendes*; do Comandante do I Distrito Naval – 1DN, *Gilberto Max Roffé Hirschfeld*; do Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, *José Carlos Consenzo*; do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Presidente do CNPG, *Leonardo Azeredo Bandarra*; do Presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, *Roberto Luiz Felinto de Oliveira*; da Presidente da Associação dos Defensores Públicos do Rio de Janeiro, *Sara Raquel Carlos Quimas*; do Presidente da ABI, *Oscar Maurício de Lima Azêdo*, dos Desembargadores *Adilson Vieira, Ângelo Moreira Glioche, Antonio Eduardo Ferreira Duarte, Antonio Saldanha Palheiro, Fernando Fernandy Fernandes, Gilmar Augusto Teixeira, José Muiños Piñeiro Filho – representado pela Procuradora de Justiça Déa Araújo de Azeredo –, Lúcia Maria Miguel da Silva, Luiz Leite Araújo, Marco Aurélio Bezerra de Melo, Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo, Marília de Castro Neves Vieira, Mário Magalhães, Maurício Caldas Lopes, Nildson Araújo da Cruz, Nilson Tomaz Braga, Pedro Freire Raguenet, Renata Machado Cotta, Roberto de Almeida Ribeiro, Rosita Maria de Oliveira Netto* e *Siro Darlan de Oliveira.*

Professor Carvalho representará o MP no RIOPREVIDÊNCIA

O Professor *José dos Santos Carvalho Filho* – Procurador de Justiça inativo nomeado para exercer as funções de Consultor Jurídico do MPRJ – foi indicado para integrar o Conselho de Administração do Fundo de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro ("RIOPREVIDÊNCIA").

Em ofícios endereçados ao diretor-presidente do RIOPREVIDÊNCIA, *Wilson Risolia Rodrigues*, e ao presidente do Conselho de Administração – o Secretário de Estado de Planejamento e Gestão, *Sérgio Ruy Barbosa Guerra Martins* –, o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, apresentou a indicação do Professor *Carvalho*, na condição de titular, bem como do Promotor de Justiça *Roberto Góes Viera*, Secretário de Planejamento e Finanças do MPRJ, que permanecerá na qualidade de suplente.

Procurador-Geral de Justiça participa de reunião do CNPG

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro esteve presente na reunião do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais que ocorreu em Brasília no dia 30 de janeiro de 2009.

Na abertura dos trabalhos, o Presidente do CNPG, Dr. *Leonardo Azeredo Bandarra*, destacou a presença do Dr. *Cláudio Soares Lopes*, que passou a ter assento no Colegiado, sendo, em seguida, também saudado pelos demais membros do Conselho.

Dentre diversos temas de relevância institucional, foram debatidas questões relativas ao controle externo da atividade policial, à campanha de combate ao abuso infanto-juvenil e ao anteprojeto da nova lei da ação civil pública.

PGJ destaca participação do MP em Mutirão Carcerário

Em apenas uma semana, 473 internos da Penitenciária Vicente Piragibe, na Zona Oeste do Rio, receberam vários benefícios, da visita periódica ao lar à remição de pena e ao indulto. Houve também a entrega de carteiras de identidade e certidões de nascimento, entre outros documentos.

Agilizar processos e audiências, e fornecer instruções – esses foram os objetivos do mutirão. Paralelamente, desenvolveu-se a Ação Social, com a entrega de documentos, como carteira de identidade e certidão de nascimento. No mutirão trabalharam os Promotores *Maria da Glória Gama Pereira Figueiredo* (coordenado-

ra do 8º CAO), *André Guilherme Tavares de Freitas, Alessandra Silva dos Santos Celente, Sandro Fernandes Machado, Thaísa Terra Meireles* e *Luana Cruz Cavalcanti de Albuquerque*. Na Ação Social atuou a Promotora *Isabella Figueira*.

No total, 473 internos receberam os seguintes benefícios: visita periódica ao lar (90), progressão para o regime aberto (98), progressão para o regime semiaberto (8), livramento condicional (183), trabalho extra muro(6), indulto (9), comutação (65), extinção da pena sem soltura (2), extinção com soltura (2), remição da pena (9), outros benefícios (1). Além disso, começaram a ser analisados 821 processos.

Em seu discurso, o Ministro *Gilmar Mendes* lembrou que os mutirões carcerários começaram no Estado do Rio de Janeiro e classificou-os de "aprendizado complexo". Acrescentou que a experiência é temporária, pois a crescente informatização e racionalização dos serviços da Justiça fará com que os presos recebam naturalmente um tratamento bem mais adequado. Pediu humildade aos que trabalham com presos e afirmou que o sucesso final só será alcançado com a participação de todos e a compreensão da sociedade.

Coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça, o 2º Mutirão Integrado no Sistema Carcerário do Estado do Rio de Janeiro foi implementado pelo Tribunal de Justiça, Secretaria de Administração Penitenciária, Ministério Público e Defensoria Pública estadual. Além do Procurador-Geral de Justiça *Cláudio Soares Lopes* e do Ministro do Supremo Tribunal Federal *Gilmar Mendes*, prestigiaram a cerimônia de encerramento o Ministro *Gilson Dipp*, membro do Superior Tribunal de Justiça e Corregedor Nacional de Justiça; o Presidente do TJ, Desembargador *José Carlos Murta Ribeiro*; o Corregedor-Geral de Justiça e Presidente eleito do TJ, Desembargador *Luiz Zveiter*; *Clóvis Pinheiro da Silva*, da Defensoria Pública da União; *José Raimundo Batista Moreira*, da Defensoria Pública Estadual; Desembargador *Siro Darlan*, presidente do Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente; advogado *Técio Lins e Silva*, membro do Conselho Nacional de Justiça; e o Subsecretário-Geral de Administração Penitenciária, coronel *Ipurinan Calixto Nery*.

Secretário Nacional de Justiça visita sede do MP

Criar novas parcerias com o intuito de aperfeiçoar o combate à criminalidade, principalmente ao crime organizado e à lavagem de dinheiro, foi a pauta do encontro entre o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, e o Secretário Nacional de Justiça, *Romeu Tuma Júnior*.

Cláudio Soares Lopes agradeceu a constante cooperação do governo federal com o Ministério Público e pediu que as parcerias continuassem e fossem aprimoradas. Para *Romeu Tuma Júnior*, essa união é prioritária. A reunião entre os dois ocorreu no dia 3 de fevereiro, na sede do MP.

O promotor de Justiça *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva* e a juíza *Renata de Alcântara*, titular da 40ª Vara Criminal, participaram do encontro e ressaltaram a atuação em conjunto da Justiça estadual, das polícias Civil e Militar, do MP e do Poder Executivo no combate ao crime organizado em todos os municípios do estado do Rio de Janeiro.

Chefe do Parquet *fluminense discursa na posse do novo presidente do TJ*

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, participou, no dia 3 de fevereiro, da posse do Desembargador *Luiz Zveiter* na presidência do Tribunal de Justiça do Estado. Ao discursar, o Procurador-Geral afirmou que frequentará, com assiduidade, a sede do Poder Judiciário estadual para fazer valer uma competente parceria entre as instituições.

Segue na íntegra o discurso do Procurador-Geral de Justiça:

"Em primeiro lugar, gostaria de manifestar minha satisfação pela oportunidade de tomar acento no Órgão Especial deste Egrégio Tribunal pela primeira vez, e na qualidade de Chefe Institucional do Ministério Público.

Tenham certeza Senhores Desembargadores, que procurarei freqüentar com alguma assiduidade esta Corte, pois considero fundamental a presença do Procurador-Geral junto a este Tribunal.

Em relação ao evento de hoje, saliento que as oportunidades de renovação sempre inspiram esperança e reflexão. Esperanças no porvir e reflexões quanto ao ciclo que se encerra.

Não se poderia, assim, deixar de registrar o tributo que o Judiciário e o povo fluminense devem prestar ao Presidente Murta Ribeiro.

Sua Excelência imprimiu gestão que encerra os ideais de eficiência, cordialidade e celeridade na prestação jurisdicional, aproximação com a sociedade e com os demais Poderes e Instituições estatais.

Ao Desembargador Murta, a sincera homenagem do Ministério Público, que o cumprimenta enfaticamente, ressaltando que a difícil e elevada missão confiada ao longo desses dois anos foi cumprida com êxito.

Felizmente, no entanto, a esperança se renova: ascende à presidência da Corte o combativo Desembargador Luiz Zveiter, cuja notável capacidade de agregação em muito contribuirá para uma gestão que – sem abandonar-se a sólida obra erigida pelos presidentes que o ante-

cederam – trará inovações, aprimorará métodos, haverá de interagir vivamente com a Advocacia, com o Executivo, com as Casas Legislativas, com o *Parquet*.

Com a energia de quem ingressou neste Tribunal pelas portas do quinto constitucional, certamente trará a inestimável vivência do advogado militante, conhecedor das dificuldades ainda existentes, pelo que credenciado a apontar as soluções adequadas.

Com certeza, contará também com a experiência e conhecimentos que acaba de adquirir ao exercer o cargo de Corregedor desta Casa, o que contribuirá para comandar com firmeza e determinação o Poder Judiciário de nosso Estado.

Dúvidas não temos de que as relações institucionais entre o Ministério Público e a Magistratura tendem a estreitar-se cada vez mais, convergindo nossos esforços no sentido de oferecer as respostas que a sociedade tanto espera em áreas sensíveis, prioritárias para o MP, como o efetivo combate ao crime e à impunidade, a infância e a juventude, os idosos e os portadores de deficiência, os direitos interesses sociais, difusos e coletivos em geral.

É com este espírito que o Ministério Público saúda o novo presidente e os demais integrantes da nova Administração do Tribunal de Justiça, augurando muito boa sorte na tarefa doravante assumida.

É o que desejam, em favor da sociedade que defendem diuturnamente, os Procuradores e Promotores de Justiça de todas as Comarcas deste Estado; são os votos, também, deste Procurador-Geral de Justiça, que também acaba de ser honrado com a assunção Chefia do MP.

Felicito, assim, o Desembargador Luiz Zveiter e todos os demais Juízes e Desembargadores pelo promissor ciclo que se anuncia.

Muito obrigado!"

Para o novo Presidente do TJ, "o MP, a advocacia, a imprensa e as organizações civis e religiosas formam a base de uma sociedade aberta e plural, sem a qual não há democracia". *Luiz Zveiter*, em seu discurso de posse, ressaltou a união entre o MP e o Judiciário para atender aos anseios da população.

Também estiveram presentes à posse do novo presidente do TJ o Ministro *Gilmar Mendes*, Presidente do Supremo Tribunal Federal; o Ministro *Cezar Asfor Rocha*, Presidente do Superior Tribunal de Justiça; o deputado *Jorge Piccianni*, Presidente da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro; e *Wadih Nemer Damous Filho*, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Rio de Janeiro.

"Administração Presente" inicia trabalho para melhorar os órgãos de execução

O Grupo de Trabalho Administração Presente do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro realizou, aos 4 de fevereiro, a primeira de uma série de visitas que vão ajudar na elaboração de um diagnóstico das necessidades dos órgãos de execução da Instituição. O início das atividades ocorrerá em Volta Redonda. Segundo o Promotor de Justiça *Cristiano dos Santos Lajoia Garcia*, coordenador do Administração Presente, a intenção é pôr em prática o MP Qualidade Total. Além dele, os Promotores *Eduardo Luiz Rolins de Faria* e *Paulo Wunder de Alencar* também farão parte do grupo que irá se deslocar por todas as cidades do Estado verificando e analisando as carências nos órgãos de execução.

Sempre que o Grupo de Trabalho Administração Presente estiver em uma determinada região, o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, reunir-se-á com os Promotores de todos os Municípios envolvidos na ação para ver se as necessidades foram sanadas, o que ainda falta ser feito e propor e receber novas ideias. "A atual administração está indo ao interior para verificar as demandas pendentes e buscar soluções em um prazo curto", disse o Procurador-Geral.

Operação "choque de ordem" e o MP

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, apresentou , em 4 de fevereiro, ao secretário municipal de Ordem Pública do Rio de Janeiro, *Rodrigo Bethlem*, algumas sugestões de projetos que podem ajudar na melhoria da qualidade de vida do carioca.

A "Operação Choque de Ordem", que vem sendo realizada pela Prefeitura do Rio para coibir irregularidades, foi destacada durante o encontro, ocorrido no gabinete do Procurador-Geral. "A cidade precisava desse choque de gestão. E o entrosamento entre os governos federal, estadual e municipal também precisava acontecer", afirmou *Cláudio Soares Lopes*.

O Procurador-Geral disse que a Prefeitura do Rio pode contar com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no que for preciso, no trabalho em prol do interesse público. "Em breve, inclusive, quero encontrar-me com o prefeito *Eduardo Paes* para buscarmos união em projetos que possam garantir a sadia qualidade de vida da população e levar às comunidades os atendimentos essenciais."

Entre as propostas, segundo *Cláudio Soares Lopes*, estão uma na área de Direitos Humanos e outra no setor Fiscal. "O MP quer estar próximo à sociedade e não podemos nos omitir. Teremos atuação firme na busca pela manutenção das melhorias alcançadas. No caso dessas ocupações, como no Dona Marta, temos de estar presentes e de mãos dadas."

O Procurador-Geral sugeriu ainda uma parceria com a Secretaria Municipal da Fazenda, nos mesmos moldes que ocorre com o estado. "Se atuarmos unidos, poderemos fazer apertos fiscais a devedores e sonegadores e, com isso, além de eliminar a sonegação, aumentar a arrecadação."

De acordo com *Rodrigo Bethlem*, o MP tem ajudado muito a Prefeitura e pode colaborar ainda mais. "A quantidade de informações que o MP tem é de fundamental importância. Por isso, é imprescindível essa troca de ideias, sugestões e projetos."

Cláudio Soares Lopes recebe dirigentes do Centro dos Procuradores de Justiça

Em reunião ocorrida em 4 de fevereiro com o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, o Presidente e o Vice-Presidente do Centro dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Ceprojus), *Roberto Abranches* e *Hugo Jerke*, apresentaram sugestões valiosas visando a uma maior aproximação entre a entidade e a Procuradoria.

Entre elas está a volta da solenidade de investidura no cargo de Procurador de Justiça, na qual o membro que deixava de ser Promotor prestava juramento solene e prometia exercer com toda dignidade as novas funções. *Abranches* e *Jerke* solicitam que, para marcar a mudança, os Procuradores que foram investidos sem a realização da solenidade sejam homenageados no auditório do 9º andar da sede do Ministério Público.

Merecem também destaque duas outras sugestões de *Abranches* e *Jerke*: a concessão, pelos serviços prestados, da Medalha Campos Salles aos Procuradores que se aposentam, voluntária ou compulsoriamente; e a reativação, no novo prédio das Procuradorias de Justiça do Centro de Memória do Ministério Público, desde dezembro de 2002 denominado Centro Procurador de Justiça *João Marcello de Araújo Junior*.

PGJ participa de encontro na Secretaria de Fazenda com integrantes da COESF

A convite do Secretário Estadual de Fazenda, *Joaquim Vieira Ferreira Levy*, o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, compareceu no dia 4 de fevereiro à abertura do curso de capacitação que a Escola Fazendária está oferecen-

do aos 40 novos fiscais de renda do Estado, aprovados no concurso realizado em outubro.

Durante o encontro, palestraram os Promotores de Justiça *Francisco de Assis Machado Cardoso*, *Leonardo Cuña de Souza* e *Ana Carolina Moraes Coelho*.

Cláudio Soares Lopes destacou a importância da parceria entre o Ministério Público e a Secretaria de Fazenda, e ressaltou a necessidade de mudanças sociais para que os crimes de sonegação fiscal sejam combatidos com maior rigor.

"Por meio dessa parceria entre o MP e a Secretaria de Fazenda, vamos atuar de forma mais eficaz no combate à atividade de devedores e sonegadores. Com isso, não há dúvida de que haverá aumento na arrecadação do Estado", disse o Procurador-Geral.

Senador Demóstenes Torres visita o MP

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, recebeu, em 5 de fevereiro, uma visita de cortesia do Senador *Demóstenes Torres* (DEM-GO).

O Senador *Demóstenes Torres* colocou-se à disposição do Ministério Público e reforçou a importância do bom relacionamento da Instituição com o Poder Legislativo.

Reunião dos Procuradores-Gerais do Rio e de São Paulo

Reuniram-se no dia 5 de fevereiro, na capital paulista, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, e o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, *Fernando Grella Vieira*, a fim de tratarem da troca de experiências e projetos entre os dois Ministérios Públicos.

Cláudio Soares Lopes viajou a São Paulo em companhia do Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*.

Novos integrantes do Conselho Superior do MP tomam posse

Os novos integrantes do Conselho Superior do Ministério Público do Estado, eleitos para o biênio 2009/2011, tomaram em 6 de fevereiro, em cerimônia realizada às 10h na sala de sessões dos Órgãos Colegiados.

Com a atribuição de fiscalizar e auxiliar a atuação do MP e zelar pelos princípios da Instituição e da Constituição Federal, os novos membros do CSMP prometeram trabalhar com afinco, carinho e competência.

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, que preside o CSMP e deu posse aos novos colegas, afirmou estar extremamente feliz, tranquilo e confiante nos eleitos. "São todos trabalhadores competentes. Sei que nesses dois anos teremos uma trajetória maravilhosa. Teremos um exercício em prol do MP, dos colegas e da sociedade."

Em continuação, agradeceu e elogiou os antigos Conselheiros, que deixaram a função. "Fico muito grato pelo aprendizado que tive com todos. A convivência com os que estão passando o cargo contribuiu muito para o meu enriquecimento. Foi muito gratificante."

O Corregedor-Geral do MP, *Carlos Antonio da Silva Navega*, que exerce interinamente a função, disse que este mandato chega repleto de esperança e crê na eficácia do trabalho em plenitude por parte dos novos membros. "Haverá um fortalecimento ainda maior do MP, que mais uma vez é a esperança dos menos favorecidos, principalmente neste momento de grandes dificuldades pelo qual o mundo está passando", afirmou Navega, que falou também em nome do Corregedor-Geral eleito, *Cezar Romero de Oliveira Soares*. O Procurador-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral são membros natos do CSMP.

O Conselheiro *José Maria Leoni Lopes de Oliveira*, que foi reeleito para o cargo, fez o discurso de agradecimento em nome de todos os que assumiram a nova missão:

> "É na **condição de membro mais antigo** entre os Conselheiros eleitos para o biênio 2007/2009 que ora se despedem bem como entre os eleitos e empossados para o biênio 2009/2011 que me dirijo aos colegas para agradecer, em nome daqueles que deixam e dos que assumem este E. Conselho Superior do Ministério Público.
>
> Exmo. Dr. Procurador Geral, Vossa Excelência, em seu discurso de posse, citando o Exmo. Governador do Estado, afirmou que existem duas espécies de discursos: os bons e os longos. Acredito, para a tranquilidade de todos, que o meu poderá ser classificado entre os bons, não, certamente, pela sua qualidade, mas pela sua concisão. É um discurso de agradecimento e de compromisso que assumimos com Vossa Excelência, com os Membros do nosso MP e com a sociedade carioca.
>
> Inicialmente, não poderíamos deixar de **agradecer aos funcionários** que realizam um trabalho incansável nos órgãos Colegiados possibilitando a realização de nosso desempenho nas pessoas, da Supervisora **CÁTIA PEREIRA DE CASTRO GUINÂNCIO** e da Gerente **VICTÓRIA D'ASSUNÇÃO FIGUEIREDO DE ANDRADE.**

Dois sentimentos nos tomam nesse momento: o de **saudade** e **tristeza** e o de **alegria** e **responsabilidade**.

Saudade e tristeza do convívio, sempre absolutamente agradável e enriquecedor, com os colegas que deixam este Colegiado. Muito aprendi com os Conselheiros **CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY** e **PEDRO ELIAS ERTHAL SANGLARD** verdadeiros especialistas em matéria de direito coletivo e nas questões institucionais do nosso Ministério Público.

Contei com as decisões sempre firmes a abalizadas das Conselheiras **MONICA DA SILVEIRA FERNANDES** e **MARIA DA CONCEIÇÃO NOGUEIRA DA SILVA**. Na Secretaria deste colegiado, tivemos à frente a Conselheira **SUMAYA THEREZINHA HELAYEL** sempre com bom humor mesmo nos momentos mais tensos que vivemos. Finalmente, ao meu lado, sentava-se a Conselheira que por mais tempo esteve no Conselho Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro, a Dra. **MARIA CRISTINA MENEZES DE AZEVEDO** verdadeira memória viva deste Colegiado. Mas essa saudade e tristeza são amenizadas com a permanência, por força da reeleição, dos Conselheiros **DIRCE RIBEIRO DE ABREU, DENISE FREITAS FABIAO GUASQUE** e **JULIO CESAR LIMA DOS SANTOS**

No Conselho que se despede, podemos afirmar que tivemos uma convivência enriquecedora para todos. Discutimos com veemência as questões processuais e institucionais, com respeito às posições contrárias, sem receio em mudar de opinião quando convencidos. Sempre tivemos como guia a máxima de MARCO AURÉLIO: "Mudar de opinião e seguir quem te corrige é também o comportamento do homem livre". Mas as divergências nunca ultrapassaram este recinto, voltando sempre a uma convivência harmoniosa em nossos almoços e algumas confraternizações na casa da Conselheira Dirce. As divergências nunca atrapalharam a nossa amizade conscientes das palavras do historiador latino de que "Querer e não querer as mesmas coisas, eis, afinal, a verdadeira amizade", na A Conjuração de Catilina.

O Conselho Superior do Ministério Público é uma escola. Aprendemos a conviver com a diversidade, com as opiniões divergentes, exercendo na sua plenitude o espírito democrático.

Pro outro lado, aflora-me o sentimento de alegria por poder continuar participando intensamente das **decisões de grande relevância para a nossa Instituição**, tais como da atuação do Ministério Público na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, visando à proteção das pessoas portadoras de deficiência, das crianças e dos adolescentes, dos idosos, além da vigilância sobre os atos de improbidade.

Senhor Procurador Geral, Vossa Excelência vai dirigir o Ministério Público com o apoio de um excelente corpo de Conselheiros. Tenho a

certeza de que este Conselho eleito pela classe não irá decepcionar a confiança nele depositada.

Dos oito membros eleitos, somos 5 com passagem por este E. Conselho Superior: Dra. **DIRCE RIBEIRO DE ABREU** e Dr. **JULIO CESAR LIMA DOS SANTOS** que apesar de suplentes no Colegiado que finda, atuaram tanto e com tamanha intensidade que foram verdadeiros titulares, angariando de todos o respeito pelas suas posições firmes de inovadoras. A Dra. **DENISE FREITAS FABIAO GUASQUE** que além de contribuir com sua experiência como Titular no Conselho que se despede, também traz a experiência de ter sido Corregedora do Ministério Público, e, portanto, com assento no E. Órgão Especial.

O Dr. **SERGIO ROBERTO ULHOA PIMENTEL** trará inestimável contribuição com a experiência de já ter sido membro titular deste Colegiado, do Órgão Especial do Ministério Público, Assessor Chefe da Assessoria de Feitos da Atribuição Originária Cível, Examinador de Direito Civil e Direito Processual Civil no Concurso par ao ingresso na carreira do Ministério Público.

Mas, como "nada é duradouro como a mudança", este Colegiado se revigora com novos membros, que certamente trarão novas ideias e propostas oxigenando este E. Conselho. São a Dra. **DENISE MUNIZ DE TARIN** que trará a contribuição de sua experiência como titular de Tutela Coletiva, o Dr. **ORLANDO CARLOS NEVES BELEM** excelente Professor de Direito Constitucional e o Dr. **GUILHERME EUGENIO VASCONELOS** experiente Procurador de Justiça.

Conforta-nos o fato de que além dos membros titulares contamos com a excelência do quadro de Conselheiros Suplentes.

Pelo Colégio de Procuradores de Justiças, o Dr. **ISRAEL STOLIAR** excelente Professor de Direito Processual Civil.

Pelo Colégio de Promotores de Justiça: o Dr. **MENDELSSOHN ERWIN KIELING CARDONA PEREIRA** que também já atuou no Conselho que finda seu mandato, tendo sido presidente da FEMPERJ, exercendo atualmente o cargo (encargo) de Diretor do Curso Preparatório na mesma FEMPERJ, além de chefiar a Coordenadoria de Segurança e Inteligência do Ministério Público; a Dra. **ANA MARIA DI MAZI** jovem Procuradora de Justiça; o Dr. **JOSÉ AUGUSTO GUIMARÃES**, Secretário Geral de Administração do Ministério Público; e o Dr. **MARLON OBERST CORDOVIL** excelente Procurador de Justiça.

Temos consciência da nossa grande responsabilidade perante a sociedade como fiadores da democracia. Como tive oportunidade de destacar no meu discurso anterior de posse:

Para exercemos tal função precisamos estar unidos, pois como já se disse:

"Se uma casa estiver divida contra si mesma, tal casa não poderá subsistir".

Sem esquecer, contudo a nossa liberdade, pois como afirmou o escritor alemão BORNE "É possível substituir uma ideia por outra, menos a da liberdade".

Não vou dar conselho jurídico ou técnico primeiro porque não tenho conhecimento para tanto, segundo porque seria absolutamente desnecessário diante da composição desse Colegiado.

Mas acredito que a mensagem do poeta Fernando Pessoa seja útil, não só para os ilustres Conselheiros, mas uma lição de vida para todos os presentes:

Fernando Pessoa

Navegue, descubra tesouros, mas não os tire do fundo do mar, o lugar deles é lá.

Admire a lua, sonhe com ela, mas não queira trazê-la para a terra.

Curta o sol, se deixe acariciar por ele, mas lembre-se que o seu calor é para todos.

Sonhe com as estrelas, apenas sonhe, elas só podem brilhar no céu.

Não tente deter o vento, ele precisa correr por toda parte, ele tem pressa de chegar sabe-se lá onde.

Não apare a chuva, ela quer cair e molhar muitos rostos, não pode molhar só o seu.

As lágrimas? Não as seque, elas precisam correr na minha, na sua, em todas as faces.

O sorriso! Esse você deve segurar, não o deixe ir embora, agarre-o!

Quem você ama? Guarde dentro de um porta-jóias, tranque, perca a chave!

Quem você ama é a maior jóia que você possui, a mais valiosa.

Não importa se a estação do ano muda, se o século vira e se o milênio é outro, se a idade aumenta; conserve a vontade de viver, pois não se chega a parte alguma sem ela.

Abra todas as janelas que encontrar e as portas também.

Persiga um sonho, mas não o deixe viver sozinho.

Alimente sua alma com amor, cure suas feridas com carinho.

Descubra-se todos os dias, deixe-se levar pelas vontades, mas não enlouqueça por elas. Procure, sempre procure o fim de uma história, seja ela qual for.

Dê um sorriso para quem esqueceu como se faz isso.

Acelere seus pensamentos, mas não permita que eles te consumam.

Olhe para o lado, alguém precisa de você.

Abasteça seu coração de fé, não a perca nunca.

Mergulhe de cabeça nos seus desejos e satisfaça-os.

Agonize de dor por um amigo, só saia dessa agonia se conseguir tirá-lo também.

Procure os seus caminhos, mas não magoe ninguém nessa procura.

Arrependa-se, volte atrás, peça perdão!

Não se acostume com o que não o faz feliz, revolte-se quando julgar necessário.

Alague seu coração de esperanças, mas não deixe que ele se afogue nelas.

Se achar que precisa voltar, volte!

Se perceber que precisa seguir, siga!

Se estiver tudo errado, comece novamente.

Se estiver tudo certo, continue.

Se sentir saudade, mate-a.

Se perder um amor, não se perca!

Se achá-lo, segure-o!

"Circunda-te de rosas, ama, bebe e cala. O mais é nada".

Muito obrigado."

Eleitos pelo Colégio dos Procuradores tomaram posse, além de *José Maria Leoni Lopes de Oliveira*, os Conselheiros *Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel, Guilherme Eugênio de Vasconcellos, Denise Freitas Fabião Guasque* e *Dirce Ribeiro de Abreu*. Já eleitos pelos Promotores de Justiça foram empossados os Conselheiros *Júlio Cesar Lima dos Santos, Denise Muniz de Tarin* e *Orlando Carlos Neves Belém*.

Os integrantes que passaram os cargos são *Maria Cristina Menezes de Azevedo, Maria da Conceição Nogueira da Silva, Pedro Elias Erthal Sanglard, Carlos Roberto de Castro Jatahy, Sumaya Therezinha Helayel* e *Mônica da Silveira Fernandes*.

Nelson Pecegueiro do Amaral

(honoris causa)

Quando da edição da *RMP* de nº 25 (3ª fase), noticiamos o falecimento do nosso ex-Procurador-Geral de Justiça, *Nelson Pecegueiro do Amaral* (p. 510).

Naquela ocasião, em lamentável omissão, deixamos de registrar o principal ato de sua breve gestão (29.7.1980 a 15.12.1981), que consistiu na criação da "Caixa

de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro" (CAMPERJ) e que, até hoje, presta tão relevantes serviços em prol dos membros da Instituição e de seus familiares.

Fica assinalada, ainda em tempo, a conquista obtida para o nosso *Parquet* graças à iniciativa daquele saudoso Procurador-Geral.

Os fundadores da Revista de Direito

(memória do MP)

A nossa *Revista de Direito* passou por três fases distintas. Foi fundada no extinto Estado da Guanabara, através do Decreto E nº 1.174, de 2 de agosto de 1966, do então Governador *Francisco Negrão de Lima*. Coube ao Procurador de Justiça *Paulo Dourado de Gusmão* exercer o cargo de primeiro diretor, ocupando a Procuradoria-Geral de Justiça na ocasião, o professor *Arnoldo Wald*, até hoje colaborador insigne da nossa seção de doutrina.

A aludida publicação veio a lume em 1967, abrangendo o período de janeiro-abril daquele ano.

No Estado da Guanabara foram editados 20 (vinte) números.

Sobrevindo a "Fusão", em 1975, surge uma nova publicação intitulada "Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro" tendo como fundadores o Governador do Estado, *Floriano Peixoto Faria Lima* e o Procurador-Geral da Justiça *Raphael Cirigliano Filho*. Nessa segunda fase, ocupou o cargo de diretor o saudoso professor *Simão Isaac Benjó*. O primeiro número veio a ser publicado compreendendo o período março/julho de 1975.

Nesse segundo período, foram elaborados 32 (trinta e dois) números. Porém, por motivos ignorados, a publicação viu-se interrompida em 1990.

Assumindo a chefia do *Parquet*, aos 18 de janeiro de 1995, o Procurador de Justiça *Hamilton Carvalhido*, houve por bem fazer ressurgir o nosso órgão cultural, adotando, para ele, o nome "Revista do Ministério Público". Naquela oportunidade, o então Procurador-Geral, na atualidade Ministro do Superior Tribunal de Justiça, teve a oportunidade de registrar:

> "MENSAGEM DO PROCURADOR-GERAL
>
> O Ministério Público do nosso Estado, durante mais de duas décadas, manteve uma publicação de alto nível cultural, onde, em suas páginas, desfilaram nomes da maior expressão do mundo jurídico, através de trabalhos de doutrina e estudos diversos. Era também uma Revista rica em pareceres e, até mesmo, em jurisprudência, sem falar na publicação sempre atualizada, da legislação de maior relevância

surgida no período de cada edição. Nela, da mesma forma, eram noticiados os eventos de maior destaque para a Instituição com o que se resguardava a memória de nosso *Parquet*. Por fatos e circunstâncias diversos, a publicação da 'Revista de Direito' viu-se interrompida, vindo à luz, em dezembro de 1990, seu último número. Reaparece, agora, em substituição, novo órgão, a 'Revista do Ministério Público', imbuída do mesmo espírito que animou a publicação anterior, qual seja o de manter viva a tradição cultural do nosso Ministério Público. A publicação, que ora surge, revestir-se-á, principalmente, de caráter institucional até porque não teria sentido editar-se uma nova revista de direito que se afastasse daquela finalidade, pois para tanto existem outras excelentes fontes de consulta. Porém, é bom assinalar, que, ao contrário do que seu nome parece indicar, a 'Revista do Ministério Público' não será uma publicação especializada, uma vez que, em suas páginas, serão acolhidos temas jurídicos abrangendo, da mesma maneira, campos diversos da ciência jurídica. Nunca é demasiado frisar, no entanto, que ela terá, em primeiro lugar, cunho institucional, razão de ser da sua existência. Contando, agora, com o apoio do 'Centro de Estudos Jurídicos', a 'Revista do Ministério Público' terá assegurada a continuidade da sua publicação, em edições semestrais, integrando, cada número, necessariamente, as seções de doutrina, pareceres e razões bem como noticiário de fatos marcantes da Instituição, sem prejuízo de outras matérias que possam, eventualmente, vir a integrá-la.

É, pois, com redobrado prazer e justo orgulho, que dedico aos meus colegas de Instituição a nossa 'Revista do Ministério Público'.

HAMILTON CARVALHIDO

Procurador-Geral de Justiça "

Nesta fase, a *RMP* ganhou registro oficial (ISSN 1413-3873), ostentando, no momento, honroso título de constituir-se como repositório autorizado dos Egrégios Supremo Tribunal Federal (Reg. Nº 25/99) e Superior Tribunal de Justiça (Portaria nº 01/98).

Ministro Hamilton Carvalhido visita a RMP *

O Ministro *Hamilton Carvalhido*, de passagem pelo Rio de Janeiro, muito honrou a *Revista do Ministério Público* ao visitá-la no dia 11 de julho 2007. A especial deferência do Ministro para com a nossa *Revista* encontra sua razão de ser nos

---

* Publicado com atraso por motivo de força maior.

laços que o ligam ao nosso órgão cultural.

Os mais novos certamente ignoram que se a *RMP* existe, na atualidade, deve-se única e exclusivamente ao seu empenho ao tempo em que exerceu a Chefia de nossa Instituição (1995-1998), uma vez que ela se encontrava extinta.

Não bastasse isso, reservou, no 6º andar da sede da Procuradoria-Geral de Justiça, confortáveis acomodações para que a RMP pudesse funcionar juntamente com outros órgãos culturais (CEJUR, Biblioteca e o Núcleo de Pesquisa).

Não terminam aí as gentilezas dele recebidas. Com efeito, deve-se ao seu esforço pessoal, junto ao Superior Tribunal de Justiça, a permanência da nossa publicação como repositório autorizado daquela Corte, quando surgiram problemas a respeito da tiragem da nossa publicação.

Fica, pois, o registro de gratidão e de apreço da Direção da RMP para com o nosso sempre lembrado ex-colega de Ministério Público, instituição onde atuou, com raro brilho, durante mais de 30 anos.

Homenagem ao Ministro Hamilton Carvalhido *

Quando da edição da *Revista do Ministério Público* de nº 25, nosso órgão cultural teve a oportunidade de noticiar a homenagem que foi prestada ao nosso ex-Procurador-Geral de Justiça, *Hamilton Carvalhido*, pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro.

Na ocasião, como complementação da notícia, o Ministro *Carvalhido* ficou de remeter o inteiro teor do seu pronunciamento, onde ele, em palavras repassadas de carinho para com o nosso *Parquet*, recorda sua longa e brilhante passagem pela Instituição, por quase três décadas, atuando como Defensor Público, Promotor e Procurador de Justiça, fazendo, inclusive, referências pessoais a alguns vultos que foram seus "companheiros de viagem".

Eis, agora, a íntegra do seu belo discurso:

> "Excelentíssimo Senhor Presidente, Vereador Ivan Moreira; Excelentíssimo Senhor Ministro Otávio Galotti; Excelentíssimo Senhor Ministro Massami Uyeda; Excelentíssimo Senhor Ministro Castro Meira; Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal Regional da 2ª Região Desembargador Joaquim Antonio Castro Aguiar; Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Desembargador José Schmidt Murta Ribeiro; Excelentíssimo Senhor

* Publicado com atraso por motivo de força maior.

Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro Deputado Jorge Picciani; Excelentíssimo Senhor Chefe do Departamento de Ensino e Pesquisa do Ministério da Defesa, General Ivan de Mendonça Bastos; Excelentíssimo Senhor Senador Bernardo Cabral; Excelentíssimo Senhor Governador Marcelo Alencar.

Senhor Presidente, trago discurso escrito, como é do protocolo de Solenidades como a de que estamos a participar. Mas quase não resisto abandoná-lo para, em função de cada qual que aqui se encontra, construir a minha fala.

Temo, contudo, que procedendo assim, não consiga reunir as características principais de um discurso que se quer bom. Todo discurso deve ser curto e bonito, como se costuma dizer, mas se for curto, nem precisa ser bonito. Não fosse esse temor extravasaria toda emoção que me toma ao rever meus amigos Desembargadores, Juízes, assessores, amigos pessoais, todos autoridades.

É com muita honra que os recebo, que os tenho presentes aqui. Não fosse o temor, eu deixaria de lado todo esse protocolo. Mas aqui vai o discurso que espero seja curto o bastante para ser bom.

Senhoras e Senhores,

Versando sobre o homem, as relações humanas e as desigualdades que se manifestam do ponto de vista moral, social ou da felicidade humana, o Eclesiastes, um dos menores livros da Bíblia, se coloca entre os mais conhecidos e mais comentados. Foi precisamente nele que recolhi conhecido e sempre admirado trecho que peço que me seja permitido ler.

> *"Tudo tem seu tempo, o seu momento oportuno para todo o propósito debaixo do sol. Tempo de nascer, tempo de morrer, de plantar e de colher. Tempo de matar e de curar, tempo de destruir, tempo de construir, tempo de chorar, tempo de sorrir, tempo de gemer, tempo de bailar, tempo de atirar pedras e tempo de recolher pedras. Tempo de abraçar e tempo de se separar, tempo de buscar, tempo de perder, tempo de guardar, tempo de jogar fora, tempo de rasgar, tempo de costurar, tempo de calar, tempo de falar, tempo de amar, tempo de odiar, tempo de guerra e tempo de paz. De tudo, de um certo modo, encontramos um tempo, no momento de cada qual por esse mundo dos homens".*

Hoje, no meu tempo, é tempo de abraçar.

É assim que tenho respondido à insistente, mas agradável indagação acerca do que significam para mim a Medalha Pedro Ernesto e o Título de Cidadão Benemérito do Município do Rio de Janeiro.

Tempo de abraçar, respondi profundamente emocionado, como é

essencialmente o tempo de volta a casa.

E poderia ser diferente o reencontro de amigos, de companheiros de jornada, de fé, de ideais?

Poderia ser diferente se confraternizam conosco outros amigos com que fui contemplado por Deus nesse segundo trecho da minha vida?

Poderia ser diferente?

Penso que não.

Prossigo nas minhas certezas e afirmo que não foi menor a emoção experimentada quando do recebimento do Título de Cidadão do Estado da Paraíba, onde convivi com o seu povo e seus varões ilustres, cuja história e conhecido valor mostraram-se fulgurantes nas lutas da reforma constitucional da década de 90, do desenvolvimento das políticas públicas nacionais e da integração nacional dos Ministérios Públicos, principalmente quando integrei, sendo Procurador Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Conselho Nacional de Procuradores Gerais, cuja Presidência exerci.

Também não foi menor a emoção ao receber o Título de Cidadão Honorário de Brasília, onde se abriu, a minha frente, um novo trecho do caminho que julgara já haver percorrido por inteiro.

Onde pude, como Ministro do Superior Tribunal de Justiça, conhecer e vivenciar de perto as angústias e os anseios dos cidadãos brasileiros que, transpondo obstinadamente toda sorte de dificuldades, batem às portas do Poder Judiciário, a partir da pequena comarca do interior até às Cortes Superiores, na busca do seu direito.

Onde pude, no convívio universitário, continuar vivenciando e contribuindo para a consolidação da prática de um ideal de justiça somente alcançado a partir de profissionais da advocacia, do Ministério Público e da magistratura, não apenas conhecedores do Direito, mas sobretudo comprometidos com a ética.

Onde pude reencontrar antigos amigos cariocas que, num esforço de transformação, rumaram para Brasília, visando a participar da construção do Brasil que todos queremos.

Onde finalmente pude conhecer tantas outras pessoas que deixaram o torrão natal e para lá rumaram para construir a Cidade e o povo de Brasília.

Tive o privilégio de, entre eles, fazer amigos e de admirá-los pela coragem, persistência e firmeza com que se comportam na condução dos destinos da capital da República.

Por certo também não foi menor a emoção experimentada, e o Deputado Picciani aqui está a aviventá-la, quando do recebimento da Medalha Tiradentes e do título de Cidadão Benemérito do Estado do Rio de Janeiro, o meu Estado, berço político do Brasil, onde estão fin-

cadas profundamente as raízes fluminenses e cariocas que nos forjaram, sustentaram e sustentam sempre altivos e dispostos a lutar pelos ideais comuns e que nos unem em comunhão permanente.

Vive presente em mim, onde quer que me encontre, o nosso Estado do Rio de Janeiro, no seu presente e na vida aqui passada, sobretudo no Ministério Público e, principalmente, no tempo em que, como Procurador-Geral de Justiça, chefiei a instituição.

E lado a lado com os meus companheiros de ministério, dando continuidade aos esforços, lutas e conquistas de antecessores, todos sem exceção, mui dignos e ilustres, plenos de contribuições maiores à causa da sociedade, construímos a tão sonhada, e desde sempre sonhada, sede do Ministério Público fluminense.

Aprofundamos a sua descentralização, interiorização e informatização, expandimos o seu patrimônio, aumentamos os cargos em mais de centenas, assim participando com tenacidade do processo de viabilização da efetividade das funções ministeriais indispensáveis à sociedade fluminense e por ela reclamadas como garantia fundamental, tal a importância progressivamente conquistada pelo *Parquet* na combatividade de seus membros e de seus ilustres chefes.

Relembro as pessoas do Governador Marcelo Alencar e do Vice-Governador Luiz Paulo, ambos a nos contemplar com a sua presença, extremamente gratificante, pela contribuição que trouxeram ao engrandecimento e fortalecimento do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Não houvesse nada mais, e muito há, aí estão a sede do Ministério Público, a informatização da Instituição, os Centros Regionais e a expansão do seu quadro de pessoal, institucional e administrativo. Muito obrigado.

(PALMAS)

Quanto esforço, quanta abnegação, quanta doação de todos os membros do Ministério Público, especialmente do Glioche, do Hugo Jerke, do Renato Franca, do Fabião e da Denise Guasque, que estão aqui.

Peço licença a vocês para, na pessoa de Sérgio Demoro Hamilton, Diretor da Revista do Ministério Público, meu caro amigo, que está aqui também, evocar a todos, abraçá-los fraternalmente e agradecer-lhes emocionado, saudoso e disposto a continuar vivendo o desafio da vida, pela lealdade, solidariedade, empenho e valor com que se houveram, lado a lado comigo, na gestão do Ministério Publico.

Mas a outorga e o recebimento da Medalha de Mérito Pedro Ernesto e do título de Cidadão Benemérito da Cidade do Rio de Janeiro produzem, por certo, uma emoção absolutamente única, absolutamente inigualável. Afinal, nasci na cidade do Rio de Janeiro fiz aqui o

Primário, o Ginasial e o Científico, como então eram chamados. Cursei aqui também a Faculdade de Direito e exerci a Advocacia, até que, em outubro de 1966, contava com vinte e seis anos de idade, venci concurso de provas de títulos e ingressei no Ministério Público do ainda Estado da Guanabara, instituição em que permaneci por mais de trinta e dois anos, quando fui conduzido ao cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

E se me permitem recordar, ascendi a esta Corte Superior fundamentalmente pelas mãos do Ministro Marco Aurélio de Farias Mello (PALMAS), que ao findar do meu segundo e último mandato de Procurador Geral de Justiça, externou-me que amigos preocupavam-se com o preenchimento do cargo do terço do Ministério Público no Superior Tribunal de Justiça.

Disse-lhe eu: - Bem fazem em proceder assim.

E disse-me ele: - Mas é precisamente você que deve vir!

O que não aceitei naquela oportunidade, e voltei a fazê-lo por mais três vezes, respeitosa e delicadamente, e é claro muito honrado.

Numa nova oportunidade, Renato França, então meu Chefe de Gabinete, que está aqui, me perguntou: - Tu não aceitas? Pois estás errado. Tens que aceitar. E o Renato foi assim como uma espécie de executor daquela ordem amiga de Marco Aurélio: - Veste o surrão, pega o cajado e vem, porque a caminhada não terminou. Há um trecho ainda a percorrer.

E eu fui e lá estou e já se passaram quase 8 (oito) anos.

Mas é indelével o vínculo que me une a esta cidade do Rio de Janeiro, aos seus habitantes e às suas instituições, à sua história e às suas tradições, que tanto determinaram o que sou e fazem sempre presentes no meu respeito, na minha admiração, na minha homenagem e sim na minha saudade.

É certo que eu mudei, me transformei, mas todos nós mudamos e nos transformamos.

Heráclito continua afirmando a verdade universal:

> *"Tudo flui, nada permanece; tudo se afasta e nada fica. Ninguém consegue se banhar duas vezes no mesmo rio, pois outras águas e ainda outras sempre fluirão. É na mudança que as coisas encontram o repouso".*

Pertenço a uma geração de bacharéis formada sob a égide da dogmática jurídica, mas que, em verdade, cedo, bem cedo, sob a força dos rigores de tempos obscuros, colaborando no plantio dos ventos democráticos que por fim voltariam a soprar no nosso Brasil, duvidou que a verdade essencial do Direito se exaurisse em imperativos formais, impermeáveis às transformações ininterruptas dos quadros sociais e

surdos às requisições enérgicas de valores primaciais renegados.

O Direito que todos almejamos é, na vida social dos homens, como o poder jurídico, de cada qual e de todos, à vida, à liberdade, à saúde, à educação, à moradia, à segurança e a tudo o mais necessário à realização do homem como pessoa, seu valor supremo entre todos que vivifica.

Trouxe o Eclesiastes, porque nos suscita nesse passo, com oportunidade, na riqueza do seu significado, uma interrogação: que tempo é esse que estamos a viver?

É possível caracterizar o nosso tempo, como acertadamente tem sido afirmado, como um tempo de problemas modernos, de promessas por cumprir, da modernidade ocidental, para os quais não há soluções modernas. Vivemos numa inocultável, concreta e trágica experiência histórico-social da falta de liberdade, de igualdade, de solidariedade, de paz que suprimem, enfim, a dignidade humana e mais verdadeiramente a possibilidade que o indivíduo o transcenda em pessoa. A realidade dessa experiência, contudo, vai se fazendo consciência nos homens, de modo, segundo penso, a elevá-los mais efetivamente a sujeitos da História determinados a construir uma nova realidade, uma nova sociedade, um novo homem a partir de novos paradigmas.

Este tempo que estamos a viver é também, por isso mesmo, tempo de transformação, que mostra a pessoa humana consciente dela mesma, de sua história, de sua realidade e, sobretudo, de suas determinações, em toda a sua liberdade, e pois na sua verdade, naquilo que é ela é constitutiva do seu ser e não um mero reflexo das relações sociais.

Assim, outra é hoje a minha compreensão do homem, da sociedade, do direito, enfim, da vida, que, todavia, não me conduziu ao ceticismo e ao desânimo; muito ao contrário, me faz também proclamar com Bernanos:

> *"Não. Não é por pessimismo e desespero que eu recuso o mundo moderno. Eu o recuso com todas as forças da minha esperança."*

O mundo que está para nascer, e que temos e queremos menos egoísta e mais humano, reproduzo aqui conhecida lição filosófica, depende do amor que tivermos e que soubermos projetar no firmamento cultural que espera novas figuras zodiacais. Os materialistas, que não acreditam em virtudes morais e na sua fecundidade, só crêem no benefício que vem de fora, das estruturas, como tanto se diz hoje no mundo que ainda se apega aos valores e ideais do homem exterior. Para esses, o mundo melhor depende exclusivamente dessas vigas e colunas do edifício social que habitamos. Nós, ao contrário, em tempo e contratempo, continuamos a crer na fecundidade e na eficácia do

amor e continuamos a crer que a fórma do mundo futuro está dentro de nós, germinando na obscuridade dos mais íntimos segredos e das mais profundas opções. É aí onde se processa o primeiro dos diálogos, entre o homem e Deus, entre o homem e sua própria alma. É aí que nascem as civilizações.

Senhor Presidente, Senhoras, Senhores, é tudo isso que trago no mais íntimo do meu ser. É assim, como sou, como me apresento, tributário da vida e da providência divina, que, sincera, forte e efusivamente quero abraçar a todos que aqui compareceram.

Gostaria de poder falar a cada qual, porque cada um que aqui se encontra de alguma maneira faz parte da minha vida, como amigo, como companheiro de jornada.

Não me permitindo o tempo, peco licença para dirigir-me ao Desembargador Glioche, que está conosco aqui, fraternal amigo, irmão mesmo, e assim retornar ao Ginásio Manoel Machado, onde fui colega de Roberto seu irmão, gênio matemático de um metro de altura e uns poucos 11 anos de vida.

Abraçar o Chanceler Paulo Gama e estar de volta à Catedral e rever os bancos escolares de formação de direito e homenagear aquela figura gigantesca que foi vosso pai, cujo projeto e sonho só a sua força, Paulo, a sua capacidade, a sua tenacidade, seria capaz de elevar aos píncaros que a Universidade Gama Filho alcançou.

Apertar as mãos e abraçar afetuosamente o Desembargador Presidente Murta Ribeiro, meu amigo Zeca, que me contemplou com um dos mais significativos presentes da minha vida, a bengala de seu pai Desembargador Murta Ribeiro, meu Professor de Direito Penal que inspirou minha carreira no Magistério, no Ministério Publico e na Magistratura.

Não poderia esquecer o General Ivan Bastos, e estaríamos em 1964, o aspirante Carvalhido, na Vila Militar, a comandar um pelotão de Infantaria, a patrulhar ruas, estações ferroviárias,fazendo estágio de serviço no Exército Brasileiro, após o curso de dois anos no CPOR/RJ.

Retornar ao Ministério Público e falar de Hugo Jerke, que foi meu primeiro Subprocurador-geral de Justiça; de Renato Franca, meu Chefe de Gabinete, de Fabião Guasque, Diretor da Fundação Escola do Ministério Público; de Denise Guasque, Coordenadora Regional, relembrando um luminoso tempo de comunhão de ideais, de propósitos e de intenso e permanente trabalho.

Falar de Sérgio Demoro Hamilton, pessoa modelar, extremamente capaz, culto, inexcedivelmente dedicado, e que a todos sempre inspirou e inspira respeito e admiração. Relembro palavras suas: "Meu caro, o Ministério Público se mostra nas promoções que não têm asas, que

não se destinam ao arruído, que não se destinam à imprensa, mas que se destinam a servir de instrumento de realização de justiça" – se eu bem reproduzo as suas palavras, Sérgio Demoro Hamilton.

Passar pelo Juizado de Menores e falar de Cármine Antonio Savino Filho. Esplendoroso ator, poeta, inventor da aurora, e que ensejou que nós,numa cruzada que marcou tempo na Vara de Menores, pela primeira vez, desertássemos o Instituto Muniz Sodré, retirando e impedindo que menores, então chamados infratores, fossem recolhidos em penitenciárias. Valeu a pena, Cármine. Valeu a luta por uma práxis jurisdicional menorista inovadora. O ECA veio depois.

Chegar ao Senador Bernardo Cabral, que eu sei que, com grande sacrifício, está conosco aqui, e relembrar, mais uma vez, minha caminhada ao STJ. Relembrar a importância desse amigo na minha vida, relembrar a sabatina no Senado e o seu discurso no Plenário.

Olhar para o Governador Marcelo Alencar e relembrar que ele permaneceu uma semana em Brasília cerrando fileiras com Nelson Jobim e com meu amigo Marco Aurélio, para que mais um carioca pudesse ter assento no Superior Tribunal de Justiça.

E tantos outros que eu não poderia esquecer, a Eunice; o ex-Presidente do México, naquela época na ONU, que foi feito amigo na Venezuela, a respeito de quem me disse o Presidente Fernando Henrique: "Também ele deu testemunho de você".

Isso para não falar de Dom Raimundo, nosso cabeleireiro, que entregou um cartão meu que trazia permanentemente na sua carteira, ao Presidente Fernando Henrique: "Este é o homem".

Abraçar os meus colegas Meira e Massami, cujas honrosas presenças testificam a comunhão fraterna que une todos os Ministros do Superior de Justiça.

Um passo adiante, abraço o Professor João Herculino, nosso Júnior, que também está conosco, regente da Pós-Graduação do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, por tudo que essa grandiosa Instituição de Ensino representa no cenário educacional da Capital Federal.

Peço licença, para também cumprimentar os Procuradores de Justiça Déa, José Muiños e Marija, aqui presentes, figuras exponenciais do *Parquet* Fluminense.

Em suma, festejo nesse tempo de abraço, a jóia rara da amizade.

E eu os abraço a todos, forte e efusivamente, na pessoa de Arnaldo Blaichmam, advogado ilustre, amigo e irmão de mais de 40 anos, cuja amizade, jóia preciosa, é essencial na minha vida.

Augusta Câmara Municipal, presença viva da democracia e Casa da cidadania, a minha homenagem e o meu respeito, também dirigidos, especialmente, ao Excelentíssimo Senhor Vereador Ivan Moreira – cidadão carioca, nascido e criado no Bairro de Jacarepaguá, advoga-

do e juiz de paz, casado com Georgiana, forte mulher portuguesa, das bandas de Guimarães, vizinha à região do D'Ouro –, cuja luminosa trajetória política, lastreada no compromisso de legislar em defesa dos cidadãos e fiscalizar as ações do Executivo e que teve início em 1992, é por todos louvada e elogiada, tanto que está no quarto mandato legislativo, tendo sido reeleito, por unanimidade, Presidente da Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro.

A Vossa Excelência, Senhor Vereador Ivan Moreira, agradeço a distinção com que me contemplou ao promover o meu agraciamento com a Medalha de Mérito Pedro Ernesto e o Título de Cidadão Benemérito do Município do Rio de Janeiro, honra maior que faz, desse momento, um dos mais significativos de minha vida.

É hora de agradecer a meu pai Walter, de sabedoria mansa, cuja voz ainda ressoa no meu coração: "Seja intransigentemente honesto, sobretudo com você mesmo, porque tudo mais é decorrência".

Agradecer à minha mãe Evangelina, saudosa "sinhazinha", forte como ninguém, exemplar, cuidadosa no caráter dos filhos e nos ensinamentos religiosos. E que há 50 anos, demonstrou a excelência da mulher nas atividades empresariais, sob cujos frutos vivem alegres e seguros netos e bisnetos.

Agradecer a meu avô materno, Custódio, anjo protetor.

A você, mais uma vez, Eunice, minha outra parte, jardim ensolarado, que converteu, com a sua mágica presença, o outono da minha vida numa primavera radiosa.

Agradecer a João Hamilton, filho amado, razão de existir.

Agradecer à Juliana, Carolina e Deborah, minhas filhas, que pelo amor que me dedicam, são estímulos de todos os momentos.

A Deus, a quem pertenço, agradeço a vida vivida.

Meus amigos, Senhoras, Senhores, autoridades presentes: sou Cidadão Benemérito do Município do Rio de Janeiro. Estejais certos de que honrarei esse galardão.

Muito obrigado."

MP e Polícia Civil vão rever inquéritos antigos

O Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, e o Chefe da Polícia Civil do Estado, *Gilberto da Cruz Ribeiro*, anunciaram, no dia 9 de fevereiro, a ampliação do Centro Integrado de Apuração Criminal (CIAC) para a Baixada Fluminense, Niterói e São Gonçalo. Atualmente, essas atividades estavam restritas à Capital fluminense.

A ideia, segundo o Procurador-Geral, é uma forma de se fazer uma limpeza no acervo dos antigos inquéritos.

Cláudio Soares Lopes acredita com esse novo trabalho do MP e da Polícia Civil será possível chegar à autoria de crimes que até então não foram desvendados.

Gilberto da Cruz Ribeiro afirmou que espera um grande êxito nessa parceria com o MP.

PGJ participa da posse do novo Corregedor do TRE-RJ

O Procurador-Geral de Justiça do Rio, *Cláudio Soares Lopes*, participou, aos 9 de fevereiro, da posse do novo Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, Juiz *Luiz Umpierre de Mello Serra*.

O Procurador Regional Eleitoral substituto *Daniel Sarmento* falou sobre a importância da Corregedoria Eleitoral para a democracia. Ele salientou os pontos que considera importantes desafios para a atividade do novo corregedor. "Duas são as questões que preocupam o Ministério Público Eleitoral: a infiltração do crime organizado no processo eleitoral, o clientelismo e o abuso econômico representados pelos centros sociais", ressaltando ainda a capacidade administrativa do Juiz *Mello Serra*.

Compareceram à cerimônia também os Desembargadores *Roberto Wider* e *Marcus Faver*, ex-presidentes do TRE-RJ; o Vice-Presidente do TRE-RJ, Desembargador *Nametala Jorge*; o Secretário de Estado da Casa Civil, *Régis Fichtner*, que representou o Governador *Sergio Cabral*; o Desembargador *Antônio Eduardo Ferreira Duarte*, representando o Presidente do TJ, *Luiz Zveiter*; e o Presidente do Tribunal de Contas do Município, *Thiers Montebello*.

PF se põe à disposição do MP para combater o crime organizado

O Superintendente da Polícia Federal no Rio de Janeiro, *Ângelo Fernandes Gióia*, visitou, aos 10 de fevereiro, o Procurador-Geral de Justiça do Estado, *Cláudio Soares Lopes*, e pôs a PF à disposição do MP para o trabalho de combate ao crime organizado.

Dentro da parceria que o MP está fazendo com a PF, assim como com as autoridades de segurança do Estado, há propostas para que haja uma troca de técnicas de inteligência, investigação e operacionalização de atividades. Para isso, o MP criou o Núcleo de Combate ao Crime Organizado e às Atividades Ilícitas Especializadas.

"É difícil um Promotor atuar isolado. Por isso, criamos esse grupo especializado. Sempre respeitando o Promotor natural, que poderá solicitar a forma-

ção do grupo ou será ouvido previamente, em todos os casos", disse o Procurador-Geral. "Essa é uma luta que só venceremos se atuarmos realmente unidos", afirmou o Superintendente da PF.

No encontro fizeram-se também presentes o Delegado Regional da PF de Combate ao Crime Organizado, *Clyton Eustáquio Xavier*; o Delegado Regional Executivo da PF, *Nivaldo Farias de Almeida*; o Delegado da PF *Fábio Motta*, cedido à Coordenadoria de Segurança e Inteligência do MP (CSI); e os Promotores de Justiça *David Francisco de Faria*, Subcoordenador da CSI, e *Paulo Wunder de Alencar*, Subcoordenador do Núcleo de Combate ao Crime Organizado.

PGJ e Presidente do TJRJ discutem estratégias para área da Infância e Juventude

No dia 10 de fevereiro, o Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, reuniu-se com o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, *Luiz Zveiter*, para debater importantes assuntos relacionados à área da Infância e Juventude.

No encontro, foram discutidas estratégias para a entrega e devolução de autos de processos, com a intenção de agilizar seu trâmite entre o MP e o Poder Judiciário. Outro tema sobre o qual *Lopes* e *Zveiter* conversaram foi quanto à necessidade de ampliação do número de Varas da Infância e Juventude na Capital fluminense. Atualmente, há três Varas da Infância e Juventude na Cidade do Rio de Janeiro. Esse número contrasta com os existentes em várias outras capitais que, apesar de terem população menor, possuem mais Varas.

Também participaram da reunião os Procuradores de Justiça *Joel Tovil* (Assessor de Assuntos Institucionais), *Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro* (Assessora de Proteção Integral à Infância e Juventude), *Ida Moulin Alledi Monteiro* (Coordenadora do 4º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude), a Promotora de Justiça *Carla Carvalho Leite*, o Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral, *Sávio Renato Bittencourt Soares Silva* e a *Juíza Sandra Kayat*, Assessora da Presidência do TJ.

PGJ se reúne com Procurador-Geral da República para tratar da investigação direta pelo MP

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, acompanhado pelo Subprocurador-Geral de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, reuniu-se, no dia 11 de fevereiro, com o Procurador-Geral da República, *Antonio Fernando de Barros e Silva de Souza*, em Brasília.

No encontro, foi tratada a importante questão da investigação direta pelo Ministério Público, matéria que brevemente será objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e preocupa os Membros do *Parquet* de todo o Brasil.

Cláudio Soares Lopes e *Antonio Fernando de Barros e Silva de Souza* registraram, ainda, o propósito de se buscar uma maior integração entre o MPRJ e o MPF para atuações coordenadas futuras, tanto na área de combate à criminalidade organizada como na tutela dos interesses coletivos da sociedade.

MP transfere Promotorias Criminais e de Investigação Penal de Campo Grande

O Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, e o presidente do Tribunal de Justiça do Estado, *Luiz Zveiter*, participaram em 12 de fevereiro da instalação e transferência das duas Varas Criminais de Campo Grande e do Tribunal do Júri daquela região para o Fórum da Capital. As Promotorias Criminais e de Investigação Penal de Campo Grande também foram transferidas para o Centro da Capital.

O evento ocorreu pela manhã, na sede do TJ. O MP adotou a medida para continuar o trabalho em colaboração com o TJ. Os Promotores de Justiça ficarão sediados na Avenida Nilo Peçanha, no prédio onde funciona a Central de Inquéritos do MP. "Essa medida é muito importante, principalmente se analisarmos o contexto e o número de pessoas envolvidas no combate ao crime organizado. É uma atitude que dá maior segurança à comunidade, mais tranquilidade a todos e torna o processo mais eficaz", afirmou *Cláudio Soares Lopes*, lembrando que muitas testemunhas ficavam melindradas com atos dos milicianos. "Esses cidadãos que estão testemunhando muitas vezes moram no mesmo local dos réus", disse o Procurador-Geral.

Operação Contramão

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deflagrou a Operação Contramão, resultado de investigação conjunta do Ministério Público, da Delegacia de Polícia Fazendária e da Corregedoria do Departamento de Trânsito do Rio de Janeiro (DETRAN). Os agentes da Coordenadoria de Segurança e Inteligência do Ministério Público, junto com integrantes da Corregedoria do DETRAN, saíram a campo para cumprir 11 (onze) mandados de prisão preventiva expedidos pela 11ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

A operação resulta de inquérito instaurado na Delegacia Fazendária, que contou com informações obtidas através de interceptações telefônicas autoriza-

das pela Justiça, medidas de quebra de sigilo bancário, oitiva de testemunhas, análise de documentos e diligências de vigilância. Como resultado das investigações, comprovou-se a participação, até o momento, de 11 (onze) pessoas na organização criminosa, que contava com agentes do DETRAN e comerciantes.

A denúncia foi oferecida pelos promotores lotados da Coordenadoria de Combate à Sonegação Fiscal.

O Ministério Público requereu a prisão preventiva dos denunciados em vista da extrema periculosidade da quadrilha, responsável por afrontar a ética e a moralidade da Administração Pública. Juntamente com o pedido de prisão, foi deferido também pedido cautelar de afastamento de todos os agentes públicos denunciados de suas funções, para que não possam mais se valer da influência de seus cargos para influírem no processo ou para continuarem a delinquir.

Ato de Desagravo ao Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro *

(Pro memoria)

A data de 22 de agosto de 2008 ficará marcada, para todo o sempre, como uma das mais significativas de nossa Instituição. Com efeito, naquele dia, reuniram-se na sede do Ministério Público numerosos Promotores e Procuradores de Justiça, incluindo-se aposentados, para desagravar nosso colega *Daniel Lima Ribeiro*. A manifestação foi motivada em razão de decisão emanada do juiz da Vara Cível da Comarca de Nova Friburgo, que julgou procedente a ação com pedido de condenação, por dano moral, contra o Dr. *Daniel Lima Ribeiro*, porque ele, no exercício de sua função, propôs ação civil pública contra o escritório de advocacia Zveiter e a Prefeitura de Nova Friburgo, tendo por finalidade anular um contrato de prestação de serviço de alto valor, firmado entre ambos, sem prévia licitação.

A decisão foi considerada pela classe como uma inequívoca tentativa de intimidar o Ministério Público.

O ato foi promovido pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com apoio do Conselho Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e da União, da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e da Associação Nacional dos Procuradores da República.

O auditório da Procuradoria-Geral de Justiça encontrava-se lotado naquele inesquecível evento.

---

*Publicado com atraso por motivo de força maior.

A sessão foi aberta pelo presidente da AMPERJ, Dr. *Eduardo Gussem*, que usou da palavra verberando a condenação por considerá-la uma afronta à Instituição.

Falaram, igualmente, o Promotor de Justiça *Carlos Bernardo Aarão Reis*, na qualidade de Diretor de Defesa dos Direitos e Prerrogativas Funcionais da AMPERJ, o Procurador de Justiça aposentado, *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*, advogado de *Daniel* na causa em questão, o Promotor de Justiça *Emiliano Rodrigues Brunet* e, por fim, o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*. Na ocasião, o Chefe do *Parquet* anunciou que, atendendo à solicitação do Presidente da AMPERJ, encaminharia à votação pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, a outorga de Colar do Mérito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, condecoração criada para homenagear pessoas que tenham prestado relevantes serviços à Instituição.

Todas as falas se deram de improviso, salvo a do Promotor de Justiça, *Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes*. Transcrevemos, para conhecimento geral, o belíssimo discurso proferido na ocasião pelo Dr. *Emiliano Brunet*:

> "Estamos hoje reunidos em função de um dos fatos mais preocupantes da história recente do Ministério Público. Há cerca de quatro semanas, tivemos notícia da condenação do nosso colega DANIEL LIMA RIBEIRO em ação de responsabilidade civil que teve como origem o ajuizamento de uma ação civil pública por promotor de justiça no exercício de suas funções.
>
> Estava eu ainda sob o impacto da notícia, convivendo com os sentimentos de perplexidade e frustração pela condenação desse colega e amigo quando, dois dias após a referida notícia, tive a oportunidade de conversar ao telefone com o DANIEL. Mesmo conhecendo o DANIEL desde que ingressamos no Ministério Público há pouco mais de oito anos, e mesmo sendo sabedor da força interior já demonstrada por ele em outras ocasiões, não posso negar que me surpreenderam a sua coragem e serenidade diante deste momento.
>
> Não falo, evidentemente, de uma serenidade mítica que o tornaria supostamente imune aos fatos, pois ouvi dele, por ocasião daquele contato telefônico, o quanto se sente TRISTE, FERIDO E INJUSTIÇADO. Falo, sim, de uma serenidade que, mesmo diante dos sentimentos mais imediatos de tristeza e inconformismo, parece transmitir a certeza de que o TEMPO, inexoravelmente, colocará as coisas no seu devido lugar, uma serenidade de quem está em paz com a sua consciência, de quem sabe o valor imaterial e insuperável da VERDADE E DA FIDELIDADE ÀS SUAS CONVICÇÕES enquanto cidadão e Promotor de Justiça.
>
> Foi no curso desta emocionada conversa que recebi o convite para, na data de hoje, dizer algumas palavras em desagravo ao nosso cole-

ga. Preciso confessar que, de início, a tarefa me pareceu assombrosa. Digo isto porque estou convicto de que, sendo contemporâneos destes fatos que hoje nos mobilizam, ainda precisaremos alguns anos para compreender exatamente o quanto eles representam para cada um de nós, e o quanto influenciarão os próximos anos de nossa Instituição, caso desejemos continuar desempenhando nosso compromisso com a Constituição deste País e com a sociedade.

Exatamente por isso, ponderei com o DANIEL se, levando em conta o aspecto simbólico deste momento, o convite não deveria ser dirigido a alguma figura emblemática do Ministério Público. Sugeri nomes, inclusive. Mas, disse-me o DANIEL, o convite lastreava-se na amizade verdadeira que nos une. É este sentimento tão nobre de amizade, que, espero, me permitirá falar com propriedade deste nosso colega que, conquanto jamais merecesse estar passando por tal sofrimento, encara tais fatos com uma altivez e dignidade que podem nos ensinar muita coisa...

Inspiro-me, portanto, na nossa convivência para testemunhar que, não obstante tendo contra si, desde 2001, a ação de responsabilidade civil que ora alcançou decisão em primeiro grau, DANIEL jamais esboçou esmorecimento no exercício das funções.

Pelo contrário, fiel ao princípio de que não vale a pena ser Promotor de Justiça senão para buscar a defesa dos interesses sociais, teve marcante passagem na Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de São Gonçalo ocasião em que, após árduos trabalhos de investigação e deflagração de diversas ações de improbidade administrativa, teve ciência, através do órgão de inteligência do Ministério Público, que vinha sendo urdido, em detalhes, um atentado contra sua integridade física. Àquela época, viu-se obrigado a alterar sua rotina, tornando-se refém das condições que o exercício escorreito da função lhe impunha.

Foi pouco depois deste período que tivemos a oportunidade de, pela primeira vez, trabalharmos lado a lado, quando o DANIEL assumiu a 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Nova Iguaçu. Seria absolutamente compreensível que, tendo enfrentado o que enfrentou, estivesse disposto a não mais integrar as hostes das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva, ainda que pelo tempo necessário para recuperar-se dos embates anteriores. Desde sua chegada a Nova Iguaçu pudemos, eu e o colega ALEXANDER ARAUJO (então titular da 2ª PJTC), ao mesmo tempo em que consolidávamos nossa admiração pelo DANIEL, comprovar pessoalmente o elevado grau de compromisso que o nosso colega mantém em relação aos seus ideais e sua imensa dedicação e lealdade à Instituição.

Evidentemente, trabalhando no coração da Baixada Fluminense, não foram poucos os momentos de incerteza e decepção, diante dos

percalços vividos na tarefa hercúlea que é buscar a defesa da cidadania em uma sociedade profundamente desigual, socialmente injusta, brutalizada por décadas de descrença nas instituições e martirizada por níveis constrangedores de violência e de precário acesso à educação, à saúde e ao saneamento básico. Quantas vezes debatemos sobre o quanto a corrupção, a ineficiência administrativa e a pouca eficácia dos órgãos e mecanismos de controle contribuem para o agravamento desse quadro. Inúmeras vezes pudemos conversar e refletir sobre isso, parecendo-me que poucas pessoas são tão sensíveis a estes flagelos do povo brasileiro quanto o nosso colega DANIEL, sensibilidade esta que, de resto, deveria estar no DNA de todo Promotor de Justiça.

Inúmeros foram, também, os momentos em que pude compartilhar a satisfação do DANIEL de, em sendo Promotor de Justiça, poder combater esses flagelos de que acabamos de falar. Este orgulho, o de combater o bom combate, o de procurar fazer valer a pena esta fantástica oportunidade que o Ministério Público nos proporciona de buscar a justiça e de sermos fiéis à nossa consciência, pude ver com enorme freqüência nas palavras e nas atitudes do nosso colega.

Naquele ano e meio que se seguiu à chegada do DANIEL, foram mais de 80 ações civis públicas distribuídas pelos 7 Municípios que integravam a base de atuação das Promotorias de Tutela Coletiva, ocasião em que, ATUANDO SEMPRE JUNTAS, COESAS, as três promotorias de justiça alcançaram resultados relevantes, tanto em primeiro quanto em segundo grau, para o que contamos, tenho o dever ético de registrar, com decisões não raro emblemáticas de Juízes e Desembargadores extremamente sensíveis à importância e à relevância dos temas levados à sua apreciação.

Foi nesta época em que o DANIEL esteve por lá que alcançamos resultados como o afastamento liminar de um prefeito acusado de improbidade administrativa, a proibição do uso de símbolos pessoais dos administradores nas propagandas institucionais de determinado Município, a interdição parcial do pátio fabril de uma grande indústria que poluía um rio e desmatava faixa marginal de proteção, a suspensão do aumento de passagens de ônibus majoradas em índices superiores à inflação, o afastamento cautelar de secretário municipal e de membros de comissão de licitação acusados de improbidade, apenas para exemplificar hipóteses de atuação nas áreas de cidadania, meio ambiente e consumidor.

Foi também nesta época que pude conhecer a pessoa além do colega de trabalho. Aqui já me refiro ao amigo, e não somente ao colega de Ministério Público, para dar-lhes conhecimento de que, além de um profissional com estas qualidades, estamos falando de um jovem cujos pais, esposa e demais familiares (que pude conhecer) participaram intensamente deste longo processo e que hoje, junto dele, lamen-

tam mais do que qualquer um de nós esta condenação que, não obstante provisória, não é merecida. Falo de um amigo cujos pais, esposa e familiares são, também, uma das mais importantes fontes da simplicidade, da solidariedade, da fraternidade, do senso de justiça e de amizade que caracterizam o DANIEL.

São deste período, portanto, que me vêm as lembranças deste grande colega e, sobretudo, deste grande amigo. Guardo desta época a lembrança do colega que, mantendo postura quase monástica, jamais manifestou qualquer interesse em buscar os meios de comunicação para divulgar o teor de quaisquer das suas investigações ou sequer das ações ajuizadas, ainda que, de regra, não haja qualquer irregularidade nisso. Guardo a lembrança de um colega bastante cuidadoso nas adjetivações, tidas como desnecessárias em ações desta natureza, e pródigo na tarefa de substantivar as demandas ajuizadas apresentando descrições bastante claras e precisas dos fatos merecedores de sanção, sempre com base nas provas do inquérito civil. Um colega discreto, austero e firme, como deve ser um Promotor de Justiça.

É também deste período que guardo a feliz lembrança do amigo que, juntamente com a sua hoje esposa, tomava parte voluntariamente em ações sociais em prol de pessoas menos favorecidas economicamente. Guardo, enfim, a lembrança de um colega cujo comportamento pessoal e profissional é paradigmático.

Portanto, é razoável e justa a indignação de todos quando este colega, cuja conduta é esta de que acabo de falar, se vê punido no exercido de suas funções. É de se perguntar: teria sido melhor não tê-las exercido?

Com a palavra os Promotores de Justiça e a sociedade.

Exatamente por conta de tais motivos, devemos ter em mente que o revés que hoje nos traz aqui, não obstante passível de recurso com perspectiva de sucesso, e embora não possa ser considerado ainda um precedente, representa um motivo de preocupação que ultrapassa a pessoa do DANIEL e nos põe a todos em estado de vigília.

Embora tenhamos a absoluta certeza de que, necessariamente JUNTOS, podemos alcançar a reversão deste quadro, o tão-só fato de esta condenação ter ocorrido já é o suficiente para que aprofundemos nossa reflexão e, concomitantemente, passemos a agir, com maturidade, em um movimento que há de ser, sobretudo, INSTITUCIONAL para que tenhamos êxito.

Por outro lado, sem deixar de compreender o sentimento daqueles colegas que se sentiram duramente atingidos por este revés, este não é o momento de buscarmos reações nascidas dos sentimentos de raiva ou de revide, não é momento de bravatas, nem é, enfim, momento de instilar retaliações pessoais de qualquer natureza. É hora, sim, de nos

posicionarmos com a firmeza e a serenidade indispensáveis no momento da tomada de decisões relevantes, que hão de vir, sr. Procurador-Geral, principalmente *pela via institucional*.

Até aqui, toda a tristeza e apreensão trazidas com estes fatos já produziram algo de incomum. A despeito das acerbas controvérsias entre os colegas sobre como agir neste momento, a julgar por tudo o que se escreveu por e-mail ou se disse nestas últimas quatro semanas, poucas vezes em nossa vida institucional estivemos tão unidos e coesos no sentimento de SOLIDARIEDADE para com um colega. Este sentimento de solidariedade, sobre ser um dos mais nobres que o ser humano pode conhecer, pode tornar-se a semente para uma nova quadra da vida institucional. Reflitamos sobre isto.

Mas além do que já produziram até aqui, estes fatos também nos dão a possibilidade de repensar o Ministério Público, especialmente sobre o quanto estamos isolados em nossos órgãos de execução, como pequenas ilhas em meio aos processos e aos afazeres diários, muitas vezes sem tempo para atuar em equipe, para estender a mão para o colega que está ao lado ou para avaliar seriamente os resultados concretos da nossa atuação. Dentre outras coisas, é este isolamento que nos expõe. É este isolamento que pode nos fragilizar. Portanto, parece-me sintomático que, após ter a ação de responsabilidade civil ajuizada contra si, o próprio DANIEL, quando esteve no 6° CAOP, tenha pensado em uma maneira de disciplinar e dar respaldo para a formação de grupos de atuação conjunta na tutela coletiva.

É preciso reconhecer que o momento nos coloca diante de um *turning point*, de um momento de decisão que nos dá a oportunidade de levar adiante um processo de profundo e necessário amadurecimento institucional, sejam quem forem nossos dirigentes, acima de qualquer matiz político.

Acredito que o DANIEL, no seu amor e lealdade ao Ministério Público, e todos nós, teremos do que nos orgulhar se, daqui a alguns anos, para além da reversão da decisão, tivermos, a partir deste revés, iniciado a construção de um Ministério Público mais forte e unido na sua atividade-fim. Esta incrível possibilidade de crescimento e amadurecimento que se descortina, inicia-se com as nossas ações, enquanto Promotores e enquanto Instituição, daqui por diante.

O resultado de todo este processo, o crescimento e o amadurecimento que daí podem vir, serão, inexoravelmente, um PRODUTO DO TEMPO E DAS NOSSAS DECISÕES A PARTIR DE AGORA. As civilizações muito antigas aprendem que não são só os fatos que fazem a história, o TEMPO faz a história. A vinha dá a uva e a indústria dá a fórmula, mas o vinho é, em qualquer parte do globo terrestre, um produto do tempo, tempo este que, esperamos todos, redimirá a dor do DANIEL e nos levará a dias mais felizes.

Para isso é preciso que o Ministério Público, enquanto instituição, e nós como Promotores de Justiça, façamos a nossa parte. Este caminho não nos será dado. Ele precisa ser construído diariamente, com união, com solidariedade e com afinco. Este é um caminho que começa e é construído a cada passo que damos juntos, tendo como bússola os princípios de cuja guarda a Constituição nos incumbiu.

A este propósito caberia lembrar aqui um verso do poeta modernista espanhol Antonio Machado: *caminante no hay camino, se hace el camino al andar*. O caminho será feito ao caminharmos. Tenhamos coragem para caminhar e viver o amadurecimento e o crescimento que este momento nos propicia e que a sociedade espera do Ministério Público.

Façamos isto pelo DANIEL, façamos isto também por nós, mas façamos isto, sobretudo, por amor a esta INSTITUIÇÃO.

Encerro pedindo a você, caro amigo, que continue forte e confiante. Todos nós estamos do seu lado. Obrigado."

O Promotor de Justiça *Daniel Lima Ribeiro*, por encontrar-se nos Estados Unidos, cursando mestrado, não pode comparecer, sendo representado, na solenidade, por seu pai, *Ronaldo Ribeiro*.

MP e Secretaria de Segurança fazem parceria para o setor de inteligência

Na data de 13 de fevereiro, o Ministério Público do Rio de Janeiro e a Secretaria de Estado de Segurança Pública realizaram uma reunião entre Promotores de Justiça e membros dos setores de inteligência do Governo.

O encontro foi mais uma forma de integrar as duas instituições no trabalho contra o crime organizado. Cerca de 50 Promotores foram à sede da Secretaria de Segurança, onde visitaram as instalações e verificaram como atuam os agentes especializados em investigações no Estado do Rio de Janeiro.

Os membros do MP tiveram orientações sobre os sistemas de inteligência, contra-inteligência e interceptações telefônicas utilizados pelo Governo do Estado na luta contra a criminalidade.

Durante a reunião, foi acordada a realização de um curso de capacitação na área de inteligência, voltado para os Membros do MP.

Além do Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes* e do Secretário de Segurança, *José Mariano Beltrame*, também participaram da reunião os Subprocuradores-Gerais de Justiça *Antônio José Campos Moreira* (Atribuição Originária Institucional e Judicial) e *Carlos Roberto de Castro Jatahy* (Planejamento Instituci-

onal) e os Promotores *Homero Freitas Filho* (Coordenador da 1ª Central de Inquéritos), *Cristiano Lajoia* (Coordenador do Grupo de Administração Presente), *Horácio Afonso de Figueiredo da Fonseca* (Assessor da Procuradoria- Geral) e *Mônica Marques* (Coordenadora das Promotorias Criminais).

Os Subsecretários de Estado de Inteligência e de Planejamento Operacional, respectivamente *Rivaldo Barbosa de Araújo Júnior* e *Antônio Roberto Cesário de Sá*, mostraram aos Promotores como funciona todo o setor de Segurança Público do Estado.

Ministro do Meio Ambiente elogia Promotora pela luta ambiental

O Ministro do Meio Ambiente, *Carlos Minc*, no dia 13 de fevereiro, a atuação da Promotora de Justiça *Rosani da Cunha* (2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio Cultural da Capital) durante a inauguração da Nova Elevatória do Leblon.

"Essa obra tem muito da minha luta e da Promotora *Rosani da Cunha*. Em 2003, quando eu era Deputado Estadual, sugeri uma auditoria ambiental no entorno da Lagoa Rodrigo de Freitas". E isso só ocorreu graças ao empenho da referida Promotora, conforme afirmou *Minc*. Ele lembrou que foi a partir daí que se descobriu o quanto estava desgastado e precisando de reforma o sistema de tratamento de esgoto da Zona Sul.

"Esse sistema do Leblon foi inaugurado em 1953. Só agora estamos reformando novamente", disse *Victer*.

O Governador *Sérgio Cabral*, o Vice-Governador *Luiz Fernando de Souza* e a Secretária Estadual de Ambiente, *Marilene Ramos* também estiveram na inauguração da obra. O Promotor de Justiça e Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, *Sávio Bittencourt*, representou o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, no encontro.

Núcleo de Combate ao Crime Organizado do MP inicia atividades

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, recebeu em 16 de fevereiro, das mãos do Deputado Estadual *Marcelo Freixo* (PSol), o relatório da CPI das Milícias, aprovado pela Assembleia Legislativa no fim de 2008. O documento foi encaminhado ao Núcleo de Combate ao Crime Organizado e às Atividades Ilícitas Especializadas do Ministério Público, que começou a atuar esta semana.

O Núcleo, que terá suas atividades supervisionadas pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, *Antônio José Campos Moreira*, atuará nas representações, nos inquéritos policiais e procedimentos investigatórios criminais ou administrativos, nas peças de informação, medidas cautelares e ações penais.

Esse grupo de trabalho fará um levantamento de todas as ações que envolvam o crime organizado, seja na área de milícias, do tráfico de drogas ou de delitos econômicos.

Projeto Grão

O Promotor de Justiça da 1ª Vara Criminal de Jacarepaguá, *Eduardo Paes Fernandes*, reuniu-se aos 16 de fevereiro, com o Secretário de Segurança Pública, *José Mariano Beltrame*, para discutir como implantar o Projeto Grão na Cidade de Deus.

A proposta do Projeto Grão é levar a cidadãos de comunidades carentes ou dominadas pelo crime organizado serviços básicos que possam melhorar a qualidade de vida da população, fazendo uma abordagem multidisciplinar do crime, com atendimento às vítimas e aos acusados.

MP e Embaixada dos EUA iniciam curso para combater crimes cibernéticos

No dia 16 de fevereiro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a Embaixada dos Estados Unidos deram início ao curso "Crimes Cibernéticos e Propriedade Imaterial: Computadores, Perícias e Internet". Participam das aulas cerca de 200 autoridades públicas, entre Promotores e Procuradores de Justiça, Juízes e Policiais Federais, Militares e Civis.

O curso que teve a duração de 2 dias, na sede do Centro de Convenções da Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (Firjan), tem como objetivo possibilitar que os agentes públicos adquiram maior conhecimento das inúmeras ferramentas tecnológicas utilizadas por criminosos e as que podem ser usadas contra eles.

O curso, que contou com a presença do Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes* e do Secretário de Estado de Segurança, *José Maria Beltrame*, representando o Governador *Sergio Cabral*, teve entre os palestrantes, membros do Serviço Secreto americano, agentes do FBI e da Agência Alfandegária e de Imigração dos EUA. Da cerimônia de abertura também participaram o Procurador-

Federal dos EUA *Matthew Bassiur*; o Procurador-Regional da República no Rio de Janeiro, *Alexandre Camanho*; e o Procurador de Justiça *Nicanor Fischer*, Vice-Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

MP e TJ fortalecem entrosamento

O Procurador-Geral de Justiça do Estado, *Cláudio Soares Lopes*, recebeu a visita do Corregedor-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, Desembargador *Roberto Wider*. O encontro teve o objetivo de fortalecer o entrosamento entre o Ministério Público e o Poder Judiciário. Também participou da reunião o Secretário-Geral do MP, *José Augusto Guimarães*. O encontro ocorreu no dia 19 de fevereiro.

MP Comunitário vai atuar em comunidades ocupadas por policiais

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, anunciou em entrevista, ao vivo, no Jornal das 10, da Globonews, a instalação este mês do Projeto Ministério Público Comunitário, que vai aproximar a Instituição das comunidades carentes. O Subprocurador-Geral de Direitos Humanos e Promotores de Justiça irão às comunidades ocupadas por forças policiais com o objetivo de conhecer de perto suas demandas e necessidades. A entrevista deu-se no dia 26 de fevereiro.

Procurador-Geral visita Promotorias de Barra do Piraí, Valença e Vassouras

Em sua segunda visita às Promotorias do interior, no dia 4 de março, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, acompanhou o Grupo de Trabalho Administração Presente, às Comarcas do CRAAI de Barra do Piraí. Ele se reuniu com os Promotores de Justiça dos Municípios de Barra do Piraí, Valença e Vassouras. Quinze dias atrás, o Procurador-Geral esteve em Volta Redonda, Resende e Barra Mansa.

O objetivo das visitas consiste em mapear as necessidades básicas de todos os Centros Regionais, para oferecer condições de trabalho de maior qualidade aos nossos colegas Promotores. Na ocasião o PGJ apresentou aos Promotores novos projetos do Ministério Público, como o do Núcleo de Combate ao Crime Organizado e às Atividades Ilícitas.

Acompanharam *Cláudio Soares Lopes* na viagem o Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, *Antônio José Campos Moreira*, e o Promotor de Justiça *Eduardo Rolins*, integrante do Grupo de Trabalho Administração Presente.

Em Barra do Piraí, reuniram-se com o Procurador-Geral os Promotores de Justiça *Roberto Saad Alves da Costa, Patrícia Vianna Vieira, Fabíola Souza Costa* e *Luis Claudio Senna Consentino*; em Vassouras, *Cristiane do Nascimento Ferreira* e *Sandro Fernandes Machado*; em Valença, *Fernando Carlassara de Oliveira, Adriana Araújo Porto, Vladimir Ramos da Silva* e *Silvio Ferreira de Carvalho Neto*.

Projeto MP Comunitário

Os moradores de comunidades de baixa renda de todo o Estado terão mais um instrumento a seu favor na defesa e promoção de ações de interesse coletivo: o projeto MP Comunitário, que o Ministério Público do Rio de Janeiro implantou a partir do dia 06 de março. As medidas abrangerão os aspectos social, urbano, econômico, educacional, cultural, recreativo, de cidadania e de meio ambiente dos cidadãos e de todo o território fluminense.

O objetivo do MP Comunitário consiste na visita às comunidades que, por dificuldade de locomoção, inibição ou desinformação, não vão à Instituição solicitar ajuda. O MP quer, portanto, ouvir as necessidades e as angústias da população para proporcionar a ela o acesso à Justiça.

No mesmo dia, às 12h, na Rua Pacheco Leão nº 1235, no Jardim Botânico (no Clube Caxinguelê), foi assinado um protocolo de intenções, com a Associação de Moradores do Horto Florestal, em que o MP se comprometeu a pôr à disposição da comunidade Promotores de Justiça, que a visitarão regularmente. O MP Comunitário será lançado também no Morro Dona Marta e na Cidade de Deus, tendo a frente do projeto o Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Terceiro Setor, *Leonardo de Souza Chaves*.

A Suprocuradoria-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Terceiro Setor, que coordenará o projeto, organizará palestras, cursos e audiências públicas junto à associação de moradores e a setores das administrações federal, estadual e municipal.

Subprocurador-Geral de Planejamento Institucional visita MP gaúcho

O Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, esteve, no mês de março, em visita ao Rio Grande do Sul,

a fim de conhecer mais de perto bem-sucedida experiência do Ministério Público gaúcho na área de planejamento institucional.

Na oportunidade, o Promotor de Justiça *Jayme Weingartner Neto*, Coordenador do Gabinete de Articulação e Gestão Integrada do MPRS, apresentou aos visitantes a Gestão Estratégica do Ministério Público ("GEMP 2022"), o modelo implementado no Rio Grande do Sul, a metodologia de construção do projeto e os resultados colhidos até o momento com a iniciativa.

Foram expostos, ainda, detalhes de alguns projetos estratégicos, como o Programa de Padronização e Organização Administrativa das Promotorias de Justiça ("Propad"), o projeto das Redes Ambientais e a Pesquisa de Imagem, realizada pelo Gabinete de Articulação e Gestão Integrada.

Além do próprio Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, a Procuradora de Justiça *Denise Soares Lopes*, Coordenadora de Planejamento Institucional, e o Promotor de Justiça *Cristiano dos Santos Lajoia Garcia*, Coordenador de Acompanhamento de Projetos, integraram a comitiva do MPRJ, que, segundo o Subprocurador-Geral de Justiça, certamente adotará muitas das inovadoras medidas já implementadas no Rio Grande do Sul.

MP firma parceria com CREMERJ

Com o intuito de capacitar os Conselhos Municipais de Saúde e estabelecer iniciativas a serem instituídas pelo 6º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva, o Ministério Público do Estado firmou uma parceria com o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro (CREMERJ).

Nesse trabalho em conjunto, serão realizadas reuniões nas diversas regiões do Estado entre os Promotores de Justiça da área de saúde, técnicos periciais do Grupo de Apoio Técnico Especializado (GATE) e membros da Câmara Técnica de Saúde da Família e do CREMERJ. O objetivo é explicar aos conselheiros o papel na fiscalização da política municipal de saúde, a fim de garantir a eficiência da atenção básica aos cidadãos e ao setor.

Os Subcoordenadores do 6º CAOp, Promotores de Justiça *Renata Neme Cavalcanti* e *Leandro Silva Navega*, já se reuniram com membros do CREMERJ e com conselheiros municipais de saúde.

Procurador-Geral recebe Vice-Presidente do TJ

Aos 10 de março, o Procurador-Geral de Justiça recebeu uma visita de cortesia do Desembargador *Paulo Leite Ventura*, 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O Desembargador *Paulo Leite Ventura*, que foi diretor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj), não pôde fazer-se presente à posse de *Cláudio Soares Lopes* no dia 16 de janeiro. Daí a razão da visita.

Para o Desembargador, é fundamental que o Tribunal de Justiça e o Ministério Público mantenham um ótimo relacionamento e que sempre atuem em colaboração, a favor da população.

Transmissão ao vivo das sessões dos Órgãos Colegiados

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, tornou realidade mais um compromisso assumido com todos os Procuradores e Promotores que, poderão, a partir do dia 10 de março, assistir ao vivo, de qualquer computador, às sessões dos Órgãos Colegiados.

As reuniões poderão ser acompanhadas pela intranet.

Cláudio Soares Lopes afirmou que a transmissão das sessões, tanto as do Conselho Superior quanto as do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, evidencia, ainda mais, que a Instituição atua com total e absoluta transparência.

Além disso, a medida atende a um antigo anseio dos Promotores de Comarcas do interior, que ficam dispensados de se deslocarem até a Capital para assistir a deliberações de assuntos de seu interesse.

O colega que desejar acessar as sessões poderá clicar, na Intranet, no banner disponibilizado no alto do lado direito da página principal.

Centro de Memória

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, nomeou o Procurador de Justiça aposentado, *Sergio Demoro Hamilton*, para presidir a comissão de Revitalização do "Centro de Memória Dr. João Marcelo de Araújo Junior". O ato, de 09.03.09, indicou, igualmente, para compor a referida Comissão os seguintes membros do *Parquet*:

Dr. *David Milech*, Procurador de Justiça;

Dra. *Jarcléa Pereira Gomes*, Procuradora de Justiça;

Dr. *José Ivanir Gussem*, Procurador de Justiça;

Dra. *Marija Yrneh Rodrigues de Moura*, Procuradora de Justiça;

Dr. *Norton Esteves Pereira de Mattos*, Procurador de Justiça;

Dra. *Lisângeli Alcântara Erthal Rocha*, Promotora de Justiça.

Como secretária do Colegiado foi designada a servidora *Mildred Hettenhausen Lydia.*

Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Terceiro Setor acompanha visita de Presidente do STF a mutirão em Presídio Feminino

O Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Terceiro Setor, *Leonardo de Souza Chaves*, representando o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, da visita do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro *Gilmar Mendes*, ao III Mutirão Integrado do Sistema Carcerário, em realização na Penitenciária Feminina Talavera Bruce, em Bangu.

Estiveram presentes, igualmente, outras autoridades do primeiro escalão do Estado.

O evento teve lugar no dia 11 de março.

PGJ visita CRAAI de Angra dos Reis

O Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, visitou o Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) de Angra dos Reis, em companhia do Grupo de Trabalho "Administração Presente", que até o fim de maio fará um levantamento de todas as necessidades básicas dos órgãos de execução do Estado. Na mesma oportunidade os Procuradores e Promotores de Justiça estiveram também em Mangaratiba.

Foi a terceira viagem de *Cláudio Soares Lopes* com o Grupo. Em 18 de fevereiro, ele visitou o CRAAI de Volta Redonda, passando pelos Municípios de Resende e Barra Mansa e, no dia 04, esteve em Barra do Piraí, Valença e Vassouras.

Presentes ao evento, além do Procurador-Geral, o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, e o Promotor de Justiça *Cristiano dos Santos Lajoia Garcia*, Coordenador do Grupo. Em Angra dos Reis, eles se encontraram com os Promotores de Justiça *Henrique Paiva Araújo, Vanessa de Jesus Tanan Hortega, Daniela Pessoa Santos, Flávia da Silva Marcondes* e *Ana Carolina Moreira Barreto*. Em Mangaratiba, o Grupo esteve com o Promotor de Justiça *Diego Abreu dos Santos Flores da Silva*.

O PGJ visitou todos os CRAAIs do Estado verificando o que pode ser resolvido de forma mais urgente.

A visita se deu em 11 de março.

Reunião entre o MP e a Secretaria de Saúde

Os Promotores de Justiça que atuam na área de proteção ao idoso e aos portadores de deficiência debateram, com autoridades da Secretaria Estadual de Saúde a regularização do fornecimento de fraldas geriátricas e de bolsas coletoras para pessoas ostomizadas. Na ocasião, também ressaltou-se a necessidade do cumprimento do cronograma anunciado pela Secretaria de Saúde no ano passado, que previa a celebração de convênios entre Estado e Municípios para viabilizar a distribuição das bolsas coletoras.

A reunião teve por fim regularizar a questão de acesso ao transporte, envolvendo temas diversos, entre os quais o "Riocard Senior" e o "Vale Social". O encontro ocorreu no dia 13 de março.

Descentralização da Justiça da Infância e da Juventude na Comarca da Capital

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, compareceu ao Tribunal de Justiça para solicitar que o Poder Judiciário fluminense analisasse a possibilidade de agilizar o processo de descentralização da Justiça da Infância e da Juventude na Comarca da Capital. O encontro ocorreu aos 17 de março.

Acompanhado das Procuradoras de Justiça *Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro* (Assessora de Proteção Integral à Infância e Juventude) e *Ida Moulin Alledi Monteiro* (Coordenadora do 4º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude), e da Promotora *Carla Carvalho Leite*, o Procurador-Geral fez entrega ao Desembargador *Paulo Gomes*, Presidente da Comissão de Apoio à Qualidade do TJ, de estudos e sugestões para a descentralização da Justiça nessa área.

Atualmente, há três Varas da Infância e Juventude na Comarca do Rio de Janeiro. Esse número contrasta com as existentes em várias outras Capitais que, apesar de terem população menor, são dotados de um número maior de juízos especializados na matéria.

PGJ participa de reunião com Comissão de Combate à Intolerância Religiosa

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, participou, ao lado do Presidente do Tribunal de Justiça do Rio

de Janeiro, *Luiz Zveiter*, de uma reunião com a Comissão de Combate à Intolerância Religiosa, formada por cidadãos de 21 entidades civis, vítimas de preconceito.

A Comissão, que contou com representantes das comunidades judaica, evangélica, umbandista e do candomblé, entre outras, pediu que o Ministério Público e o Tribunal de Justiça auxiliassem no trabalho de combate à intolerância religiosa.

Cláudio Soares Lopes, Procurador-Geral de Justiça, informou que o Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Terceiro Setor, *Leonardo de Souza Chaves*, atuará junto à Comissão e remeterá aos Promotores de Justiça com atribuição legal todas as notícias de preconceito que justificarem a atuação do Ministério Público.

Ao ato, ocorrido em 17 de março, estiveram presentes o Presidente do TJRJ, *Luiz Zveiter* e o Delegado da Polícia Civil, *Henrique Pessoa*, que se comprometeram auxiliar a comissão.

Presentes , ainda, o Sr. *Ivanir dos Santos, Presidente da* Comissão, acompanhado de *Diane Kuperman* e *Jackson Grossman*, representantes da Federação Israelita do Rio de Janeiro.

"Administração Presente" visita o CRAAI de São Gonçalo

O Grupo de Trabalho "Administração Presente", do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, visitou no dia 18 de março, no Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAI) de São Gonçalo, que abrange também as Comarcas de Itaboraí e Rio Bonito. Em São Gonçalo, 22 Promotores de Justiça participaram da reunião administrativa com o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*. Logo após, o PGJ esteve, em Itaboraí, onde conversou com mais seis promotores.

O Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, e o Promotor de Justiça *Cristiano dos Santos Lajoia Garcia*, Coordenador do "Administração Presente", acompanharam o Procurador-Geral na visita ao CRAAI de São Gonçalo. Foi a quarta viagem do Grupo pelo Estado, vistoriando e levando melhorias de infraestrutura aos Órgãos de Execução além de discutir soluções institucionais e administrativas com os Promotores de Justiça visando a elaboração de um diagnóstico sobre toda a situação do MP no Estado.

MP participa do lançamento da cartilha anticorrupção

O Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Terceiro Setor, *Leonardo de Souza Chaves*, participou, na sede do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, do lançamento da cartilha "O que você tem a ver com a corrupção?". A solenidade ocorreu no dia 19 de março.

A cartilha é uma iniciativa da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). O idealizador do projeto é o Promotor de Justiça de Santa Catarina *Affonso Ghizzo Neto*. *Leonardo de Souza Chaves*, que é o coordenador da campanha no Rio de Janeiro, representou o Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*.

O MP fluminense participará da campanha, inclusive, enviando Promotores de Justiça às escolas para falar sobre a cartilha.

Presentes ao evento o Promotor de Justiça *Affonso Ghizzo Neto*, idealizador da cartilha; o Conselheiro *Salomão Ribas*, do Tribunal de Contas do estado de Santa Catarina; o Conselheiro *Thiers Montebello*, Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, o Prefeito do Rio de Janeiro *Eduardo Paes* entre outras autoridades.

3º Congresso Virtual Nacional do MP

Membros do Ministério Público de todo o Brasil participaram em 20 de março da entrega de certificados e diplomas aos premiados no 3º Congresso Virtual Nacional do Ministério Público, que ocorreu entre 15 de outubro e 15 de dezembro de 2008. O evento teve lugar no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça, situado no 9º andar do edifício-sede do Ministério Público.

Merece destaque a coragem e a determinação do Procurador de Justiça *Francisco Antônio Souto e Faria*, idealizador do Congresso.

Durante o encontro, foram premiados as teses do Procurador de Justiça *Guilherme Eugênio de Vasconcellos* (MPRJ), que ficou em primeiro lugar com o tema "MP e a Política Pública de Saneamento Básico"; da Promotora de Justiça *Patrícia Pimentel Chambers Ramos* (MPRJ), que escreveu sobre os "Deveres Constitucionais Prioritários", obtendo a segunda colocação; e do Promotor de Justiça *Luís Antônio Freitas de Almeida* (MPMS), que alcançou a terceira posição com "Licenciamento Ambiental de Indústrias Sucro-alcooleiras".

Também receberam diplomas *Edison Miguel da Silva Júnior* (MPGO – com a tese "Depoimento sem Dano"); *André Luís Alves de Melo* (MPMG – "Ação Civil Pública e o Limite da Defensoria"); *Sérgio Bumaschny* (MPRJ – "A Intervenção

como Custos Legis do MP em Demandas Fazendárias"); *Vinícius Leal Cavalleiro* (MPRJ – com as teses "Os Fundamentos do Sistema Urbano-Ambiental de Organização dos Espaços Habitáveis das Cidades" e "Os Grupos de Apoio às Promotorias de Justiça"); *Pedro Elias Erthal Sanglard* (MPRJ – "Da Inconstitucionalidade e da Ilegalidade das Licenças da Usina Nuclear Angra III"); *Fabiano Gonçalves* (MPRJ – "O Poder Requisitório do MP frente a Dados de Caráter Sigiloso"); *Ernani de Menezes* (MPSP – "A Indisponibilidade Parcial dos Vencimentos do Agente Público") e *Mônica Rodrigues Cuneo* (MPRJ – "Presunção do Estado de Filiado nas Famílias Homoafetivas").

Participaram da premiação, além do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *Cláudio Soares Lopes*; o Presidente da Associação dos Membros do Ministério Público e Presidente do 3° Congresso Virtual, *José Carlos Cosenzo*; o Procurador de Justiça, Dr. *Francisco Antônio Souto e Faria*; o Promotor de Justiça do Ceará e Secretário Executivo do 3° Congresso Virtual, *André Luís Tabosa de Oliveira*; a Procuradora de Justiça *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*, Coordenadora do Cejur; o Promotor de Justiça *José Eduardo Ciotola Gussem*, Presidente do Instituto Superior do MP; o Procurador de Justiça *José Maria Leoni Lopes de Oliveira*, Presidente da Femperj; *Arthur Pontes Teixeira*, Presidente da Caixa de Assistência do MPRJ; *Sérgio Dário Machado*, Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MPES e *Antônio Carlos Ferreira Passos*, Gerente de Filial da Editora Revista dos Tribunais.

MP debate mudanças no CPP

No dia 20 de março, no auditório do Ministério Público, realizou-se a abertura do Curso "Direito Processual Penal: Reforma Pontual do Código de Processo Penal e Alterações do Código de Trânsito Brasileiro". O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Cláudio Soares Lopes*, destacou uma inovação: as aulas passaram a ser transmitidas para todos os Centros Regionais de Apoio Administrativo e Institucional (CRAAIs) pela intranet.

Tal como ocorreu na aula inaugural, as outras duas aulas do curso – uma realização do Centro de Estudos Jurídicos (Cejur) – foram ministradas pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, *Antonio José Campos Moreira*.

Presente ao ato, igualmente, o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*.

As aulas foram ministradas ao público interessado nos dias 27 de março e 3 de abril, também no auditório do Ministério Público, das 14h às 17h30.

MP participa do Projeto "Justiça em Ação" no Dona Marta

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro participou, do projeto "Justiça em Ação", na comunidade Dona Marta, Botafogo, na Capital fluminense. A proposta, que foi concebida pelo Tribunal de Justiça, consistiu em atender os cidadãos na regularização de documentos e em processos judiciais, como reconhecimento e investigação de paternidade, registro tardio, retificação de registro civil, adoção, guarda e tutela, dissolução de união estável, separação judicial, divórcio e ações de Direito do Consumidor, entre outras medidas sociais.

A Procuradoria-Geral de Justiça designou um total de oito Promotores, que atuaram voluntariamente no evento: *Suzana Salgado Lopes, Alessandra Tavares Pádua Lethier Rangel, Leonidas Filippone Farrulla Junior, Flávio Boureau da Câmara Canto, Bruno de Sá Barcelos Cavaco, Fátima Lúcia Alves Ferreira Nunes, Rosemery Duarte Viana* e *Talita Nunes Harduin de Freitas* foram os Promotores de Justiça que participaram do "Justiça em Ação", auxiliados por servidores da Instituição.

O Ministério Público já está presente no Dona Marta com o MP Comunitário, um projeto que aproxima a Instituição da população de baixa renda.

Além do Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes* e do Presidente do TJRJ, *Luiz Zveiter*, também participaram do "Justiça em Ação", os Desembargadores *Cristina Tereza Gaulia, Siro Darlan* e *Antonio Saldanha Palheiro*; os Juízes *Paulo Jangutta* e *Maria Helena Martins*; o Subsecretário de Defesa Civil e Comandante do Corpo de Bombeiros, *Pedro Marcos Cruz Machado*; o Subsecretário Jurídico e de Corregedoria da Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil, Procurador do Estado *Pedro Henrique Di Masi Palheiro*; Defensores Públicos; e o Diretor Jurídico da Light, *Luiz Cláudio Cristófaro*.

O evento ocorreu, no sábado, 21 de março.

Corregedoria-Geral de Justiça

Foi homologada pelo Egrégio Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, na reunião realizada em 20 de março, o resultado da eleição para provimento do cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público, para o biênio 2009-2011, com a proclamação do eleito, Dr. *Cezar Romero de Oliveira Soares*.

Em ato de 24 de março, o Procurador-Geral de Justiça nomeou o Corregedor-Geral do MP para exercer o cargo respectivo no período compreendido entre 24 de março de 2004 e 23 de março de 2011.

PGJ reúne-se com o Prefeito de Niterói

Trabalhando na defesa dos interesses do Ministério Público do Rio de Janeiro, o Procurador-Geral de Justiça do Estado, *Cláudio Soares Lopes*, fez chegar ao Prefeito de Niterói, *Jorge Roberto Silveira*, um ofício solicitando que fosse examinada a desapropriação de um terreno, onde seria construída a sede do CRAAI (Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional). A audiência com o chefe do executivo de Niterói ocorreu em 25 de março.

O terreno situa-se na rua *Coronel Gomes Machado*, Centro de Niterói, próximo ao Fórum. O projeto do MP é construir, até 2010, um edifício de dez andares, dotado de estacionamento.

Presentes à reunião o Procurador de Justiça *Carlos Antônio da Silva Navega*; o Secretário-Geral do MP, Procurador de Justiça *José Augusto Guimarães*; a Promotora de Justiça e Coordenadora do CRAAI de Niterói, *Jacqueline El-Jaick*; e o Procurador-Geral do Município de Niterói, *Bruno Navega*.

Cláudio Soares Lopes e "Administração Presente" em Niterói

O Procurador-Geral de Justiça reuniu-se em 25 de março com 19 Promotores de Justiça do CRAAI Niterói. Foi a quinta visita de *Cláudio Soares Lopes* aos órgãos de execução do Ministério Público com o Grupo de Trabalho "Administração Presente".

O objetivo do Grupo é unificar o MP. A cada encontro com os Promotores, o PJG busca solucionar os problemas administrativos e as dúvidas institucionais.

Acompanharam o Procurador-Geral, na visita, o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*; o Secretário-Geral do MP, *José Augusto Guimarães* e o Promotor de Justiça, *Eduardo Rolins*, Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Administração.

Ouvidoria promove curso de aperfeiçoamento em Língua Portuguesa para Funcionários

Começou no dia 25 de março um curso de aperfeiçoamento em Língua Portuguesa para os funcionários da Ouvidoria do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. O curso visa a capacitar servidores e terceirizados que trabalham na secretaria, na assessoria ao Ouvidor e no atendimento ao cidadão, redigindo de forma clara e correta as reclamações que ouvem das pessoas que procuram o auxílio do MP, pessoalmente ou por telefone.

As aulas foram ministradas pela professora *Nanci da Costa Batista*, Técnico Superior Administrativo do Ministério Público, com formação em Letras.

O Ouvidor-Geral do Ministério Público, Promotor *Gianfilippo Pianezzola*, chamou a atenção para a importância de se investir permanentemente na capacitação técnica e no desenvolvimento profissional do servidor.

MP é elogiado na entrega do "Prêmio Faz Diferença"

A atuação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi lembrada aos 25 de março, na cerimônia de entrega do "Prêmio Faz Diferença", concedido pelo jornal *O Globo* aos que mais contribuíram para transformar o Brasil. A plateia aplaudiu de pé a vencedora da Categoria Rio, *Márcia de Oliveira Jacinto*, que em seu discurso disse que o Estado criminaliza a pobreza. Com a ajuda do Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Terceiro Setor, *Leonardo de Souza Chaves*, e do Promotor *Gianfilippo Pianezzola*, *Márcia Jacinto* deu prosseguimento às investigações e conseguiu provar que policiais militares mataram seu filho em 2002.

Para provar a inocência do filho *Hanry Silva Gomes de Siqueira*, executado aos 16 anos, *Márcia* chegou a estudar direito. Pobre e moradora de uma favela no Lins dos Vasconcelos, na Zona Norte, ela acabou se tornando símbolo da luta pelos direitos humanos e contra a violência policial, obtendo a condenação dos culpados.

Cláudio Soares Lopes faz abertura de encontro do GNCOC na Paraíba

O Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, proferiu, no dia 26 de março, a palestra "A Atuação do Ministério Público do Rio de Janeiro no Combate às Organizações Criminosas", na abertura do 20º Encontro do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC), em João Pessoa, Paraíba.

Além de agradecer o convite da Procuradora-Geral de Justiça da Paraíba, *Janete Ismael*, e do Presidente do GNCOC, *José Augusto de Souza Peres Filho*, o Procurador-Geral de Justiça destacou a importância do Grupo, uma vez que "o crime ultrapassou, há muito, as fronteiras dos Estados", explicando, ainda, como funciona o Núcleo de Combate ao Crime Organizado no MPRJ.

João Pessoa recebeu, além dos Promotores e Procuradores de Justiça de todo o País, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Corregedor do Conselho Nacional de Justiça, *Gilson Dipp*, sendo que a delegação do Rio, com 12 Promo-

tores, foi elogiada pela organização do evento por conter o maior número de participantes e constituindo-se na maior delegação.

Criado em 22 de fevereiro de 2002, por iniciativa do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, o GNCOC reúne Promotores e Procuradores de Justiça dos Ministérios Públicos Estaduais, além do MP Federal, MP Militar e MP do Distrito Federal e Territórios. O Grupo surgiu após a morte do Promotor de Justiça de Minas Gerais *Francisco José Lins do Rêgo Santos*, em Belo Horizonte, quando investigava casos de adulteração de combustíveis naquele Estado.

O grupo atua em quatro áreas: no combate a fraudes de combustíveis e cartéis ligados à área; no combate à criminalidade no sistema prisional e ao tráfico de entorpecentes; no combate à sonegação fiscal e à pirataria; e na segurança institucional.

O encerramento do Encontro deu-se no dia 27 de março, às 18h, com a palestra do Ministro *Gilson Dipp*, que abordou a "Tendência para inibição dos crimes financeiros e lavagem de dinheiro para os próximos anos".

Além do Procurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, também representaram o Rio de Janeiro no encontro, a Procuradora de Justiça *Lígia Portes Santos*, e os Promotores de Justiça *Homero das Neves Freitas Filho, Paulo Wunder de Alencar, Mônica Martino Pinheiro Marques, Renata Vasconcellos de Araújo Bressan, Maria da Glória Gama Pereira Figueiredo, Andrezza Duarte Cançado, David Francisco de Faria, Francisco de Assis Machado Cardoso, Valéria Videira Costa, Leandro Silva Navega* e *Renata Neme Cavalcanti*.

Eleições no MP

1. Realizaram-se no Ministério Público, na sede da Instituição, no dia 13 de março, as eleições para a escolha dos nomes que concorreram às vagas reservadas aos Ministérios Públicos dos estados nos egrégios Conselho Nacional do Ministério Público e Conselho Nacional de Justiça.

2. A mesa receptora e apuradora da eleição viu-se composta dos seguintes nomes: Procuradores de Justiça, Drs. *Adolfo Borges Filho* (Presidente), *Gladys Mary Licínio Holanda, Marcos André Chut*, e os Promotores de Justiça, Drs. *Ivonise da Costa Feres Caetano* e *Aline Carvalho dos Santos*.

3. O resultado final das eleições para o Conselho Nacional do Ministério Público apresentou o seguinte resultado:

- *Antonio José Campos Moreira* 337 Votos
- *Cláudio Henrique da Cruz Viana* 203 Votos

- *Marfan Martins Vieira* 416 Votos
- Nulos 06 Votos
- Cédulas em branco 06

4. Para o Conselho Nacional de Justiça verificou-se a seguinte votação:

- *Rodrigo Terra* 372 Votos
- Nulos 32 Votos
- Cédulas em branco 357

5. O egrégio Conselho Superior do Ministério Público homologou o resultado das eleições na reunião do dia 19 de março, proclamando os seguintes eleitos:

Para o Conselho Nacional do Ministério Público:

- *Antonio José Campos Moreira*
- *Cláudio Henrique da Cruz Viana*
- *Marfan Martins Vieira*

Para o Conselho Nacional de Justiça:

- *Rodrigo Terra*

6. Em atenção ao disposto no art. 1° da Deliberação n° 56, de 12.2.2009, o Procurador-Geral de Justiça indicou os nomes do Procurador de Justiça *Antonio José Campos Moreira* e do Promotor de Justiça *Rodrigo Terra* para concorrerem às vagas reservadas aos Ministérios Públicos estaduais no CNMP e no CNJ, respectivamente.

Novos Procuradores de Justiça

No período compreendido entre 1° de janeiro e 31 de março de 2009, foi promovida ao cargo de Procurador de Justiça na carreira do Ministério Público a seguinte colega:

Leila de Lima Bran Moreira

Aposentadorias

No período compreendido entre 1° de janeiro e 31 de março de 2009, aposentou-se na carreira do Ministério Público a seguinte colega:

Marija Yrneh Rodrigues de Moura

Falecimentos

A Direção da Revista do Ministério Público/RJ cumpre o doloroso dever de registrar, durante o período de 1° de janeiro e 31 de março de 2009, os falecimentos dos seguintes colegas:

Mauro Azevedo

José Vicente Pereira

Ministro do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

(Em 30.03.2009)

Hamilton Carvalhido

Desembargadores do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

(Em 30.03.2009)

Angelo Moreira Glioche

Antonio José Azevedo Pinto

Antonio Ricardo Binato de Castro

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

Impressão e Acabamento
Imprinta Express Gráfica e Editora Ltda.
Tel – 021 3977-2666
e-mail.: comercial@imprintaexpress.com.br
Rio de Janeiro – Brasil