ISSN 1413-3873

# REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Órgão Cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência do
Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 29 - jul/set 2008

A Revista do Ministério Público é repositório oficial de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Com tiragem de 3.000 exemplares, é publicada trimestralmente e tem circulação nacional.

Aqueles que desejarem colaborar com a *RMP* deverão enviar seus trabalhos (artigos, pareceres ou arrazoados) por meio eletrônico (e-mail, disquete, CD-ROM etc.) para *revista@mp.rj.gov.br*, ou para Av. Almirante Barroso, 90, 4° andar, Centro, Rio de Janeiro-RJ, CEP 20031-909.

O trabalho deverá ter, no máximo, 15 páginas, em espaço simples, fonte *times new roman*, devendo ser formatado em corpo 11 para os títulos, corpo 10 para o texto principal e corpo 8 para notas de rodapé.

As peças processuais (pareceres e arrazoados) deverão conter título e ementa.

Em qualquer caso, concluída a editoração eletrônica, o autor, quando convocado, deverá fazer a revisão final do texto.

Textos selecionados somente serão publicados mediante prévia autorização, por escrito, dos respectivos autores.

# 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

Semestral
Continuação de: Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 1975-1990
ISSN 1413-3873

1. Direito - Periódicos. 2. Jurisprudência - 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. 29 jul. /set. 2008

**REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Fundador**
Arnoldo Wald

**Procurador-Geral de Justiça**
Marfan Martins Vieira

**Diretor da Revista do Ministério Público**
José Maria Leoni Lopes de Oliveira

**Quadro Funcional**

Antonio Cordeiro Filho - Técnico Superior Administrativo
Cláudia Maria Martins Campochão - Técnico Administrativo
Nanci da Costa Batista - Técnico Superior Administrativo

**Editoração Eletrônica**
Antonio Cordeiro Filho

**Capa**
Eduardo Faria Silva / Equipe web - MPRJ

*A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.*

**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 30.09.2008)

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Marfan Martins Vieira

Subprocurador-Geral de Justiça de Administração
Eduardo da Silva Lima Neto

Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento
Cláudio Soares Lopes

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais
Marija Yrneh Rodrigues de Moura

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
Ronaldo de Medeiros e Albuquerque

Secretário-Geral do Ministério Público
Flodesmidt Riani

---

**Nota:** Dados colhidos no organograma publicado na Intranet.

## Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça
(Em 30.09.2008)

**Membros Natos**

Procurador-Geral: Marfan Martins Vieira
Corregedor-Geral: Cezar Romero de Oliveira Soares
Secretária: Márcia Álvares Pires Rodrigues

**Membros natos**

Carlos Antonio da Silva Navega
Marija Yrneh Rodrigues de Moura
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

**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 S. Santos

## Conselho Superior do Ministério Público
(Em 30.09.2008)

**Membros Conselheiros**

**Procurador-Geral de Justiça:**
Marfan Martins Vieira
**Corregedor-Geral:**
Cezar Romero de Oliveira Soares

Maria Cristina Menezes de Azevedo
Denise Freitas Fabião Guasque
Maria da Conceição Nogueira da Silva
Pedro Elias Erthal Sanglard
Carlos Roberto de Castro Jatahy
Sumaya Theresinha Helayel
Mônica da Silveira Fernandes
José Maria Leoni Lopes de Oliveira

**Membros suplentes**

**Eleitos pelos Procuradores**
Dirce Ribeiro de Abreu

**Eleitos pelos Promotores**
Júlio César Lima dos Santos
Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira

---

**Nota:** Composições fornecidas pela Secretaria dos Órgãos Colegiados.

Associação do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Dr. *José Eduardo Ciotola Gussem*
Presidente

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

Dr. *Arthur Pontes Teixeira*
Diretor-Presidente

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

Dr. *Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira*
Diretor-Presidente

Centro dos Procuradores de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro

Dr. *Roberto Abranches*
Presidente

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

Dr. *Luiz Antônio Ferreira de Araújo*
Presidente

---

**Nota:** Composição das entidades em 30.09.2008.

# SUMÁRIO

## *DOUTRINA*

**Alessandra Honorato Neves Batista** — Reflexões sobre o princípio da correlação entre acusação e sentença penal ..... 3

**Alexander Araujo de Souza** — Justiça, abuso do direito e Ministério Público ..... 29

**Antonio José Martins Gabriel, Flavia Fernandes da Rocha, Ronaldo Leite Pedrosa e Rosângela Caterina Cassano** — Suspensão condicional do processo. Tríplice aspecto: doutrina, jurisprudência e pesquisa de campo ..... 57

**Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo** — Esclarecimentos e indagações em torno do artigo 28 do CPP ..... 87

**Carla Carvalho Leite** — Reflexões acerca da prescrição da pretensão socioeducativa e da prescrição da pretensão executória ..... 93

**Cristiano Chaves de Farias** — Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação ..... 107

## *PARECERES E RAZÕES*

— Inconstitucionalidade de emenda por afronta às cláusulas pétreas da forma federativa de estado e dos direitos e garantias individuais (**Luiz Fabião Guasque**) ..... 129

— Pena restritiva de direitos. Dosimetria. Pena de suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Aplicação do princípio da razoabilidade à luz do Código Nacional de Trânsito (**Viviane Alves Santos Silva**) ..... 135

# *JURISPRUDÊNCIA*

## *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

### *Jurisprudência Criminal*

— **Ação penal.** *Ato processual. Interrogatório. Realização antes do início de vigência da Lei n. 10.792/2003, que deu nova redação aos arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal. Comparecimento da ré, sem a presença de defensor. Nulidade inexistente. Irretroatividade das normas processuais. HC indeferido. Aplicação do art. 2° do CPP.* A lei processual que dá nova disciplina ao interrogatório não se aplica ao que tenha sido realizado antes do início de sua vigência.
(*Habeas corpus* 83.836 - RS, Primeira Turma, *RTJ* 196, pp.840/842) ..... 141

— *Decisão do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento a* habeas corpus *por ser incabível a impetração contra despacho que denega liminar, requerida no* writ *originário perante o tribunal* a quo.
Entendimento que não destoa da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já sumulada no verbete n. 691.
*Habeas corpus* indeferido.
(*Habeas corpus* 84.009 - SP, Primeira Turma, *RTJ* 195, pp. 976/978) ..... 145

— *Crime contra a ordem tributária. Lei 8.137/90 (art.1°, I, II e V). Nulidades do procedimento fiscal.*
1. Inexistência de irregularidades no procedimento que culminou com a quebra do sigilo bancário. Providência que teve o endosso do Judiciário e que, de regra, é efetivado em procedimento inquisitorial, sob pena de frustração da medida.
2. HC indeferido.
(*Habeas corpus* 85.088 - ES, Segunda Turma, *RTJ* 195, pp. 978/980) ..... 147

— *Penal. Processual Penal.* Habeas Corpus. *Denúncia: corrupção passiva e tráfico de influência. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa para a ação penal.*
I - Desde que permitam o exercício do direito de defesa, as eventuais omissões da denúncia, quanto aos requisitos do art. 41 do CPP, não implicam necessariamente na sua inépcia, certo que podem ser supridas a todo tempo, antes da sentença final (CPP, art. 569). Precedentes.

II - Nos crimes de autoria coletiva, a jurisprudência da Corte não tem exigido a descrição pormenorizada da conduta de cada acusado.
III - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime.
IV - HC indeferido.
(*Habeas corpus* 85.726 - PI, Segunda Turma, *RTJ* 196, pp. 945/959) ..... 151

— ***Habeas Corpus.*** *2. Crime Militar. 3. Receptação de fuzis de uso exclusivo das Forças Armadas (art. 254 do CPM). 4. Inexistência de constrangimento ilegal. 5. Periculosidade do agente comprovada. 6. In-teresse de ordem pública. 7. Prisão preventiva mantida.* 8. *Habeas Corpus* indeferido.
(*Habeas corpus* 86.002 - RJ, Segunda Turma, *RTJ* 196, pp. 969/971) ..... 169

## *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*

### *Jurisprudência Criminal*

— EMENTA: Penal. Recurso especial. Art. 213, c.c. o art. 224, alínea a, do Código Penal. Violência real. Crime hediondo. Aumento previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/1990.
I - *Se a violência é presumida,* inadequado falar-se de lesão grave ou morte. Contudo, pode haver *violência real* contra vítima que esteja entre as indicadas no *art. 224 do Código Penal,* como ocorreu **in casu**.
II - Esta Corte tem entendido que o reconhecimento da majorante do art. 9º da Lei n. 8.072/1990, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio **ne bis in idem**. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real perpetrada contra criança, tem-se como aplicável a referida causa de aumento. (*Precedentes*)
Recurso provido.
(Recurso Especial n. 761.950 – RS, Registro n. 2005/0102791-8, Quinta Turma, *RSTJ* 201, pp. 565/570, *DJ* 14.11.2005) ..... 173

— EMENTA: Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Aplicação da majorante do emprego de arma de fogo. Arma não apreendida. Pena aquém do mínimo. Atenuantes.

I - Na dicção da douta maioria, não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo ou a realização da respectiva perícia para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2°, inciso I, do Código Penal, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante (*precedentes*).
II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (*precedentes do Pretória excelso e do STJ/Súmula n. 231-STJ*).
Recurso provido.
(Recurso Especial n. 766.673 – RS, Registro n. 2005/0113973-0, Quinta Turma, *RSTJ* 201, pp. 570/582, *DJ* 13.03.2006) ..... 179

—EMENTA: Constitucional. Penal e Processual Penal. Homicídio doloso qualificado. (Vítima irmã Dorothy Stang). Crime praticado com grave violação aos direitos humanos. Incidente de deslocamento de competência — IDC. Inépcia da peça inaugural. Norma constitucional de eficácia contida.
Preliminares rejeitadas. Violação ao princípio do juiz natural e à autonomia da unidade da Federação. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Risco de descumprimento de tratado internacional firmado pelo Brasil sobre a matéria não configurado na hipótese. Indeferimento do pedido.
1. Todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida, previsto no art. 4°, n. 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário por força do Decreto n. 678, de 06.11.1992, razão por que não há falar em inépcia da peça inaugural.
2. Dada a amplitude e a magnitude da expressão "direitos humanos", é verossímil que o constituinte derivado tenha optado por não definir o rol dos crimes que passariam para a competência da Justiça Federal, sob pena de restringir os casos de incidência do dispositivo (CF, art. 109, § 5°), afastando-o de sua finalidade precípua, que é assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria, examinando-se cada situação de fato, suas circunstâncias e peculiaridades detidamente, motivo pelo qual não há falar em norma de eficácia limitada. Ademais, não é próprio de texto constitucional tais definições.
3. Aparente incompatibilidade do IDC, criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor deve ser resolvida aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. Na espécie, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração dos fatos que resultaram na morte da missionária norte-americana Dorothy Stang, com o objetivo de punir os responsáveis, refletindo a intenção de o Estado do Pará dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da competência originária para a Justiça Federal, de forma subsidiária, sob pena, inclusive, de dificultar o andamento do processo criminal e atrasar o seu desfecho, utilizando-se o instrumento criado pela aludida norma em desfavor de seu fim, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos.
5. O deslocamento de competência — *em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos* é pressuposto de admissibilidade do pedido — deve atender ao princípio da *proporcionalidade* (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), *compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações* decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da *inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-Membro*, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, *não há a cumulatividade de tais requisitos*, a justificar que se acolha o incidente.
6. Pedido indeferido, sem prejuízo do disposto no art. 1°, inciso III, da Lei n. 10.446, de 08.05.2002.
(Incidente de Deslocamento de Competência n. 1 - PA, Registro n. 2005/0029378-4, Terceira Seção do STJ, *RSTJ* 198, pp. 435/476, *DJ* 10.10.2005) 191

*Jurisprudência Cível*

— EMENTA: Responsabilidade civil. Depoimento prestado em procedimento administrativo-militar, em que o averiguado manifesta sentimento de intimidação e temor de interferência de Promotora de Justiça, dada a sua transferência para a Justiça Militar tão logo divulgada a documentação pertinente ao envolvimento de seu marido em fatos comprometedores. Conduta ilícita inexistente. Improcedência da ação. Entre os elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil por dano moral, há de incluir-se a ilicitude da conduta do agente, aspecto não ocorrente no caso. Hipótese em que, em seu depoimento, o averiguado procurou destacar o cunho de intimidação de que padecia e o temor de interferência da promotora, recém-transferida para a Justiça Militar.

Recurso especial conhecido e provido.
(Recurso Especial n. 259.185-RJ, Registro n. 2000/0048275-7, Quarta Turma, *RSTJ* 201, pp. 393/400, *DJ* 04.04.2005) ..... 231

— EMENTA: Ação de indenização. Ação cautelar de arresto. Dano moral. Impenhorabilidade do bem arrestado. Lei n. 8.009/1990.
1. O ato praticado pelo oficial de justiça em decorrência de decisão judicial não é causa suficiente para a imposição de indenização por danos morais.
2. Sendo o bem arrestado protegido pela Lei n. 8.009/1990, não pode ser afastada a impenhorabilidade por circunstância não incluída nas exceções legais.
3. Recurso especial conhecido e provido.
(Recurso Especial n. 605.641-RS, Registro n. 2003/0201195-7, Terceira Turma, *RSTJ* 201, pp. 349/353, *DJ* 29.11.2004) ..... 239

## *NOTICIÁRIO*

— Dois novos Promotores de Justiça tomaram posse perante o Conselho Superior ..... 245
— Tomaram posse os 31 novos Promotores de Justiça Substitutos ..... 245
— PGJ abriu curso de capacitação para novos promotores ..... 246
— MP festejou posse de novos Promotores ..... 246
— Novos Promotores conheceram Complexo Penitenciário de Gericinó, em Bangu ..... 253
— Encontro discutiu a modernização da administração do MP ..... 254
— Renata Machado Cotta foi nomeada desembargadora ..... 255
— Procuradores escolheram novos gabinetes ..... 255
— Carta do Rio ..... 255
— Radiografia do MP ..... 256
— Os primeiros 20 anos e os próximos desafios ..... 259
— Foi criado o "MPCrim" ..... 261
— Servidor do MP é ouro em Pequim ..... 262
— Vitaliciamentos (período de 1°/ jul. a 30/set/2008) ..... 263
— Aposentadoria (período de 1°/ jul. a 30/set/2008) ..... 264
— Exoneração (período de 1°/ jul. a 30/set/2008) ..... 264

— Integrante do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ..... 265
— Integrantes do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ..... 265

DOUTRINA

# DOUTRINA

DOUTRINA

# *REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA PENAL* *

ALESSANDRA HONORATO NEVES BATISTA **

SUMÁRIO: 1. Uma introdução. O sistema processual acusatório moderno e os princípios basilares do processo penal. 2. O princípio da correlação entre acusação e sentença. 3. Breve estudo dos artigos 383, 384 e 385 do Código de Processo Penal em vigor. 4. A existência de imputação alternativa no direito vigente. 5. Outras hipóteses de imputação alternativa. 6. A correlação entre a acusação e a sentença nos casos de imputação alternativa. 7. Conclusão: por uma concretização de um processo penal justo (não só ideal) – garantia da sociedade e do acusado. 8. Bibliografia.

## 1. UMA INTRODUÇÃO

O tema geral do sistema processual acusatório moderno nos é muito instigante, assim como o é o estudo de seus princípios basilares. Sem embargo do enorme interesse, trata-se de assuntos a serem versados em vários volumes de obra, não em um trabalho semestral de mestrado, como é o presente. Assim é que, de plano, adiantamos que as linhas ora trazidas cingem-se aos aspectos que, em doutrina, são os mais recorrentes, por relevantes, tanto em matéria de sistema acusatório quanto em matéria de princípios processuais penais.

Seguimos, na elaboração deste - e é bom que desde já se o anuncie, as palavras ditas pelo prezado Professor AFRÂNIO SILVA JARDIM[1], segundo as quais, "na verdade, a vida se faz de emoções", para compreender que mesmo no mundo do processo há emoções. Porque há sentimentos aí, e disso o processo não conseguirá se livrar...

---

* Trabalho semestral da disciplina A Tutela Processual da Liberdade, ministrada pelo Professor Afrânio Silva Jardim no Mestrado em Direito pela UERJ.

** Alessandra Honorato Neves Batista é Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. Em discurso proferido em 1999, em formaturas de turmas desse ano, como consta, à guisa de prefácio da 9ª edição da obra *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro, 2002.

EDUARDO COUTURE, em obra magistral conquanto breve[2], usa poesia no direito para explicar sobre a sentença:

> "Para saber qual é o conteúdo da jurisdição, seguindo sempre nosso método de partir dos fatos, comecemos fazendo a experiência de tomar entre as mãos uma dessas peças a que chamamos, habitualmente, decisão ou sentença.
>
> É claro que, ao fazê-lo, não temos nas mãos a própria sentença. Esta, originariamente, é algo que foi *sentido* e daí seu nome de *sentença*. Mas esse *sentimento*, pela razão dada anteriormente, necessitou ser registrado ou documentado. O que temos entre as mãos, pois, não é mais do que o documento representativo (que apresenta de novo, dizíamos) daquilo que o juiz *sentiu* como direito."

É certo, porém, que a emoção e mesmo esse sentimento de que está imbuída a sentença não são livremente captados pelo magistrado, eis que este deve obedecer a certos limites... É dentro desses limites - entre os quais colocamos o próprio sistema acusatório vigente, os princípios sustentadores do processo penal pátrio, bem como as garantias previstas para a sociedade e para o indivíduo – que o juiz pode e deve mover-se. Vejamos, pois, o que há de mais importante em tais pontos, sem qualquer pretensão de esgotá-los.

## 1.1. O SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO MODERNO E OS PRINCÍPIOS BASILARES DE PROCESSO PENAL

Os contornos dos sistemas processuais são feitos por princípios fundamentais, idéias reitoras, de forma que as regras jurídicas ganham razão de ser à luz do elemento teleológico do próprio processo. De tal assertiva se extrai, então, que há valores éticos e políticos norteando como deve ser a atividade processual.

Pois bem. Ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES[3] que o processo penal visa à solução de um litígio penal, aplicando o juiz, com justiça, o direito objetivo – e é com esse desiderato que tem o juiz de conhecer bem exatamente o litígio que irá decidir. Apurando a verdade dos fatos ocorridos, aplicará a lei com estrita justiça. CAPOGRASSI[4], citado pelo renomado FREDERICO MARQUES, recorda que é nisto que reside "o grande drama do processo, visto que o juiz, estranho aos acontecimentos que vai julgar, precisa reconstituir fatos de que esteve ausente numa operação "proustiana" de empírica e *vera ricerca del tempo perduto*" . Há que se descobrir a verdade para a reconstrução dos fatos a serem julgados e então aplicar-se de forma escorreita a lei penal.

---

2. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1995.
3. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol I, Rio de Janeiro, 1998, p. 69.
4. Giudizio Capograssi. *Processo, Cienza, Verità, in Rivista de Diritto Processuale*, 1950, p. 1.

Para essa empreitada, após a fase da dita justiça privada (o processo como "coisa das partes"), a história do processo concebeu dois básicos sistemas, o inquisitório e o acusatório, ambos embasados na idéia de que ao Estado tocava primordialmente o interesse de combater e reprimir a criminalidade[5].

No primeiro, "o órgão judicante tem preponderância tal que nele se concentram as funções de acusar, julgar e defender, que caracterizam o processo"[6].

Já no "sistema acusatório, autor e réu encontram-se em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz, tal como consagra o direito brasileiro. A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente da aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o *jus puniendi* e a liberdade do réu"[7].

Foi dessa forma segunda[8] que, estruturado o sistema processual penal, por força da dialética que acompanha a evolução humana[9], chegou-se a um processo em que o Estado tivesse mecanismos seguros para que a jurisdição fosse justa, independentemente da vontade das partes, preservando-se a imparcialidade do juiz - nesse cenário, tem grande participação o Ministério Público, como o "ovo de Colombo" para o processo penal moderno[10]. As três funções do processo acima referidas foram então entregues a entes distintos, e o processo penal passou a ser um instrumento para a repressão da criminalidade a autolimitar o próprio Estado, pois não poderia mais haver pena sem processo.

O Professor Afrânio Silva Jardim[11] sintetiza que o moderno sistema acusatório é mais do que método para descoberta da verdade possível: é meio de garantir e resguardar direitos individuais, sem retirar do estado sua autoridade na atividade de defesa social.

O Ministério Público assumiu a titularidade da ação penal (posterior a um procedimento investigatório preparatório em que o juiz não apura mais os fatos delituosos) e encarregou-se de produzir prova na busca da verdade, deixando o juiz imparcial no conflito. E é bom que logo se diga que tudo aponta para a tendência da depuração do sistema acusatório, concedendo ao réu a segurança de um processo penal justo, no Estado democrático de Direito. O juiz é "mais" imparcial, se é que assim se pode escrever. Optamos por

---

5. Essas palavras vêm postas na Reflexão Teórica sobre o Processo Penal, do Professor Afrânio Silva Jardim, *in Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro, 2002, p. 42.
6. Ob. cit., nota 3, p. 70.
7. Ob. cit., nota 3, p. 71.
8. É bem verdade que com resquícios do sistema inquisitório...
9. A idéia da dialética é muito presente em toda a obra do Professor Afrânio Silva Jardim, mencionada na nota 5.
10. A metáfora foi tomada do Professor Afrânio Silva Jardim, da obra de nota 5.
11. Ob. cit., nota 5, p. 43.

não falar em neutralidade porque pensamos que o neutro difere do imparcial e, para o equilíbrio entre as partes, precisa-se um juiz imparcial, que não privilegie parte alguma, mas ao mesmo tempo tome posição junto a quem tem, pelo direito, razão[12].

A tendência atual no sistema processual penal é, pois, com a atuação do Ministério Público, harmonizar a busca da verdade real com a imparcialidade do juiz: eis aí o *mediu*, o caminho para que o processo sirva à viva, eficaz e justa atuação do Estado na repressão penal e no combate ao crime. O processo, mormente o penal, é *coisa* do Estado, e não, coisa privada, das partes.

Num tal sistema, é forçoso reconhecer a prevalência de determinados princípios, sustentáculos do primeiro: idéias que norteiam as regras postas no direito positivo e que também deste se extraem (tenha-se em linha de conta que o processo refletirá a estrutura da ética e da política reinantes numa sociedade)[13]. Daí entendermos que a ideologia do sistema tem reflexo no processo penal, elegendo como vetores certos princípios (não excludentes, não autosuficientes, mas em dialética com suas antíteses).

Tomamos por base a diretriz do professor AFRÂNIO SILVA JARDIM[14], assumindo que os mais relevantes princípios no processo penal são o *princípio da imparcialidade do juiz* e o *princípio do contraditório* – são idéias-mães que direcionam a atividade jurisdicional para os demais princípios.

Os princípios da *iniciativa das partes* e do *juiz natural*, dessa forma, decorrem do sistema acusatório, o qual está firmemente assentado sobre a imparcialidade do julgador – as partes exercem atividades que as levem a convencer o julgador, em especial quanto à instrução. Não obstante, exerce o último uma atividade probatória supletiva às partes, a fim de concretizar a busca da verdade real (é pelo alcance desta que a solução do processo penal é mais justa).

O *contraditório*[15], por sua vez, é princípio erigido expressamente na Carta Maior do país, deixando ao talante das partes a dialética atividade de agir e resistir – afinal, são as partes os sujeitos da relação processual, encarregadas de levar ao juiz material suficiente para que este chegue à almejada verdade e, com isso, aplique o direito ao caso concreto.

Por sua vez, o *princípio da igualdade entre a partes* no processo penal decorre do anterior contraditório: é que a garantia de que haverá dialética, ampla oportunidade de defender seu ponto de vista (a possibilidade de contrastar!), depende de que as partes sejam consideradas iguais, em substância, efetivamente.

---

12. A discussão acerca da distinção entre imparcialidade e neutralidade pode ser objeto de uma dissertação...
13. Linhas que estão em consonância com a obra citada na nota 5, pp. 38/9.
14. Ob. cit., nota 5, pp. 40/1.
15. Sua base é a própria dialética!

O *princípio da publicidade*, por conferir a possibilidade de fiscalizar a atuação geral do poder público, garante a concreção dos anteriores princípios, e a *oralidade*, em muito breves linhas, dá os contornos de uma prestação jurisdicional mais célere, daí mais eficaz[16].

Propositalmente, deixamos ao item seguinte a explanação sobre o *princípio da correlação entre a acusação e a sentença penal*, cerne de nosso pequeno trabalho.

## 2. O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA

Sem a pretensão de esgotar os conceitos, mas com o intuito de variar ao máximo, na doutrina, as interpretações acerca do princípio da correlação entre acusação e sentença, desde agora anunciamos que este *thema* será abordado mais especificamente no desenvolvimento deste estudo. Consta ainda que há nuances deste princípio processual nas searas civil e penal.

Impende sublinhar que a correspondência que deve existir entre a acusação e a sentença está presente como um princípio *de processo*, e não somente no campo penal. Também no processo civil se tomam linhas dessa diretriz, porque a cada pedido deve estar correlacionada uma sentença, nos limites postos por aquele.

Buscamos no poético EDUARDO COUTURE, na obra já referida por nós, após dizer da sentença conter sentimento, diz de sua estrutura e, nesse diapasão, enuncia que "ela reproduz, com uma plasticidade quase perfeita, a forma da demanda." E continua:

> "Quando as leis processuais hispano-americanas descrevem a forma da demanda, reclamam um preâmbulo, um relato dos fatos, uma exposição do direito e um pedido final. Os espanhóis chamaram "requisito de congruência" a essa espécie de coerência necessária que deve haver entre o pedido e o decidido. Um autor assinalou, com agudeza, que toda demanda é o projeto da sentença pretendida pelo demandante, tanto no relativo à sua estrutura, quanto no relativo ao seu conteúdo.
>
> Contemplando esse mesmo fato do ângulo da sentença, podemos dizer que toda sentença é, de certo modo, a reprodução formal de uma demanda inteiramente fundada."

---

16. Em verdade, quase banida do processo penal praticado na atualidade, acaba dando vez a uma eternização do deslinde dos casos, como referiu Afrânio, na obra já referida, p. 41. Sua retomada significaria resgatar a credibilidade da justiça pátria, segundo o renomado processualista.

O excelente Professor José Carlos Barbosa Moreira[17], detalhando a explicação acerca da fase postulatória do processo de conhecimento, diz que o juiz, ao proferir sentença de mérito, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido do autor, fica jungido à seguinte regra: "Não poderá conceder providência diferente da pleiteada, nem quantidade superior ou objeto diverso do que se pediu (art. 460); tampouco deixar de pronunciar-se sobre o que quer que conste do pedido. É o princípio da *correlação* (ou da *congruência*) entre o pedido e a sentença (...)".

Há ainda quem, autorizadamente, coloque o princípio da congruência como consectário do princípio da iniciativa da parte, por ser este garantidor da imparcialidade do juiz, como faz Enrico Tullio Liebman[18]:

> "Essa é a regra fundamental, que define a relação entre as pessoas e a função jurisdicional: os juízes não agem e não decidem por sua própria iniciativa, mas exclusivamente mediante provocação da parte interessada (...). *Nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio.*
>
> (...) sempre é a parte que indica o objeto do processo, de modo que o juiz não pode pronunciar-se além dos limites do pedido, nem sobre exceções que exclusivamente pelas partes possam ser propostas (princípio da *correspondência entre o pedido e o decidido*, art.112, CPC) [v. CPC, art. 128]."

A analogia encontrada em doutrina pátria que mais de coaduna com a *versatilidade* do princípio da congruência está em José Frederico Marques[19] - tem a ver com os elementos identificadores da ação (partes, pedido e causa de pedir). O desenvolvimento da idéia vem após a premissa explicitada pelo Professor Afrânio Silva Jardim[20]: nas ações penais não condenatórias e nas ações civis a causa de pedir se compõe da alegação de um fato ou ato jurídico constitutivo do direito afirmado pelo autor, não se exigindo a atribuição ao réu de uma determinada conduta – a pretensão processual não decorre da imputação, conquanto possa, acidentalmente, haver uma.

Com a análise a seguir, veremos como deve ser posta a questão da congruência em ambas as searas.

Frederico Marques, na obra sobredita, faz útil comparação: a *acusação* está para o processo penal condenatório assim como o *pedido* está para o processo civil de conhecimento – é o objeto do processo; no processo civil, *o pedido* deve ser determinado e certo, e somente sobre ele o juiz se pronunciará; na acusa-

---

17. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 22ª edição, Rio de Janeiro, 2002, pp. 10 e segs.
18. *Manual de Direito Processual Civil*, volume I, traduzido por Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro, 1985.
19. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol.II, Rio de Janeiro, 1998, pp. 151 e segs.
20. *Direito Processual Penal*, 11ª edição, Rio de Janeiro, 2002.

ção, *o fato delituoso* é que deve estar perfeitamente caracterizado, pois a sanção a ser imposta depende da qualificação jurídica dada a esse fato... A acusação contém um pedido condenatório não específico, devendo o acusador descrever o fato criminoso com todas as suas circunstâncias e dar sua classificação, como reza o art. 41 do Código de Processo Penal. Com isso, delimita-se o pedido por obra da imputação (vale dizer, o fato criminoso, tal como descrito, é que será julgado e receberá a pena prevista em lei). O juiz não pode ampliar o objeto da acusação para decidir sobre circunstâncias nela não contidas... Apresse-se em apontar que, na acusação, o que há é pedido genérico, consubstanciado na aplicação da sanção jurídica *adequada* ao fato descrito. Aí a congruência.

Do exposto até o presente momento, temos como *imputação* um dos elementos da acusação, que é pressuposto da ação penal condenatória[21] - o outro elemento componente da acusação é o pedido de condenação.

Sabemos que o objeto do processo é o pedido do autor - uma manifestação de vontade dirigida ao juiz acerca de uma certa atividade. É por esse pedido que o autor veicula sua pretensão, exigindo a prevalência de seu interesse. Segundo palavras do prezado Professor AFRÂNIO, o pedido exterioriza a pretensão, e os contornos dessa pretensão são delimitados pela *imputação ou causa de pedir* (como anteriormente ressaltado, o pedido, na ação penal condenatória, é sempre genérico, o *thema* da decisão é fixado na imputação – na própria extensão da prestação jurisdicional).

TOURINHO FILHO[22] ressalta que na denúncia o Ministério Público pede a condenação do réu, e para tanto imputa a este a prática de um crime – o fato criminoso é a razão do pedido de condenação, a *causa petendi*.

Extrai-se das palavras do mestre FREDERICO MARQUES que a imputação é a atribuição ao réu da prática de certas condutas típicas, ilícitas e culpáveis, bem como *todas* as circunstâncias juridicamente relevantes, no que é enfatizado por AFRÂNIO SILVA JARDIM[23].

Não seria próprio afirmar, pois, que a acusação se limita à descrição do fato típico e ao pedido condenatório, ante o que consta do art. 41 do diploma processual penal, eis que a acusação somente poderá ser considerada apta se dela constarem, além da conduta principal, as circunstâncias indicativas da ilicitude e da culpabilidade da conduta do agente.

---

21. O tema é muitíssimo bem tratado no trabalho inovador de Afrânio Silva Jardim, incluído na obra citada na nota 5, especialmente sobre a imputação alternativa.
22. *Processo Penal*, vol. 4, 16ª edição, São Paulo, 1994.
23. Na obra citada na nota 5, sobre a imputação alternativa.

José Frederico Marques recorda que tudo quanto sirva para descrever as modificações do mundo exterior relevantes para o Direito Penal, bem como sua individualização, integra a imputação; aí incluídas todas as circunstâncias incidentais que sirvam para individualizar o caso concreto... Os caracteres exigidos pela lei processual civil para o pedido devem ser transportados para a imputação, no processo penal; no processo civil o juiz não pode se pronunciar sobre o que não constitui objeto do pedido; já no processo penal, não pode se pronunciar sobre fato que não constitua objeto da *imputação*.

Valemo-nos de Afrânio Silva Jardim para frisar que, além desse caráter revelado no mundo "exterior" a ser retratado, a imputação deve conter elemento anímico - a vontade do autor da ação, apontando-se o tipo subjetivo. Não se deve olvidar do mínimo suporte de provas de todos os elementos constantes das peças ou do inquérito – tipicidade, ilicitude, culpabilidade. É forçoso reconhecer a incompletude do art. 41 do diploma adjetivo, visto que a regra dispõe sobre a *exposição* do fato, quando deveria prever a *imputação* desse fato – o autor deve atribuí-lo ao réu[24].

No dizer autorizado de José Frederico Marques, a imputação não é a descrição, meramente, mas o ato de atribuir a alguém um fato que deve ser necessariamente descrito; para ele, a imputação contém a descrição dos fatos, a qualificação jurídico-penal desses fatos; e a atribuição dos fatos descritos a alguém.

Ousamos fazer um reparo, precisamente nesse ponto: a qualificação jurídico-penal não deve fazer parte da imputação, se esta coincide com a causa de pedir... Explicamos: é que a qualificação jurídico-penal, se for considerada a regra jurídica, não integra a causa de pedir. Consoante ensina magistralmente José Carlos Barbosa Moreira – e isso vale para todos ramos do direito, por ser notoriamente teoria geral do processo, a causa de pedir constitui-se "do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do feito jurídico por ele visado"[25]. Acrescenta o Professor, linhas a frente, que não integram a *causa petendi: a*) a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que se apóia sua pretensão (...); *b*) a norma jurídica aplicável à espécie"[26].

Frederico Marques, em sua obra *Elementos...*[27], ao tratar do fundamento da acusação, equipara o art. 41 do CPP ao disposto no art. 282, III do CPC, argumentando que ambos os preceitos explicitam a causa de pedir. Decerto o fez porque o art. 41 faz menção à classificação... E explica que daí vem o fato de se dizer correntemente que a qualificação integra-a... Em seguida, Frederico Marques como que "conserta", digamos... Ao enunciar que a causa de pedir da acusação está, em verdade, *no fato criminoso contido na imputação*. A denún-

---

24. *Direito Processual Penal*, referido na nota 5.
25. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 22ª edição, Rio de Janeiro, 2002, pp. 15/6.
26. *Id., loc. cit.*
27. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, Rio de Janeiro, 1998, p. 155.

cia deve descrever tudo e ainda classificar o crime... Reconhece o excelente processualista que a classificação pode não estar exata, pois é ao juiz que cabe o perfeito enquadramento da espécie nas normas legais. Importante é imputar ao réu um fato que constitua crime – e aí reside o fundamento da acusação, e também da pretensão punitiva.

Não há, a nosso modesto ver, razão para incluir a qualificação jurídica na imputação... se a imputação é de fato, fato este que constitui a causa de pedir...

Já foi, por todo o escrito, salientada a relevância da imputação: serve à identificação das ações, verificando litispendência e coisa julgada. Ainda delimita a prestação jurisdicional, para que se guarde a *perfeita correlação entre imputação e sentença*. Daí AFRÂNIO dizer ser indesejável (e de constitucionalidade duvidosa) a regra do art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal[28], sobre a qual voltaremos a dizer em item outro deste estudo.

As imputações sempre devem ser certas e bem delimitadas – em razão dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no processo previstos na Constituição de 1988, em seu art. 5º, LV. Há verdadeira necessidade de que saiba o réu de que conduta ou condutas está sendo acusado, para *eficazmente* se defender. Enxergamos, então, novamente a presença dos princípios constitucionais de natureza processual penal, princípios sobre os quais deve repousar o sistema acusatório moderno.

Ensina FERNANDO CAPEZ[29] que o princípio da correlação "é garantidor do direito de defesa do acusado, cuja inobservância acarreta a nulidade da decisão. Por *princípio da correlação* entende-se que deve haver uma *correlação* entre o fato descrito na denúncia ou queixa e o fato pelo qual o réu é condenado. O juiz não pode julgar o acusado *extra petita, ultra petita* ou *citra petita;* vale dizer, não pode desvincular-se o magistrado da inicial acusatória julgando o réu por fato do qual ele não foi acusado." Acrescenta que o juiz conhece o direito e, portanto, o que importa são os fatos a ele trazidos; é dos fatos narrados que o réu se defende, não de sua capitulação.

Consoante PAULO RANGEL[30], a correlação entre a acusação e a sentença, também chamada princípio da congruência, é decorrente da busca da verdade real, significando que "o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte (cf. art. 128 do CPC).

A nosso ver, acertadamente fez MARCELLUS POLASTRI LIMA[31], que inseriu o princípio da correlação entre acusação e sentença como decorrente do "princípio" (sistema!) acusatório:

---

28. *Direito Processual Penal*, referido na nota 5.
29. *Curso de Processo Penal*, 9ª edição, São Paulo, 2003.
30. *Direito Processual Penal*, 7ª edição, Rio de Janeiro, 2003, p. 290.
31. *Curso de Processo Penal*, volume I, Rio de Janeiro, 2002, p. 46.

"(...) o chamado **princípio da correlação entre acusação e sentença**, *ne eat judex ultra petita partium*, ou seja, ao juiz fica vedado julgar a causa fora do que foi pedido. Tal norma está prevista no Código de Processo Civil e também impera no Código de Processo Penal.

Portanto, deve haver correlação entre acusação e sentença, não podendo o juiz condenar, *v.g.*,o réu por roubo se foi imputado furto na denúncia do Ministério Público. Para que tal ocorra é necessário o aditamento da inicial, com aplicação do art. 384, parágrafo único do CPP" (destaques do original).

Ou, por outra, mencionando as linhas de GERALDO PRADO[32], também se dão os contornos do princípio em tela: uma das facetas mais importantes do estatuto jurídico do autor "está em determinar o objeto do processo, em relação ao qual serão deduzidas as provas e haverá de se circunscrever a sentença. Trata-se de exercício da função de acusar, pois fundada em um juízo provisório da existência de determinada infração penal, coloca-se ao réu, no plano duelístico peculiar à relação processual, a infração que se lhe imputa. É exatamente isso, ou, com outras palavras, cuida-se aqui do fenômeno da imputação ao qual, por força das garantias das convenções internacionais, em um processo penal democrático, há de corresponder a atividade de defesa".

Persegue este último doutrinador, tangenciando o conceito do princípio que se analisa: "não pode o Tribunal alterar o objeto do processo nem, e isto é sumamente importante, condenar por fatos dos quais o acusado não tenha podido defender-se"[33].

De se salientar que uma referência no estudo do processo penal pátrio, Professor HÉLIO TORNAGHI[34], trata do assunto como do "problema da correspondência entre a acusação e a sentença", apreciando as normas contidas nos arts. 383 a 385 do Código de Processo Penal em vigor. Em síntese, o autor sobredito acentua que a sentença está presa ao fato descrito na peça inicial, e que a correlação deve existir entre o fato descrito na denúncia (ou queixa) e o fato pelo qual o réu é condenado. Os dispositivos comentados por Tornaghi serão objeto de nossa apreciação no próximo item do trabalho.

Cumpre ainda trazer à baila o rico ensinamento de JOSÉ FREDERICO MARQUES, em capítulo sobre a *acusação*, em sua obra monumental de processo penal[35] - o autor não se refere expressamente ao nome do princípio, mas, sem dúvida, enuncia-o nos seguintes trechos:

---

32. *Sistema Acusatório*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001, pp. 164 e segs.
33. *Id., loc. cit.*
34. *Instituições de Processo Penal*, 4° volume, 2ª edição, São Paulo, 1978, pp. 376 e segs.
35. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, Rio de Janeiro, 1998, pp. 152 e segs.

"O acusador deve descrever *o fato criminoso com todas as suas circunstâncias* e, por outro lado, dar a *classificação do crime* (Código de Processo Penal, artigo 41). Com isto delimita o seu pedido, por meio de imputação, porquanto o que impetra é a aplicação das penas previstas para a espécie delituosa que na denúncia vem descrita e qualificada. No entanto, o juiz pode alterar essa qualificação *in pejus* ou *in melius*, ficando vinculado para julgar apenas ao fato criminoso tal como foi descrito, uma vez que não pode ampliar o objeto da acusação para decidir sobre circunstâncias nesta não contidas explícita ou implicitamente.

.....

(...) no processo penal, impedido está o órgão judiciário de pronunciar-se sobre fato que não constitua objeto de imputação."

Especificamente sobre o assunto da correlação entre acusação e sentença, GUSTAVO BADARÓ HENRIQUE RIGHI IVAHY escreveu obra[36] em que registra:

"A regra da correlação entre acusação e sentença impõe que a sentença julgue somente o que foi objeto da imputação, mas também tudo o que foi objeto da imputação. A sentença deve esgotar o conteúdo da pretensão, resolvendo-a totalmente, e nada resolvendo que esteja fora da mesma. Também haverá violação da regra da correlação entre acusação e sentença quando o juiz deixar de considerar ou omitir um ou alguns dos fatos contidos na imputação."

Sem querer cansar o leitor, buscamos ainda, visando à variedade de conceituações, em JULIO FABBRINI MIRABETE[37]:

"A sentença deve guardar com a denúncia ou queixa uma relação, já que nesta se expõe ao Estado-Juiz a pretensão punitiva, com a descrição do fato criminoso e de todas as suas circunstâncias, e naquela deve se decidir sobre essa imputação. Deve haver uma correlação entre o fato descrito e o fato pelo qual o réu é condenado. Esse **princípio da correlação** entre a imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa e qualquer distorção, sem observância dos dispositivos legais cabíveis, significa ofensa a ele, acarretando a nulidade da decisão. Compreende-se, destarte, que o juiz se ache de certo modo vinculado à denúncia, não podendo julgar o réu por fato de que não foi acusado (*extra petita* ou *ultra petita*) ou de modalidade mais grave (***in pejus***), proferindo sentença que se afaste ou se alheie ao requisitório da acusação" (destaques do original).

---

36. *Correlação entre Acusação e Sentença*, São Paulo, 2000, p. 140.
37. *Processo Penal*, 14ª edição, São Paulo, 2003, pp. 452 e segs.

Vê-se que de todas as definições e idéias trazidas acerca da congruência ou correlação, não há discrepância na doutrina. Discrepam, entretanto, as linhas da prática, que apresenta decisões variadas, mormente sobre a aplicação dos arts. 383, 384 e 385 do nosso diploma processual em vigor.

## 3. UM BREVE ESTUDO DOS ARTIGOS 383, 384 E 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM VIGOR

O Professor HÉLIO TORNAGHI[38] trata do assunto estudando os arts. 383 a 385 do CPP, sem se referir à teoria da imputação e tampouco à alternatividade desta, que será abordada em tópico próximo do trabalho.

Sobre o art. 383, o grande processualista enuncia que a sentença fica presa ao fato descrito na peça inicial, mas que não há vinculação à classificação do fato. O réu deve defender-se do que está sendo acusado, proclamar em que dispositivo o réu incidiu será tarefa do juiz (o enquadramento). No exemplo do autor, se o Ministério Público narrou uma subtração com emprego de violência e classificou como furto, não há problema: é da narrativa do roubo que o acusado montará o arcabouço defensivo (o dispositivo 383 do Código de Processo Penal trata do caso da sentença versar sobre o mesmo fato contido explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa).

A correlação deve haver entre o fato descrito na denúncia ou queixa e o fato pelo qual o réu é condenado.

O art. 384 do diploma em questão traz o caso de haver nos autos prova de circunstância elementar não referida na acusação. No exemplo de TORNAGHI, a denúncia narra uma subtração de coisa alheia mas não menciona emprego de violência. Dos autos, consta prova da violência (elementar do roubo). Deve o juiz baixar o processo para o réu se pronunciar sobe o fato novo, tendo oito dias para formular alegações sobre isso, apresentar prova e arrolar até três testemunhas...

Se do fato novo – na esteira do mesmo autor - não há possibilidade de aplicar pena mais grave, a lei prevê comportamento para o juiz conforme o *caput* do art. 384, meramente. Se há a possibilidade aludida, aplica-se o parágrafo único do mesmo artigo[39].

De se observar o art. 385, bem como o dispositivo constitucional que garante a ampla defesa... O eminente TORNAGHI defende que, para tornar efetiva tal garantia, o juiz deve dar ao réu a oportunidade de falar sobre *qualquer circuns-*

---

38. *Instituições de Processo Penal*, 4° volume, 2ª edição, São Paulo, 1978, pp. 379 e segs.
39. *Instituições de Processo Penal*, 4° volume, 2ª edição, São Paulo, 1978, pp. 379 e segs. Explicita Tornaghi que a circunstância elementar é elemento essencial de uma infração, enquanto a prova de circunstância acidental não acarreta aplicação do 384.

*tância, se vir que ele pode ser surpreendido com a exasperação da pena.* Pensamos que, se Tornaghi entendeu que o juiz não precisa ouvir a defesa sobre a agravante mas deve ser prudente e dar ao réu oportunidade de se defender completamente, tal atuar do magistrado deve ser erigido à qualidade de dever. Pena de esmorecer a ampla defesa enunciada pela Carta Maior.

Prossegue o Professor, que se há a possibilidade de pena mais grave com a existência da circunstância elementar não referida (mas com prova nos autos), emerge o dever de se aplicar o parágrafo único do mesmo artigo. Abre-se vista ao Ministério Público para que, titular da ação penal pública condenatória, adite a denúncia (ou a queixa subsidiária da ação pública)[40]. Se o Ministério Público, divergindo do Juiz, entende não aditar, aplica-se o art. 28 do Código de Processo Penal, por analogia.

Impõe-se ainda, como quer TORNAGHI, que o art. 385, por sua vez, desvincula o juiz da opinião do Ministério Público nas razões finais, podendo aquele condenar ainda que este requeira a absolvição. Podendo ainda levar em conta agravantes não invocadas pelo acusador... E, neste específico ponto, insta salientar que, conquanto não se argumente a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, será, a nosso ver, afronta à ampla defesa, assumir sua integral aplicação.

Em seu livro de processo penal[41], FERNANDO CAPEZ, após conceituar sucintamente o princípio da correlação, explana sobre a *emendatio libelli*: a tipificação não é relevante para o réu, nem para o juiz; se o MP narrou um roubo e capitulou como um furto, nada impede que o juiz condene pelo roubo, sem ofensa ao contraditório. Sem nada acrescentar de novo ao ensinamento de TORNAGHI, CAPEZ assevera que o acusado se defende da *imputação* de roubo, não da *capitulação* de furto. Há uma simples emenda na acusação, que consiste em mera alteração da classificação legal. Mera aplicação do brocardo *juria novit curia*. Bem como do *narra mihi factum dabo tibi jus*. Mesmo que se imponha pena mais severa. Essa regra se aplica em segunda instância também, mas se a emenda acarretar prejuízo da defesa em caso de recurso apenas da defesa, CAPEZ entende que não poderá o tribunal dar a nova definição, sob pena de violar o princípio da vedação à *reformatio in pejus*.

Já na *mutatio libelli*, detalha CAPEZ que há mudança na acusação, alterando-se a descrição fática que consta da inicial ministerial. Se surge uma prova nova, desconhecida ao tempo da denúncia e que acarreta readequação dos fatos (o exemplo trazido é o da mulher acusada de homicídio, sendo que depois se descobre que a vítima era filho da imputada, a qual agira em estado puerperal), a acusação irá mudar. Há, portanto, dois casos no art. 384.

---

40. Na ação privada, não, pois se o querelante omitiu a elementar, usou seu poder dispositivo...
41. *Curso de Processo Penal*, 9ª edição, São Paulo, 2003.

No *caput*, o juiz não pode condenar o acusado de crime doloso por infração culposa, que exige a descrição da modalidade da culpa em sentido estrito, sendo aquele obrigado a agir conforme o disposto no art. 384, não podendo absolver logo o réu. O acusado tem o direito de saber qual é a nova acusação para que ele possa se defender.

No parágrafo único, há aditamento na acusação, ou melhor, na imputação: há na instrução uma circunstância elementar, que indica ter ocorrido um crime mais grave do que o narrado na denúncia (um roubo, e não, um furto, por exemplo). O juiz determina a baixa dos autos ao Ministério Público para que este adite a denúncia e amolde a acusação aos novos termos. Então é que se abre prazo à defesa para oferecer prova e arrolar testemunhas.

Da mesma forma que o grande TORNAGHI, CAPEZ entende que, caso o promotor não adite, o juiz aplicará o art. 28 do diploma processual.

Esclarece FERNANDO CAPEZ que o art. 384, parágrafo único não permite que a acusação abarque outros fatos – *novos* fatos – por aditamento à denúncia (seria somente possível uma *nova ação penal*), pois a alteração na acusação se limita à nova definição jurídica *do fato* constante da inicial.

No que respeita à possibilidade do reconhecimento, pelo juiz, de agravantes sem alegação, CAPEZ concorda, mas acrescenta que, se a agravante for objetiva, isto é, relativa aos fatos, deverá estar descrita, ainda que implicitamente, na denúncia ou queixa subsidiária, sob pena de *quebra do princípio da correlação*.

Por seu turno, o bem conceituado TOURINHO FILHO[42], ao escrever sobre a sentença, diz que a sentença penal deve ser clara e precisa, indicando qualidade e quantidade das penas, e ainda deve conter-se *nos limites do pedido*. Ainda ressalta, como FREDERICO MARQUES, que na seara cível o pedido precisa ser certo e determinado, enquanto na seara penal basta que a inicial caracterize, perfeitamente, o fato delituoso. TOURINHO diz que aí precisa o pedido ser certo[43] (?!), isto é, a inicial deve descrever bem a espécie delituosa que constitui a causa de pedir[44] (aí, sim!), a razão do pedido, o fato que originou o pedido. No que concerne à quantidade e à qualidade da pena, o pedido é sempre genérico, pois somente ao juiz cabe dizer a pena e sua quantidade.

Também não cabe – acresce o grande TOURINHO - julgamento *ultra, extra* ou *citra petita*. Dessa forma, se o Ministério Público oferece denúncia contra alguém por lesão corporal e na instrução se apura ter havido furto, a sentença apreciará apenas a lesão, eis que a outra infração poderá ser objeto de novo processo, pena de decisão *extra petitum*; já se o Ministério Público oferece

---

42. *Processo Penal*, volume 4, ob. cit.
43. Especificamente aqui, discordamos, como dissemos em linhas anteriores; o pedido é genérico!
44. Aí, sim, com este elemento identificador da ação, tudo estará congruente – a *causa petendi*...

denúncia contra um agente por duas infrações e o juiz somente aprecia somente uma delas, a decisão é nula por ser aquém do pedido. No caso do Ministério Público oferecer denúncia por lesão corporal leve, o juiz não pode condenar por lesão grave sem uma anterior providência...

Por obra do art. 383, sabe-se que o juiz conhece o direito, e que a errada classificação não impedirá a sentença condenatória – afinal, o réu se defende do fato imputado. Não há aí qualquer surpresa para a defesa e, uma vez narrado o fato, o juiz "dá o direito", diz o direito aplicável. *A correlação se faz necessária entre a sentença e o fato contestado,* ensina Tourinho em sua obra.

Na *mutatio libelli,* no art. 384, com a nova capitulação em razão de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida na denúncia, o juiz não pode condenar sem providências, para não violar o direito de defesa. Se surgiu prova de elementar sobre a qual não houve contestação e o juiz pudesse condenar, haveria julgamento *ultra petitum,* se a circunstância elementar deixa a pena inalterada ou a diminui, aplica-se o *caput* do art. 384; se o novo fato importar aplicação de pena mais grave, cai bem na situação o parágrafo único do dispositivo.

Tourinho explica o que vem a ser circunstância elementar, o que sabemos ser bem controvertido em doutrina: o legislador quis se referir não só às elementares propriamente ditas, mas a todas as circunstâncias específicas de uma ou algumas figuras delituosas e capazes de deslocar o tipo fundamental para uma modalidade especial, desde que tais circunstâncias não sejam as agravantes ou atenuantes, pois quanto as primeiras há o art. 385 (não assim quanto às outras, por não haver necessidade).

Enfim, Tourinho Filho não discrepa tanto da maioria da doutrina, nesses particulares.

Paulo Rangel, ao deixar registro sobre o aditamento, estuda em especial o art. 384 do diploma processual penal, dizendo tratar-se de mudança do pedido, *mutatio libelli.* Vimos, entretanto, que há mudança vera na imputação, daí mudar-se a acusação, considerando-se o pedido genérico... O reconhecido autor defende – a neste ponto estamos de acordo – que "à medida que o fato narrado muda, e o réu não se manifesta sobre esta mudança, há violação ao seu direito de defesa"[45]. Rangel se posiciona no sentido de exigir-se o aditamento à denúncia *sempre* que houver mudança no pedido, ou seja:

> "(...) o dispositivo legal exige elementar (ou circunstância) não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia, pois, havendo, haverá mudança do pedido e, neste caso, entendemos que, ficando a pena *menor, igual ou maior,* deverá ocorrer o aditamento à denúncia. Não

45. *Direito Processual Penal,* 7ª edição, Rio de Janeiro, 2003, pp. 299/300.

concordamos com a doutrina que entende que a denúncia somente será aditada se houver aplicação de *pena mais grave*, pois o princípio da congruência (ou correlação entre sentença e pedido) deve ser sempre atendido. O réu não se defende da pena aplicada ao fato cometido, mas sim do fato em si e, se este teve alteração substancial no curso da instrução, face à existência de prova nova, deve a petição inicial penal ser aditada. Do contrário, o réu seria condenado por um fato do qual não se defendeu, em verdadeira afronta às regras que vedam o julgamento *ultra, citra* e *extra petita* (cf. arts. 128 c/c 460, ambos do CPC), bem como aos princípio da ampla defesa, da verdade real e do contraditório."

MIRABETE[46], por sua vez, não inova quanto à *emendatio libelli*, já inclusive que o art. 383 não suscita maiores controvérsias. No que respeita à *mutatio*, MIRABETE sustenta somente haver necessidade de aditamento no caso do parágrafo único, formulando a imputação em novos termos, acrescentando circunstâncias que agravam a acusação. Ressalta, e bem, que não pode, porém, a acusação ser ampliada a novos fatos, os quais estariam restritos à propositura de uma nova ação penal[47].

Faz-se mister assinalar que além de defluir do princípio da correlação entre acusação e sentença, o aditamento, como lembra o prezado Professor AFRÂNIO, tal como vem singelamente tratado neste estudo, não é faculdade do Ministério Público, e sim, decorrente do princípio da obrigatoriedade que deve nortear a atuação ministerial[48]. Em razão da nova prova, no caso do parágrafo único do art. 384, há uma ampliação do *thema decidendum* e, pelo princípio da correlação entre acusação e sentença, provoca-se o aditamento (eis que o juiz não poderia agir de ofício).

Quanto ao art. 385, insta voltar ao que defendem MARCELLUS POLLASTRI e MIRABETE: precisa haver descrição na exordial para que o juiz esteja autorizado a reconhecer as que desta não constam, sob pena de ferir a regra do inciso I do art. 129 da Carta Maior bem como o princípio do contraditório e da ampla defesa...

GERALDO PRADO[49] tem posição ferrenha junto à defesa: pelo princípio da ampla defesa, de previsão constitucional, reduz a mínimas as possibilidades de alteração dos fatos, e, assim, da causa de pedir, no processo penal condenatório.

Após as breves explanações, impende reconhecer uma tal (razoável) uniformidade, no tema, deixando a controvérsia maior - e a invocação, para o ponto seguinte.

---

46. Ob. cit., pp. 453 e segs.
47. Ob. cit., p. 456.
48. Ob. cit., nota 5.
49. *Sistema Acusatório*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2001, p. 165 e segs.

## 4. A EXISTÊNCIA DE IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA NO DIREITO VIGENTE

Como bem disse o brilhante Professor AFRÂNIO SILVA JARDIM[50], não há estudo farto sobre a imputação alternativa, tema que se nos afigura muitíssimo interessante. A questão central é, a nosso ver, indagar se tal *imputação alternativa*, após dados os seus contornos, viola ou não os principais princípios do sistema acusatório moderno, a fim de reconhecê-la ou não no direito pátrio posto.

Para argumentar, o renomado Professor explica o problema do art. 384 do Código de Processo Penal em vigor: a lei nossa dispensa o aditamento à denúncia quando houver uma *mutatio libelli* em benefício da defesa. Ora, acrescenta ele, isso poderia prejudicar em muito o acusado, e inclusive autoriza sinalizarmos com a admissibilidade, em nosso ordenamento, de uma imputação implícita (a mesma imputação, que deve ser certa e determinada, conforme dito linhas acima...)!

Então, se amplamente se reconhece essa forma implícita de imputação no processo penal, não se deveria criticar tanto a imputação alternativa... De fato, como assevera LUIGI SANSÒ[51], referido pelo excelente AFRÂNIO, não admitir imputação implícita não significa não admitir mutação alternativa, pois a imputação implícita é uma *não imputação*, enquanto a imputação alternativa é uma imputação explícita (e se os fatos não são claramente descritos, há uma não imputação).

Sobre a imputação alternativa, em especial, cumpre definir sua ocorrência quando a peça acusatória atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, afirmando que apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo imputado – sendo que todas as hipóteses devem se apresentar *prováveis* em face do lastro do inquérito (imputação alternativa objetiva)[52].

Pode ser também que a alternatividade se refira ao sujeito ativo da infração penal, acarretando litisconsórcio passivo da relação processual (imputação alternativa subjetiva).

A imputação alternativa resulta de um quadro de provas relativamente incerto do inquérito - não de peças de informação, pois ressalta Afrânio que, se há dúvida nas peças, deve-se instaurar inquérito policial para remover a incerteza...

Após o término das diligências de apuração na polícia, o Ministério Público deverá formar a *opinio delicti*, sempre pautado no princípio da

---

50. Ob. cit., nota 5.
51. *La Correlazione tra Imputazione Contestata e Sentenza*, Limano, 1958, Giuffrè, pp. 299/300.
52. Noções de Afrânio Silva Jardim, na obra citada na nota 5, p. 155.

obrigatoriedade. Pode ser, como exemplifica Afrânio, que o caso seja razoável dúvida sobre qual conduta foi de fato praticada pelo indiciado, ou mesmo sobre qual indiciado praticou certa conduta[53].

Um dos casos mais comuns, na prática, é o do exemplo dado por Afrânio. Com aquele quadro de provas, o titular da ação penal deve oferecer denúncia imputando ao indiciado a prática do roubo do veículo ou da receptação dolosa. Haverá uma só acusação, feita de forma alternativa. O juiz, reconhecendo uma das duas condutas narradas, estará afastando a outra conduta.

De fato, além do Professor Afrânio, somente Frederico Marques estuda o tema, mas sem muito se aprofundar. Enuncia a possibilidade (e, por vezes, conveniência) de cumulação de pedidos do processo penal, pois mais de uma acusação pode ser dirigida contra uma só pessoa, numa só denúncia. Explica que em cada acusação, há uma imputação (no que Afrânio diverge, porque diz haver uma acusação só, feita de forma alternativa). E questiona acerca do cabimento, no juízo penal, da formulação de uma acusação alternativa... Responde logo que nada impede – em face de uma situação concreta, que se apresenta equívoca, o acusador possa atribuir um ou outro fato ao réu. Dá o exemplo do furto e da receptação. Cita os italianos que tratam da matéria - Pasquale Saraceno e Luigi Sansò, que admitem a *imputazione alternativa* – isto porque, como a acusação é explícita, isso é que importa. A alternatividade na acusação tem relevância para a imputação, pois para a pena não há problema, já que o pedido é genérico...

Devemos reconhecer, como faz o Professor Afrânio, de forma esclarecedora, que o fato do titular da ação penal explicitar sua dúvida quanto à conduta que o acusado efetivamente praticou não deve assustar, pois não há dúvida de que o agente transgrediu uma norma penal incriminadora – após a colheita da prova e o exercício do contraditório, tal será desvendado... Lembra Afrânio que a denúncia (ou a queixa) é uma proposta, uma probabilidade, e como tal pode levar ao juiz um ou mais fatos para apreciação. Se, ao final, persistir a dúvida, aí, sim, utilizar-se-ão as regras sobre a distribuição do ônus da prova para o rumo do magistrado.

Duas observações feitas pelo Professor Afrânio hão de ser reproduzidas. A primeira é que nosso CPP parece apontar caso de imputação alternativa, no art. 384 , em seu parágrafo único. O aditamento só é necessário se o fato novo

53. Exemplo de Afrânio Silva Jardim: um automóvel foi roubado. Dois dias após, o indiciado é surpreendido dirigindo o veículo em circunstâncias suspeitas. Na polícia, o indiciado nega a autoria do roubo, confessando que comprara o carro de um desconhecido e que sabia da origem criminosa do bem. A descrição física feita pelo proprietário do carro coincide com os caracteres do indiciado, o qual inclusive responde a 3 processos por roubo de carros. Uma testemunha, que retornará ao país em 40 dias, poderá esclarecer sobre a autoria.

não estiver contido, expressa *ou implicitamente*, da denúncia. Então se observa que o Código está por admitir a imputação implícita! Haveria dúvida, como aponta AFRÂNIO, quanto à constitucionalidade disso...

Como reza o *caput* do art. 384, dispensa-se aditamento se o fato novo, conquanto não contido na denúncia, puder levar o juiz a uma definição jurídica mais favorável ao réu. Ora, imperioso é reconhecer, consoante também elucida o Professor AFRÂNIO, que há franca violação ao princípio da *correlação entre acusação e sentença*. Pode haver uma *deteminación alternativa* ou um *accertamento alternativo* sem uma imputação que lhe corresponda.

Atendamos à premissa de que imputação alternativa é, por natureza, expressa imputação. Pois sim: o Supremo Tribunal Federal, como anotou AFRÂNIO, evidenciou que o aditamento do parágrafo único do art. 384 não requer desfazimento da imputação originária (denúncia ou queixa) – ou seja, mesmo que o titular da ação penal adite a inicial para incluir fato que altere a tipicidade, o juiz pode condenar o réu pelo fato imputado originariamente[54].

Interpretação correta pelo STF da regra do CPP – pode surgir uma imputação alternativa, na medida em que o juiz, após o aditamento, apreciará ambas as condutas imputadas. Acolher uma implicará rejeição da outra (imputação alternativa superveniente, e não, cumulativa). Acresça-se que este posicionamento é, de regra, corrente em doutrina processual penal no país. Ou seja, clara hipótese de imputação alternativa através do aditamento à peça acusatória. Conclusão enunciada por AFRÂNIO e a qual acompanhamos: nosso CPP admite a imputação alternativa superveniente, pelo aditamento. Não haveria problema nisso, já que o *caput* do art. 384 está por admitir a imputação implícita e até condenação por fato não imputado, nem implicitamente!?!

## 5. OUTRAS HIPÓTESES DE IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA

Diversamente da imputação alternativa superveniente, prevista e admitida em nosso diploma processual penal, como visto, à imputação alternativa originária há resistência enorme em doutrina e jurisprudência.

A incerteza pode estar restrita ou circunscrita não só à conduta principal praticada (alternatividade ampla), mas a circunstâncias (circunstâncias do fato principal são elementos de tipos qualificados). Por exemplo, se sabido que o indiciado foi autor do furto, mas não se sabe se houve rompimento de obstáculo ou escalada. Ou se há dúvida, no homicídio, se o crime foi pratica-

54. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, vol. 104, p. 1047 (HC). Caso concreto: réu denunciado pelo 171 do CP; com o 384, parágrafo único, o MP aditou para o 297 do CP. Réu condenado pelo 171 do CP. O que a lei não quer é que o réu seja condenado por fato do qual não pôde se defender...

do por motivo fútil ou torpe, ou se foi praticado para facilitar a execução ou assegurar vantagem de outro crime. Há uma imputação alternativa mais restrita, aqui – quanto a modos, fins do agente, motivos do crime. Via de regra, como de forma única demonstrou AFRÂNIO, essa dúvida é lugar-comum no foro e o Promotor de Justiça resolve de forma incorreta: o autor da ação penal imputa ao acusado tudo quanto seja possível, de forma cumulativa. A alternatividade seria mais sincera e ética, diz ele – melhor que por vezes atribuir circunstâncias que até se excluem no caso concreto.

Pode ser ainda que a alternatividade ocorra quanto ao próprio sujeito passivo da imputação, como no caso de incerteza da autoria de crime – o Ministério Público se propõe, então, a provar que um dos dois merece a condenação pedida.

Ainda há a imputação alternativa complexa, bem destrinchada pelo mesmo professor AFRÂNIO. Deixamos, porém, para outra ocasião o exame detido das hipóteses de imputação alternativa, focando o estudo, por ora, no princípio da congruência a que devemos obediência.

## 6. A CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA NOS CASOS DE IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA

A imputação alternativa, tal como apresentamos, com arrimo primeiro na doutrina de AFRÂNIO SILVA JARDIM, nunca será considerada afronta ao sistema acusatório vigente, por não obstar o exercício pleno da defesa (que até, como esclarece AFRÂNIO, tira proveito da dúvida da acusação; a defesa pode impugnar os fatos de forma alternativa). Importante é a prestação jurisdicional estar "balizada" pelos fatos atribuídos ao réu na denúncia/queixa, mantendo-se o *princípio da correlação entre acusação e sentença.* A acusação penal é determinada (pela imputação) e os fatos são atribuídos ao réu de forma concreta. O réu sabe de quais condutas está sendo acusado e pode delas se defender, da forma devida.

Há que se reconhecer, em especial, que os efeitos da coisa julgada alcançarão, por óbvio, ambos os fatos atribuídos alternativamente ao réu. Ampliam-se os limites objetivos (ou subjetivos, na imputação alternativa subjetiva) da coisa julgada no processo penal. Amplia-se o *thema* da decisão (vinculando sempre a prestação jurisdicional).

De tudo o lido e pesquisado, o art. 41 do Código Processual Penal não impede a imputação alternativa. Mesmo o parágrafo único do art. 384 acaba por admiti-la... Mas há doutrina e jurisprudência resistentes... Não se deve tanto resistir frente ao sistema acusatório vigente, que inclusive impele a essa atividade do Ministério Público, obrigatoriamente, isto é, com base no princípio da obrigatoriedade na ação penal pública.

Muitos cegamente defendem que, em nome da correlação entre a acusação e a sentença, a acusação deve ser determinada, a proposta a ser demonstrada deve ser concreta, não se devendo admitir denúncia alternativa, em especial

se há incompatibilidade lógica ente os fatos imputados. Mas acabam por aceitar, na prática, a alternativa imputação. Como na jurisprudência constante do anexo.

As condições (ou mínimos requisitos) necessárias/os para admitir a imputação alternativa resumem-se, na construção inovadora do Professor AFRÂNIO, no seguinte: *a*) denúncia ou queixa com lastro em inquérito concluído; *b*) existência de provas, mesmo leves, que justifique a dúvida sobre a real ocorrência de um ou outro fato a ser atribuído; *c*) os fatos imputados alternativamente devem ser certos e determinados, permitindo o regular exercício do direito de defesa; *d*) os fatos imputados devem ser excludentes reciprocamente, pena de tornar a imputação cumulativa.

Ora, não é crível que se abandonem, neste tom, os elementos identificadores da ação. Imputação é fundamentação de fato, é causa de pedir, e pode haver mais de uma, de forma alternativa, no processo. Regra geral do processo com integral aplicação na seara criminal.

## 8. CONCLUSÃO: POR UMA CONCRETIZAÇÃO DE UM PROCESSO PENAL JUSTO (NÃO SÓ IDEAL) – GARANTIA DA SOCIEDADE E DO ACUSADO

Um *processo penal justo* é o que nossa Carta Magna de 1988 visa a garantir ao acusado, por meio da concreção do princípio de devido processo legal, o processo em que as garantias maiores do sistema acusatório moderno são observadas, segundo os princípios mencionados no início deste breve trabalho. Será, pois, garantia para a sociedade *e* para o acusado, que o Estado possa atribuir-lhe um fato, ou mais de um fato, sempre com *todas* as suas circunstâncias, como refletido acerca do art. 41 do diploma processual vigente.

Ainda que ao final um deles somente reste comprovado e subsista, com a emergência de uma condenação.

Mais ético e mais sincero, como fez o notável AFRÂNIO SILVA JARDIM[55], será atribuir ao réu dois fatos, específica e alternativamente, se ambos estiverem com igual chance de sobrevivência na deflagração da ação penal.

Importará, sim, se ao acusado foi concedida a liberdade plena de se defender, em todas as suas formas, valendo-se de todas as medidas cabíveis, segundo direito, dos dois fatos a si imputados.

Um processo penal justo é um processo garantidor e obediente à justa ampla defesa, ao princípio da congruência ou correlação entre acusação e sentença, o qual revela uma das facetas do relevante princípio do contraditório.

---

55. Ob. cit., nota 5.

*"Es imprescindible que entre el objeto de la acusación y el qui sirve de soporte a la condena haya homogeneidad. La razón de la exigencia es la misma: la proscripción de toda indefensión. Son todas ellas manifestaciones del mismo principio. Si alguien es acusado de hurto y de este delito se defiende, si se encuentra, después, com uma condena por coacciones, aunque la pena sea inferior y hasta le pueda producir satisfacción espiritual el cambio del título de imputación, por tener este último uma menor carga de reproche social, no cabe duda de que ha quedado indefenso porque frente a esse delito de coacciones no se ha podido defender de uma manera eficaz"*[56].

A ampla defesa é, como vemos, arcabouço do sistema acusatório atual, é primordial para que se estabeleça a evolução humana através do processo dialético enfatizado por Afrânio em toda a sua obra. Sem contraditório não há dialética, nem haverá cumprimento dos ditames constitucionais implícitos e explícitos quanto a um justo processo. Sem contraditório e congruência, não se produzirá de forma legítima a frase filosófica *tese + antítese = síntese*, a ser preconizada pelo juiz, após a atividade instrutória que terão movido autor e réu.

Assim é que, concebida a correlação entre a *acusação* e a *sentença*, sempre que evidenciar-se a primeira clara, determinada e precisa, ainda que alternativamente, a sentença guardará as qualidades mesmas, porque conterá julgamento claro, determinado e preciso, sem qualquer surpresa para o acusado. Afinal, este sempre terá tido acesso livre a todas as circunstâncias, de todos os fatos que lhe são atribuídos. Eis aí um processo justo: arrimado na imparcialidade do julgador e no perfeito contraditório, ou seja, na oportunidade ampla de defender-se de tudo quanto que lhe está sendo atribuído.

Cândido Dinamarco[57] registrou que "Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado procura manter". Esclarecemos que as palavras de Dinamarco nos servem para recordar em que terreno o Estado pode e deve mover-se e, de certa forma, em que medida tem esse Estado que ser garantidor do contraditório, e assim também da congruência entre a acusação e a sentença.

É bem tormentoso - ousamos dizer depois da análise feita - descrever exatamente qual esse caminho, qual a medida. Principalmente porque as garantias, os princípios elencados como básicos de um sistema acusatório, posto que insertos no processo penal justo, não são absolutos. São relativos. É nessa relatividade, com o aspecto teleológico do processo, que tem vez a dialética e aparecem como cristalinas as analógicas linhas de Adauto Suannes[58]:

> "Dentre os direitos humanos fundamentais sobressai aquele concernente à liberdade física. Não se ignora que o conceito filosófico de liberdade é sempre relativo. Como ilustramos alhures, imagine-se

---

56. Enrique Ruiz Vadillo, *in El Principio Acusatório y su Proyección em la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo*, p. 27.
57. *A Instrumentalidade do Processo*, 10ª edição, São Paulo, 2002.
58. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*, Revista dos Tribunais, 1999, p. 129.

um macaco que, tendo estado dentro de uma gaiola, dali foge. Aparentemente, conquistou ele sua liberdade. Ocorre que tal gaiola se encontra dentro de um quarto, cuja porta está fechada. Livre, mas não muito. Ao ser aberta a porta, ele se escafede, passando a circular livremente por toda a casa, cuja porta, no entanto, estando trancada, o impede de sair à rua. Novamente, livre, mas não muito. E assim a hipótese pode-se ir desdobrando até o momento em que nosso personagem, encastelado no alto de uma árvore, contempla a lua e a impossibilidade de voar até ela. Livre, mas não muito."

Concretizar um processo penal justo será uma conquista, conquanto não exata, não absoluta, no dia-a-dia, tanto da sociedade e quanto do acusado, e o resultado será fruto do contraditório, da dialética e da congruência.

Novembro de 2003

## 8. BIBLIOGRAFIA


CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal.* 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPOGRASSI, Giudizio. *Processo, Cienza, Verità, in Rivista de Diritto Processuale,* 1950.

COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil,* tradução de Mozart Victor Russomano, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo,* 10ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

IVAHY, Gustavo Badaró Henrique Righi. *Correlação entre acusação e sentença,* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal,* 11ª edição, Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil,* volume I, traduzido por Cândido Rangel Dinamarco, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal,* volume I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito processual Penal,* volume II, Bookseller, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal,* 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro,* 22ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório,* 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal,* 7ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DO STF, Brasília, vol. 104.

SANSÒ, Luigi. *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza, Limano,* Giuffrè, 1958.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, 4° volume, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 4, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994.

VADILLO, Enrique Ruiz. *El principio acusatório y su proyección em la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo*. Madrid: Actualidad Editorial, 1994.

# JUSTIÇA, ABUSO DO DIREITO E MINISTÉRIO PÚBLICO

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA *

SUMÁRIO: 1. O excesso e a intuição do injusto. 2. A injustiça e o abuso do direito. 3. Desenvolvimento e expansão da teoria do abuso do direito. 4. A caracterização do abuso do direito e as respectivas sanções. 5. O Ministério Público, a Justiça e o abuso do direito; 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

## 1. O EXCESSO E A INTUIÇÃO DO INJUSTO

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, em se tornando 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, portanto, chegam a ser intuitivas, tendo sido percebidas pelo homem desde a mais remota antigüidade[2]. Mas também no campo

---

* Alexander Araujo de Souza é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. Semelhante exemplo é trazido à colação 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, 2002, p. 682).
2. No extremo oriente, mais precisamente 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 par 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 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, 2000, p. 182).

das relações intersubjetivas, principalmente no que toca às noções de direito e de justiça, tal se pode verificar.

Na antigüidade 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 idéia 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*, dizia SÃO TOMÁS)"[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, –

---

3. Em *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*" (*Opere e giorni*, tradução do grego para o italiano disponível no site *http://www.biblio-net.com/lett_cla/traduzioni/esiodo_opere.htm*, consultado em 23/07/2004).
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, 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 Cicero, *De officiis*, Liber Primus, X, 33. Disponível no site: *http://www.biblio-net.com/lett_cla/testi/de_officiis.htm*, consultado em 15/07/2004).
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*, Petrópolis, 2002, p. 48).
7. Michel Villey. *Filosofia do direito*, São Paulo, 2003, pp. 71/72.
8. No sentido do texto, Chaïm Perelman, *Ética e direito*, São Paulo, 2002, p. 146.
9. Assim, Mauro Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, pág. 08, Il Mulino, Bologna, 1994: "*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 mesmo sentido, Chaïm Perelman, *op. cit.*, pág. 59. Já afirmava 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, Brasília, 1987, p. 146).

seja sob o aspecto distributivo, seja sobre o prisma comutativo, como já antevia ARISTÓTELES –, repudiará o desarrazoado, o excesso, a desigualdade, o arbítrio, a iniqüidade: seja recorrendo à idéia de uma *"lei universal"*, imposta pela razão prática, consoante IMMANUEL 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 HANS KELSEN[11]; seja jungindo à justiça a noção de igualdade, como o fez NORBERTO BOBBIO[12]; seja com o aporte do elemento eqüidade ou correção (*fairness*)", a partir de uma "posição original", de acordo com a teoria do liberal-igualitário JOHN RAWLS[13]; seja formulando uma "técnica do equilíbrio", segundo RONALD DWORKIN[14]; ou estabelecendo uma conexão conceitual entre a justiça, a verdade e o bem comum, como PETER HÄBERLE[15]; ou, ainda, buscando o conteúdo de uma moral universalista, a partir da pressuposição da argumentação, como quer JÜRGEN 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 afirmar intuitivo, nos tempos atuais, ser a escravidão injusta[20]. Ocorre, porém, que o sentimento de justiça leva em conta, simultanea-

---

10. A respeito, consulte-se Ricardo Terra, *Kant & o direito*, especialmente pp. 11/22, Rio de Janeiro, 2004.
11. Hans Kelsen, *O que é justiça?*, 2001, p. 299.
12. Norberto Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, págs. 06/08, Einaudi contemporanea, Torino, 1997; *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, p. 257/265.
13. John Rawls, *Justiça como eqüidade*, especialmente pp. 55/108, 113/187, 198/204, São Paulo, 2003. A este respeito, pode ser ainda consultada a didática obra de Nythamar de Oliveira intitulada *Raws*, Rio de Janeiro, 2003.
14. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 2002, pp. 246/257.
15. Peter Häberle, *Diritto e verità*, Einaudi contemporanea, Torino, 2000, p. 110
16. Jürgen Habermas, *De l'éthique de la discussion*, especialmente p. 69, Champs Flammarion, Paris, 1992, pp. 67/72.
17. Assim, Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 246; John Rawls, *op. cit.*, pp. 40/41; Alf Ross, *Diritto e giustizia*, p. 254, Piccola Biblioteca Einaudi – Scienze sociali, Torino, 2001. Em sentido aproximado, Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 292/293.
18. O exemplo mencionado é extraído de Alf Ross, *op. 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 vai conseguindo a sua vez. É 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 edição, Porto Alegre, 1998, p. 45).
20. Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 246.

mente, 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; traçar os exatos contornos soa penosamente intrincado, diante das inegáveis concepções particulares que pode aquela vir a assumir. Situação similar se verifica, por exemplo, quando se tenta passar à definição do que seja 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 mesmo a escolha do qualificativo *injusto* supõe que se apele

---

21. Chaïm Perelman, *op. 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, *op. cit.*, pág. 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" (*op. 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" (*op. cit.*, p. 8).
24. Já questionava Denis Diderot, em seu *Tratado sobre o belo*: "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?" (*in Obras II* – Estética, poética, contos, São Paulo, 2000, p. 232).
25. Jayme Paviani, *Platão & A República*, Rio de Janeiro, 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, 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 muito mais fácil reconhecer que uma determinada resolução seria injusta do que qual seria a única justa" (*Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, 1997, p. 257). Tal proceder também pode ser observado, em certa medida, na obra de 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" (*op. cit.*, p. 82).

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 desarrazoado, à tirania, ao excesso, à iniqüidade, ao descomedimento, enfim, ao abuso, os quais intuitivamente ter-se-ão por *injustos*.

## 2. A INJUSTIÇA E O ABUSO DO DIREITO

Cuidando-se de noções complexas, como as dos qualificativos *justo* e *injusto*, não existe procedimento unanimemente admitido referente ao seu manejo. Porém, sempre 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, conseqüentemente, como intolerável[30]. Vê-se, portanto, que imbricada à noção de *injusto* tem-se a do *abuso*, a qual se interpenetra com a idéia de *uso desarrazoado*. Esta assume relevante papel no âmbito dos sistemas jurídicos, notadamente no que toca ao denominado *abuso do direito*[31]. O recurso à etimologia já revela a afinidade deste instituto com a iniqüidade, com a ausência de razoabilidade: o vocábulo abuso deriva do latim *abusus*, significando *ab*: contra, afastamento, e *usus*: uso[32]; vale dizer, abusar de um direito significa afastar-se de seu uso normal, utilizá-lo inadequadamente[33].

---

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 eqüitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença)" (*Justiça como eqüidade*, pág. 60, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003). Em sentido aproximado, porém com substancioso desenvolvimento, *vide* Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 234/275.
29. Em conformidade com o texto, Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 682.
30. Quase textualmente é o que escreve Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 682.
31. Assinala, com propriedade, 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).
32. 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 edição, Rio de Janeiro, 1986, p. 17).
33. Em idêntico sentido, recorrendo à etimologia, *vide* Levanti Sandra, *Abuso del diritto*. Texto disponível no site: *http://www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html*, consultado em 05/03/2004.

Tal conexão entre o abuso do direito e a intelecção do que seja injusto ou desarrazoado 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[34], 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 eqüidade, e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado"[35]. Predomina, portanto, entre estes a idéia de que entre direito e moral existem conexões necessárias, seja sob o plano conceitual, seja sob o normativo[36].

O aporte do elemento moral, bem como do substrato ético, sem dúvida, foi decisivo na tentativa de moldar ou delimitar a concepção do abuso do direito[37]. Vários jurisconsultos recorreram à noção de moral em seu intento de defender a tese de ser possível o exercício abusivo dos direitos[38]. Assim, por exemplo, GEORGES RIPERT chegou a afirmar não se cuidar de simples problema de responsabilidade civil, mas "de uma questão geral de moralidade no exercício dos direitos"[39]. Houve até quem chegasse a sustentar que o art. 2° 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"[40]. As tentativas de fixação dos contornos do abuso do direito, realizadas pelos legisladores ou pela doutrina, sempre se reportam a expressões como

---

34. Assim, por exemplo, Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 230/231.
35. Chaïm Perelman, *op. cit.*, p. 299. Aproximada, neste sentido, a passagem de Albert Calsamiglia sobre Ronald Dworkin: "*En resumen, la crítica 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*, in Los derechos en serio, p. 12, Barcelona, 2002).
36. Robert Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Biblioteca Einaudi, Torino, 1997, p. 20. Concepção similar, sob outra ótica, pode ser vista ainda em Adolfo Sánchez Vásquez, *Ética*, Rio de Janeiro, 1982.
37. Neste particular, soa oportuno trazer à coleção o ensinamento de 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", in Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires, 1998, p. 315).
38. A afirmação também é de Leonardo Mattietto, *Do abuso de direito: perfil histórico da teoria*. Texto disponível no site: *http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/do_abuso_de_direito.html*, consultado em 23/07/2004.
39. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949, p. 159.
40. Claude Du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 4.ed. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1967, p. 316.

*boa-fé, finalidade econômica ou social* ou *bons costumes*, as quais têm suas acepções vinculadas necessariamente a uma essência de moralidade ou de eticidade[41].

## 3. DESENVOLVIMENTO E EXPANSÃO DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

A germinação da noção do exercício abusivo de um direito remonta, no mínimo, à velha Roma[42]. 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[43]. 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 fecit, 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[44]. 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[45]. Deve-se assentar, neste particular, não ser 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[46]. Assim, preceitos porventura contraditórios acabavam por se acomodar às exigências impostas pela evolução social.

---

41. 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 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, 1940, p. 430).
42. Assinala, com precisão, 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 de direito*, in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 13, Rio de Janeiro, janeiro a março de 2003, p. 97).
43. Assim, Giuseppe Grosso, *Abuso del diritto (diritto romano), in Enciclopedia del Diritto*, v. I, p. 161. Milano: Giuffrè, 1958; Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 131, Rio de Janeiro, 1999; Heloísa Carpena, *Abuso do direito nos contratos de consumo*, Rio de Janeiro, 2001, p. 39.
44. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Tome deuxieme. Paris, 1956, p. 391.
45. Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*. Paris, 1927, pp. 3/4.
46. Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*, p. 246, Rio de Janeiro, 2003. Como assevera o mesmo autor, "O Código de Drácon não foi abolido pelo de Sólon, nem as Leis Reais pelas Doze Tábuas. A

Não restam dúvidas, porém, que a *idéia* do exercício abusivo dos direitos já se fazia presente no direito romano[47]. Inclusive na órbita processual, dentre outros institutos, já se podia vislumbrar tentativa de repúdio ao abuso e à temeridade das partes com a *legis actio sacramento*, bem como à resistência maliciosa do demandado no instituto da *infitatio*; ou punições à conduta não correta do autor com a *pluris petitio*; a similar objetivo visava o instituto do *iusiurandum calumniae*, no qual o autor assumia formal empenho de *non vexandi adversarii gratia actionem instituere*, e o demandado de *non calumniae causa infitias ire*[48]. Enfim, 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[49].

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[50]. 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"[51]. O titular

---

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).

---

47. Assim, Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, pp. 03/04. Paris: Dalloz, 1927; Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 391; Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp & Martin Wolff. *Derecho civil (parte general)*. Primer Tomo, II. Tradução de Blás Perez González e José Alguer. Barcelona, 1935, p. 531; Pedro Baptista Martins, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2002, p. 17; Alexandre Augusto de Castro Corrêa, *Abuso de direito (direito romano)*, *in Enciclopédia Saraiva de Direito*, V. 2, São Paulo, 1977, p. 48; Rodolfo L. Vigo, *op. cit.*, p. 310.
48. Francesco Cordopatri, *L'abuso del processo, I, Pressuposti storici*, Padova, 2000, p. 95. Sobre os institutos mencionados, *vide* ainda, Osvaldo Alfredo Gozaíni. *Temeridad y malicia en el proceso*, pp. 31/33, Buenos Aires, 2002 e *La conducta en el proceso*, pp. 19/20. La Plata, 1988; Walter Zeiss, *El dolo procesal – Aporte a la precisación teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*, pp. 14/20. Buenos Aires, 1979. Para uma completa análise, inclusive de outros vários institutos, com ampla referência bibliográfica, *vide* Francesco Cordopatri, *op. cit.*, pp. 51/314.
49. Assim, Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Volume I, Rio de Janeiro, 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 1.53; Cl, 8.51.2). Não obstante estes textos, opinião predominante assevera não existir em Roma essa teoria. As leis, a eqüidade 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?, *in Revista de Direito Civil*, v. 19, nº 71, São Paulo,jan./mar. 1995).
50. Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del derecho*, Buenos Aires, 1992, p. 99.
51. Pedro Baptista Martins, *op. cit.*, p. 18.

do direito agiria com *animus nocendi* ou *vexandi*[52], 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 idéias, 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*[53]. A oposição a esta teoria, porém, não foi de pouca monta. Escritores houve, como MARCEL 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 [54].

Todavia, os direitos até então tidos como absolutos (como por exemplo o direito de propriedade)[55] não se coadunavam com a realidade vigente, tendo de se curvar à tese da relatividade, pois, como bem observou o notável PONTES DE MIRANDA, "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"[56]. Passou-se a entender, portanto, de maneira predominante, que o direito, em verdade, não é um conceito absoluto, havendo limites ao seu exercício[57].

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

---

52. Carlos Fernández Sessarego, *op. cit.*, p. 99.
53. Com precisão, José Carlos Barbosa Moreira consigna que "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" (*op. cit.*, p. 97).
54. 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, Paris, 1949, p. 337).
55. 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*".
56. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I, Rio de Janeiro, 1996, p. 354.
57. Mariano D'Amelio. *Abuso del diritto, in Nuovo Digesto italiano*. Torino, 1937, p. 49.

vizinho, 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[58]. 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[59]. 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[60].

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[61]. A primazia parece haver cabido ao Código Civil alemão de 1900, o qual em seu § 226 dispôs: "*Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*"[62]. Por sua vez, e com conotação um pouco distinta da alemã, o Código Civil suíço, de 1907, em seu art. 2°, 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*".

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 econômico

---

58. O caso é citado por Carlos Fernández Sessarego, *op. cit.*, pp. 109/110.
59. O exemplo é mencionado por Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1927, pp. 28/29.
60. 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 droits*, Paris, 1927, pp. 27/28.
61. 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" (*op. cit.*, p. 355).
62. "É inadmissível o exercício de um direito, quando só possa ter o fim de causar dano a outrem" (tradução livre do autor).

desse direito". O Código Civil espanhol de 1889, inicialmente não fez previsão quanto ao abuso de direito, todavia, seu Título Preliminar foi reformado em 1974, passando 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 *artículo* 1912: "*Cuando al ejercitar un derecho se cause dano a outro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejercitó a fin de causar el dano, sin utilidad para el titular del derecho*".

Na Argentina, por força da Lei nº 17.711, de 1968, o art. 1.071 de seu Código Civil 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 reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*"[63].

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 *artículo 1.185*: "*El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a outro, esta obligado a repararlo. Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a outro, 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*".

---

63. 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*, *in Revista de Derecho Privado y Comunitario* 16, Buenos Aires, 1998, pp. 209/286, e Luis Moisset de Espanés, *El abuso del derecho*, Disponível no site: *http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf*, consultado em 23/07/2004.

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 àquele, dispondo, também no mesmo *artículo* II de seu Título Preliminar, que *"la ley no ampara el ejercício abusivo del derecho. Al demandar, el interesado 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 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"*[64].

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 de 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". 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 de direito. 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[65]. Também se enxergou no art. 554 do mesmo Diploma[66], ao

---

64. Especificamente sobre o Peru, *vide* Marcial Rubio Correa, *El abuso del derecho en el Perú*, *in* Abuso del derecho, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16, Buenos Aires, 1998, pp. 193/207.

65. Neste sentido, Clóvis Bevilaqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1940, p. 429; J. M. de Carvalho Santos. *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral. Volume III, Rio de Janeiro, 1950, p. 338; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1996, p. 536; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, 1° Volume, São Paulo, 1991, p. 282; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil – Parte geral*, Volume I, 18ª edição, São Paulo, 1988, p. 337; José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 100.

66. Dispunha 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".

reprimir o uso nocivo da propriedade, uma aplicação da referida teoria[67]. Mas o Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 3°, fez alusão expressa ao instituto: "Responderá por perdas e danos a parte que intentar a demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro". E o parágrafo único do referido dispositivo aduzia: "O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo". 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 determinado que "a propriedade atenderá a sua função social", estabelecendo regras sobre a função social da propriedade urbana (art. 182, § 2°) e rural (art. 186)[68].

Atualmente, os reclamos ao abuso do direito podem ser verificados nos mais variados setores do universo jurídico[69]. 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, podendo ser generalizada a ponto de se erigir em *verdadeiro princípio geral*[70].

No próprio direito civil, o abuso se pode verificar, *e.g.*, no direito de propriedade, nas relações contratuais[71], no exercício do pátrio poder (hoje melhor

---

67. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituição de direito civil*, Volume I, Rio de Janeiro, 1994, p. 431.
68. Dispõe o art. 182, § 2°, 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".
69. Neste sentido, dentre inúmeros, cite-se, na doutrina italiana, Anna Canova, *Atti emulativi e abusi del diritto proprio*, artigo disponível em *http::/www.giuridicamente.com/atti.html*, consultado em 02/08/2004. *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.*, pp. 209/286.
70. Assim, Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp & Martin Wolff. *Derecho civil (parte general)*. Primer Tomo II, Barcelona, 1935, pp. 531/532. 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" (*op. cit.*, p. 682).
71. A respeito deste tema, em especial, *vide* Rosalice Fidalgo Pinheiro, *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro, 2002.

denominado *poder familiar* pelo art. 1.603 do Código Civil de 2002)[72] e mesmo nas relações conjugais[73]. No campo empresarial, é comum a invocação do abuso no direito, por maiorias ou minorias societárias[74] e também nos requerimentos abusivos de falência (art. 20 do Decreto-lei nº 7.661/45)[75]. Nas relações de consumo, também no âmbito contratual[76], ou em questões relativas à desconsideração da personalidade jurídica[77], a figura do abuso também pode fazer-se presente. Ainda se pode vislumbrar referido instituto no direito do trabalho (*v.g.*, no exercício abusivo do direito de greve). 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[78]. 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 no procedimento eletivo[79]. O abuso também pode verificar-se no

---

72. Precisa, no tocante à nomenclatura, a advertência de 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 de direito, *in Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 13, Rio de Janeiro, janeiro a março de 2003, pp. 106/107).
73. Sobre o abuso nas relações conjugais, consulte-se, na doutrina argentina, Eduardo A. Zannoni, *El abuso de derecho y las relaciones conyugales, in Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires, 1998, pp. 127/137.
74. Especificamente na doutrina argentina, *vide* Héctor Alegría, *El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas, in Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires, 1998, pp. 319/392.
75. Dispõe o art. 20 da Decreto-lei nº 7.661/45 (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".
76. *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, 2001.
77. 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).
78. Assim, Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo, 1966, pp. 78/79.
79. Discorrendo com propriedade 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, in Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 11, jan./jul.2000, p. 95).

direito processual civil[80], por exemplo, com o instituto da litigância de má-fé (art. 17 do Código de Processo Civil)[81] 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 vem estatuindo as mais recentes codificações latino-americanas, como na Venezuela[82], no Paraguai[83], na Colômbia[84] e no Equador[85]. Frise-se que até mesmo no ramo do

---

80. 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, 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, 2002, e Brunela Vieira de Vincenzi, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo, 2003.
81. 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, 2000.
82. Assim, por exemplo, o *Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela*, de 1998, que em seu *artículo* 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*".
83. O *Codigo Procesal Penal* do *Paraguay*, também do ano de 1998, dispôs em *seu artículo* 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* (...).
84. No ano de 2000, o *Código de Procedimiento Penal* da Colômbia, estabeleceu em seu *artículo* 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*".
85. 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*".

direito internacional público podem os Estados soberanos exercer abusivamente direitos que lhes são conferidos[86].

## 4. A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO E AS RESPECTIVAS SANÇÕES

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 alguma resistência doutrinária[87], pode-se afirmar que as figuras do abuso do direito e do ato ilícito distinguem-se de maneira nítida. Como bem assinala Heloísa Carpena, "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. Por este mesmo motivo pode-se afirmar que o abuso supõe um direito subjetivo lícito atribuído a seu titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico. Já o ilícito, por ser contrário à disposição legal, mostra-se previamente reprovado pelo ordenamento, não comportando controle de abusividade"[88]. Mas às figuras da violação de direito alheio (art. 186) e do

---

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

87. Já sob a égide do Código Civil de 1916, sustentava a identificação do abuso do direito com o ato ilícito Everardo da Cunha Luna, *O abuso de direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 1988, p. 55, e J. M. de Carvalho Santos, *op. cit.*, pp. 338/339.

88. *O abuso do direito no Código Civil de 2002 – Relativização de direitos na ótica civil-constitucional, in* A Parte Geral do novo Código Civil (obra coordenada por Gustavo Tepedino), p. 382. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2003. No mesmo sentido, pondera 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*" (*op. cit.*, p. 104). No mesmo sentido, Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, 14ª edição, Rio de Janeiro, 1999, p. 135.

abuso do direito (art. 187) atribuiu-se uma conseqüência comum, segundo o art. 927: "*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*".

Para a caracterização do abuso do direito, a pedra de toque fundamental é a ultrapassagem de determinados limites, quando do respectivo exercício do direito. "Tais limites 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"[89]. As expressões elencadas como critérios para a aferição do ato abusivo se consubstanciam em conceitos juridicamente indeterminados, competindo ao Juiz concretizá-los, tendo em vista as característica de cada espécie.

Já no tocante às sanções ao abuso do direito, uma se mostra bastante clara, saltando aos olhos: a obrigação de reparar o dano causado, resultante da conduta abusiva, consoante estabelecido no art. 927 do novo Código Civil. Esta a regra geral: o dano causado pelo exercício abusivo de um direito leva à indenização. Mas à sanção pecuniária também fizeram alusão outros diplomas legais, como o Código de Processo Civil, ao reprimir a litigância de má-fé (art. 16)[90], ou ao impor multa ao recorrente que interponha embargos de declaração manifestamente protelatórios (art. 538, parágrafo único)[91]. Também assim a o parágrafo único do art. 20 da Decreto-lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), na hipótese de falência abusivamente requerida[92].

Mas por um outro modo o abuso do direito pode vir a ser sancionado de maneira genérica pela ordem jurídica: "quando possível e adequado, mediante a supressão ou anulação do fato ou ato abusivo, restabelecendo-se o *statu quo* ante"[93]. Como afirmou José Carlos Barbosa Moreira, "basta deixar de aplicar a regra consagradora do benefício que se quis maliciosamente fazer incidir"[94].

---

89. José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 105.
90. Dispõe o art. 16 do Código de Processo Civil: "responderá por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente".
91. Já o art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, estatui: "Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de um por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento (10%), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo".
92. Dispõe o parágrafo único do art. 20 da Decreto-lei nº 7.661/45: "Por ação própria, pode o prejudicado reclamar a indenização, no caso de culpa ou abuso do requerente da falência denegada".
93. Miguel Maria de Serpa Lopes, *op. cit.*, p. 540.
94. José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 102.

## 5. O MINISTÉRIO PÚBLICO, A JUSTIÇA E O ABUSO DE DIREITO

As mais diversas concepções acerca das origens históricas do Ministério Público vinculam os possíveis antecedentes desta instituição à idéia de Justiça. Seja com os antigos funcionários do Egito antigo, conhecidos como *magiaí*, que tinham a "função de denunciar os infratores, participar dos atos de instrução, zelar pelos interesses do soberano e proteger os cidadãos pacíficos"[95]. Ou com os *Procuratores Cæsaris*, instituídos pelo Imperador AUGUSTO (27 a. C./ 14 d. C.), e que cuidavam da gestão dos domínios imperiais e da arrecadação de receitas, passando, subseqüentemente, a confiscar bens de cidadãos condenados, interessando-se, deste modo, pela persecução criminal[96]. Também assim com os *Gemeiner Anklager*, na então Alemanha do século X, os quais ficavam encarregados de exercer a acusação criminal, diante da inércia do particular[97]. Diga-se o mesmo a respeito dos *procurateurs du Roi*, aos quais fez referência a *Ordonnance* de 25.03.1302, de *Philippe, le Bel*, sendo que as *Ordonnances* de 28.12.1335, de 20.07.1367 e de 22.11.1371, encarregaram os *procurateurs* de perseguir os fatos criminosos castigados pelas Ordenações, inclusive se a parte lesionada não o fizesse[98].

Modernamente, intensificou-se ainda mais a relação do Ministério Público com os proclamos da Justiça. Assim, a Constituição da República de 1988, em seu Título IV ("Da organização dos poderes"), após regulamentar o Poder Judiciário, abriu um Capítulo IV, intitulado "Das funções essenciais à Justiça", sendo o Ministério Público a primeira instituição a figurar dentre as assim consideradas. Já no primeiro artigo a cuidar da instituição ministerial, proclamou o constituinte ser ela *"essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"*. Quanto à redação deste preceito constitucional, já se afirmou, com propriedade: "Unindo as características do substantivo instituição e do adjetivo essencial, é possível afirmar que somente o Ministério Público pode desempenhar as atividades que lhe tenham sido privativamente outorgadas pelo Constituinte originário e pelo legislador infraconstitucional, e que são imprescindíveis à salvaguarda do bem-estar da população, vale dizer, à consecução do ideal de Justiça"[99].

Mas como guardião da ordem jurídica, o Ministério Público também possui importante função na prevenção e repressão ao abuso do direito. Sempre

---

95. Emerson Garcia, *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro, 2004, p. 8.
96. Hugo Nigro Mazzilli, *Regime jurídico do Ministério Público*. 5ª edição. São Paulo, 2001, pp. 42/43.
97. Emerson Garcia, *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro, 2004, p. 8.
98. Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*. 2º Volume. 17ª ed. São Paulo, 1995, p. 298.
99. Emerson Garcia, *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro, 2004, p. 42.

que atuar como autor ou interveniente, em qualquer relação jurídica, no desempenho de sua missão de defesa da ordem jurídica, deverá prevenir a ocorrência do exercício abusivo dos direitos; ou ainda buscar a devida efetivação da sanção, quando aquele se verificar. Assim, por exemplo, no âmbito cível, no qual parecem avultar as hipóteses de abuso dos direitos, quando chamado a intervir nos termos do art. 82 do Código de Processo Civil[100]. Já no processo penal, a par da titularidade privativa da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição da República), expressão de parcela da soberania estatal[101], atua também o *Parquet* promovendo e fiscalizando a execução da lei (art. 257 do Código de Processo Penal). Quanto a esta última função, impõe-se ao Ministério Público, sempre respeitando as garantias constitucionais do acusado, – pelas quais, inclusive, tem o dever de velar –, impedir a chicana processual, bem como os propósitos protelatórios da defesa técnica. A impostergável e sacrossanta garantia da ampla defesa (art. 5°, LV, da Constituição da República) deve ser exercida sempre de acordo com os ditames legais.

Advirta-se, porém, que o próprio Ministério Público, seja como agente, seja como interveniente nas relações jurídico-processuais, deve esquivar-se de abusar dos direitos de que é titular. Cumpre asseverar, com efeito, que, diante de sua importantíssima destinação constitucional, na quase totalidade dos casos, os agentes ministeriais não agirão de maneira dolosa ou fraudulenta, o que lhes poderia trazer responsabilização pessoal, nos termos do art. 85 do Código de Processo Civil[102]. Porém, em algumas hipóteses não será impossível uma atuação temerária, leviana ou mesmo abusiva.

Portanto, não poderá, por exemplo, no processo penal, ajuizar temerariamente a ação penal pública, cujo exercício lhe é privativo por mandamento constitucional (art. 129, I, da Constituição da República). A acusação deverá sempre se lastrear em um suporte probatório idôneo, sobe pena de tornar-se a expressão arbitrária da vontade pessoal do órgão acusador[103]. Por outro lado,

---

100. Dispõe o art. 82 do Código de Processo Civil: "Compete ao Ministério Público intervir: I – nas causas em que há interesses de incapazes; II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade; III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte".
101. Hugo Nigro Mazzilli, *op. cit.*, p. 407.
102. O art. 85 do Código de Processo Civil estatui: "O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude".
103. Assim, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: "O abuso do poder de acusar e a possibilidade de seu controle jurisdicional. A imputação penal não pode ser a expressão arbitrária da vontade pessoal do órgão acusador. A válida formulação de denúncia penal supõe a existência de base empírica idônea, apoiada em prova lícita, sob pena de o poder de acusar – consideradas as graves implicações de ordem ético-jurídica que dele decorrem – converter-se em instrumento de abuso estatal" (STF, 2ª Turma, *HC* 80.542/MG, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 26.06.2001, p. 34).

vale também aqui a advertência de não ser o simples fato de o pedido formulado na ação penal vir a ser julgado improcedente, que levará ao cometimento de qualquer ilícito[104]. Também deverá abster-se de requerimentos de prisões preventivas infundados, ou desnecessários às finalidades do processo[105]. Ainda de maneira exemplificativa, apesar de autorizado pelo art. 654 do Código de Processo Penal, não será possível ao órgão do Ministério Público impetrar *habeas corpus* com desvio de finalidade, visando a tutelar interesses outros que não os daquele submetido à coação ilegal em sua liberdade de locomoção[106].

No plano processual civil, dispõe o Código de 1973, em seu art. 82 que *"o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes"*. A parte final do dispositivo deixa claro que o *Parquet* se submete aos mesmos gravames que às partes. Logo, como autor, poderá vir a ser condenado a reparar o dano causado, nos termos do art. 16 do Código de Processo Civil, quando pleitear de má-fé, ou

---

104. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Não pode ter curso ação penal contra membro do Ministério Público pelo crime de denunciação caluniosa senão quando evidente a temeridade ou o abuso de poder. Se a investigação policial leva à suspeita consistente, o Ministério Público deve agir na conformidade de seu dever constitucional, não quedando intimidado pela perspectiva da acusação de denunciação caluniosa sempre que resultar provada a inocência do suspeito. Hipótese de trancamento da ação penal por atipicidade" (STF, 2ª Turma, *HC* 74.318, Rel. Min.Francisco Resek, *DJU* de 17.12.1996, p. 441).

105. A respeito dos requerimentos abusivos de prisão preventiva dispuseram os Códigos de Processo Penal da Venezuela e do Paraguai. O *Código Orgánico Procesal Penal* da Venezuela, de 1998, em seu *artículo 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". Já o *Código Procesal Penal* do Paraguai, também do ano de 1998, dispôs em seu *artículo 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 (...)"(destaques nossos).

106. Decidiu o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez: "*Habeas corpus*. Legitimação ativa do Ministério Público. Utilização abusiva contra o interesse do paciente: não conhecimento. A legitimação do Ministério Público para requerer *habeas corpus* é um poder a ser utilizado segundo a destinação própria do instrumento processual, qual seja, a de garantir a liberdade de locomoção ilicitamente coarctada ou ameaçada: utilizar-se o Ministério Público de *habeas corpus* – ainda que em nome da melhor interpretação da lei – para alcançar objetivos potencialmente lesivos à liberdade do cidadão é caso típico de abuso de poder, com o qual não transige o Tribunal" (STF, 1ª Turma, *HC* 72046/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 09.06.1995, p. 17.232); "O Ministério Público dispõe de legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar, em favor de terceiros, a ação penal de *habeas corpus*. O remédio processual do *habeas corpus* não pode ser utilizado como instrumento de tutela dos direitos do Estado. Esse *writ* constitucional há de ser visto e interpretado em função de sua específica destinação tutelar: a salvaguarda do estado de liberdade do paciente. A impetração de *habeas corpus*, com desvio de sua finalidade jurídico-constitucional, objetivando satisfazer, ainda que por via reflexa, porém de modo ilegítimo, os interesses da Acusação, descaracteriza a essência desse instrumento exclusivamente vocacionado à proteção da liberdade individual" (STF, 1ª Turma, *HC* 69889/ES, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 01.07.1993, p. 13.143).

responder pelas despesas relativas ao retardamento ou à repetição do ato processual a que tiver dado causa (art. 29 do Código de Processo Civil). Ajunte-se, finalmente, que, na importantíssima função de tutela dos interesses transindividuais, por intermédio do ajuizamento de ações civis públicas (art. 129, III, da Constituição da República), possível temeridade, má-fé ou exercício abusivo, por parte do agente do Ministério Público, implicará condenação por perdas e danos causados. Apesar de o art. 87, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90, e o art. 17 da Lei nº 7.347/85, não se referirem diretamente ao *Parquet*, a responsabilização se impõe, por violação ao dever de lealdade processual imposto a todos os litigantes[107].

## 6. CONCLUSÕES

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

*a*) Desde a mais remota antigüidade, 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 iniqüidade, 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 comportamento moral. Predomina, portanto, entre estes a idéia de que entre direito e moral existem conexões necessárias, seja sob o plano conceitual, seja sob o normativo;

---

107. É o que afirma Kazuo Watanabe: "Também os demais legitimados do art. 82 devem responder pela litigância de má-fé, pois essa é a regra que vige no sistema processual pátrio por força das normas inscritas nos arts. 16, 17 e 18 do CPC. A lealdade processual é um dever que se impõe a todos os litigantes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas. O parágrafo único do art. 87 não teve o objetivo de limitar às associações a responsabilidade pela litigância de má-fé" (*Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, 4ª edição, Rio de Janeiro, 1998, p. 533). Na mesma obra, quanto ao art. 17 da Lei nº 7.347/85, assevera Nelson Nery Júnior: "A lei não distingue quem pode ser considerado litigante de má-fé. Assim, podem ser levados à categoria de litigante de má-fé o autor, o réu, os litisconsortes, os sucessores processuais e os intervenientes (Ministério público, assistente simples, assistente litisconsorcial, chamado ao processo, litisdenunciado, opoente, terceiro prejudicado, arrematante, credor hipotecário que requer a adjudicação ou remidor)" (*Código brasileiro de defesa do consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, 4ª edição, Rio de Janeiro, 1998, pp. 655/656).

*d*) A *idéia* 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 idéias, 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;

*j*) O Ministério Público, desde as mais diversas concepções acerca de suas origens históricas, até as sua mais moderna concretização, sempre foi uma instituição vinculada intrinsecamente à idéia de Justiça;

*l*) Como guardião da ordem jurídica, o Ministério Público também possui importante função na prevenção e repressão ao abuso do direito. Sempre que atuar como autor ou interveniente, em qualquer relação jurídica, no desempenho de sua missão de defesa da ordem jurídica, deverá prevenir a ocorrência do exercício abusivo dos direitos; ou ainda buscar a devida efetivação da sanção, quando aquele se verificar;

*m*) Advirta-se, porém, que o próprio Ministério Público, seja como agente, seja como interveniente nas relações jurídico-processuais, deve esquivar-se de abusar dos direitos de que é titular.

## 7. BIBLIOGRAFIA


ALEGRÍA, Héctor. *El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas*, in *Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 1998.

ALEXY, Robert. *Concetto e validità del diritto* (trad. italiana do original *Begriff und Geltung des Rechts*). Torino: Biblioteca Einaudi, 1997.

ARISTÓTELES. *Obra jurídica*. São Paulo: Ícone Editora, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Volume I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940.

BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi Contemporanea, 1997.

_____ . *Teoria generale della politica*. Torino: Biblioteca Einaudi, 1999.

CALSAMIGLIA, Albert. *Ensayo sobre Dworkin*, in *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 2002.

CANOVA, Anna. *Atti emulativi e abusi del diritto proprio*. Disponível no site *http://www.giuridicamente.com/atti.html*, consultado em 02/08/2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina*, in *Revista de Derecho Privado y Comunitario 16*. Buenos Aires: Rubinzal–Culzoni Editores, 1998.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

_____ . O abuso do direito no Código Civil de 2002 – Relativização de direitos na ótica civil-constitucional, in *A Parte Geral do novo Código Civil* (obra coordenada por Gustavo Tepedino). 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CICERO, Marcus Tullius. *De officiis*, Liber Primus, X, 33. Disponível no site: *http://www.biblio-net.com/lett_cla/testi/de_officiis.htm*, consultado em 15/07/2004.

CORDOPATRI, Francesco. *L'abuso del processo, I, Pressuposti storici*. Padova: Cedam, 2000.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. *Abuso de direito (direito romano), in Enciclopédia Saraiva de Direito*, V. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

CORREA, Marcial Rubio. *El abuso del derecho en el Perú*, in *Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores, 1998.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Ediouro: Rio de Janeiro, 2003.

DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Dalloz: Paris, 1952.

D'AMELIO, Mariano. *Abuso del diritto*, in *Nuovo Digesto italiano*, I, A-AU, a cura di Mariano D'Amelio con la colaborazione de Antonio Azara. Torino: Unione Tipografico — Editrice Torinese, 1937.

DIDEROT, Denis. *Obras II – Estética, poética e contos*. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. 4.ed. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1967.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (tradução espanhola do original *Taking rights seriously*). Barcelona: Ariel Derecho, 2002.

ENNECCERUS, Ludwig, Kipp, Theodor, & Wolff, Martin. *Derecho civil (parte general)*, Primer Tomo, II. Tradução de Blás Perez González e José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1935.

ESPANÉS, Luis Moisset de, *El abuso del derecho*, Disponível no site: *http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf*, consultado em 23/07/2004.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho, *Processo Penal*. 2° Volume. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. O abuso de poder no procedimento eletivo, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 11, jan./jul. 2000.

GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 14ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro,1999.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y malicia en el proceso*. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores, 2002.

_____ . *La conducta en el proceso*. La Plata: Libreria Editora Platense, 1988.

GROSSO, Giuseppe. *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, v. I. Milano: Giuffrè, 1958.

HÄBERLE, Peter. *Diritto e verità*. Tradução de Fabio Fiore. Einaudi contemporanea, Torino, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion* (tradução francesa do original *Erläuterungen zur Diskursethik*), Champs Flammarion, Paris, 1992.

HESÍODO. *Opere e giorni*. Tradução do grego para o italiano disponível no site *http://www.biblio-net.com/lett_cla/traduzioni/esiodo_opere.htm*, consultado em 23/07/2004.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*, I, deuxième édition, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932.

_____. *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 1927.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* (tradução brasileira do original inglês *What is justice?*), 3ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* (tradução portuguesa do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, Volume I, 8ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, Rio de Janeiro.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MARTINS, Plínio Lacerda. *O Ministério Público e o Código de Defesa do Consumidor em casos concretos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1996.

MATTIETTO, Leonardo. *Do abuso de direito: perfil histórico da teoria*. Texto disponível no *site*: *http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/do_abuso_de_direito.html*, consultado em 23/07/2004.

MAURINO, Alberto Luis. *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

MAZEAUD, Henri, Mazeaud, Léon, & Mazeaud, Jean. *Leçons de droit civil*, Tome deuxieme. Paris: Éditions Montchrestien, 1956.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Responsabilidade internacional do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I, arts. 1º a 45, 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

MONTAIGNE, Michel Eyquem. *Ensaios*, Livro III. Tradução de Sérgio Milliet, Editora Universidade de Brasília. Brasília: Hucitec, 2ª edição, 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, 1º Volume, 30ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Abuso de direito*, in Revista Trimestral de Direito Civil vol. 13, Rio de Janeiro: Editora Padma, janeiro a março de 2003.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos?, in *Revista de Direito Civil*, v. 19, nº 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1995.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Nythamar de. *Raws*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

PAVIANI, Jayme. *Platão e a República*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

PEGORARO, Olinto A., *Ética é justiça*, 7ª edição, Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituição de direito civil*, Volume I, 16ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito* (tradução brasileira do original *Éthique et droit*), 1ª edição, 4ª tiragem, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, Tome Deuxième, troisième edition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Enrico Corvisieri. Editora Nova Cultural, São Paulo, 2000.

_____ . *Diálogos*. Tradução de Jaime Bruna. Editora Cultrix, São Paulo, 2002.

RAWLS, John, *Justiça como eqüidade* (tradução brasileira do original *Justice as fairness*). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

RIBEIRO, Diaulas Costa, *Ministério Público – Dimensão constitucional e repercussão no processo penal*, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Parte geral*. Volume I. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

ROSS, Alf. *Diritto e giustizia* (tradução italiana do original *On Law and Justice*).Torino: Piccola Biblioteca Einaudi – Scienze sociali, 2001.

ROXIN, Claus; Maier, Julio B. J.; Rusconi, Maximiliano A.; Guariglia, Fabricio O.; Bruzzone, Gustavo A.; Bertoni, Eduardo A; Folgueiro, Hernán L.; Cerletti, Marco L.. *El Ministerio Público en el Processo Penal*. Reimpresión. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SANDRA, Levanti. *Abuso del diritto*. Texto disponível no site: *http://www.diritto.it/articoli/civile/levanti.html*, consultado em 05/03/2004.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Parte Geral. Volume III. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1950.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TERRA, Ricardo. *Kant & o direito*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

VÁSQUEZ. Adolfo Sánchez, *Ética*. Tradução de João Dell'Anna. 5ª edição, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1982.

VERÍSSIMO, Luís Fernando & Fonseca, Joaquim da. *Traçando Roma*. 4ª edição, Porto Alegre: Artes e Ofícios, 1998.

VIGO, Rodlofo L. Consideraciones iusfilosóficas sobre el "abuso de derecho", *in* Abuso del derecho, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores, 1998.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito* (tradução brasileira do original *Philosophie du droit*). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

VINCENZI, Brunela Vieira de, *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

WILHELM, Richard, *I Ching – O Livro das Mutações*, São Paulo: Editora Pensamento, 2000.

ZANNONI, Eduardo A.. *El abuso de derecho y las relaciones conyugales*, in *Abuso del derecho, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 16. Buenos Aires: Rubinzal — Culzoni Editores, 1998.

ZEISS, Walter. *El dolo procesal – Aporte a la precisación teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*. Tradução de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

# *SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. TRÍPLICE ASPECTO: DOUTRINA, JURISPRUDÊNCIA E PESQUISA DE CAMPO* *

ANTONIO JOSÉ MARTINS GABRIEL,
FLAVIA FERNANDES DA ROCHA,
RONALDO LEITE PEDROSA
E ROSÂNGELA CATERINA CASSANO

SUMÁRIO: 1. Apresentação do tema. 1.1. Introdução. 1.2. Breve histórico nacional do instituto. 1.3. Breve histórico estrangeiro do instituto. 1.4. Legislação. 2. Desenvolvimento do tema. 2.1. Doutrina e jurisprudência: casuística. 2.2. Proposta não formulada pelo Ministério Público. 2.3. Crimes de ação penal privada exclusiva. 2.4. Concurso de crimes. 2.5. Pendência de processo criminal. 2.6. Condenação antiga transitada em julgado. 2.7. Sentença anterior que concedeu perdão judicial. 2.8. Recurso cabível da decisão que homologa a suspensão. 2.9. Fixação das condições facultativas. 2.10. Incidência nos crimes militares. 3. Da pesquisa de campo. 3.1. Introdução. 3.2. Questionário feito a profissionais. 4. Das estatísticas. 4.1. Dados estatísticos. 4.2. Localização no espaço e no tempo. 4.3. Quadro do IBGE. 4.4. Dados estatísticos processuais. 5. Conclusões e sugestões. 6. Bibliografia.

## 1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

### 1.1. INTRODUÇÃO

O trabalho designado para o grupo acima instituído possui como tema a *suspensão condicional do processo*, em análise tríplice da doutrina, jurisprudência e pesquisa estatística, junto com questionário direcionado, e servirá como

* Trabalho apresentado como exigência final da disciplina Grupo Institucional de Pesquisa no curso de Mestrado em direito da UNESA.

produção científica para a matéria Grupo Institucional de Pesquisa, do grupo de Mestrado do primeiro semestre de 2002, da Universidade Estácio de Sá.

O grupo resolveu partilhar as tarefas da seguinte forma: o discente Antonio José Martins Gabriel ficou encarregado de pesquisar a doutrina brasileira; o discente Ronaldo Leite Pedrosa ficou encarregado de pesquisar a jurisprudência brasileira; a discente Flavia Fernandes da Rocha ficou encarregada de realizar a pesquisa de campo entrevistando os profissionais da área do direito e a discente Rosângela Caterina Cassano ficou encarregada de realizar a colheita de dados estatísticos junto aos cartórios.

A metodologia escolhida para a pesquisa, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, teve como critério a questão da titularidade da proposta de suspensão, e sua não-oferta, bem como os empecilhos legais para sua propositura. Além disso, o universo eleito foi composto dos Tribunais Superiores, além da posição da Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95 (sob a coordenação da Escola Nacional de Magistratura, reunida em Belo Horizonte-MG, nos dias 27 e 28 de outubro de 1995, e constituída pelos eminentes juristas Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, como Presidente, Ministro Luiz Carlos Fontes de Alencar, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Desembargador Weber Martins Batista, Desembargadora Fátima Nancy Andrighi; Desembargador Sidnei Agostinho Beneti; Profª. Drª Ada Pellegrini Grinover, Prof. Dr. Rogério Lauria Tucci e Juiz Dr. Luiz Flávio Gomes).

Igualmente se buscou o entendimento de encontros de Juízes Criminais e dos Juizados, que redundaram em elaboração de Enunciados, mormente os Consolidados segundo Aviso publicado no *DORJ*, Parte III, de 18.01.2002, quando o tema comportar.

Por fim, resta esclarecer que foi abrangido um período superior aos anos de 2000 e 2001, pois tanto a doutrina como a jurisprudência demandam um pouco mais de tempo para se consolidar.

A metodologia escolhida para a pesquisa de campo foi a busca apenas da realidade brasileira e específica da Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro, no período de 2000-2001. Outrossim, dados do IBGE foram colhidos para dimensionar o local das pesquisas. Foram entrevistados os seguintes profissionais: Juízes de Direito que trabalham em Juizados Especiais Criminais, Promotores de Justiça com idêntica designação, e Defensores Públicos.

## 1.2. BREVE HISTÓRICO NACIONAL DO INSTITUTO

Indispensável se torna esclarecer, ainda que brevemente, a origem histórica do instituto em debate. Nosso ordenamento jurídico apenas conhecia a *suspensão condicional da pena*, tratada como *sursis*. Narra o insigne Professor

WEBER MARTINS BATISTA[1] o momento em que se inspirou para sugerir a criação da nova suspensão, agora *do processo*, e não mais da pena, valendo transcrever:

> "Voltava o autor de uma viagem ao exterior, em julho de 1978, quando foi recebido por um amigo, com a notícia de que sua faxineira estava presa em uma Delegacia de Polícia, sofrendo as mais bárbaras violências sexuais, porque tentara subtrair uma camisola, peça de roupa humilde, para a filha recém-nascida. À tarde, mediante pedido da Defensoria Pública, o juiz criminal a quem fora distribuído o flagrante, concedeu-lhe liberdade provisória.
>
> Naquele dia, naquela hora, todos nós — o autor, o Juiz, o Promotor, o Defensor, as estagiárias, o pessoal do Cartório — já sabíamos o que iria acontecer. A indiciada seria processada por tentativa de furto e condenada a uma pena pequena. Como era primária, trabalhadora, de excelentes antecedentes e o fato praticado, episódico em sua vida, obteria a suspensão condicional da pena, ou seja, seria mantida em liberdade, sujeita a certas condições, entre as quais a de não cometer nova infração. Só que, para chegar a esse resultado, o processo demorou mais de um ano e meio."

Partindo dessa inspiração, o eminente Desembargador participou de diversos simpósios, apresentando a tese que, de início, recebeu alguma resistência, mas, gradativamente, foi vencendo as barreiras, até lograr ser incluído no projeto que cuidava dos Juizados Especiais Criminais, e, finalmente, entrou para nossa legislação, dando origem ao artigo 89 da norma específica.

## 1.3. BREVE HISTÓRICO ESTRANGEIRO DO INSTITUTO

Inspirou-se o legislador nacional, como parâmetro estrangeiro, no sistema anglo-saxônico da *probation*. Na forma inglesa, primeiramente existe a declaração de culpabilidade (*conviction*). Posteriormente, é proferida a sentença (*sentence*), onde será imposta pelo Juiz a medida cabível na espécie. Essa *sentence* é que fica suspensa naquele sistema. Declarando o réu culpado (*guilty*), desde logo ele entre em período de prova (*probation*), que perdura, habitualmente, por seis meses, em consonância com o *Powers of Criminal Act*, de 1973.

## 1.4. LEGISLAÇÃO

O instituto da *suspensão condicional do* processo vem previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95, e está assim redigido:

---

1. Weber Martins Batista e Luiz Fux. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo*. Rio de Janeiro, 1996.

"Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1° Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I — reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II — proibição de freqüentar determinados lugares;

III — proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV — comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2° O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3° A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4° A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5° Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6° Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7° Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos."

Após essas necessárias explanações introdutórias, prossegue o conteúdo principal das pesquisas efetuadas.

## 2. DESENVOLVIMENTO DO TEMA

### 2.1. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA: CASUÍSTICA

Como sói acontecer com temas jurídicos, não há unanimidade de opiniões entre os diversos doutrinadores que se dedicaram ao tema estudado. Por outro lado, as posições jurisprudenciais indicam caminhos diferentes, e a práti-

ca de primeira instância outros tantos. Assim, para trazer à reflexão os tópicos mais discutidos, elencamos aqueles considerados mais polêmicos. Em seguida às colações doutrinárias, estarão citadas as jurisprudências pertinentes, consoante explicitado no item 1.

## 2.2. PROPOSTA NÃO FORMULADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

> "Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, *o Ministério Público*, ao oferecer a denúncia, *poderá* propor a suspensão do processo..."

Na eventualidade do réu ou do Juiz entender que o órgão de execução do *Parquet, com* atribuição para tanto, deixou de apresentar proposta de suspensão condicional do processo, não obstante presentes todos os requisitos legais, se apresentam como possíveis nada menos do que quatro orientações, adiante resumidas:

*A) Remessa dos autos ao Procurador-Geral para reexame definitivo dá questão, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal*

É a solução preconizada, por ALBERTO ZACHARIAS TORON[2]. Justificativa: é cediço que incumbe ao Ministério Público exercitar, com exclusividade, *o jus persequendi in juditio* nos crimes de ação penal pública (CF, art. 129, I). Ora, se é certo que a ação penal pública tradicional é impulsionada pelo princípio da obrigatoriedade, a suspensão condicional do processo importa em mitigação desse princípio (discricionariedade regrada), criando espaço para se dirimir conflitos através do consenso das partes, desde que presentes determinados requisitos previstos em lei. Sustenta GERALDO PRADO[3] que a suspensão do processo, em si mesma, não se erige em direito do autor ou do réu. Ao revés, "é tão-só o devido processo legal de uma forma especial de composição do conflito". Logo, dada a natureza consensual do instituto, não se pode prescindir da anuência do Ministério Público (autonomia da vontade), sob pena de se desnaturar o instituto e se vilipendiar o sistema acusatório encampado pela Carta Magna (separação entre os atos de acusar e de julgar).

---

2. Alberto Zacharias Toron. Drogas: novas perspectivas com a Lei 9099/95?, *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, ano 3, n 35, nov/1995.
3. Geraldo Prado e Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (org.). *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Comentada e Anotada*. 2ª ed. rev. amp. Rio de Janeiro, 2002, p. 330.

B) *Constitui constrangimento ilegal a ser sanado através de habeas corpus, visando à concessão da ordem para que o Ministério Público se pronuncie compulsoriamente, oferecendo a proposta ou justificando sua não formulação*

Esta é a posição acolhida por MIRABETE[4]. Fundamentalmente, não é possível a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, pois esta disposição normativa rege situação diametralmente oposta, consistente na não-deflagração da ação penal pelo Ministério Público.

C) *O Juiz pode aplicar de ofício o sursis processual*

É a orientação de DAMÁSIO DE JESUS[5], sob o seguinte argumento: "Se o Juiz pode aplicar o *sursis*, que tem natureza punitiva e sancionatória, mesmo em face da discordância do Ministério Público, o mesmo deve ocorrer na suspensão condicional do processo, forma de despenalização. Se o Juiz pode aplicar de ofício a medida mais grave, seria estranho que não o pudesse na mais leve".

D) *O acusado requer ao Juiz a suspensão condicional do processo. Este, por sua vez, entendendo que se acham presentes os pressupostos legal, defere medida, incumbindo ao Ministério Público manifestar seu inconformismo através da via recursal.*

É a solução apresentada por LUIZ FLÁVIO GOMES[6]. Raciocínio: o *sursis* processual ostenta a natureza jurídica de direito subjetivo público do réu. Em conseqüência — satisfeitos os requisitos legais do instituto —, poderá o réu, diante da recusa do Ministério Público, provocar o Juiz a emitir um provimento jurisdicional. Decisão esta passível de ser revista em sede recursal.

Para fazer a complementação das posições doutrinárias destacadas, comparando a posição da doutrina com a jurisprudencial, foram trazidas as decisões adiante:

Posição do Supremo Tribunal Federal: aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, encampando a idéia doutrinária resumida na letra *A*.

> R. EXTR. 241880-MT: "*Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, o preceito do art. 89 da Lei 9099/95 não revela direito do acusado. Ocorrida a recusa do Ministério Público quanto ao benefício, constatando-se o concurso dos requisitos objetivos, os autos devem ser remetidos ao Procurador-Geral de Justiça*", Min. Marco Aurélio, de 13.02.2001.

---

4. Julio Fabrini Mirabete. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª ed. rev. atual. São Paulo, 2000, p. 301.
5. Damásio Evangelista de Jesus. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 3ª ed. São Paulo, 1995, p. 112.
6. Luiz Flávio Gomes. *Suspensão Condicional do Processo Penal: o novo modelo...* São Paulo, 1995.

Outras referências de pesquisa, cujos textos das Ementas, colhidas na Internet: *habeas corpus* 75343-MG, Min. Sepúlveda Pertence, de 12.11.1997, *habeas corpus* 77723-RS, Min. Néri da Silveira, de 15.09.1998, e *habeas corpus* 80201-MS, Min. Néri da Silveira, de 24.10.2000.

Posição do Superior Tribunal de Justiça: Altamente dividida. A 5ª Turma proferiu decisões de posição idêntica à do Supremo Tribunal Federal.

> RESP. 267610-SP: "*Suspensão condicional do processo* ex officio. *Impossibilidade. Titularidade do Ministério Público. Aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal*", Min. José Arnaldo da Fonseca, de 7.11.2000.

Outras referências de pesquisa dessa Colenda Corte: ROHC 10370-SE, Min. Gilson Dipp, de 24.10.2000; RESP 164760-SP, Min. Jorge Scartezzini, de 18.12.2000, *habeas corpus* 11433-MT, Min. Félix Fischer, de 4.02.2002, RESP 155426-SP, Min. Félix Fischer, de 18.05.1998.

Outra posição do Superior Tribunal de Justiça: 6ª Turma, admitindo a prática de ofício pelo Juiz.

> RESP. 263439-SP: "*Penal. Processual Penal. Suspensão condicional do processo. Lei 9099/95. Direito subjetivo do réu. (...). Não fica ao alvedrio do Ministério Público oferecer ou não a proposta. Ao deixar de oferecê-la, mesmo presentes os pressupostos próprios para aplicação do instituto da suspensão do processo, deve o Juiz não se substituir ao Ministério Público , mas deve ele decidir*", Min. Vicente Leal, de 19.09.2000.

Mais precedentes dessa 6ª Turma: RESP 142912-SP, Min. William Patterson, de 2.09.1997; RESP 184697-SP, Min. Fernando Gonçalves, de 6.09.1999.

Posição de Juízes de Juizados Especiais Criminais (I EJJE): "O Juiz pode de ofício", encampando, também, a doutrina capitaneada por Damásio de Jesus, referida na letra *C*.

> Enunciado 8: "*Não se aplica o artigo 28 do Código de Processo Penal no caso de não apresentação de proposta de transação ou de suspensão condicional do processo, cabendo ao Juiz apresentá-las de ofício, desde que preenchidos os requisitos legais.*"

Posição da Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95: idêntica à anterior.

> 13ª Conclusão: "*Se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal, ou de suspensão condicional do processo, nos termos dos arts. 76 e 89, poderá o Juiz fazê-lo.*"

## 2.3. CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA EXCLUSIVA

> "Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, *o Ministério Público*, ao oferecer a *denúncia* ..."

Empregando o art. 89 da Lei nº 9.099/95 os termos "denúncia" e "Ministério Público" é pacífico o entendimento no sentido de ser cabível a suspensão condicional do processo nos crimes de ação penal pública, e de ação penal privada subsidiária da pública. A controvérsia reside em torno da aplicação do instituto diante da ação penal privada exclusiva. Duas orientações, nesse tópico, se apresentam:

*A) Não é possível*

É o pensamento de CEZAR ROBERTO BITENCOURT[7]. Justificativa por ele apresentada: não há previsão legal (princípio da legalidade). A opção do legislador decorreu da circunstância da ação penal privada exclusiva ser regida pelo princípio da oportunidade, o qual já possibilita ao ofendido ou a seu representante legal, optar por outras modalidades de solução do conflito (renúncia, decadência, perempção, etc.) distintas do desfecho que culmina no encerramento da *persecutio* criminal através de sentença de mérito condenatória.

*B) É possível*

Alertam TOURINHO NETO e JOEL DIAS[8], defendendo a tese da possibilidade: "Se não pudesse, teríamos uma discriminação, uma injustiça. O querelante pode não querer que o processo se encerre. Objetiva a condenação do querelado, daí —renunciar, não deixar operar a decadência, estar atento para que não ocorra a perempção, ou perdoar, não aceitar a retratação. mas o querelante preenche os requisitos legais para obtenção do *sursis* antecipado. Se não for possível a concessão desse beneficio, ferido fica o princípio da isonomia." ADA PELLEGRINI e outros[9] alteraram o entendimento manifestado anteriormen-

---

7. Cezar Roberto Bitencourt. *Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre, 1996, p. 120.
8. Fernando da Costa Neto; Joel Dias Figueira Júnior. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. São Paulo, 2002.
9. Ada Pellegrini et Grinover. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9099/95*, 3ª ed. São Paulo, 1999, p. 259.

te, preconizando, desta feita que, "se o querelante pode o mais, que é perdoar, é evidente que também pode o menos (optar pela solução alternativa do conflito)".

Vejamos as posições jurisprudenciais que, em sua torrencial maioria, aceitam a primeira tese:

Posição do Supremo Tribunal Federal: favorável à admissibilidade.

> HABEAS CORPUS 77962-SP: *"Crime de imprensa: prescrição bienal; incidência das causas interruptivas do Código Penal. Suspensão condicional do processo (Lei 9099/95, art. 89): aplicabilidade do instituto a quaisquer processos por crime a que cominada pena não superior a um ano, ainda quando subtraído à competência do Juizado Especial porque sujeito a procedimento especial, caso do crime de imprensa"*, Min. Sepúlveda Pertence, de 11.12.1998.

Posição do Superior Tribunal de Justiça: favorável à admissibilidade, conforme a primeira posição doutrinária.

> CONFL. COMP. 30164-MG: *"A Lei 9099/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada"* Min. Gilson Dipp, de 13.12.2001.

Outras referências de pesquisa, cujos textos estão nos Anexos: *habeas corpus* 18590-MG, Min. Hamilton Carvalhido, de 14.12.2001, RHC 8480-SP, Min. Gilson Dipp, de 21.10.1999.

Posição de Juízes de Juizados Especiais Criminais: de forma idêntica à primeira tese, ressaltando que, apesar da ementa se referir apenas à transação, foi discutido e entendido desnecessária a referência à suspensão, um *minus* em relação àquele outro instituto.

> Enunciado 35: *"Cabe transação em crimes de ação penal privada."*

## 2.4. CONCURSO DE CRIMES

> "Nos crimes em que a *pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano,..."*

O art. 89 da Lei nº 9.099/95 estatui ser cabível a suspensão condicional do processo nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano, silenciando a respeito da incidência ou não, no cômputo da pena míni-

ma, dos acréscimos decorrentes das regras que regem os concursos de crimes (material, formal e continuidade delitiva).

Diante da omissão legislativa, duas teses se antagonizam:

*A) Não entram no cômputo da pena mínima os acréscimos decorrentes do concurso de crimes*

Este é o sentir de RONALDO PEDROSA[10] e TOURINHO FILHO[11]. Justificativa: suprese a omissão legislativa recorrendo-se analogicamente à regra insculpida no art. 119 do CP, a qual prevê, na hipótese de concurso de delitos, a incidência da extinção da punibilidade sobre a pena de cada crime considerado isoladamente, já que, no tocante ao *sursis* processual, nas precisas palavras de Tourinho Filho, o legislador "levou em consideração o tipo de infração penal: aquele cuja pena mínima cominada em *abstrato* não seja superior a um ano". Os adeptos desta exegese ressalvam, contudo, a possibilidade da suspensão condicional do processo ser rechaçada, por ser desfavorável o balanço das circunstâncias subjetivos do réu.

*B) Integram o cálculo da pena mínima os acréscimos provenientes do concurso de delito*

É a opinião manifestada por PAULO LÚCIO NOGUEIRA[12]. Justificativa do autor: o novo instituto despenalizador deve ser aplicado com parcimônia, sob pena de se oficializar a impunidade. A exclusão dos acréscimos decorrentes do concurso de crimes do cálculo da pena mínima importa em desnaturar-se o instituto, pois, em verdade na resposta penal tradicional, os mesmos seriam considerados por eventual sentença condenatória, guindando a pena em concreto a patamar superior ao mínimo de 1 ano.

Eis o norte indicado pelos Tribunais, que se direcionam para adesão à primeira tese.

Posição do Supremo Tribunal Federal: não se aplica a suspensão, quando o concurso aumentar a pena mínima.

> *Habeas corpus* 80837-SP: *"A suspensão condicional do processo penal, prevista no art. 89 da Lei 9099/95, não se estende aos crimes cometidos em concurso formal, ou em concurso material, nem àqueles praticados em*

---

10. Ronaldo Leite Pedrosa. *Juizado Criminal – Teoria e Prática.* Rio de Janeiro, 1997, p. 143.
11. Fernando da Costa Tourinho Filho. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais.* São Paulo, 2000, p. 159.
12. Paulo Lúcio Nogueira. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais.* São Paulo, 1996, p. 107.

*continuidade delitiva, se a soma das penas mínimas cominadas a cada infração penal, computado o aumento respectivo, ultrapassar o limite de 01 ano, a que se refere o preceito legal em questão"*, Min. Celso de Mello, de 26.06.2001.

Outras referências de pesquisa e referência a Súmula da Corte Excelsa: RHC 80143-SP, Min. Sydney Sanches, de 13.06.2000; *habeas corpus* 77242-SP, Min. Moreira Alves, de 10.03.1999, *habeas corpus* 78876-MG, Min. Maurício Corrêa, de 30.03.1999; Súmula 497.

Posição do Superior Tribunal de Justiça: idêntica à do Supremo Tribunal Federal.

> RHC 12036-MG: *"Se o* quantum *resultante do somatório das penas mínimas dos delitos imputados ao paciente é de dois anos e seis meses, ultrapassando, o limite de 01 ano, estabelecido pela Lei 9099/95, é incabível a concessão de suspensão condicional do processo. Para que seja possível a aplicação do sursis processual é necessário que a pena mínima cominada seja inferior a 01 ano, sendo irrelevante a previsão legal de pena pecuniária na forma alternativa ou cumulativa"*, Min. Gilson Dipp, de 4.12.2001.

Outras referências de pesquisa dessa Colenda Corte, e que mostram a consolidação jurisprudencial: RESP 260218-SP, Min. José Arnaldo da Fonseca, de 19.10.2000, RHC 12045-RJ, Min. José Arnaldo da Fonseca, de 6.12.2001, *habeas corpus* 17343-RJ, Min. José Arnaldo da Fonseca, de 27.11.2001, RESP 252352-SP, Min. Fernando Gonçalves, de 3.12.2001, RHC 9506-RS, Min. Jorge Scartezzini, de 13.09.2000, RHC 9767-RJ, Min. Vicente Leal, de 7.11.2000, ROMS 9774-MG, Min. Hamilton Carvalhido, de 7.10.1999.

Posição dos Juízes dos Juizados Especiais Criminais: o somatório não importa, nem para as hipóteses de concurso formal, como para os casos de concurso material ou crime continuado.

> Enunciados 5 e 6 (I EJJE): *"Não devem ser levados em consideração os acréscimos do concurso formal e do crime continuado para efeito de aplicação da Lei 9099/95"*, e *"Na hipótese de concurso material de infração de menor potencial ofensivo, não deve ser levado em consideração o somatório das penas máximas para efeito de aplicação da Lei 9099/95"*.

## 2.5. PENDÊNCIA DE PROCESSO CRIMINAL

> "Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, *desde que o acusado não esteja sendo processado..."*

Entre os requisitos legais exigíveis para a suspensão condicional do processo, o art. 89 da Lei 9.099/95 contemplou a condicionante de não estar o acusado sendo processado, nem, tampouco, ostentar condenação pretérita por outro crime.

O confronto desta exigência com o princípio da presunção da inocência reconhecido por nossa Lei Fundamental (art. 5°, LVII) gerou séria controvérsia, que ainda persiste, alinhando os doutrinadores em torno de dois posicionamentos:

*A) A exigência é inconstitucional*

Desta opinião comunga GERALDO PRADO[13]. Alega-se que a simples circunstância do réu estar sendo processado ou ostentar condenação ainda sujeita a reexame por força de recurso, por si só, desprovida de um exame do conjunto das denominadas circunstâncias judiciais, não pode servir de arrimo à vedação da suspensão condicional do processo, sob pena de se vilipendiar a regra de tratamento vertente do princípio da presunção da inocência, a qual impede seja o réu tratado como culpado.

*B) A imposição não é inconstitucional*

Sustenta-se a não-violação do princípio da presunção da inocência, em decorrência do simples fato de não se presumir, em momento algum, a culpa do réu. A rigor, tão-somente se estabelece um nível de exigência compatível com a magnitude e beneplácito. Em defesa desta idéia, obtempera MIRABETE[14]: "Nunca se argüiu a inconstitucionalidade nem se poderia fazê-lo, do disposto nos arts. 81, § 3°, e 89 do Código Penal, pelos quais se prorroga o prazo do *sursis* e do livramento condicional pela existência de outro processo durante a vigência desses benefícios. Aliás, a suspensão do processo é uma exceção à regra geral de que o autor do crime deve ser processado e, tratando-se de — benefício, natural que a lei estabeleça exigências para a sua concessão."

Abaixo, a posição dos dois mais altos Tribunais do país, ambos apontando para a segunda corrente doutrinária acima referida (é de se destacar que o TACRim-SP, em inúmeros julgados, posicionou-se pela primeira tese, sustentada por Geraldo Prado, bastando conferir os julgados *RTs* 753/617, 750/649-650, *RJDTACRim* 42/177, 37/232, 37/237, 32/221, 34/231, 31/198, RJE 7/308, 3/335):

13. *Op. cit.*, p. 339-340.
14. *Op. cit.*, p. 150.

Posição do Supremo Tribunal Federal: não cabe a suspensão.

> *Habeas corpus* 73793-5-PR: *"Para que se verifique o direito ao benefício da suspensão do processo, por 2 a 4 anos, a pena mínima cominada há que ser igual ou inferior a 1 ano, além de seu eventual beneficiário não poder estar respondendo a processo ou não ter sido condenado por outro crime (arts. 61 e 89 da Lei 9099/95)"*, Min. Maurício Corrêa, de 11.06.1996.

Posição do Superior Tribunal de Justiça: não cabe, igualmente, a suspensão.

> *Habeas corpus* 13594-SP: *"A suspensão condicional do processo não tem aplicação a acusado que esteja sendo processado por outro crime ex do art. 89 da Lei 9099/95"*, Min. Félix Fischer, 13.11.2001.

Outras referências de pesquisa: RESP 239138-SP, Min. Félix Fischer, de 11.09.2001, RHC 12114-SP, Min. Gilson Dipp, de 4.12.2001.

## 2.6. CONDENAÇÃO ANTIGA TRANSITADA EM JULGADO

> "Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, ..."

Conforme visto acima, para a concessão do *sursis* processual exige-se que os antecedentes criminais do réu não registrem condenação definitiva pretérita. Neste ponto, emerge uma indagação: a suspensão condicional do processo restará inviabilizada diante de qualquer condenação anterior transitada era julgado, qualquer que seja o lapso temporal decorrido?

Duas respostas se apresentam plausíveis:

*A) Não, pois decorridos mais de cinco anos da extinção de pena, não poderia a antiga condenação obstaculizar a suspensão condicional do processo*

Esta é a exegese afirmada por Cezar Roberto Bitencourt[15]: "Invoca-se a aplicação analógica da regra delineada no art. 64, I do Código Penal, a qual veda o prevalecimento da condenação anterior para fins de reincidência, na

15. *Op. cit.*, p. 112.

eventualidade de já haver transcorrido mais de 5 anos entre a data da extinção da pena e a data do cometimento da nova infração."

*B) Sim, haja vista que a lei não exige, para afastar a possibilidade do processo ser suspenso, que o réu seja reincidente. Ao revés, contenta-se com a simples circunstância deste registrar condenação pretérita irrecorrível (maus antecedentes). Logo, inexistindo lacuna na lei, vedada se acha o recurso à analogia.*

Neste sentido se posicionou MIRABETE[16]. Observe-se, por oportuno, a subsistência da dualidade das teses acima expostas diante do questionamento envolvendo a influência sobre o *sursis* processual do fenômeno da reabilitação da condenação anterior. Por certo, os seguidores do segundo entendimento restringirão os efeitos da reabilitação àqueles expressamente consubstanciados no art. 93, *caput* e seu parágrafo único do Código de Processo Penal.

Para esse tema, leiam-se as manifestações adiante, que revelam o antagonismo doutrinário:

Posição do Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma): Não importa o tempo de condenação anterior, prevalecendo o obstáculo.

> RHC 9773-RJ: *"Conforme exige a Lei 9099/95, art. 89, não é possível a concessão do benefício ao acusado que ostentar condenação anterior, por mais que cumprida há mais de 5 anos, posto não ser aplicável, para esse fim, o comando inserto no Código Penal, art. 64, I"*, Min. Edson Vidigal, de 21.11.2000.

Outra referência de pesquisa: *Habeas corpus* 8671-RJ, Min. José Arnaldo da Fonseca, de 18.05.1999.

Posição de Juízes de Juizados Especiais Criminais: Não há obstáculo, se houver mais de 5 anos da condenação anterior.

> Enunciado 52 (I EJJE): *"Nas hipóteses em que a condenação anterior não gera reincidência é cabível a suspensão condicional do processo."*

## 2.7. SENTENÇA ANTERIOR QUE CONCEDEU PERDÃO JUDICIAL

> "Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do

16. *Op. cit.*, p. 151.

processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido *condenado* por outro crime,... "

Discute-se agora se o anterior perdão judicial outorgado ao réu impediria a concessão do *sursis* processual. Novamente se abrem duas opções, diametralmente opostas, até porque a natureza dessa sentença é altamente discutida, tanto em doutrina quanto na jurisprudência:

*A) Não se constitui em óbice*

Tese amplamente majoritária, contando com a simpatia de Tourinho Neto e Joel Dias[17]. A justificativa da assertiva decorre do fato de se considerar que a sentença que concede o perdão judicial é meramente declaratória.

*B) Impede a suspensão do processo*

Esta será certamente a orientação traçada por Damásio de Jesus[18] na medida em que averbou: é condenatória a sentença que concede o perdão judicial, que apenas extingue os seus efeitos principais (aplicação das penas privativas da liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias), subsistindo os efeitos reflexos ou secundários, arte os quais se incluem a responsabilidade pelas custas e o lançamento do nome do réu no rol dos culpados.

Quanto a esse polêmico tema, confira-se as diretriz do Superior Tribunal de Justiça, valendo notar que, para efeito de suspensão condicional do processo, não se encontram acórdãos negativos com hipótese fática embasada em casos de anterior perdão judicial.

Posição do Superior Tribunal de Justiça: é declaratória de extinção de punibilidade.

Súmula 18: *"A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória de extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório."*

## 2.8. RECURSO CABÍVEL EM FACE DA DECISÃO QUE HOMOLOGA A SUSPENSÃO

"Art. 89. (...)

§ 1° Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá *suspender* o processo,

---

17. *Op. cit.*, p. 727.
18. Damásio Evangelista de Jesus. *Código Penal Anotado.* 11ª ed. São Paulo, p. 379

submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições..."

É pacifico que, na eventualidade do Juiz se recusar a homologar a proposta de suspensão do processo formulada pelo Ministério Público e aceita pelo réu e seu defensor, restará às partes a via do *habeas corpus* ou a impetração de mandado de segurança.

A discordância, contudo, impera quando se cogita a respeito do recurso a ser manejado perante a decisão que homologa a suspensão condicional do processo.

A nosso sentir, a questão assume mais uma feição acadêmica, haja vista o entendimento amplamente dominante que visualiza na suspensão do processo uma decisão forçosamente consensual e que, por isso, não prescinde da vontade do Ministério Público. Logo, o normal é que seja submetida ao exame do Juiz um acordo já formalizado entre os partes. Em sendo homologado, carecerão estas de interesse recursal. Contudo, não podemos olvidar a existência de segmento doutrinário expressivo que advoga a possibilidade do Juiz poder aplicar de oficio o *sursis* processual, como alinhavado no item 2.1. Ademais, é possível também que o assistente de acusação não se conforme com a suspensão do processo. Nestas hipóteses, é de se indagar a respeito do recurso pertinente, emergindo, em resposta, ao menos, duas interpretações antagônicas (há posições pela *correição parcial*; cf. TOURINHO NETO, *op. cit.*, p. 740).

*A) Deverá ser interposto o recurso em sentido estrito*

É a solução defendida por GERALDO PRADO[19] e por RONALDO PEDROSA[20]. Em abono de sua tese, argumenta o primeiro: "acentuamos mais atrás que a decisão que homologa a suspensão altera o curso do procedimento, modificando a espécie de atos que as partes terão de praticar. Isso significa que não se trata de decisão definitiva ou com força de definitiva e, portanto, não poderá ser impugnada por apelação."

*B) A apelação é o recurso cabível*

Este é posicionamento dominante na doutrina pátria calcado na circunstância de se considerar que a decisão que suspende o processo, conquanto não tente a natureza de sentença, assume a feição de decisão interlocutória

19. *Op. cit.*, pp. 345-346.
20. *Op. cit.*, pp. 150-151.

com força de definitiva não só em razão de encerrar um incidente, mas também porque implica na extinção do processo sob condição resolutiva. Comungam desta convicção ADA PELLEGRINI, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO[21].

A jurisprudência dividiu-se, embora largamente tendente para admitir a apelação, sob fundamento de que o rol do artigo 581 do Código de Processo Penal é taxativo, valendo transcrever, a título de exemplificação, os arestos abaixo:

Posição do Supremo Tribunal Federal: apelação, embora, na hipótese pesquisada, cuidava-se do princípio da fungibilidade, eis que interposta correição parcial, entendendo a Excelsa Corte que deveria ser apelação. Nesse acórdão, citou-se um precedente.

> *Habeas corpus* 76439-SP: *"Em face do princípio da fungibilidade, não é suscetíve4l de causar prejuízo ao paciente a controvérsia acerca do cabimento, na espécie, de correição parcial ou de apelação...."*, Min. Octávio Gallotti, de 12.05.1998.

Posição da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: apelação.

> *Habeas corpus* 16377-SP: *"Tendo natureza de interlocutória mista com força de definitiva (não terminativa), a decisão que suspende o processo, nos termos do art. 89 da Lei 9099/95, impugnável é, por via de recurso de apelação (art. 593, II do Código de Processo Penal)"*, Min. Hamilton Carvalhido, de 20.09.2001.

Posição da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: recurso em sentido estrito.

> RESP 164387-RJ: *"É cabível interposição de recurso em sentido estrito contra decisão que, ex vi da Lei 9099/95, concede ou nega suspensão do processo, por admitir o Estatuto Adjetivo Penal, em regra, interpretação extensiva e, na lacuna involuntária da lei a analogia e os princípios gerais do direito"*, 5ª Turma, Min. José Arnaldo da Fonseca, de 27.10.1998.

## 2.9. FIXAÇÃO DE CONDIÇÕES FACULTATIVAS EQUIVALENTES A SANÇÕES ALTERNATIVAS

> "Art. 89. (...)
> § 2° O Juiz poderá especificar *outras condições* a que fica subordinada a suspensão, *desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado..."*

---

21. *Op. cit.*, p. 224.

Nos termos da parte final do § 2° do art. 89 da Lei 9.099/95, a par das condições compulsórias elencadas no § 1° desta disposição normativa, é facultado ao Juiz especificar outras condições, evidentemente, desde que compatíveis com a finalidade do instituto. É a expressão legal da proporcionalidade, que deu ensejo, nesse tópico, ao princípio da adequação.

É cediço que o Juiz deverá abster-se de fixar condições que possam expor o réu a situações vexatórias ou constrangedoras, ou, ainda, que atentem contra as suas convicções pessoais (políticas, religiosas, etc.), sob pena de serem consideradas inconstitucionais, por vilipendiarem direitos e garantias individuais como, por exemplo, o direito à dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, art. 1°, III).

Contudo, campeia na doutrina alguma divergência envolvendo a admissibilidade da imposição de condições judiciais *similares a penas alternativas* (a título exemplificativo: prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos), que redundam em duas orientações.

*A) É admissível*

Ponderam ADA PELLEGRINI, GOMES FILHO, SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO[22] como verdadeiras condições (não como "pena"), podem também ser fixadas. Lembram os ilustres juristas que a prevenção geral e a prevenção especial deverão sempre estar por trás da fixação das condições avulsas para a suspensão do processo com base nesse § 2° do art. 89 da Lei 9.099/95.

*B) Não poderão jamais corresponder à sanção penal*

Sustenta-se, em caráter majoritário, que as denominadas penas restritivas de direitos são sanções penais alternativas, e não meras condições. Ademais, a circunstância da prestação de serviços à comunidade e da limitação de fim de semana (Código Penal, art. 78 § 1°) em caráter excepcional, e por força de previsão legal expressa, poderem ser aplicadas à suspensão condicional da pena, não induz autorização para sua fixação em sede de suspensão do processo, pois o *sursis con*dicional é tido como modalidade de execução da pena. Esta é a opinião de MIRABETE[23].

Para a jurisprudência, a tendência é voltar-se para a primeira das teses acima. Trazemos dois acórdãos sobre o tema:

Posição do Supremo Tribunal Federal : liberdade para o Juiz fixar condições.

---

22. *Op. cit.*, p. 230.
23. *Op. cit.*, p. 164.

INQO 641-MG: *"As condições previstas no artigo 89 da Lei 9099/95 não são essenciais a que se chegue à suspensão do processo. O afastamento do caráter obrigatório decorre da previsão segundo a qual o Juiz pode especificar outras condições no que se mostrem adequadas ao fato 'e à situação pessoal do acusado'— § 2º do citado artigo"*, Min. Marco Aurélio, de 16.04.1998.

Posição do Superior Tribunal de Justiça: pode haver condições diversas.

RHC6212-SP: *"A imposição de condições na suspensão do processo por prazo acima do mínimo legal de dois anos tem que ser motivada e suficientemente fundamentada (CF, art. 93, IX). 2. A proibição de freqüência a bares e similares, imposta ao acusado, tem apoio legal..."*, Min. Edson Vidigal, de 6.05.1997.

## 2.10. INCIDÊNCIA NOS DELITOS MILITARES

Outro tema que suscitou algumas dúvidas foi o relativo ao Direito Penal Militar. Houve doutrinadores que se manifestaram desde a entrada em vigor da Lei 9.099/95 que haveria incidência para os crimes submetidos à Justiça Castrense. Outros se opuseram nascendo, assim, duas correntes simétricas.

*A) Os institutos da Lei 9.099/95 se aplicam à Justiça Militar*

ADA PELLEGRINI e outros[24], desde a entrada em vigor da lei especial defenderam essa tese, afirmando que "não se justifica nenhum tratamento diferenciado só porque conta com previsão típica no CPM".

*B) Os institutos da Lei 9.099/95 não se aplicam à Justiça Militar*

Em direção inversa, os ilustres MAURÍCIO KUEHNE, juntamente com FÉLIX FISCHER, FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI e ANDRÉ LUIZ MEDEIROS JUNG[25] formularam profunda análise da característica específica do próprio Direito Penal Militar, para, fundados nos princípios de subordinação e hierarquia, afirmar a total inviabilidade de aplicação dos institutos penais e processuais perante a justiça de farda. Disseram que "na questão aqui enfocada, da aplicabilidade no DPM das normas de caráter misto (como *lex mitior*) previstas na Lei 9.099/95, nunca é demais rememorar que a interpretação deve ser técnica e não apenas literal".

---

24. *Op. cit.*, p. 212.
25. Maurício Kuehne *et. al. Lei dos Juizados Especiais Criminais.* Curitiba, 1996, pp. 83-90.

Todavia, com o advento da Lei 9.839/99, expressamente excluindo a incidência naquele âmbito, parece que o tema perdeu o impacto, embora ainda polêmico, e aplicável durante ainda algum tempo.

A situação ficou tão confusa, que a jurisprudência da Corte Excelsa, e do Colendo Superior Tribunal de Justiça se divorciaram, por completo, da do Superior Tribunal Militar, que até enunciou a Súmula 9. Eis o rumo mostrado pela jurisprudência, para consulta:

Posição do Supremo Tribunal Federal: aplicação até a vigência da Lei 9.839/99, que excluiu a incidência, com ultratividade da lei benéfica.

*Habeas corpus* 80540-AM, Min. Sepúlveda Pertence, de 28.12.2000;

*Habeas corpus* 80249-PE, Min. Celso de Mello, de 31.10.2000;

*Habeas corpus* 80099-MG, Min. Sepúlveda Pertence, de 16.05.2000;

*Habeas corpus* 79988-PR, Min. Maurício Corrêa, de 28.03.2000;

*Habeas corpus* 80542-MG, Min. Celso de Mello, de 15.05.2001;

RHC 80907-SP, Min. Sydney Sanches, de 29.05.2001.

Posição do Superior Tribunal de Justiça: idêntica à do Supremo Tribunal Federal.

*Habeas corpus* 15540-RS, Min. Vicente Leal, 27.11.2001;

RHC 8711-SP, Hamilton Carvalhido, de 16.09.1999.

Posição do Superior Tribunal Militar: jamais se aplica a Lei 9.099/95.

> Súmula 9: *"A Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União."*

## 3. DA PESQUISA DE CAMPO

### 3.1. INTRODUÇÃO

É imperiosa, nos dias atuais, a necessidade de se verificar, na prática, como as leis vêm sendo aplicadas. Da mesma forma que repugna a idéia do legislador isento e imparcial, uma vez que, como qualquer homem, está sujeito às pressões e às armadilhas que a arte de legislar oferece, não se pode mais crer na ilusão de que as leis (produtos ideais) são aplicadas cotidianamente de uma única forma.

A tão procurada eqüidade faz com que a realidade de cada região, as características pessoais de cada réu e a peculiaridade de cada situação sejam os moldes adaptadores da letra fria da norma.

Esse produto prático demonstra como o instituto da suspensão condicional do processo vem sendo tratado em determinadas regiões do interior do Rio de Janeiro.

Quanto a essa parte do trabalho, foi elaborado um questionário-formulário, conforme abaixo redigido, ou seja, as pessoas fontes das informações responderam oralmente às perguntas, e preenchido pelo aluno/pesquisador.

Foram pesquisadas as seguintes Comarcas: Cachoeiras de Macacu, Nova Friburgo, Bom Jardim, Duas Barras, Cantagalo, Cordeiro, São Sebastião do Alto, Santa Maria Madalena, Trajano de Moraes e Sumidouro.

## 3.2. QUESTIONÁRIO FEITO A PROFISSIONAIS

*A) Quando o réu se manifesta aceitando a proposta de suspensão do processo, salvo na hipótese de carta precatória, o (a) senhor (a) sempre está presente?*

77% Sim.

23% Não. O promotor faz a proposta por escrito e há designação de audiência com o conciliador. Se a proposta for aceita, o Juiz homologa.

*B) Que modalidades de condições, em regra, são estabelecidas? As legais ou facultativas?*

73% Somente as legais.

19% Legais e Facultativas em regra.

08% Legais em regra e raramente facultativas.

C) Qual o critério de escolha das condições?

45% O critério estabelecido pela lei, porque só estipula as condições legais.

19% A gravidade do delito.

36% As condições pessoais do réu.

*D) O (A) senhor (a) acompanha o cumprimento das condições impostas?*

100% Sim, o acompanhamento do comparecimento obrigatório do réu é feito em Cartório e quando ele não comparece, o Cartório informa. O cumprimento das demais condições é difícil de acompanhar. No caso de prestação de serviços à comunidade, as entidades comunicam.

*E) Em regra, há reparação do dano, ou o réu alega impossibilidade de fazê-lo?*

72% Em regra o réu alega impossibilidade de reparar o dano. É rara a reparação.

08% Existem poucos casos de reparação de danos. Quando há, a regra é reparar.

20% Nunca observou na Comarca reparação do dano.

*F) Havendo notícia do descumprimento, há oitiva do réu para saber seus motivos, ou o (a) senhor (a) se contenta com as explicações prestadas em Cartório?*

72% Havendo o descumprimento, o réu é intimado para explicar o motivo perante o Juiz e o Promotor.

8% Quando o réu comparece em Cartório e explica o motivo do descumprimento, aceita-se a justificativa, mas se não comparece é intimado para explicar.

20% O réu é intimado quando descumpre pela primeira vez. Na segunda vez há revogação da suspensão.

*G) Quais os motivos mais freqüentes do descumprimento?*

50% esquecimento.

26% conseguiu emprego e não pode se ausentar, ou o emprego é em local distante do fórum. Em época de colheita, não pode se ausentar.

21% doença.

04% mora no campo e não tem dinheiro para ir à cidade.

08% mudança de endereço.

04% não há motivos mais freqüentes.

04% desemprego.

*H) Quanto ao comparecimento pessoal do réu a juízo, este se dá sempre mensalmente? O réu justifica e informa suas atividades de forma específica?*

100% o réu comparece ao Cartório onde preenche um formulário previamente estabelecido. Não há informação específica de suas atividades.

30% Não comparecem mensalmente.

30% sempre comparecem mensalmente.

30% em regra comparecem mensalmente, porém alguma condição pessoal do réu (como idade) pode implicar no comparecimento bimestral ou trimestral.

10% trimestral como na Capital. Se na Capital é assim, com muito mais razão no interior.

*I) Já observou caso concreto em que o advogado discordou da proposta de suspensão, mas o réu aceitou? Se positivo, qual a atitude tomada?*

58% Não.

16% Sim, prevaleceu a defesa técnica.

26% Sim, optou-se pela suspensão.

*J) Sob o ponto de vista pessoal, considerando sua experiência profissional, qual sua opinião sobre esse instituto?*

54% contra.

46% a favor.

Razões mais comuns para os que foram contra:

*a*) É um instituto inócuo. É uma forma de desafogar o judiciário e de suprir a falta de atualização da lei penal e de esvaziar os presídios. Não há como fiscalizar o cumprimento das condições.

*b*) Gera impunidade.

Razões mais comuns dos que são a favor:

*a*) Também é uma forma de dar uma chance àquele que eventualmente praticou um crime (aquele que não é voltado à prática de crimes), já que não ensejará uma condenação nem reincidência futuras.

b) *O instituto é válido, mas carece de aperfeiçoamento quanto à forma de fiscalização das condições. Deve haver um controle maior do cumprimento sob pena da sensação de impunidade.*

c) *É válido porque é aplicado a pessoas que não são voltadas para prática de crimes.*

d) *O instituto é válido, deveria ser ampliado para outros crimes, principalmente na comarca onde não tem carceragem e qualquer preso deve ser mandado ao Rio de Janeiro.*

## 4. DAS ESTATÍSTICAS

### 4.1. COLHEITA DE DADOS ESTATÍSTICOS

A fim de demonstrar a real aplicação da Suspensão Condicional do Processo, nas Comarcas visitadas, e que compõem a Região Serrana do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, foram feitos os seguintes questionamentos:

— Quantos processos foram ajuizados nos anos de 2000 e 2001?

— Quantos obtiveram a Suspensão Condicional do Processo?

— Em que espécies de infrações recaíram?

### 4.2. LOCALIZAÇÃO NO ESPAÇO E NO TEMPO

No primeiro quadro, colheram-se dados do IBGE, relativamente às áreas e população dos Municípios abrangidos pela pesquisa. Os dados pertinentes aos habitantes já estão de acordo com o último censo, fornecendo, assim, as noções geográficas da região, tanto físicas como populacionais, além de se conformarem com a época do levantamento oficial dos dados. Vejamos o primeiro quadro.

### 4.3. QUADRO DO IBGE

| MUNICÍPIOS | POPULAÇÃO | ÁREA (km²) |
|---|---|---|
| Nova Friburgo | 173.321 | 938.5 |
| Bom Jardim | 22634 | 802.6 |
| Cantagalo | 19.809 | 754.1 |
| Carmo | 15.288 | 320.7 |
| Cordeiro | 18.594 | 112.5 |
| Duas Barras | 9.933 | 376.3 |
| Santa Ma. Madalena | 10.336 | 816.8 |
| São Sebastião | 8.400 | 397 |
| Sumidouro | 14.168 | 397.6 |
| Trajano | 10.030 | 592.9 |

## 4.4. DADOS ESTATÍSTICOS PROCESSUAIS:

| COMARCAS | PROCESSO | SUSPENSÃO | CRIMES |
|---|---|---|---|
| | 2000/2001 | 2000/2001 | 2000/2001 |
| Nova Friburgo | 1.419/1.918 | 51/87 | 129/147 |
| Duas Barras | 110/112 | 01/03 | 129/147 |
| Cantagalo | 180/186 | 02/01 | 147/147 |
| Carmo | 200/202 | 01/00 | 129/129 |
| Cordeiro | 184/189 | 00/01 | 129/129 |
| Sª Mª Madalena | 116/104 | 00/01 | 58 LCP |
| Sumidouro | 129/187 | 00/01 | 147/147 |
| Trajano | 103/109 | 02/00 | 147/F. Habilit. |
| Bom Jardim | 115/111 | 01/02 | 147/129 |

S. Sebastião do Alto: Não teve como informar, pois os dados não estavam digitalizados.

## 5. CONCLUSÕES E SUGESTÕES

A pesquisa realizada indica a urgente necessidade de se alterar, em sua maior parte, o artigo 89 e seus parágrafos da Lei 9.099/95.

Considerando as discrepâncias apontadas, onde a doutrina indica um caminho, a jurisprudência segue outro, e os Juízes praticam um terceiro, sugerimos as alterações adiante elencadas, para adequar o sistema dos Juizados com o próprio sistema acusatório e com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da presunção de inocência, a ampla defesa e do contraditório, da isonomia e da legalidade:

*A*) Para compatibilizar o tema com o novo conceito de menor potencial ofensivo, trazido pela Lei 10.259/01, alterar o *caput* do artigo 89 da Lei 9.099/95, além de excluir a hipótese obrigatória de não aplicação por estar o envolvido sendo processado por outro crime, bem como para espancar as dúvidas quanto ao cabimento da suspensão condicional nas hipóteses de ação penal exclusivamente privada, a redação, então, passaria a ser:

*"Artigo 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 2 (dois) anos, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, ou o querelante, ao oferecer a queixa-crime, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não tenha sido condenado por outro crime, a pena privativa de liberdade, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)."*

*B*) Mostrando a realidade que a redação aparentemente inflexível do § 1º, III e IV não atende a condições de individualização da pena, que possibilita a imposição de condições diversas das meramente exemplificativas hoje existentes, haveria uma ligeira alteração redacional, assim restando descrito:

*"Art. 89. (...)*

*III – proibição de mudar o domicílio da comarca onde reside, sem prévia e expressa autorização do Juiz;*

*IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, em periodicidade a ser definida no caso concreto, para informar suas atividades."*

*C*) Para acompanhar a posição mais consentânea com o garantismo penal, dentro dos princípios constitucionais referidos, dar nova redação ao § 3º do artigo em comento, que passaria a ser assim redigido:

*"§ 3ºA suspensão poderá ser revogada, após a garantia do contraditório, se, no curso do prazo, o beneficiário vier, durante o prazo de suspensão, a ser definitivamente condenado por outro crime, a pena privativa de liberdade, ou não cumprir, injustificadamente, quaisquer das condições impostas."*

*D*) Nesse contexto, o § 4º do artigo 89 deveria sofrer completa modificação, visando resolver os impasses quanto ao modo de impugnação e à ausência de proposta por parte do Ministério Público, ostentando, é evidente, o denunciado, os requisitos objetivos e subjetivos favoráveis, e compatibilizar com o *caput*, o parágrafo proposto passaria a ter a seguinte redação:

*"§ 4º Caso o Ministério Público, ou o querelante, não tenha formulado a proposta de suspensão do processo, ou o Juiz discorde dos fundamentos da recusa, ou das condições propostas, de ofício, poderá o Juiz propô-la, após receber a denúncia, ao acusado, restando ao Ministério Público, ou ao querelante, a interposição de recurso em sentido estrito contra a decisão homologatória da suspensão."*

E) Cuidando das fórmulas para encontrar a pena mínima, deveria haver o acréscimo de um parágrafo, para, expressamente, considerar as hipóteses de concurso formal, material e de crimes continuados, desde que, isoladamente, nenhum deles tiver a pena menor em patamar superior a dois anos. Seria assim a eventual redação:

*"§ 8º Para efeito deste artigo, não serão considerados os acréscimos decorrentes de concurso material ou formal, nem de crime continuado, aplicando-se este dispositivo no caso de cada crime, isoladamente, não possuir pena mínima superior a dois anos, considerados os requisitos subjetivos."*

*F*) Desta forma, diante de tudo o que foi exposto no trabalho, mantidos os demais parágrafos, sugere-se a seguinte redação integral para o art. 89 da Lei 9.099/95:

*"Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 2 (dois) anos, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, ou o querelante, ao oferecer a queixa-crime, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não tenha sido condenado por outro crime, a pena privativa de liberdade, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).*

*§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:*

*I — reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;*

*II — proibição de freqüentar determinados lugares;*

*III – proibição de mudar o domicílio da Comarca onde reside, sem prévia e expressa autorização do Juiz;*

*IV – comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, em periodicidade a ser definida no caso concreto, para informar suas atividades.*

*§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições, diversas das acima, a que fica subordinada a suspensão, desde que razoáveis e adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.*

*§ 3º A suspensão poderá ser revogada, após a garantia do contraditório, se, no curso do prazo, o beneficiário vier, durante o prazo de suspensão, a ser definitivamente condenado por outro crime, a pena privativa de liberdade, ou não cumprir, injustificadamente, quaisquer das condições impostas.*

*§ 4º Caso o Ministério Público, ou o querelante, não tenha formulado a proposta de suspensão do processo, ou o Juiz discorde dos fundamentos da recusa, ou das condições propostas, de ofício, poderá o Juiz propô-la, após receber a denúncia, ao acusado, restando ao Ministério Público, ou ao querelante, a interposição de recurso em sentido estrito contra a decisão homologatória da suspensão.*

*§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.*

*§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo, a partir da intimação ao acusado da decisão homologatória.*

*§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.*

*§ 8º Para efeito deste artigo, não serão considerados os acréscimos decorrentes de concurso material ou formal, nem de crime continuado, aplicando-se este dispositivo no caso de cada crime, isoladamente, não possuir pena mínima superior a dois anos, considerados os requisitos subjetivos."*

## 6. BIBLIOGRAFIA


BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo.* Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão.* 2ª ed. rev. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal: o novo modelo consensual de justiça criminal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini (*et al.*). *Juizados especiais criminais comentários à lei 9099 de 26.09.95.* 3ª ed., rev. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código penal anotado.* 12ª ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Lei dos Juizados especiais criminais anotada.* 3ª ed., rev. ampl., São Paulo: Saraiva, 1996.

KUEHNE, Maurício (*et. al.*). *Lei dos Juizados Especiais Criminais.* Curitiba: Juruá, 1996.

MIRARETE, Julio Fabrini. *Juizados especiais criminais.* 4ª ed., rev. atual., São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Juizados especiais cíveis e criminais* São Paulo: Saraiva, 1996.

PEDROSA, Ronaldo Leite- *Juizado criminal — teoria e prática.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

PRADO. Geraldo Luiz Mascarenhas, CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de (org). *Lei dos Juizados especiais cíveis e criminais comentada e anotada* (et aí.). 2ª ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TORON Alberto Zacharias. Drogas: novas perspectivas com a Lei 9099/95?, *in Boletim do IBCCrim,* ano 3, n. 35, novembro de 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários lei dos Juizados especiais criminais.* São Paulo: Saraiva, 2000.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa Tourinho; JÚNIOR, Joel Dias Figueira. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais.* São Paulo: RT, 2002.

# *ESCLARECIMENTOS E INDAGAÇÕES EM TORNO DO ARTIGO 28 DO CPP*

BERNARDO MONTALVÃO VARJÃO DE AZEVEDO*

## I

Se o Ministério Público é o *dominus litis*, se ele pode e deve apreciar a viabilidade da ação penal, por que, ao pedir o arquivamento do inquérito, pode o Juiz discordar o Promotor? Não deveria o Juiz, sempre que houvesse um pedido de arquivamento, com ele concordar, mesmo divergindo da apreciação feita pelo órgão do Ministério Público?

Se o Juiz devesse acatar o pedido de arquivamento mesmo entendendo que nenhuma razão assistisse ao Promotor para formular tal pedido, estaria sancionado o arbítrio deste. Este, de órgão da lei e fiscal da sua execução, passaria a ser fiscal das suas conveniências pessoais. Por sentimentalismo piegas ou por injunções políticas, o Promotor pediria o arquivamento e ruiria por terra o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ficando, o que é mais grave, a repressão do crime na dependência da conveniência e oportunidade do Promotor, sendo tal situação de um absurdo manifesto, como observa o Profº FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO[1].

Por outro lado, dissentindo da apreciação feita pelo Promotor, que se recusa a oferecer a denúncia, não pode o Juiz obrigá-lo a apresentá-la, sob pena de violar, como lembra o Profº HÉLIO BASTOS TORNAGHI[2], ainda que por via oblíqua, o princípio do *ne procedat judex ex officio*, dogma do sistema acusatório.

Neste caso deve, então, o Juiz obedecer ao disposto no artigo 28 do Código Procedimental, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que poderá adotar uma daquelas providências anteriormente esposadas. No que

---

* Professor de Direito Penal e Processo Penal da UCSal – Universidade Católica do Salvador. Professor de Direito Penal da FABAC – Faculdade Baiana de Ciências. Professor de Direito Processual Penal da Escola Superior do Ministério Público da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da Escola dos Magistrados da Bahia. Analista Previdenciário do INSS/BA.

1. Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*. Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 401.
2. Hélio Bastos Tornaghi. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp. 345-349.

concerne especificamente a uma dessas providências, qual seja, a do ato de designação de um Promotor de Justiça, para que este ofereça denúncia, há uma acirrada discussão doutrinária. Senão vejamos.

Para a grande maioria da doutrina, a exemplo dos professores VICENTE GRECO FILHO[3], FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO[4], EDUARDO ESPÍNOLA FILHO[5], JULIO FABBRINI MIRABETE[6], DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS[7], EDGARD MAGALHÃES NORONHA[8], HÉLIO BASTOS TORNAGHI[9], e JOSÉ FREDERICO MARQUES[10], não pode o Promotor designado pelo Procurador-Geral de Justiça recusar-se a oferecer a denúncia por este determinada em razão de um imperativo de hierarquia previsto em lei (Lei nº 8.625/93, art. 10, inciso IX, *d*), bem como porque não há qualquer ofensa à consciência do Promotor, vez que o mesmo age por delegação do Chefe do Ministério Público.

Contudo, para alguns doutrinadores, a exemplo dos professores PAULO CLÁUDIO TOVO[11] e JOSÉ PAGANELLA BOSH[12], o Promotor, apesar de designado pelo Procurador de Justiça, não deve está obrigado a oferecer a denúncia, pois tal exigência, além de ofender o princípio da independência funcional (CF, art. 127, § 1º), é de todo desnecessária, vez que, se o Procurador-Geral de Justiça está tão convicto do oferecimento da denúncia, nada impede que ele mesmo o faça.

Com efeito, releva notar que a própria denúncia fica, em muito comprometida, se o Promotor que deve, em tese, oferecer a denúncia, não está convicto disso, pois, se o próprio está em dúvida acerca dos elementos que devem compor a exordial acusatória, como, por exemplo, a *justa causa*, em obediência ao princípio constitucional do *in dubio pro reo* (CF, art. 5º, LVII), como quer o professor AFRÂNIO SILVA JARDIM[13], não deve ser oferecida denúncia, vez que, em razão do aludido princípio, cabe ao Ministério Público o ônus da prova, ou seja, o ônus de demonstrar que o acusado realmente é o autor de um determinado delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

---

2. Hélio Bastos Tornaghi. *Instituições de processo penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 345-349.
3. Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal.* Saraiva, 1999, São Paulo.
4. Ob. cit., p. 407.
5. Eduardo Espínola Filho. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado,* vol. 1º, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1960, pp. 348-352.
6. Julio Fabbrini Mirabete. *Código de Processo Penal interpretado.* Atlas, 2ª ed., 1994, p. 31.
7. Damásio Evangelista Jesus. *Código de Processo Penal interpretado.* Saraiva, São Paulo, 2000, p. 485.
8. Edgard Magalhães Noronha. *Curso de Direito Processual Penal.* São Paulo, Saraiva, 1996.
9. Ob. cit., p. 441.
10. José Frederico Marques. *Elementos de processo penal.* vol. 2. Campinas, Bookseller, 2000, p. 345.
11. Paulo Cláudio Tovo. *Apontamento e guia prático sobre a denúncia no processo penal brasileiro,* Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1986.
12. José Paganella Bosh. *Processo penal,* Rio de Janeiro, Aide, 1995.
13. Afrânio Silva Jardim. *Direito Processual Penal,* 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 178-182.

Ademais, acrescenta os citados doutrinadores, que não há que se justificar tal exigência com base na hierarquia, vez que o Promotor, no desempenho de sua função ministerial, não está submetido a qualquer ingerência do Procurador–Geral de Justiça, pois, se assim fosse, força é convir que poderiam ocorrer situações que distorceriam a atividade do Promotor, como, por exemplo, a de este membro do *Parquet*, para conseguir gratificação ou remoção para uma comarca mais próxima da Capital, promover uma determinada ação penal para agradar o Procurador-Geral de Justiça, que, seja por seu excesso de trabalho, seja por seu interesse pessoal no desfecho da ação penal, não queria promover, pessoalmente, a mesma.

Note-se, ainda, como ressaltam os mencionados professores, que só há falar em hierarquia, no que concerne ao desempenho das atividades do Promotor na esfera interno-administrativista do Ministério Público, ou seja, *interna corporis*. Caso contrário, toda vez que o Promotor fosse oferecer alguma denúncia, teria a "obrigação institucional" de consultar o Procurador-Geral de Justiça, para obter desse a sua *opinio delicti*.

Por fim, ainda segundo os aludidos professores, não assiste razão àqueles que defendem o posicionamento contrário sob o argumento de que se viesse a se permitir que o Promotor designado pudesse divergir da instrução do Procurador-Geral de Justiça, demorar-se-ia demasiadamente para se oferecer a denúncia, correndo-se, desta forma, o risco de vim a prescrever o delito. Contudo, isto não é verdade, pois, como já foi destacado, o próprio Procurador-Geral de Justiça pode oferecer a denúncia, evitando, assim, uma possível prescrição.

## II

O Tribunal, apreciando recurso, anula todo o processo a partir da denúncia. Pergunta-se: pode, nessa hipótese, o Promotor requerer o arquivamento em vez de oferecer nova denúncia?

Se ele entender deva ser apresentada nova denúncia, poderá apresentá-la, e, se entender, apreciando novamente a espécie, de requerer o arquivamento, nada impedirá também, conforme o Prof° Fernando da Costa Tourinho Filho[14].

Tal assunto, por sinal, já foi objeto de discussão no Tribunal de Justiça de São Paulo, e, por unanimidade, foi aceito o parecer do festejado Prof° Magalhães Noronha, no sentido de que *"uma vez que o venerando acórdão anulou a denúncia, anulando também todo o processo, nova oportunidade se oferecia ao órgão da acusação para apreciar a espécie, pois processo, nesse caso, não havia: nulla et non facta paria sunt"* (*RT*, 209/130).

---

14. Ob. cit., p. 406.

## III

Como já vimos, submetido o pedido de arquivamento à apreciação do Procurador-Geral de Justiça, este, caso entenda não haver motivo para o arquivamento, apresentará a denúncia ou designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la. Pergunta-se: poderá o Procurador designar o mesmo Promotor que pediu o arquivamento?

A resposta há de ser negativa. E, por várias: *a*) Em virtude de expressa proibição legal, pois o artigo 28 fala na designação de *outro órgão do Ministério Público, excluindo, assim, a possibilidade de poder ser designado o mesmo órgão que pediu o arquivamento. b*) Porque o órgão do Ministério Público tem liberdade de proferir seus pareceres de acordo com a sua consciência. Este é o seu dever: nisto residem sua *independência funcional (CF, art. 127, § 1º) e dignidade pessoal.* De outro modo, restaria violentada a sua consciência jurídica, obrigando-o a uma constrangedora retratação.

Acontecendo, então, tal situação, deve o Promotor de Justiça declinar da incumbência, não havendo em sua atitude qualquer desrespeito ao poder de direção que o Procurador-Geral tem quanto a todos os membros da Instituição, sendo este o entendimento do Profº Fernando da Costa Tourinho Filho[15].

## IV

Cabe recurso da decisão que acolhe o pedido de arquivamento?

Em regra, não. Mas, exclusivamente naquela hipótese tratada no parágrafo único do artigo 6º, da Lei nº 1.508/1951 cabe, *in verbis*:

> "Art. 6º Quando qualquer do povo provocara iniciativa do Ministério Público, nos termos do artigo 27 do Código de Processo Penal, para o processo tratado nesta lei, a representação, depois do registro pelo distribuidor em Juízo, será por este enviada, incontinenti, ao Promotor público, para os fins legais.
>
> Parágrafo único. *Se a representação for arquivada, poderá o seu autor interpor recurso em sentido estrito*" (CPP, art. 581, I) (grifo nosso).

A lei em apreço versa sobre o procedimento de contravenções do jogo do bicho e jogo sobre corridas de cavalos, feito fora de hipódromos, e apostas sobre quaisquer outras competições esportivas.

Interposto o recurso, bem poderá o Juiz, no *Juízo de retratação* a que se refere o art. 589 do Código de Processo Penal, entender que o recorrente tem razão.

---

15. Ob. cit., p. 406.

Neste caso, segundo o Prof° FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, deverá o Juiz obedecer ao disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo, a seguir, os autos para apreciação do Procurador-Geral de Justiça.

Contudo, se o Juiz mantiver a sua decisão, os autos do recurso sobem ao Tribunal, e se este não entender não ter sido caso de arquivamento, aplicará o disposto no artigo 28 do Código Procedimental. Do contrário, se a decisão for mantida, a *"representação"* será arquivada.

Atualmente, no entanto, tal situação, face à Lei n° 9.099/95, poderá ser resolvida por meio de uma transação penal (Lei n° 9.099/95, art. 76) que venha a ser feita. E, se o Procurador-Geral entender que a razão estava com o Tribunal, ao entender que o caso não era de arquivamento, este deverá remeter os autos ao Promotor de Justiça que funcione junto ao Juizado Especial Criminal.

# *REFLEXÕES ACERCA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SOCIOEDUCATIVA E DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA**

CARLA CARVALHO LEITE **

SUMÁRIO: 1. Breves considerações sobre a responsabilidade penal juvenil e a natureza jurídica das medidas socioeducativas. 2. A prescrição da pretensão socioeducativa e a prescrição da pretensão executória das medidas socioeducativas. Delineamento da orientação do Superior Tribunal de Justiça. 3. Análise crítica da orientação do Superior Tribunal de Justiça. A prescrição da pretensão socioeducativa e da pretensão executória. Princípio da proporcionalidade e normativa internacional. 4. Proposições. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

## 1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL JUVENIL E A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

A Constituição da República de 1988, antecipando-se à Convenção da ONU sobre Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, instituiu a Doutrina da Proteção Integral, promovendo uma ruptura paradigmática ao reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e, assim, deixando no passado o lugar de objetos de tutela do Estado que lhes destinava o revogado sistema do Código de Menores de 1979.

A Constituição Cidadã confere expressamente uma série de direitos fundamentais de que são titulares crianças e adolescentes (art. 227), os quais

---

* Tese apresentada e aprovada no XXII Congresso Nacional da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude - ABMP, realizado nos dias 9, 10 e 11 de abril de 2008, em Florianópolis - SC.

** Carla Carvalho Leite é Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

vieram a ser regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90). Afirma, ainda, que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, remetendo-os às *normas da legislação especial* (art. 228), no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como lembra VOLPI, a Lei Federal nº 8.069/90, em total consonância com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, "considera o adolescente infrator como categoria jurídica, passando a ser sujeito dos direitos estabelecidos na Doutrina da Proteção Integral, inclusive do devido processo legal"[1].

Sendo sujeitos de direitos, impõe-se a incidência do *instrumental garantista* em matéria de ato infracional[2]. Segundo o ilustre membro do Ministério Público gaúcho, citando lição do Desembargador Antônio FERNANDO AMARAL E SILVA, "o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao regulamentar o art. 228 da Constituição Federal e que teve como fontes formais os Documentos dos Direitos Humanos das Nações Unidas, introduziu no país os princípios garantistas do chamado Direito Penal Juvenil"[3].

Respeitáveis juristas compartilham do mesmo entendimento, ou seja, o de que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um modelo de responsabilidade penal juvenil. Dentre tantos outros, assim se manifestam AMARAL E SILVA[4], MACHADO[5], COSTA[6], KONZEN[7] e SARAIVA[8].

Compreendendo-se que inimputabilidade não significa irresponsabilidade, observa-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, devidamente autorizado pela Constituição da República, institui um sistema de responsabilidade penal do adolescente em conflito com a lei, o chamado Direito Penal Juvenil (AMARAL E SILVA[9] e SARAIVA[10]).

---

1. Mario Volpi, *O adolescente e o ato infracional*, São Paulo, 2002, p.15.
2. Armando Afonso Kozen, *Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*, Porto Alegre, 2005.
3. *Op. cit.*, p. 65.
4. Antonio Fernando Amaral e Silva, O mito da inimputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, *in Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, 1998.
5. Martha de Toledo Machado, *A proteção constitucional de crianças e e adolescentes e os direitos humanos*, Barueri, 2003.
6. Ana Paula Motta Costa, *As garantias processuais e o direito penal juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*, Porto Alegre, 2005.
7. Armando Afonso Kozen, *op. cit.*, p. 65. Este aponta ainda os juristas argentinos Emílio Garcia Méndez e Mary Berloff.
8. Joao Batista Costa Saraiva, *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente em conflito com lei e ato infracional*, Porto Alegre, 2006.
9. Antonio Fernando Amaral e Silva, *op. cit.*
10. Joao Batista Costa Saraiva, *op. cit.*

A propósito, eis a lição de AMARAL E SILVA, um dos maiores ícones da implantação da Doutrina da Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro:

> "Sendo a imputabilidade (derivado de *imputare*) a possibilidade de atribuir responsabilidade pela violação de determinada lei, seja ela penal, civil, comercial, adminsitrativa ou juvenil, não se confunde com a responsabilidade, da qual é pressuposto. (...) Não se confundindo imputabilidade com responsabilidade, tem-se que os adolescentes respondem frente ao Estatuto respectivo, porquanto são imputáveis diante daquela lei"[11].

No mesmo sentido se manifesta o excelente magistrado gaúcho já tantas vezes citado:

> "Ao afirmar em seu art. 228 a inimputabilidade dos menores de 18 anos, a norma constitucional os remete à responsabilização prevista na legislação especial que regula seus direitos, reconhecida sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. A inimputabilidade penal não os faz irresponsáveis, nem inimputabilidade penal faz-se sinônimo de impunidade.
>
> Nesta lógica, não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um sistema de responsabilidade do adolescente em conflito com a Lei que, por sua natureza garantista, inspirado por princípios assecuratórios de limites ao poder sancionador do Estado, pode e deve ser definido como de Direito Penal Juvenil"[12].

O Estatuto conceitua ato infracional como *a conduta descrita como crime ou contravenção penal* (art. 103), estabelece o procedimento de apuração de ato infracional, enumera os direitos individuais do adolescente a quem se impute a prática de ato infracional, bem como suas garantias processuais decorrentes do devido processo legal – como, aliás, não poderia deixar de ser, já que crianças e adolescentes também são destinatários dos direitos e garantias individuais atribuídas pela Constituição da República – e elenca uma série de medidas socioeducativas.

Por outro lado, o caráter retributivo das medidas socioeducativas é inegável. Embora se reconheça a finalidade socioeducativa das medidas, sua natureza jurídica é penal, não havendo, neste particular, qualquer contradição[13].

Segundo SARAIVA, a medida socioeducativa configura uma espécie do gênero "sanção penal", categoria que também inclui outras espécies, entre as

---

11. Antonio Fernando Amaral e Silva, *op. cit.*, p. 263.
12. Joao Batista Costa Saraiva, *op. cit.*, p. 88.
13. Armando Afonso Kozen, *op. cit.*

quais, a pena – dirigida ao imputável – e a medida de segurança – dirigida ao inimputável portador de doença mental [14].

No mesmo sentido se posiciona KONZEN:

> "Se a medida socioeducativa é uma das espécies das sanções penais, sanção penal especial ou sanção penal juvenil, porque destinada ao adolescente, e se a conseqüência de sua aplicação pode produzir o sentido de aflição para o destinatário, então importa, como corolário lógico a incidência de todo o conjunto de instrumentos individuais garantistas hodiernamente construídas e expressamente previstas pelo Direito"[15].

Ao tratar da responsabilidade penal juvenil e da natureza penal das medidas socioeducativas, ANA PAULA MOTTA COSTA, referindo-se aos adolescentes autores de ato infracional, assim se manifesta:

> "(...) pode-se-lhes atribuir responsabilidade com base nas normas do Estatuto próprio, pois respondem pelos delitos que praticam, submetendo-se a medidas socioeducativas de caráter penal especial. Tal caráter justifica-se especialmente porque as referidas medidas são impostas aos sujeitos, ao mesmo tempo em que decorrem da prática de atos infracionais, ou crimes tipificados na lei penal, e, ainda, é indiscutível seu caráter aflitivo, especialmente tratando-se da privação de liberdade."[16]

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo o caráter penal das medidas socioeducativas. Em julgados relativos à prescrição da pretensão socioeducativa[17], aquela Corte Superior tem afirmado que "as medidas socioeducativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo"[18].

São claras, portanto, as evidências quanto à existência de um sistema de responsabilidade penal juvenil no ordenamento jurídico brasileiro e quanto à natureza penal das medidas socioeducativas.

Por fim, antes de se tratar da matéria que constitui o objeto deste estudo, cabe ainda traçar a premissa de que devem ser reconhecidos ao adolescente

---

14. Joao Batista Costa Saraiva, *op. cit.*
15. Armando Afonso Kozen, *op. cit.*, pp. 66-67.
16. Ana Paula Motta Costa, op. cit., p. 79.
17. O Superior Tribunal de Justiça reconhece a aplicabilidade do instituto da prescrição em matéria de ato infracional. Eis o teor do Enunciado nº 338 da Súmula do STJ: "A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas."
18. O trecho acima transcrito foi extraído do Habeas Corpus nº 62179 (Relatora Ministra Laurita Vaz), julgado em 23/08/2007, em que a 5ª Turma do STJ concedeu a ordem, reconhecendo a prescrição da pretensão executória de medida socioeducativa (Publicação: *DJ* 24.09.2007, p. 331). No mesmo sentido são vários os julgados do STJ.

em conflito com a lei todos os benefícios de natureza penal e processual penal aplicáveis aos adultos, bem como todas as causas de extinção da punibilidade previstas na legislação penal, sob pena de se incidir em inadmissível inconstitucionalidade.

Isto porque, como lembra SARAIVA, em razão do exposto no art. 5º, § 2º, da Constituição da República, deve-se observar o que dispõem tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, dentre os quais as Diretrizes de Riad e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança[19].

Segundo a Regra 54 das Diretrizes de Riad, deve ser "garantido que todo o ato que não seja considerado delito, nem seja punido quando cometido por adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem".

De acordo com o art. 41 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, "nenhuma disposição da presente Convenção afeta as disposições mais favoráveis à realização dos direitos da criança que possam figurar: *a*) na legislação de um Estado Parte; *b*) no direito internacional em vigor para este Estado".

Conclui-se, assim, que não pode o adolescente em conflito com a lei ser tratado de forma mais gravosa do que seria se adulto fosse. Entendimento em sentido diverso afrontaria a Constituição da República.

## 2. A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SOCIOEDUCATIVA E A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. DELINEAMENTO DA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estabelecidas as premissas anteriormente apontadas, deve-se reconhecer a aplicabilidade, aos adolescentes em conflito com a lei, das causas extintivas da punibilidade, dentre as quais a prescrição, entendimento que, conforme exposto, consolidou-se no Superior Tribunal de Justiça, o que se extrai do Enunciado nº 338 da Súmula daquela Corte Superior.

Contudo, se por um lado, em matéria de ato infracional, é pacífico o reconhecimento da prescrição (tanto da pretensão "punitiva" ou, como se refere neste trabalho, da pretensão socioeducativa, quanto da pretensão executória),

---

19. Joao Batista Costa Saraiva, *op. cit.*

por outro, pode-se observar a existência de posicionamentos diferentes a respeito dos prazos prescricionais aplicáveis.

Como aponta SARAIVA, "enquanto não existir expressa disposição legal, seja no Estatuto da Criança e do Adolescente, seja em lei que o complemente (...) devem ser operacionalizadas as regras do Código Penal, arts. 109 e 115, operando-se com a medida socioeducativa aplicável e considerando-se o lapso prescricional previsto no Código Penal para a espécie pela metade (por conta de o agente contar com menos de vinte e um anos)"[20].

Ao tratar da base de cálculo do prazo prescricional, isto é, do prazo máximo das medidas socioeducativas aplicáveis, conclui o excelente magistrado gaúcho (*ibidem*):

> "Devem ser verificadas as imposições *in abstracto* (*vg.* máximo de três anos para a Internação) e em concreto (*vg.* máximo de seis meses para a PSC – Prestação de Serviços à Comunidade) em cotejo com os prazos do art. 109 do Código Penal, devidamente reduzidos à metade (neste último caso a prescrição opera-se em um ano)"[21].

A partir da análise dos mais recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, pode-se afirmar que aquela Corte Superior considera que o cálculo do prazo da prescrição da pretensão socioeducativa deve levar em consideração o prazo máximo de cumprimento da medida de internação, qual seja, o de 3 anos (art. 121, § 3º, do ECA), aplicando-se os parâmetros previstos no art. 109 e a redução à metade imposta pelo art. 115, ambos do Código Penal.

Assim, segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, o prazo prescricional (da pretensão socioeducativa) é de 4 anos, diante da redução à metade (art. 115 do CP) do prazo previsto no art. 109, inciso IV do CP (8 anos), por ser o autor do ato infracional, obviamente, menor de 21 anos à data do fato.

No tocante à prescrição da pretensão executória, o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça versa no sentido de que "o prazo prescricional deve ter por parâmetro, tratando-se de medida socioeducativa aplicada sem termo, a duração máxima da medida de internação (três anos), ou, havendo termo, a duração da medida socioeducativa estabelecida pela sentença"[22].

---

20. João Batista Costa Saraiva, *op. cit.*, p. 86.
21. Na nota de rodapé nº 28 também consta observação a respeito da imposição em concreto para a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade.
22. Nesse sentido, são vários os julgados do STJ. O trecho acima transcrito foi extraído do acórdão proferido no Habeas Corpus nº 52611-SP (Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima), julgado em 18/10/2007, em que a 5ª Turma do STJ concedeu a ordem, reconhecendo a prescrição da pretensão executória de medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade aplicada (Publicação: *DJ* 05.11.2007, p. 297).

A partir do raciocínio seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, o mesmo prazo de 4 anos vale tanto para a prescrição da pretensão socioeducativa quanto para a prescrição da pretensão executória, ressalvada, neste último caso, a hipótese de a sentença ter aplicado medida socioeducativa com prazo de duração certo, caso em que o cálculo da prescrição se baseia no lapso temporal ali fixado. Por exemplo, caso a sentença tenha aplicado medida socioeducativa de liberdade assistida pelo prazo de seis meses, o prazo prescricional (da pretensão executória), segundo o entendimento adotado pelo STJ, será de um (1) ano, diante da incidência do disposto no art. 109, inciso VI, no art. 110, *caput* e no art. 115, todos do Código Penal.

## 3. ANÁLISE CRÍTICA DA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SOCIOEDUCATIVA E DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E NORMATIVA INTERNACIONAL

Em linhas gerais, parece que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do prazo prescricional (da pretensão socioeducativa ou da pretensão executória, caso, nesta última hipótese, não tenha a sentença fixado lapso temporal certo para cumprimento da medida)[23], além de não observar o princípio da proporcionalidade, vai contra o princípio extraído da normativa internacional, de natureza constitucional (art. 5º, § 2º, da Constituição da República), segundo o qual não pode o adolescente em conflito com a lei ser tratado de forma mais gravosa do que seria se adulto fosse.

Primeiramente, deve-se lembrar que o princípio da proporcionalidade entre a medida socioeducativa a ser aplicada e a gravidade do ato infracional praticado constitui critério decorrente da normativa internacional da qual o Brasil é signatário[24], configurando verdadeira norma de natureza garantidora de direito individual.

Neste particular, preceitua o art. 5.1 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude (ou Regras de Beijing) que "o Sistema de Justiça da Infância e Juventude *(...)* garantirá que qualquer *decisão em relação aos jovens infratores* será sempre *proporcional às circunstâncias* do infrator *e da infração*" (grifos nossos).

Ao tratar dos *princípios norteadores da decisão judicial e das medidas*, o art. 17.1, alínea *a*, das Regras de Beijing dispõe que "a decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios: *a) a resposta à infração será*

---

23. Como já mencionado, nessas hipóteses, segundo o STJ, o prazo prescricional é de 4 anos, calculado com base no prazo máximo da medida de internação (3 anos) e nas normas previstas no art. 109, inciso IV e no art. 115, ambos do CP.
24. Armando Afonso Kozen, *op. cit.*

*sempre proporcional* não só *às circunstâncias e à gravidade da infração*, mas também às circunstâncias e à necessidade do jovem, assim como às necessidades da sociedade" (grifos nossos). No mesmo sentido dispõe o art. 40, item 4, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Levando em consideração o princípio da proporcionalidade, de incidência imperativa, afigura-se ilegal – em verdade, inconstitucional, diante da natureza garantista da norma – a aplicação de um mesmo prazo prescricional para todo e qualquer ato infracional, independentemente de sua gravidade.

Adotando-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o prazo prescricional da pretensão socioeducativa ou da pretensão executória (caso não estabelecido prazo certo para cumprimento da medida) seria o mesmo (de 4 anos), tanto na hipótese de ato infracional de menor gravidade, como, por exemplo, ato infracional análogo a crime de lesão corporal leve (tipificado no art. 129, *caput*, do Código Penal), considerado crime de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099/95), quanto na hipótese de ato infracional análogo a crime grave, como, por exemplo, o crime de homicídio (art. 121, *caput*, do CP) ou o crime de latrocínio (art. 157, § 1º, do CP), situação que, obviamente, configura verdadeira afronta ao princípio da proporcionalidade.

Além dessa questão, observa-se que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça já exposto também viola o princípio extraído da normativa internacional, de natureza garantidora de direito individual (art. 5º, § 2º, da CR), segundo o qual não pode o adolescente em conflito com a lei ser tratado de forma mais gravosa do que seria se adulto fosse. Isto porque, por vezes, o prazo prescricional de 4 anos – aplicável, segundo aquela Corte Superior[25], para qualquer ato infracional – pode ser superior ao prazo prescricional incidente na hipótese de infração penal idêntica ter sido praticada por um adulto entre 18 e 21 anos de idade.

Diante de tal situação hipotética – prejudicial ao adolescente em conflito com a lei em comparação ao adulto autor de infração penal – e da necessidade de observância do princípio da proporcionalidade, parece que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça deve ser repensado. É o que se pretende através deste trabalho.

Partindo-se da premissa de que o adolescente não pode ser tratado de forma prejudicial em relação a um adulto que, por hipótese, estivesse na mesma situação e levando em consideração o critério da proporcionalidade, propõe-se que os operadores do Sistema de Justiça verifiquem, em cada caso

---

25. Conforme já exposto, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o prazo prescricional de 4 anos se aplica em se tratando de prescrição da pretensão socioeducativa ou de prescrição da pretensão executória, caso, nesta última hipótese, a sentença não tenha fixado prazo certo de cumprimento da medida socioeducativa.

concreto, qual seria o prazo prescricional mais benéfico ao adolescente: *a)* o prazo de 4 anos (diante da incidência do art. 109, inciso IV, c/c o art. 115, do CP), partindo-se da consideração em abstrato do prazo máximo da medida socioeducativa mais drástica (internação), que é de 3 (três) anos (art. 121, § 3º, do ECA); ou *b)* o prazo prescricional calculado com base na pena (privativa de liberdade) máxima cominada em abstrato em cada tipo penal, incidindo também o já referido art. 115 do Código Penal.

Assim, em cada caso concreto, na análise da prescrição da pretensão socioeducativa ou da prescrição da pretensão executória (quando, neste último caso, a sentença não houver aplicado prazo certo de duração da medida socioeducativa[26]), devem os operadores do Sistema de Justiça verificar o prazo prescricional mais benéfico ao adolescente em conflito com a lei – se o de 4 anos, levando-se em consideração o prazo máximo da medida de internação, ou o prazo decorrente da pena máxima cominada para cada tipo penal[27].

À guisa de exemplo, suponha-se um processo em que se impute a um adolescente a prática de ato infracional análogo ao crime de lesão corporal leve, tipificado no art. 129, *caput*, do CP. O prazo prescricional considerado à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça será de 4 anos, como já exposto. Por sua vez, utilizando-se o mesmo raciocínio adotado em processo penal deflagrado em face de um adulto com idade entre 18 e 21 anos, sendo de 1 ano a pena máxima cominada em abstrato no tipo penal do art. 129, *caput*, do CP, o prazo prescricional, reduzido à metade (art. 109, inciso V, c/c o art. 115, do CP), será de 2 anos. Ora, neste caso hipotético, o prazo prescricional de 2

---

26. Como já mencionado, em relação à hipótese de a sentença ter fixado prazo de duração certo para cumprimento de medida socioeducativa, o Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando no sentido de que o prazo prescricional (tratando-se, obviamente, de prescrição da pretensão executória) deve ser calculado com base no prazo fixado na sentença, aplicando-se a norma prevista no art. 110, *caput*, e os parâmetros do art. 109, ambos do Código Penal.
27. Com relação à hipótese de a sentença não ter fixado prazo de duração certo para cumprimento de medida socioeducativa, o Superior Tribunal de Justiça, como exposto, vem se manifestando no sentido de que o prazo da prescrição da pretensão executória deve ser calculado com base no prazo máximo da medida socioeducativa de internação. Contudo, parece-me que este raciocínio não deve ser aplicado em toda e qualquer hipótese, devendo-se levar em consideração a medida socioeducativa aplicada para, quando for o caso, se estabelecer o seu prazo máximo cominado no Estatuto da Criança e do Adolescente e, por conseguinte, se fixar o prazo prescricional da pretensão executória. Por exemplo, é o que ocorre com a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, que tem prazo máximo (de 6 meses) cominado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 117, *caput*). Assim, ainda que a sentença seja omissa a respeito do prazo de cumprimento da medida aplicada (prestação de serviços à comunidade) – omissão de duvidosa legalidade –, deve-se considerar o prazo máximo cominado pela lei, de modo que o prazo da prescrição da pretensão executória será de 1 ano, consoante o disposto no art. 109, inciso VI e no art. 115, ambos do CP. A propósito, Saraiva (2006, p. 85-86), ao apontar para a necessidade de observância das imposições em concreto das medidas socioeducativas, traz como exemplo o máximo de seis meses para a medida de prestação de serviços à comunidade. Embora essa questão fuja ao objeto deste trabalho, parece conveniente sinalizá-la, a fim de que seja oportunamente discutida em outros estudos.

anos – decorrente da pena máxima cominada em abstrato no art. 129, *caput*, do Código Penal –, por ser mais benéfico ao adolescente, deve ser o prazo prescricional considerado.

Utilizando-se o mesmo raciocínio para a hipótese de ato infracional análogo ao crime de roubo simples, tipificado no art. 157, *caput*, do CP, cuja pena máxima cominada em abstrato é de 10 anos, tem-se que o prazo prescricional (aplicável em processo penal deflagrado em face de adulto entre 18 e 21 anos), com a devida redução à metade, é de 8 anos (art. 109, inciso II, c/c art. 115, ambos do CP). Observa-se que, neste caso, o prazo prescricional (de 4 anos) decorrente da consideração em abstrato do prazo máximo da medida socioeducativa de internação (3 anos), por ser mais benéfico ao adolescente, deve ser o prazo prescricional considerado no caso concreto.

## 4. PROPOSIÇÕES

A partir da revisão bibliográfica que serviu de base teórica para este trabalho e da análise crítica da orientação que vem se delineando no Superior Tribunal de Justiça a respeito dos prazos prescricionais incidentes em matéria de ato infracional, formulam-se as seguintes proposições[28]:

1) Diante da ruptura paradigmática promovida pela Constituição da República de 1988 ao instituir a Doutrina da Proteção Integral, o adolescente em conflito com a lei, sendo sujeito de direito, passa a ser uma categoria jurídica, impondo-se a incidência do instrumental garantista em matéria de ato infracional.

2) O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao regulamentar o art. 228 da Constituição da República, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um modelo de responsabilidade penal juvenil.

3) As medidas socioeducativas têm natureza (jurídica) penal e finalidade socioeducativa.

4) Diante da normativa internacional, extrai-se o princípio de que devem ser reconhecidos ao adolescente em conflito com a lei, sob

28. As proposições expostas nos itens 1 a 6 foram extraídas diretamente dos posicionamentos adotados pelos autores indicados na revisão teórica deste trabalho, cujas fontes são as obras mencionadas nas "referências bibliográficas". As proposições 1 a 6 configuram as premissas teóricas das proposições 7 a 9, as quais retratam análise crítica do posicionamento do STJ (proposições 7 e 8) e, por fim, uma proposta a respeito da prescrição em matéria de ato infracional (proposição 9).

pena de inconstitucionalidade (art. 5°, § 2°, da CR), todos os benefícios de natureza penal e processual penal aplicáveis aos adultos, incluindo-se as causas de extinção da punibilidade previstas na legislação penal, dentre as quais a prescrição.

5) Da normativa internacional se extrai o princípio de que não pode o adolescente em conflito com a lei ser tratado de forma mais gravosa do que seria se adulto fosse, a ser obrigatoriamente observado pelos operadores do Sistema de Justiça, sob pena de inconstitucionalidade (art. 5°, § 2°, da CR).

6) Da normativa internacional se extrai o princípio da proporcionalidade entre a medida socioeducativa e a gravidade do ato infracional, critério a ser obrigatoriamente observado pelos operadores do Sistema de Justiça, sob pena de inconstitucionalidade (art. 5°, § 2°, da CR).

7) A orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido da incidência de um mesmo prazo prescricional (de 4 anos) – em se tratando da prescrição da pretensão socioeducativa ou da pretensão executória, caso, nesta última hipótese, a sentença não tenha estabelecido prazo certo para cumprimento da medida – para qualquer ato infracional, independentemente de sua gravidade, configura violação ao princípio da proporcionalidade.

8) A referida orientação do STJ, por vezes, pode violar o princípio segundo o qual não pode o adolescente em conflito com a lei ser tratado de forma mais gravosa do que seria se adulto fosse.

9) Partindo-se da necessária observância dos dois princípios anteriormente apontados, propõe-se que os operadores do Sistema de Justiça verifiquem, em cada caso concreto, qual seria o prazo prescricional mais benéfico ao adolescente em conflito com a lei – se o de 4 anos, decorrente do prazo máximo da medida de internação (3 anos), ou o prazo decorrente da pena máxima cominada para cada tipo penal – devendo ser considerado o menor prazo prescricional.

## 5. CONCLUSÕES

A partir de revisão teórica referente a questões que giram em torno da responsabilidade penal do adolescente em conflito com a lei e da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça que vêm delineando a orientação daquela Corte no tocante à natureza jurídica (penal) das medidas socioeducativas e à incidência de importante causa extintiva da punibilidade

(prescrição) em matéria de ato infracional, pretendeu-se contribuir, através deste trabalho, para a reflexão dos operadores do Sistema de Justiça acerca dos princípios e normas adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque na questão da prescrição da pretensão socioeducativa e da pretensão executória das medidas socioeducativas, especialmente no tocante aos prazos prescricionais a serem observados.

Apontadas algumas evidências quanto à existência de um sistema de responsabilidade penal juvenil no ordenamento jurídico brasileiro e quanto à natureza penal das medidas socioeducativas, pontuaram-se alguns princípios decorrentes da normativa internacional da qual o Brasil é signatário, especialmente o princípio da proporcionalidade e o princípio segundo o qual o adolescente não pode ser tratado de forma prejudicial em relação a um adulto que, por hipótese, estivesse na mesma situação.

Tais premissas serviram de base à conclusão de que devem ser reconhecidos ao adolescente em conflito com a lei todos os benefícios de natureza penal e processual penal aplicáveis aos adultos, inclusive as causas de extinção da punibilidade previstas na legislação penal, dentre as quais a prescrição, sob pena de se incidir em inadmissível inconstitucionalidade. Fundamentaram, ainda, a análise crítica da orientação do Superior Tribunal de Justiça acerca do prazo prescricional aplicável em matéria de ato infracional e a exposição de uma proposta para o trato questão, a servir de reflexão aos operadores do Sistema de Justiça da Infância e Juventude, destinatários dos deveres impostos pela normativa nacional e internacional referentes aos direitos individuais e às garantias processuais do adolescente em conflito com a lei.

## 6. BIBLIOGRAFIA


AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. *O Mito da Inimputabilidade Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.* In *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 5, Florianópolis: AMC, 1998.

COSTA, Ana Paula Motta. *As Garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos.* Barueri: Manole, 2003.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente em conflito com a lei e ato infracional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª edição, 2006.

VOLPI, Mário. *O Adolescente e o Ato Infracional.* São Paulo: Cortez, 4ª edição, 2002.

# *UM ALENTO AO FUTURO: NOVO TRATAMENTO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES RELATIVAS À FILIAÇÃO*

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS *

SUMÁRIO: 1. Uma decisão consentânea com o seu tempo: o emblema de uma nova era. 2. Breve síntese do caso: o paradigma da nova orientação jurisprudencial. 3. A filiação no direito civil clássico: águas passadas que não podem mover moinhos. 4. O novo ambiente da ação investigatória de paternidade: criando um lugar propício ao desenvolvimento da personalidade e à promoção da dignidade da pessoa humana. 5. A ciência e os seus influxos: o homem desvendando a verdade biológica. 6. A maior participação do juiz na produção de prova: a integração do processo com a vida. 7. A prevalência da verdade real nas ações sobre direitos indisponíveis: o processo como instrumento de justiça. 8. Crítica à aplicação do modelo tradicional de coisa julgada nas ações filiatórias: a inquietude gerada pela concepção da coisa julgada no ambiente atual do Direito de Família. 9. A construção de nova tese sobre a coisa julgada na ação investigatória: a busca de um novo modelo de coisa julgada para as ações filiatórias. 10. A afirmação da coisa julgada *secundum eventum probationes* nas ações filiatórias: a adequação do direito à realidade social. 11. Bibliografia.

*"Mire, veja: O mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando"* (Guimarães Rosa).

* Promotor de Justiça do Estado da Bahia. Mestrando em Ciências da Família pela UCSal – Universidade Católica do Salvador. Professor do curso de Direito da UNIFACS – Universidade Salvador (graduação e pós-graduação em Direito Civil). da Faculdade de Direito da UCSal. – Universidade Católica do Salvador. do curso de Direito das Faculdades Jorge Amado (graduação e pós-graduação). do JusPODIVM – Centro Preparatório para as carreiras jurídicas. e da FESMIP – Fundação Escola Superior do MP/BA. Professor convidado da ESMESE – Escola Superior da Magistratura de Sergipe. Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família e do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual.

## 1. UMA DECISÃO CONSENTÂNEA COM O SEU TEMPO: O EMBLEMA DE UMA NOVA ERA

Importante decisão prolatada pela 4ª Turma do STJ, por unanimidade, no julgamento do Recurso Especial nº 226.436/PR, no dia 28 de junho de 2001, com brilhante voto-condutor do Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, ganhou a seguinte ementa:

> "Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido.
>
> I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.
>
> II – Nos termos da orientação da Turma, 'sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.
>
> III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso da investigação de paternidade, deve ser interpretada 'modus in rebus'. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'.
>
> IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum."

Ressalte-se, ainda, que votaram com o relator os Min. BARROS MONTEIRO, CÉSAR ÁSFOR ROCHA, RUY ROSADO DE AGUIAR E ALDIR PASSARINHO Jr., acolhendo integralmente o coerente posicionamento.

## 2. BREVE SÍNTESE DO CASO: O PARADIGMA DA NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Em abril de 1985 foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná recurso de apelação, sendo confirmada a extinção do processo por falta de provas, com decisão de improcedência do pedido.

Doze anos depois, em novembro de 1997, a ação foi reproposta, pugnando, desta vez, pela realização do exame DNA. O réu, uma vez citado, suscitou, em sede de preliminar (CPC, art. 301), a coisa julgada em razão da anterior decisão proferida, vindo o Juiz de Direito de primeiro grau a admitir o processamento da ação.

Em sede de agravo por instrumento interposto pelo acionado, o TJ/PR, mais uma vez, decidiu contrariamente aos interesses do infante, inadmitindo a nova ação porque entendeu que seriam idênticas e que já houvera julgamento de mérito na primeira delas, existindo, assim, coisa julgada, motivo que o levou a extinguir a segunda ação sem análise de fundo (CPC, art. 267, V). Chegou mesmo a afirmar, "não é possível a repropositura de ação, onde se deu a coisa julgada material, invocando-se falta, deficiência ou novas provas. A propositura de nova ação, somente é possível nos casos expressamente excepcionados em legislações especiais".

Foi interposto recurso especial contra a decisão do pretório paranaense, vindo a ganhar pronunciamento favorável do Órgão Ministerial com assento no Tribunal Superior e, finalmente, sendo provido de acordo com a ementa acima mencionada, descortinando uma nova era no tratamento da coisa julgada, notadamente nas ações filiatórias.

## 3. A FILIAÇÃO NO DIREITO CIVIL CLÁSSICO: ÁGUAS PASSADAS QUE NÃO PODEM MOVER MOINHOS

Na vigência do Código Civil de 1916, com os influxos patrimoniais e individualistas predominantes e à luz de uma concepção matrimonializada da família, afirmava-se a filiação como "o laço existente entre a pessoa que nasce e os seus genitores", como preconizava EDUARDO ESPÍNOLA[1], realçando o seu aspecto biológico.

Com tais princípios, adotou a ordem civil brasileira um sistema de presunções (art. 338 do CC/16, e art. 1.597 do novo CC/2002), com origens romanas, de modo a imputar a paternidade do filho da mulher casada ao marido dela. Era a presunção *pater is est quaem nupcias demonstrant*. A paternidade era fruto

1. *A Família no Direito Civil Brasileiro*, Campinas, 2001, p. 490.

de um processo lógico pelo qual a mente alcançava uma convicção por ficção legal. Justificava-se em nome da (falsa) *segurança jurídica*, montada a partir de tratamento legal em que o homem sobrepujava-se à mulher, buscando-se evitar a adulterinidade *a matre*.

Nesse campo, "a verdade biológica era, portanto, uma verdade proibida. Filho era somente o filho no sentido jurídico. A descendência genética podia (e deveria) coincidir com a concepção do direito; caso contrário, ao banimento do sistema se empurram os filhos que não se submetiam aos estritos limites da lei", como ressalta com maestria LUIZ EDSON FACHIN[2]. Por conseguinte, a ação de investigação de paternidade ficava reservada, praticamente, aos filhos nascidos fora das relações matrimoniais (chamados, até o advento da *Lex Legum* de 1988, de *ilegítimos* ou *legitimados*, se os seus pais viessem a se casar posteriormente).

Esse panorama manteve-se até o advento da Constituição da República (apesar de minoradas as conseqüências drásticas da presunção *pater is est* com as Leis nº 6.515/77 e 7.250/84), que, derrubando o sistema de presunções que se manteve por mais de 20 séculos, garantiu isonomia no tratamento entre os filhos.

Com os ventos isonômicos e sociais (e, por que não dizer, humanitários) da Magna Carta, notadamente pelo comando art. 227, § 6º[3], foram suprimidas, em definitivo, as qualificações discriminatórias em relação à filiação. Com isso, a condição jurídica de filho pode ser investigada (e, por igual, negada pelo genitor) sem óbices ligados ao estado civil ou ao parentesco.

Elucida, então, GUSTAVO TEPEDINO, com proficiência ímpar e a autoridade de grande ponto luminoso da nossa ciência civilista, que "a Constituição da República altera radicalmente o sistema anterior, assim delineado, consagrando, ao lado da isonomia dos filhos, a tutela de núcleos familiares monoparentais". E conclui o grande mestre e membro do MP que o Texto Maior trouxe novos princípios informadores de toda a disciplina jurídica, "definindo a nova tábua de valores"[4].

Deste modo, percebe-se que a partir dos novos matizes constitucionais, o tratamento filiatório passou a se submeter, basicamente, aos princípios cons-

---

2. *Da paternidade – relação biológica e afetiva*, Belo Horizonte, 1996, p. 20.
3. A Constituição de Cuba, no art. 36, traz dispositivo com idêntico propósito, afirmando que "*todos los hijos tienen iguales derechos, sean habidos dentro o fora del matrimonio. Está abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. No se consignará declaración alguma diferenciando los nascimentos, ni sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción de los hijos, ni en ningún otro documento que haga referencia a la filiación. El Estado garantiza mediante los procedimentos legales adecuados la determinación y el reconocimiento de la paternidad.*" Assim, Bertoldo Mateus de Oliveira Filho, *Alimentos e Investigação de Paternidade*, p.150.
4. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1999, p. 393.

titucionais, dentre os quais, à *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1°, III), vértice de todo o sistema jurídico pátrio, exigindo-se nova postura e interpretação do sistema de presunções antes vigente.

## 4. O NOVO AMBIENTE DA AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE: CRIANDO UM LUGAR PROPÍCIO AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E À PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Vocacionada, historicamente, para servir de mecanismo processual para a regularização do *status familiae* daqueles que não estivessem submetidos à (famigerada) presunção *pater is est*, a ação de investigação de paternidade teve seus contornos disciplinados pelo CC/16 no art. 363 – agora alterado pelo art. 1.605 do novo CC/2002.

Somente era possível o manejo da ação de investigação de paternidade pelo filho ilegítimo natural[5] (vedado ao adulterino, pelo menos enquanto perdurasse a sociedade conjugal de seu suposto genitor, e ao incestuoso).

E mais. A ação deveria, necessariamente, estar ancorada em uma das hipóteses elencadas no art. 363 do CC/16, pena de descabimento, como se a concepção pudesse ter suas fontes taxadas pelo legislador, olvidando, até mesmo, a atuação humana e as ilimitadas formas de extravasar o desejo sexual. Como se a lei pudesse impor ao ser humano os modos de conceber. Vã presunção!

Aliás, veja-se que o novo CC mantém o equívoco, tentando estabelecer hipóteses para o manejo da ação investigatória, no art. 1.605[6].

Ora, desde a *Lex Fundamentallis* de 1988 (e as Leis n° 8.069/90 – ECA e 8.560/92 – Lei de Investigação de Paternidade), um novo ambiente foi estabelecido para a matéria. A ação investigatória é disponibilizada para todo aquele que pretender regularizar seu *status familiae*, pouco importando a sua situação jurídico-familiar ou mesmo a do investigado. Quedaram inertes (e definitivamente sem vida!) as limitações para o ajuizamento da ação investigatória.

---

5. Nesse sentido vale buscar o escólio de Eduardo Espínola, ressaltando, com base no texto do CC/16, que "os filhos ilegítimos simplesmente naturais têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento de sua filiação", cf. *A Família no Direito Civil Brasileiro*, Campinas, 2001, p. 515.
6. O dispositivo afigura-se-nos criticável, como, de resto, toda a estrutura da nova (?) codificação. Com idêntico raciocínio, Rosana Fachin dispara que "não há profundas alterações jurídicas na seara da procriação, perdendo o legislador uma grande oportunidade de sistematizar a realidade existente, deixando à margem desse novo século, no âmbito da filiação, tão importante porfia", Da Filiação, *in Direito de Família e o novo Código Civil*, ob. cit., p. 114.

Com o fantástico TEPEDINO, "o art. 227, § 6°, da Constituição Federal de 1988, portanto, põe fim a uma longa história de discriminações"[7].

Ademais, não se pode olvidar que a *dignidade da pessoa humana*[8], insculpida como motor de propulsão da nova ordem jurídica (art. 1°, III, CF), impõe uma nova visão da filiação, uma vez que confere a todos o direito à vida digna, iniciada, por evidente, pela inserção no ambiente familiar. Assim, tornou-se inadmissível qualquer vedação ou restrição aos direitos fundamentais do cidadão, ressaltado o caráter absoluto da *dignidade do homem*.

Deflui, então, que a tutela da dignidade humana exige mecanismos eficientes, dentre eles o reconhecimento do amplo e irrestrito direito investigatório de paternidade (assim como o negatório), de forma eficaz, liberto de qualquer restrição ou limites, possibilitando o atendimento da determinação constitucional.

Esse o perfil das ações relativas à filiação no novo ambiente jurídico brasileiro: absoluta, imprescritível, intransigível, plena e de interesse público. E mais, impende que se lhes reconheça um escopo voltado para a promoção da dignidade e do desenvolvimento da personalidade humana.

Nada mais natural, via de conseqüência, que estejam as ações filiatórias submetidas a um sistema de coisa julgada diferenciado, peculiar para atender às idiossincrasias que o direito material impõe, até porque o processo deve ser encarado como *instrumento* para a concretização do direito substantivo correspondente.

## 5. A CIÊNCIA E OS SEUS INFLUXOS: O HOMEM DESVENDANDO A VERDADE BIOLÓGICA

Em 1865, no Mosteiro de Bro, na Morávia, o monge agostiniano GREGOR MENDEL descobre as leis da hereditariedade, a partir do cultivo de ervilhas, deflagrando o importante processo científico que ganhou de Mangin o título de "história do controle da filiação"[9].

A partir daí, não mais parou a pesquisa e o avanço da ciência, até se chegar ao exame DNA (ácido desoxirribonucléico, também dito exame determinativo da identidade biológica), que permite, com precisão, a determinação da paternidade, a partir das influências genéticas.

---

7. *Temas de Direito Civil*, ob. cit., p. 409.
8. Sobre o tema, vide a inexcedível obra de Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre, 2001.
9. *Apud* Eduardo de Oliveira Leite, *O exame DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação*, p. 190.

Alguns, mais incisivos, enfatizam que "os métodos de identificação empregados até hoje não têm mais razão de prosseguir", a partir do advento do DNA, como dispara EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE[10].

Efetivamente, o exame DNA consegue, praticamente sem margem de erro (certeza científica de 99,999%), determinar a paternidade. Por isso, ensina MARIA HELENA DINIZ, "a probabilidade de se encontrar ao acaso duas pessoas com a mesma impressão digital do DNA é de 1 em cada 30 bilhões. Como a população da Terra é estimada em 5 bilhões de pessoas (com 2.5 bilhões de homens) é virtualmente impossível que haja coincidência"[11].

Com o advento do DNA, portanto, os demais meios de prova, em ações deste jaez, tornaram-se obsoletos e desnecessários, por permitir com maior grau de convicção a descoberta da paternidade e, por conseguinte, da verdade do processo.

É certo - e isso não se põe em dúvida - que o exame DNA não constitui prova única a ser utilizada na investigação de paternidade. Não o havendo, os demais meios de prova disponíveis na sistemática processual continuam válidos e possíveis para a determinação da paternidade. Entretanto, *havendo tal exame, pode se tornar desnecessário seguir-se na instrução processual*, que serviria, apenas e no máximo, para corroborar da certeza científica.

No direito comparado, já reina pacífico o entendimento de que o DNA é a prova central da investigação filial. Os argentinos VERRUNO, HAAS, RAIMONDI e LEGASPE[12] chegam a disparar: "o DNA nos faz quimicamente únicos! Com exceção dos gêmeos univitelinos, não existem duas pessoas iguais a nível de estrutura molecular, nem que sejam consaguíneos diretos! Esse fato é aceito, não só no âmbito médico (e científico), como em Cortes e Tribunais de Justiça de todo o mundo."

O DNA é, sem dúvida, a prova mestra na investigação de paternidade e, como tal, impõe uma nova concepção da ação investigatória!

Repita-se, no entanto, à exaustão, que não é prova única. Não é o meio de prova exclusivo para a determinação da paternidade, não prejudicando as ações iniciadas, nas quais não seja possível – por qualquer motivo – produzir tal prova pericial.

"A era DNA provocou uma alteração de rota das lides que orbitam em torno da descoberta do vínculo genético, até então revestidas pelo véu do impenetrável e munidas somente de provas indiretas a formar o convenci-

---

10. O exame DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação, in Teresa Walbier Arruda Alvim e Eduardo de Oliveira Leite (coordenadores), *Repertório de doutrina sobre Direito de Família*, vol. 4, São Paulo, p. 209.
11. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo, p. 273.
12. *Manual para la investigación de la filiación*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1994.

mento do juiz, declarando ou não o vínculo paterno-filial", como assevera MARIA CHRISTINA DE ALMEIDA[13].

A possibilidade de descoberta precisa da filiação pelo exame DNA representa considerável avanço, permitindo, agora, que se *afaste o sistema de presunções*, bem como que se aproxime a decisão judicial, em ações deste jaez, da verdade fática. Enfim, permitiu o entrelaçamento do processo com a realidade fenomenológica da vida.

Por conseguinte, morreu (de morte natural!) o art. 363 do CC/16 e foi natimorto o art. 1.605 do novo CC, porque o único fundamento para o exercício da ação de investigação de paternidade é a concepção[14] – que, frise-se, pode ser fruto de relações sexuais ou não, sendo inadmissível limitar o âmbito de admissibilidade do manejo da referida ação.

Registre-se, finalmente, ser necessária uma interpretação cuidadosa e apropriada dos resultados do exame DNA, de modo a fornecer ao processo uma prova idônea a auxiliar na formação do convencimento. Impende cautela na realização do exame, desde a escolha do laboratório até a escorreita redação do laudo, passando pela formação acadêmica do profissional.

Sobreleva evitar, assim, uma *sacralização* ou *divinização*[15] do DNA, que, repita-se, não se tornou prova exclusiva em tais ações.

A prova pericial genética não é único meio idôneo para provar a filiação, nem se tornou prova absoluta e inconteste. Todavia, dada a sua precisão e grau de acerto, é fundamental que seja realizado o DNA em todas as ações desta natureza, conferindo ao juiz mecanismo seguro e preciso para valorar as provas e decidir, em conformidade com a verdade da vida.

## 6. A MAIOR PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA PRODUÇÃO DE PROVA: A INTEGRAÇÃO DO PROCESSO COM A VIDA

Ao contrário do que afirmou a doutrina processual clássica, o juiz é parte interessada no processo. "Tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que a atividade por ele desenvolvida atinja determinados objetivos, consistentes

---

13. *Investigação de paternidade e DNA – Aspectos polêmicos*, p. 142.
14. Nesse diapasão, Belmiro Pedro Welter ressalta que "há apenas uma (e não três) causa de pedir na investigação de paternidade: a concepção do filho, consistente na relação sexual ou na inseminação artificial, pelo que é possível somente o ingresso de uma demanda para descobrir a filiação biológica, desde que nela sejam produzidas todas as provas, documental, testemunhal, pericial, notadamente o exame genético DNA, e depoimento pessoal" (*Direito de Família: Questões controvertidas*, p. 75).
15. Expressão cunhada por Sérgio Gischkow Pereira, ao proferir voto no TJ/RS, no julgamento da Ap. Cív. 595074709, *in RJTJRS* 175/596.

nos escopos da jurisdição", como ensina José Roberto dos Santos Bedaque[16]. A idéia de juiz inerte, mero espectador da batalha entre as partes (onde vencia o mais forte), felizmente, quedou[17] em prol da *igualdade substancial*, determinada pelo art. 5° da CF.

A participação ativa do juiz é sinal de garantia do preceito constitucional isonômico, evitando que a parte menos favorecida seja prejudicada no plano processual, tendo destruído o seu direito material[18].

Por certo, não há possibilidade do processo civil atender a uma *função social* no ambiente moderno, senão assumindo o magistrado uma posição proeminente frente às partes, com interesse na justa solução do litígio, *capaz de não só promover o impulso, mas também participar ativamente do campo fecundo da prova*[19].

Não há, destarte, qualquer inconveniente ou incompatibilidade na participação mais ativa e efetiva do juiz no processo. Ao revés, deverá o magistrado estar engajado na atividade probatória, envidando esforços para que sua sentença seja obra de justiça e apresente solução eficaz e correta para o conflito de interesses estabelecido.

Transportando tais idéias para o campo das ações filiatórias, conclui-se, inarredavelmente, que deve o juiz determinar a realização de todos os meios de prova, com vistas à formação de seu juízo valorativo, desde o depoimento pessoal das partes até a realização do exame DNA, passando, por óbvio, pela prova testemunhal.

Nesse campo, vale lembrar Belmiro Pedro Welter, um dos precursores da tese aqui defendida, com suas firmes palavras, tonificando que "tem o juiz a

---

16. *Garantia da amplitude probatória*, p. 171.
17. Nesse sentido, consulte-se Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do Processo*, São Paulo: Malheiros, 12ª ed., 1996, ressaltando tendência universal para ampliação dos poderes instrutórios do juiz.
18. Nessa senda, Barbosa Moreira, com a sensibilidade que lhe é inerente, chamou atenção para o fato de que "os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se 'substitui' às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou a dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto" (A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo, *in Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 37, p.146).
19. A jurisprudência também vem acolhendo a tese, como se pode notar da leitura do aresto ora transcrito: "A ampliação da iniciativa probatória do juiz é tendência do processo civil moderno e está assegurada no art. 130 do CPC..." (TRF, 3ª Região, Ac. unân., 1ª T., j. 26.3.96, Ag. 95.03.31772-0/SP, rel. Juiz Sinval Antunes, *in JSTJ/TRFs* 87/483).

obrigação de ordenar a realização de todas as provas necessárias, mesmo de ofício e, dentre elas, efetivamente, o exame genético DNA"[20].

Tem-se como certo e incontroverso, então, o poder-dever do magistrado em determinar a realização de todos os meios de prova nas ações que versem sobre direitos indisponíveis, a partir da regra do CPC, art. 130, bem como pela inaplicabilidade no caso dos efeitos decorrentes da revelia, nos termos do CPC, art. 320, II.

## 7. A PREVALÊNCIA DA VERDADE REAL NAS AÇÕES SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS: O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA

A velha assertiva de que o direito processual civil se contentava com a verdade formal está definitivamente superada. Não se pode olvidar que prevalece na fase atual do nosso direito processual a busca da verdade no processo, evitando injustiças.

Máxime em sede de direitos indisponíveis, nos quais a regra esculpida no CPC, art. 320, II, já determinava a inaplicabilidade dos efeitos decorrentes da revelia, deixando clara a necessidade de descoberta da realidade fenomenológica das coisas.

Marcelo Abelha Rodrigues, inclusive, chega a elencar a *verdade real* como princípio do processo civil, disparando que "está o magistrado autorizado a determinar, independentemente das partes, as provas necessárias à instrução do processo"[21].

Vê-se, assim, que o processo civil contemporâneo traz consigo a marca indelével do princípio da *verdade real*[22], afastando, de uma vez por todas, a mera *verdade formal* (que não é verdade!) – o que, aliás, é indiscutível em sede de direitos indisponíveis[23].

Como bem salientou o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao relatar o REsp. 4987/RJ (publicado no *DOU* 28.10.91), "na fase atual da evolução do Direito de Família é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detri-

---

20. *Direito de Família: Questões controvertidas*, pp. 70-1. Com o mesmo pensar, Helena Cunha Vieira, em artigo publicado na Revista *Ajuris* 60/327, afirmando que "se se trata de direitos indisponíveis, deverá o juiz orientar-se no sentido de encontrar a verdade real, determinando a produção das provas que entender necessárias".
21. *Elementos de Direito Processual Civil*, pp. 74-5.
22. Entretanto, não se pode confundir a *verdade real* do Processo Civil com a do Processo Penal, dada a diversidade de objetivos. A *verdade real* da Ciência Processual Civil é a *verdade possível* no processo, correspondente à realidade fenomenológica das coisas. Ou seja, é a *verdade* que o juiz poderá atingir, sem, no entanto, eternizar o processo.
23. Tratamos do assunto mais detidamente em nosso "Audiência preliminar no processo civil moderno", ver *A segunda etapa da reforma processual civil*, p. 366.

mento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça."

Averba-se, deste modo, que o processo civil moderno não mais aceita a verdade formal, que resta superada de modo definitivo – especialmente nas ações que tratem sobre direitos indisponíveis, em face da peculiaridade de sua natureza. É mister a busca da realidade fática, de modo a que seja justa a solução do conflito de interesses.

## 8. CRÍTICA À APLICAÇÃO DO MODELO TRADICIONAL DE COISA JULGADA NAS AÇÕES FILIATÓRIAS: A INQUIETUDE GERADA PELA CONCEPÇÃO DA COISA JULGADA NO AMBIENTE ATUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni & Sérgio Cruz Arenhart, "a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional"[24-25]. É, pois, a qualidade que reveste os efeitos decorrentes da sentença contra a qual não cabe mais qualquer recurso como meio impugnatório.

Historicamente, se afirmou que o resultado da sentença proferida na ação sobre a filiação fazia coisa julgada material, atingindo, inclusive, o eventual substituto processual, quando fosse o caso[26].

Todavia, a aplicação cega e irrestrita do regime da coisa julgada nas ações filiatórias (e nas que versam sobre direitos indisponíveis, de modo geral) conduz, induvidosamente, a inquietações sociais e pessoais das mais diversas, uma vez que os modernos métodos de investigação científica permitem a formação de juízo valorativo seguro.

Nesta linha de raciocínio, Rolf Madaleno assevera que "afigura-se indigesto impor a autoridade de coisa julgada numa sentença de ancestral declaração parental, quando tal decisão se ressentiu da adequada pesquisa científica dos marcadores genéticos de DNA, olvidando-se de promover a prova materi-

---

24. *Manual do Processo de Conhecimento*, p. 610.
25. Registre-se a opinião de alguns, como Sérgio Bermudes, que entendem ser a definição da coisa julgada algo de tal modo tormentoso, que se tornaria impossível defini-la, cf. *Iniciação ao estudo de direito processual civil*, Rio, Líber Juris, 1973, pp. 91-2.
26. Entendendo que a coisa julgada na ação investigatória se submete às mesmas regras do processo civil, J.M. Leoni Lopes de Oliveira, cf. *A nova lei de investigação de paternidade*, p.192, e José Aparecido da Cruz, cf. *Averiguação e investigação de paternidade no direito brasileiro*, p. 166, chegando mesmo este último, ilustre jurista paranaense, a asseverar, com base no texto do CPC, art. 474, que a coisa julgada abrange "também as alegações e defesas eventualmente deduzíveis".

al da real coincidência da concepção com o relacionamento sexual do indigitado pai"[27].

Não é crível, nem aceitável, que se admita a aplicação das regras tradicionais do CPC (diploma legal individualista, datado de 1973, quando não se podia imaginar a amplitude do avanço científico a que se chegaria em pouco tempo) nas ações filiatórias. É que não se pode acobertar com o manto da coisa julgada ações nas quais não foram exauridos todos os meios de prova, inclusive científicos (como o DNA), seja por falta de condições das partes interessadas, por incúria dos advogados, por inércia do Estado-juiz. Em outras palavras, não faz coisa julgada material a decisão judicial em ações filiatórias nas quais não se produziu a pesquisa genética adequada, seja por que motivo for.

Com efeito, não se tolera selar definitivamente o *status familiae* do investigante sem que se realize uma adequada e exauriente produção de prova. Pensar de modo contrário é violar a *dignidade da pessoa humana* e a *igualdade substancial*, preconizados constitucionalmente.

Equivale a dizer, sem uma pesquisa probatória exauriente (realizada, se preciso, de ofício pelo juiz ou a pedido do MP) não se pode cogitar da coisa julgada material.

Em suma-síntese, não é possível a formação da coisa julgada material (que pressupõe um estado de certeza absoluta) havendo negligência probatória – seja das partes, do juiz ou do Ministério Público. "Somente haverá coisa julgada material nas ações de investigação e contestação de paternidade quando tiverem sido produzidas todas as provas, documental, testemunhal, pericial, notadamente o exame genético DNA e, depoimento pessoal", na lúcida assertiva de Belmiro Pedro Welter[28].

A concepção social do processo não admite a aplicação do sistema da coisa julgada tradicional nas ações filiatórias, pena de atuação de indevidos formalismos, em detrimento de direitos e garantias fundamentais do homem[29].

## 9. A CONSTRUÇÃO DE NOVA TESE SOBRE A COISA JULGADA NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA: A BUSCA DE UM NOVO MODELO DE COISA JULGADA PARA AS AÇÕES FILIATÓRIAS

Induvidoso que aquele sistema surrado da coisa julgada no CPC não tem guarida nas ações filiatórias. Nesta linha de intelecção, fácil depreender o

---

27. *A coisa julgada na investigação de paternidade*, p. 293.
28. *Direito de Família: Questões controvertidas*, p. 75.
29. Bem ilustra Rolf Madaleno que é necessário serem "superados formalismos processuais, quando se trata de buscar a verdade real nas ações que investigam paternidade e maternidade", cf. *A coisa julgada na investigação de paternidade*, p. 292.

desenho de um novo modelo de coisa julgada para regular as ações investigatórias e negatórias de paternidade.

Esse novo sistema de regulamentação da coisa julgada, inclusive, independe de expressa previsão de lei, podendo ser aplicado no caso concreto pela jurisprudência[30], a partir das concepções constitucionais, eis que o sistema clássico, preconizado pelo CPC, não respeita a *dignidade da pessoa humana* e a *isonomia substancial*, determinadas constitucionalmente.

Não tinha razão, pois, CHIOVENDA, quando tentou encerrar os debates sobre a coisa julgada, afirmando, no alvorecer do século, que pouco restava por dizer sobre a matéria que não fosse inútil.

Não se poderia canonizar o instituto da coisa julgada, de modo a afrontar, até mesmo, a própria sociedade. Deve ser ponderado pelo princípio da *proporcionalidade* qual dos interesses deve prevalecer no caso concreto. Deve se considerar se mais vale a *segurança* ou a *justiça*. E afigura-se-nos mais relevante prevalecer o valor *justiça*, neste caso, porque *sem justiça não há liberdade qualquer*.

Assim, como salienta SÉRGIO GILBERTO PORTO, foi necessária a "retomada do debate, máxime frente ao abalo que sofreu a ciência do processo, diante de nova realidade representada pelas demandas coletivas, haja vista que o ordenamento processual foi pensado e projetado para a canalização apenas dos conflitos individuais"[31].

Mas não é só. É preciso observar que não apenas as ações coletivas impuseram uma nova postura do instituto da coisa julgada. Também as ações sobre a filiação não podem ficar emolduradas nas estreitas latitudes da coisa julgada regulada pelo CPC, art. 467 e segs. Aliás, se a intangibilidade da coisa julgada quedou mitigada nas ações coletivas (relativas a relações de consumo, proteção ambiental, moralidade administrativa, etc.), com muito mais razão deve ser relativizada nas ações filiatórias.

Enfim, *é injusto vedar-se para sempre ao cidadão o direito de pleitear o reconhecimento de sua filiação, que se lhe constitui direito absoluto, sagrado, indisponível e inerente à própria personalidade*[32].

---

30. Em sentido contrário, exigindo a previsão legal expressa de um novo sistema de coisa julgada, o eminente Prof. Fredie Didier Jr., mestre na matéria, para *quem* "a necessária adaptação do processo ao direito material (e também à realidade) impõe, entretanto, uma imediata reforma legislativa, de modo a que se consagre, 'de lege lata', a técnica da coisa julgada *secundum eventum probationis* para as demandas de paternidade. *As peculiaridades deste direito (indisponível e constitucionalmente protegido) conspiram, também, a favor da diferenciação da tutela*", cf. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro, *in Revista do curso de Direito da UNIFACS* – Universidade Salvador, Porto Alegre, Síntese, 2001, vol. 2, p. 36 e segs.
31. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p.139. Nesse sentido, vejam-se os arts. 16 da Lei nº 7.347/85 e 103 da Lei nº 8.078/90 – CDC.
32. Nesse sentido, o voto vencido do Des. Vanderlei Romer, no julgamento do Ag. Instrumento nº 8.159, do TJ/SC.

Bem pondera Reinaldo Pereira e Silva que, em face da existência de tantas exceções à regra da imutabilidade da coisa julgada material, "entender pela inviabilidade da analogia, em sede de ação de investigação de paternidade, seria demasiado apego à forma, ceifando o direito em si, como se este vivesse em função daquela e não o contrário"[33].

É que não se pode virar as costas para uma categoria especial de direitos, cuja natureza diverge dos demais direitos – regra geral, de cunho patrimonial – contemplados no CPC, projetado e voltado para a chancela de direitos individuais e com expressão econômica.

As regras ordinárias sobre a coisa julgada, arquitetadas no CPC, não podem ir de encontro à *Lex Mater*, nem e o mais importante! – se sobrepor aos direitos mínimos da existência humana, como a *verdade sobre a paternidade*. Pensar diferente é trafegar na contramão da história e colidir frontalmente com a evolução – conquista dos homens livres! – das pesquisas genéticas. Se assim não o fosse, qual a vantagem do avanço científico, do estudo da genética, por exemplo? A ciência, nesta área, está a serviço da *verdade* e se nos impõe usá-la. Veja-se, inclusive, que se a verdade é conceito de índole filosófica, sendo possível encontrá-la, em tais casos, com o amparo científico, sobreleva sua utilização racional, a serviço do bem-estar do homem digno.

De mais a mais, como bem sentenciou o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, "numa sociedade de homens livres, a justiça tem de estar acima da segurança".

"O Direito de Família está dentre os ramos do Direito que apresentaram as mais rápidas e consagradas evoluções, não somente no campo da cultura, dos costumes e dos valores sociais e morais do povo brasileiro em especial, mas, também, no terreno da ciência foi possível importar sistemas de pesquisa científica da ascendência e descendência genética do indivíduo humano e que provocaram verdadeira revolução na afirmação judicial da paternidade, com margens inéditas de declaração pioneira da verdade real e cujos efeitos, parece, ainda não foram devidamente aquilatados pela ciência jurídica que evoca a autoridade da coisa julgada para as demandas passadas"[34], na lúcida e pertinente assertiva de Rolf Madaleno.

Deste modo, fácil perceber a necessidade de adaptação do sistema de coisa julgada nas ações filiatórias, respeitando as garantias constitucionais da pessoa humana.

Uma coisa é certa: a coisa julgada, talhada no sistema individualista do CPC vigente, é imprestável para as ações investigatória e negatória de pater-

---

33. *Direitos da Família: uma abordagem interdisciplinar*, p. 183.
34. A coisa julgada na investigação de paternidade, p. 301.

nidade[35], eis que poderia implicar na negação do próprio direito material correspondente. Ou seja, poderia, por via oblíqua, frustrar o caráter *instrumental* do direito processual, que serviria como óbice à concretização *efetiva* do direito à filiação, garantido constitucionalmente.

Veja-se, inclusive, que não se faz necessário justificar a propositura de qualquer ação rescisória, com vistas ao rejulgamento da ação filiatória, eis que a decisão judicial que não exaurir os meios de prova *não passa em julgado*, afastando-se do manto sagrado da coisa julgada.

Por derradeiro, vale trazer à liça aresto do TJ/DF, vazado em firmes e irretocáveis argumentos: "a busca da verdade há de se confundir com a busca da evolução humana, sem pejo e sem preconceitos. Não tem sentido que as decisões judiciais possam ainda fazer do quadrado, redondo, e do branco, preto. Nesse descortino, a evolução dos recursos científicos colocados à disposição justificam a possibilidade de se rediscutir a paternidade, pois ilógica toda uma seqüência de parentesco e sucessão com origem sujeita a questionamentos. (...) A coisa julgada não pode servir para coroar o engodo e a mentira... O interesse público, no caso, prevalece em face do interesse particular ou da estabilidade das decisões judiciais"[36].

## 10. A AFIRMAÇÃO DA COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONES* NAS AÇÕES FILIATÓRIAS: A ADEQUAÇÃO DO DIREITO À REALIDADE SOCIAL

Consideradas as peculiaridades das ações filiatórias, é mister afirmar que a coisa julgada nelas se dará sob a técnica *secundum eventum probationes*. Ou seja, a coisa julgada se forma a depender do resultado da produção probatória, identicamente ao que se tem nas ações coletivas.

Disso não discrepa Cândido Rangel Dinamarco, propondo uma relativização da coisa julgada, afirmando importantíssima teoria, visando a imunização de decisões aberrantes de valores, princípios, garantias e normas constitucionais. Assevera, com maestria e sensibilidade, o mestre que a relativização da coisa julgada, devendo "aplicar-se também a todos os casos de ações de investigação de paternidade julgadas procedentes ou improcedentes antes do advento dos modernos testes imunológicos (HLA, DNA), porque do contrário a coisa julgada estaria privando alguém de ter como pai aquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é..."[37].

---

35. Com idêntico pensar, Madaleno, *A coisa julgada na investigação de paternidade*, p. 305 e segs. e Belmiro Pedro Welter, *Coisa julgada na investigação de paternidade*, p. 113.
36. TJ/DF, Ac. 46.400, Reg. Ac.103.959, Ac.1ª T., rel. Des. Válter Xavier, publ. *DJU* 22.4.98.
37. Relativizar a coisa julgada material - I, *in Revista Meio Jurídico*, vol. 44, 2001, pp. 34-9.

Pois bem, a técnica processual para regular a coisa julgada nas ações filiatórias não pode ser outra, senão a coisa julgada *secundum eventum probationes*[38].

E não se afirme a impossibilidade de ser aceita em nosso ordenamento por falta de previsão legal. Não se pode prestigiar o *indevido formalismo do processo, em detrimento da dignidade humana e da isonomia substancial*. Proceder deste modo é violar a Magna Carta e negar os direitos fundamentais do homem. É que "o repensar do sentido da paternidade foi positivado nas próprias alterações axiológicas introduzidas pela Constituição Federal de 1988, quando adotou o princípio da igualdade entre todas as categorias de filhos"[39], consoante a cátedra oportuna de MARIA CHRISTINA DE ALMEIDA.

A sociedade não pode esperar pela atividade legislativa para ter assegurados seus direitos fundamentais. Até porque é constitucional a determinação do respeito à *dignidade da pessoa humana* e à *isonomia substancial*. Deste modo, resta ao processo civil adequar-se às necessidades da vida humana, distribuindo segurança e respeito aos direitos fundamentais.

Também não se diga que a coisa julgada configura garantia prevista no Texto Constitucional, uma vez que a *igualdade* e a *dignidade da pessoa humana* também têm sede constitucional e o conflito de normas de igual hierarquia é solucionado pelo princípio da proporcionalidade (ponderação de interesses), devendo prevalecer, por óbvio, a garantia ao reconhecimento da filiação. Enfim, não pode o processo servir de obstáculo para o exercício de direito material.

Com LUIZ EDSON FACHIN, "a descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na nova Constituição Federal"[40].

Reafirme-se, nesse passo, que é a norma constitucional protetiva do cidadão quem prevalece em nosso sistema jurídico. Por isso, negar o direito do filho em investigar a paternidade do seu pai, invocando barreiras ou formalismos processuais, é inaceitável e atenta contra a *dignidade humana*, fazendo *tabula rasa* dos direitos fundamentais.

Pensar diferente é voltar no tempo, para entender que o processo deveria prevalecer sobre o próprio direito material. Assim, avulta afirmar a necessária

---

38. Assim também, Belmiro Pedro Welter, *Coisa julgada na investigação de paternidade*, p.113, asseverando que "somente haverá coisa julgada material, nas ações de investigação e contestação de paternidade, quando tiverem sido produzidas, inclusive de ofício e sempre que possível, todas as provas, documental, testemunhal, pericial e especialmente, exame genético DNA, e depoimento pessoal".
39. *Investigação de paternidade e DNA*, p. 153.
40. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida, ob. cit., p. 167.

*relativização da coisa julgada* pela jurisprudência, evitando tormentos e indevidas negações do direito à filiação.

A nossa jurisprudência registra, nesse sentido, importante passagem: "mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que, com clarividência, pôs o constituinte de modo a mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao qual incumbe a composição dos litígios com olhos na realização da justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade"[41].

Vale registrar, por derradeiro, que, buscando tratar a matéria no plano positivo, apresentando uma solução *de lege ferenda*, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 116/2001, de autoria do Senador VALMIR AMARAL, dispondo: "Art. 1º. A ementa da Lei nº 8.560/92 passa a ter a seguinte redação: 'Regula a investigação de paternidade'. Art. 2º O art. 8º da Lei nº 8.560/92 passa a ter a seguinte redação: (...) Parágrafo único. A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada. Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação"[42].

Enfim, é preciso garantir o império e o papel primordial dos direitos fundamentais do homem.

---

41. STJ, Ac. 3ª T., j. 3.4.90, rel. Min. Waldemar Zveiter, *in RSTJ* 40/236.
42. Eis a justificação do Projeto: "O Código de Processo Civil, no artigo 469, determina que não faz coisa julgada a verdade do fatos, estabelecida como fundamento da sentença, assim como não o fazem os motivos para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (CPC, incisos I, II e III do artigo 469). Assim, tem—se o paradigma segundo o qual a verdade deve ser revelada. Em alguns registros de nascimento, porém, essa verdade aguarda a oportunidade de ser lançada, sem mais embutir o medo da ilegitimidade ou do preconceito, e sem prejudicar as partes investigadas, como ocorria antes da Constituição Federal de 1988.A sociedade deste novo século não aceita mais a dúvida sobre a paternidade, que, no século passado, por ser motivo de vergonha, alcançava na jurisprudência sua principação. Primeiro, foi proibido questionar e , depois, foi proibido rever os julgados sobre a paternidade, sempre baseados em frágil prova testemunhal. (Senador Valmir Amaral, Diário do Senado Federal, junho/2001, Sala das Sessões, 22/06/01).

## 11. BIBLIOGRAFIA


ALMEIDA, Maria Christina. *Investigação de paternidade e DNA – Aspectos polêmicos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude da produção probatória, in TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo: RT, 1999.

CRUZ, José Aparecido da. *Averiguação e investigação de paternidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: RT, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro, in *Revista do curso de Direito da UNIFACS* – Universidade Salvador. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol. 2.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. São Paulo: RT, 2008.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no Direito Civil Brasileiro.* Campinas: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade – Relação biológica e afetiva.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1992

FACHIN, Rosana. Da Filiação, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha & DIAS, Maria Berenice (coord.), *Direito de Família e o novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Audiência preliminar no processo civil moderno, in MARINONI, Luiz Guilherme & DIDIER Jr., Fredie (coord.). *A segunda etapa da reforma processual civil.* São Paulo: Malheiros, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & LEITE, Eduardo de Oliveira (coordenadores), *Repertório de doutrina sobre Direito de Família*, vol. 4, São Paulo: RT, 1999.

MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade, *in* LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.), *Grandes Temas da Atualidade – DNA como meio de prova da filiação.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 1999.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *A nova lei de investigação de paternidade.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 6ª ed., 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2000, vol. 6.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil.* São Paulo: RT, 2ªed., 2000, vol. 1.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Direitos da Família: uma abordagem interdisciplinar.* São Paulo: LTr, 1999.

SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade.* Curitiba: Juruá, 6ª ed., 1998.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de Família: questões controvertidas.* Porto Alegre: Síntese, 2000.

_____. *Coisa julgada na investigação de paternidade.* Porto Alegre: Síntese, 2000.

PARECERES E RAZÕES

# PARECERES E RAZÕES

PARCERES
E
RAZÕES

***Inconstitucionalidade de emenda por afronta às cláusulas pétreas da forma federativa de estado e dos direitos e garantias individuais***

Proc. Nº 2004.001.35711
Recurso de Apelação
Apelante: TVA – Sistema de Televisão S/A.
Apelado: Estado do Rio de Janeiro.
Parecer do Ministério Público

***Mandado de segurança preventivo. Cobrança de adicional ao ICMS. Serviços e produtos supérfluos. Inconstitucionalidade da emenda que o autoriza e das leis estaduais que possibilitam a cobrança. Necessidade de declaração incidental. Afronta às cláusulas pétreas que garantem a forma federativa de Estado e os direitos e garantias individuais. Fato gerador do imposto que constitui bis in idem tributário. Os produtos e serviços considerados supérfluos, já são fatos geradores de impostos sobre circulação de mercadorias e serviços. Concessão da segurança.***

Egrégia Câmara,

O apelante insurge-se contra a r. sentença de fls. 224/237, que julgou improcedente mandado de segurança preventivo, objetivando suspender a exigibilidade da cobrança adicional ao ICMS definido pela lei estadual nº 4.056/02, alterada pela lei nº 4.086/03, cujas regulamentações são as constantes dos Decretos nºs 32.646/03 e 33.123/03, de modo a rechaçar a possibilidade das autoridades coatoras praticarem quaisquer atos tendentes a exigir o tributo, permitindo a emissão de novas notas fiscais, independentemente da existência de débitos do adicional ao ICMS.

Sustenta que o recurso deve ser recebido no seu efeito suspensivo, posto que a emissão de notas fiscais não pode ser impedida, conforme a súmula 547 do STF, o que viola o princípio da legalidade, fato não analisado na sentença e objeto da liminar de fls.108. Soma-se a isso, o fato de que a criação do fundo tem que ser objeto de lei complementar, com âmbito nacional, e a definição dos artigos

que sejam considerados supérfluos, deve ser por lei federal, sendo inobservado ainda, os princípios da seletividade e essencialidade do ICMS, além de não haver fundamento quanto a exigência da destinação específica e da não cumulatividade do tributo, que afrontam a garantia constitucional (fls. 263/315).

Foi indeferido o efeito suspensivo ao recurso (fls. 318), objeto do agravo, também negado às fls.341/345.

Em suas contra-razões, o Estado do Rio de Janeiro se reportou às informações anteriormente prestadas, que sustentaram que a via eleita é inadequada, pois se pretende atacar a lei e o decreto estaduais , posto que no momento da impetração, não existia ato concreto das autoridades coatoras, apenas lei em tese, não existindo direito líquido e certo a ser amparado. Alegou ainda, que as disposições constitucionais transitórias, abrem exceções a princípios consubstanciados nas normas permanentes da Constituição, administrando solução excepcional para situações excepcionais, sendo a sua constitucionalidade inquestionável por tratar-se de emenda à Constituição, e foi com base nela que o Estado expediu os preceitos normativos em questão, devendo sua inconstitucionalidade ser atacada por via de ação direta (fls.144/163).

A recorrente atravessou petição nos autos, aduzindo que o seu direito foi reconhecido administrativamente, perdendo o objeto o mandado de segurança, e pretendendo a extinção do processo sem julgamento de mérito (fls.352/357).

O Ministério Público em minuciosas razões recursais, da lavra do Dr. Marcos Maselli Gouvêa, entende presentes os pressupostos de prelibação do recurso, posto que o reconhecimento do direito não tem o condão de determinar a extinção do processo sem o julgamento do mérito, o que ocorre apenas com o reconhecimento do pedido, aduzindo que a lei estadual não respeita o princípio da anterioridade, o que de certa forma é admitido pelo Estado ao editar nova lei , e a impossibilidade de vinculação da receita , só poderia ser excepcionada na lei magna, posto que o poder de emendas é limitado na própria Constituição. Considera que o adicional é válido , devendo aguardar-se a lei federal, não afetando a incidência o convênio do ICMS, pugnando pela concessão da segurança, para a cobrança após 2004 (fls.331/335).

Vejamos a quem assiste razão.

Estabelece a emenda constitucional nº 31/00, no que respeita ao ICMS:

Art. 82- Os Estados , o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

Par. 1º - Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, ou do imposto que vier a substi-

tuí-lo, sobre os produtos e serviços supérfluos, não se aplicando, sobre este adicional, o disposto no art. 158, inciso IV , da Constituição.

Par.2° - Para o financiamento dos Fundos Municipais, poderá ser criado adicional de até meio ponto percentual na alíquota do Imposto sobre serviços ou do imposto que vier a substituí-lo, sobre serviços supérfluos.

Art. 83- Lei federal definirá os produtos e serviços supérfluos a que se referem os arts. 80, inciso II, e 82, parágrafos 1° e 2° .

Com a promulgação da emenda, foi editada a lei estadual n° 4.056/02, alterada pela de n° 4.086/03, possibilitando a cobrança de até dois pontos percentuais do ICMS, sobre produtos e serviços supérfluos.

Assim como ocorreu com a Contribuição de Iluminação Pública, o Congresso Nacional parte da premissa de que por emenda, pode criar qualquer imposto sem afronta ao sistema de Constituição rígida da nossa República.

Mas assim não é. As emendas à Constituição , como manifestação de poder constituinte derivado, se submetem aos limites impostos na lei magna, de forma a assegurar o Estado Democrático de Direito e a segurança das relações jurídicas.

Nesse sentido, a carta cidadã determina no seu art. 60 que:

Par.4° - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I. a forma federativa de Estado;

II. o voto direto, secreto, universal e periódico;

III. a separação dos Poderes;

IV. os direitos e garantias individuais.

No nosso sistema de instituição de tributos, em observância ao princípio da segurança jurídica, todas as hipóteses de incidência tributária e os respectivos sujeitos ativos tributários vêm discriminados na Constituição.

Este sistema conhece hipóteses de incidência tributária vinculadas e desvinculadas de atividades estatais. Exemplo das primeiras são as taxas, contribuições de melhoria e contribuições parafiscais. Já os Impostos, podem ser cobrados ao livre arbítrio do legislador, pois como o próprio nome já diz, trata-se de um tributo que é imposto!

Mas essa possibilidade não é tão ampla que autorize sua instituição sem observância das garantias fundamentais asseguradas na Carta da República como cláusulas pétreas.

Assim, afora o princípio de que todo imposto tem como hipótese de incidência, a ocorrência de um fato de relevância econômica, como o são o imposto de

renda , a circulação de mercadorias e serviços , a industrialização de produtos , a importação etc.

Esse fato tem que ter uma hipótese de incidência prevista na Constituição, sob pena de se afrontar o princípio federativo, pois se assim não for, cada estado membro pode imaginar e instituir sua tipicidade, provocando que o fato gerador de determinado imposto em um estado, não o seja em outro.

Nesse sentido, é que a própria lei magna determina que o estabelecimento de normas gerais sobre "definição de tributos e de suas espécies , bem como , em relação aos impostos discriminados nesta Constituição , a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes" (art. 146,inc. III, "a" da C.R.) seja objeto de lei complementar, lei nacional, que obriga sua observância aos entes federados com muito mais autoridade do que a lei ordinária da União, que se submete a competência concorrente. Pois "a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados" e "inexistindo lei federal sobre normas gerais ,os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades" ficando ainda determinado que "a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual , no que lhe for contrário". Tudo nos termos do art. 24 e parágrafos 1° , 2° , e 3° da C.R.

Nesse sentido, a emenda já pratica uma inconstitucionalidade, pois comete à lei federal esta tarefa, a tornando ineficaz, pois a lei ordinária federal não possibilitará a uniformidade e observância exigida pela federação brasileira.

Portanto, em uma primeira análise, a emenda afronta o sistema federativo, pois possibilita a falta de unidade da federação no estabelecimento de novas hipóteses de incidência de impostos, pois cada ente federado dará a sua definição do que considera : "produtos e serviços supérfluos".

Por via de conseqüência, afronta ainda o princípio fundamental da legalidade, pedra de toque do Estado Democrático de Direito, pois subverte o sistema de que só o Código Tributário Nacional, que tem natureza de lei complementar, tem a possibilidade de regulamentar as espécies tributárias, pois os fatos geradores e respectivas competências para arrecadar estão taxativamente discriminados na Constituição da República, que determina quais são os impostos de competência da União (art. 153), dos Estados e do Distrito Federal (art. 155) e dos Municípios (art. 156) e respectivos fatos geradores.

Portanto, além de se afastar do fato de relevância econômica para instituir imposto, como se constata pelas definições da Constituição e da Lei Complementar (CTN), cria nova hipótese de incidência para que cada estado membro possa considerar o que entende por "produtos ou serviços supérfluos".

Neste sentido, a maior de todas as inconstitucionalidades, pois desligando-se do fato jurídico com relevância econômica, cria a possibilidade de arbítrio legislativo do que considera produtos com esta qualificação, possibilitando bis

in idem tributário, pois qualquer operação de compra a venda de produtos ou prestação de serviços, já é objeto de incidência tributária de imposto sobre a circulação da mercadoria ou do incidente sobre os serviços.

Como se pode notar, se subverte o sistema para possibilitar a incidência de imposto sobre imposto, o que afronta os direitos e garantias fundamentais.

Dito isso, não é difícil concluir, que a emenda que autorizou a edição da lei estadual, contrasta com os diques de garantia do Estado de Direito impostos pelas cláusulas pétreas, estabelecendo verdadeiro estado de insegurança e de evidente confisco.

Estas razões, na minha modestíssima opinião, já demonstram que a via eleita é apropriada para evitar os efeitos concretos das leis estaduais que pretendem o pagamento do tributo.

Por estas razões, espera o Ministério Público, através da sua Procuradoria de Justiça, de acordo com o art. 99 do RITJERJ a declaração **incidenter tantum** da inconstitucionalidade das leis estaduais que autorizam a cobrança do tributo, com efeitos ex tunc inter partes.

Após, espera o Ministério Público a substituição da sentença por acórdão que conceda a segurança, tendo em vista a inconstitucionalidade das leis estaduais que , com base na emenda, pretendem o pagamento do tributo.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 8 de março de 2005.

Luiz Fabião Guasque

Procurador de Justiça

*Pena restritiva de direitos. Dosimetria. Pena de suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Aplicação do princípio da razoabilidade à luz do Código Nacional de Trânsito*

EXMO. DR. JUIZ DE DIREITO DA 31ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL

**Autos n.º 2006.001.116208-9**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pela Promotora de Justiça que subscreve a presente, no uso de suas atribuições legais, nos autos do processo em epígrafe, movido em face de **ALEX ALMEIDA DOS SANTOS**, vem apresentar as razões ao **RECURSO DE APELAÇÃO** interposto, requerendo, após abertura de vista à Defesa Técnica, a remessa ao E. Tribunal *ad quem*.

Rio de Janeiro, 30 de março de 2007.

**Viviane Alves Santos Silva**
Promotora de Justiça
Mat. 2871

**Autos: 2006.001.116208-9**
**Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
**Apelado: ALEX ALMEIDA DOS SANTOS**
**RAZÕES RECURSAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Egrégio Tribunal,**
**Colenda Câmara,**
**Douto Procurador de Justiça,**

Irresignado com a respeitável sentença de fls. 141/147, especificamente no tocante à pena restritiva de direitos aplicada, interpôs o MINISTÉRIO PÚBLICO, tempestivamente, recurso de apelação.

Com efeito, em que pesem o brilhantismo e o senso de justiça habituais da magistrada prolatora da decisão atacada, não andou bem a mesma na fixação do *quantum* da pena de suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

O apelado foi condenado pela prática de crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, porque no dia 02/10/2005, na direção do Ford/Escort, placa KMY 5145, em razão de imprudência, causou a morte do funcionário da LAMSA Leonardo Correia Dias da Cruz, que trabalhava como "papa-fila" do pedágio da Linha Amarela.

A instrução processual, por meio de provas técnicas e também de prova testemunhal, comprovou que o recorrido atuou de forma imprudente na direção de seu veículo.

Ao fim, foi condenado à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos, bem como à pena de suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, pelo prazo de 02 (dois) meses.

A pena privativa de liberdade fixada foi a mínima, considerando que as circunstâncias judiciais do artigo 59, do CP não foram desfavoráveis ao apelado, que inclusive é primário, como atesta a sua FAC.

Porém, a pena restritiva de direito relativa à suspensão ou proibição da habilitação ou permissão para dirigir foi fixada erroneamente no patamar mínimo legal. Senão, vejamos.

Vários crimes previstos no Código Nacional de Trânsito possuem duas penas cominadas, a saber, uma pena privativa de liberdade e uma pena restritiva do direito à direção de veículo automotor.

Como exemplos, temos o homicídio culposo na direção de veículo automotor (artigo 302); a lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (artigo 303); a condução de veículo sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos (artigo 306) etc.

Os delitos supra referidos possuem escalas penais diferentes, porque lesionam bens jurídicos distintos e que são tutelados em diferentes graus pelo legislador. Assim, observemos as reprimendas penais:

> **Art.** 302. Praticar **homicídio culposo** na direção de veículo automotor:
> Penas - detenção, **de dois a quatro anos,** e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
> **Art.** 303. Praticar **lesão corporal culposa** na direção de veículo automotor:
> Penas - detenção, de **seis meses a dois anos** e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
> **Art.** 306. **Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool** ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:
> Penas - detenção, de **seis meses a três** anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Os delitos acima descritos possuem penas privativas de liberdade cominadas em diversos patamares, sendo fixada também a pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Para a definição da pena restritiva do direito à direção, deve-se utilizar o **artigo 293 da Lei n.º 9.503/97** que dispõe que *"a penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, tem a duração de **dois meses a cinco anos**".*

Denota-se que há um amplo espaço entre a pena mínima (dois meses) e a pena máxima (cinco anos), justamente para que possam ser abarcados os diversos crimes previstos no Código de Trânsito e que são apenados com a suspensão ou proibição da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Não pode um condenado por delito de lesão corporal culposa ter a mesma reprimenda de suspensão da habilitação que um indivíduo que praticou crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Ora, os crimes de lesão corporal culposa e de embriaguez na condução de veículo automotor são crimes considerados pelo legislador de médio potencial ofensivo, sendo passíveis de aplicação de várias medidas despenalizadoras.

Isso, porque o crime do artigo 303 (lesão corporal culposa) é de ação penal pública condicionada à representação, sendo aplicáveis, ainda, a transação penal e a suspensão condicional do processo e, o crime do artigo 306 (embriaguez) possibilita a aplicação imediata da pena restritiva de direito, como previsto no artigo 291, parágrafo único, da Lei n.º 9.503/97.

Já o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor possui penas mínima e máxima bem maiores do que a dos crimes dos artigos 303 e 306, impossibilitando qualquer instituto despenalizador, demonstrando o intuito do legislador de maior repressão a tal delito.

A razoabilidade e proporcionalidade adotadas pelo legislador para a fixação da pena privativa de liberdade também devem ser utilizadas pelo Magistrado aplicador da lei quando da dosimetria da pena restritiva do direito à direção de veículo automotor.

Desse modo, deve-se aplicar o artigo 293, que é geral, ou seja, utilizado para todos os delitos que prevêem a pena de suspensão ou proibição da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, de forma específica para cada delito.

Assim, o delito de homicídio culposo, CRIME MAIS GRAVE DO CÓDIGO NACIONAL DE TRÂNSITO, não pode ter a pena restritiva de direitos fixada no mínimo legal em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

A razoabilidade, princípio relevante na interpretação das normas, impede que a dosimetria penal seja de outra forma conduzida.

Feitas tais considerações, a inconformidade ministerial na sentença guerreada atém-se à pena mínima fixada de proibição ou suspensão de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, considerando a culpa do apelado que ficou patente e exsurgiu das provas dos autos.

Ora, a resposta estatal ao crime em tela somente será consentânea com os anseios da sociedade e com o grau de reprovabilidade do injusto praticado pelo recorrido, caso haja a exasperação da pena restritiva de direito.

**Ante o exposto,** requer o MINISTÉRIO PÚBLICO o conhecimento e provimento do recurso, para que a pena de proibição ou suspensão de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor seja aumentada para 02 (dois) anos, mantendo-se nos demais termos a sentença recorrida.

Rio de Janeiro, 30 de março de 2007.

**Viviane Alves Santos Silva**
Promotora de Justiça
Mat. 2871

# JURISPRUDÊNCIA

## *Supremo Tribunal Federal*

## *Jurisprudência Criminal*

# *HABEAS CORPUS 83.836 — RS*

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente: Edite Teresinha Antunes ou Edite Terezinha Antunes

Impetrante: Defensoria Pública da União — DPU

Coator: Superior Tribunal de Justiça

**Ação penal. *Ato processual. Interrogatório. Realização antes do início de vigência da Lei n. 10.792/2003, que deu nova redação aos arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal. Comparecimento da ré, sem a presença de defensor. Nulidade inexistente. Irretroatividade das normas processuais. HC indeferido. Aplicação do art. 2° do CPP.* A lei processual que dá nova disciplina ao interrogatório não se aplica ao que tenha sido realizado antes do início de sua vigência.**

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, conhecer, em parte, do pedido de *habeas corpus*. Por maioria, indeferir, nos termos do voto do Relator; vencido, nesta parte, o Ministro *Marco Aurélio*.

Brasília, 29 de março de 2005 — Sepúlveda Pertence, Presidente — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A Defensoria Pública da União impetra *habeas corpus* em favor de **Edite Teresinha Antunes**, requerendo a aplicação retroativa do disposto nos arts. 185 e 188 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 10.792, de 1° de dezembro de 2003.

Narra a impetrante que a paciente respondeu a ação penal pela prática do crime de furto simples, tendo sido condenada à reprimenda de um ano de reclusão, substituída pela prestação de serviços à comunidade por igual tempo.

Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por maioria, decretou de ofício a nulidade do feito a partir do interrogatório, porque, desacompanhada a ré de defensor nesse ato, teriam sido violadas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (artigo 5°, LV, da Constituição Federal).

Contra o acórdão foi interposto recurso especial pelo representante do Ministério Público, tendo-lhe dado provimento o STJ, para, cassando o acórdão estadual, restaurar a sentença condenatória. Da ementa consta:

> "**Processo penal. Recurso especial. Nulidade. Interrogatório do réu. Presença do defensor.**
> 1. A ausência de defensor do réu durante o interrogatório não acarreta nulidade.
> O interrogatório é ato privativo do juiz, não sujeito ao princípio do contraditório, não sendo obrigatória a participação do representante do Ministério Público e do defensor do acusado.
> 2. Recurso conhecido e provido" (**RE n. 446.042**, Rel. **Min. Paulo Gallotti**, j. 26-11-2002, fl. 28).

Argumenta a impetrante com a necessária retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 50, XL, da Constituição Federal), que, cobrando aplicação ao caso, deverá implicar anulação do processo desde o interrogatório, inclusive.

A PGR opina pelo indeferimento da ordem ou seu não-conhecimento (fls. 42/46).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1.** Observo desde logo que a matéria não foi objeto de exame no acórdão impugnado, pelo simples fato de que, proferido em 26 de novembro de 2002, a nova disciplina legal do interrogatório lhe é mais de um ano posterior. A Lei n. 10.792 entrou em vigor na data de sua publicação, ou seja, em 2 de dezembro de 2003.

É verdade que, ao dar nova redação aos arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal, provocou profundas transformações na disciplina do interrogatório, acomodando-o à ordem constitucional.

O art. 185, com a nova redação, passou a exigir que o ato de interrogatório seja feito na presença do defensor, nomeado ou constituído. E seu parágrafo

segundo prevê agora que, *"antes do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor"*.

Mas é determinação expressa do Código de Processo Penal:

> "Art. 2° A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

Vale lembrar, ao propósito, que a retroatividade da lei penal benéfica (art. 5°, XL, da Constituição Federal) se restringe à matéria de direito substancial, não se aplicando às normas processuais.

Daí, a nova disciplina do interrogatório não ter atingido o ato processual a que se submeteu a paciente, razão por que não há falar em nulidade.

**2.** Isso posto, voto pelo **conhecimento** parcial do *habeas corpus* e pelo seu **indeferimento.**

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O tema não foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Foi suscitado perante o STJ.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Nem pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nem pelo STJ — até porque não podia mesmo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Não foi suscitado, porque o julgamento foi anterior à lei. Não foi suscitado pelo STJ.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Isso quanto à aplicação da lei nova. Relativamente à ausência de defesa, na assentada em que interrogado o réu, houve decisão pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Isso ele decidiu, porque a ausência do defensor não acarretaria em prejuízo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Essa fase é anterior à lei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Nessa parte devemos conhecer.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): Sr. Presidente, não tenho nada a opor.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, no mérito, peço vênia para reafirmar o que tenho sustentado a respeito do alcance, em si, do artigo 261 do Código de Processo Penal, segundo o qual nenhum acusado será processado sem defesa.

É certo que, na normatividade anterior, o advogado não podia interferir no interrogatório do réu, mas poderia, na forma pedagógica prevista na Lei n. *10.792/2003*, aconselhá-lo e observar certas circunstâncias do processo. Ora, se o profissional da advocacia não esteve presente à audiência, tenho-a como viciada.

Por isso, peço vênia para, com base nessa causa de pedir — não na aplicação da lei processual que veio à balha —, conceder a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Já tendo sofrido as agruras da Defensoria Pública, sou muito simpático à tese do Ministro Marco Aurélio.

Não se trata de caso residual; a lei já avançou. Então, não vou reexaminar a jurisprudência, que se formou há décadas pela desnecessidade da presença do defensor ao interrogatório. Apenas, felicito o avanço dado pela lei, porque, efetivamente, entregar à Defensoria Pública a responsabilidade da causa que já corria, depois do interrogatório, é, muitas vezes, incumbi-la de tentar ressuscitar um cadáver insepulto.

EXTRATO DA ATA

HC 83.836/RS - Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente: Edite Teresinha Antunes ou Edite Terezinha Antunes. Impetrante: Defensoria Pública da União — DPU. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por unanimidade de votos, a Turma conheceu, em parte, do pedido de *habeas corpus*. Por maioria, o indeferiu, nos termos do voto do Relator; vencido, nesta parte, o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos.

Brasília, 29 de março de 2005 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

## *HABEAS CORPUS 84.009 — SP*

Relator: Ministro Carlos Britto

Paciente: Luis Cesar Lanzoni

Impetrante: Paulo Ferreira de Moraes

Coator: Relator do HC 31.969 do Superior Tribunal de Justiça

***Decisão do Superior Tribunal de Justiça, que negou seguimento a* habeas corpus *por ser incabível a impetração contra despacho que denega liminar, requerida no* writ *originário perante o tribunal a quo.***

**Entendimento que não destoa da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já sumulada no verbete n. 691.**

***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, 10 de agosto de 2004 — Sepúlveda Pertence, Presidente — Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus*, por meio do qual se argúi constrangimento ilegal, consistente na negativa de seguimento do HC 31.969 pelo Relator do feito no Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, afirmou a autoridade apontada como coatora ser incabível a impetração de *habeas corpus* contra decisão singular que denega liminar, antes, portanto, do julgamento em definitivo do *writ*.

Neste remédio heróico, o impetrante volta a se insurgir contra a decretação da prisão preventiva do paciente. Decretação, essa, que estaria carente de fundamentação adequada.

A consulta feita ao andamento eletrônico na *internet* revelou que a decisão ora impugnada foi posteriormente mantida pela 5ª Turma do STJ, que negou provimento ao agravo regimental interposto contra a negativa de seguimento do *habeas corpus*.

Prestadas as informações, a douta Procuradoria-Geral da República opinou pelo não-conhecimento do *writ* (fls. 778/785).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): A decisão impugnada do Superior Tribunal de Justiça não destoa da jurisprudência do STF, que se encontra pacificada no sentido de não admitir a impetração sucessiva de *habeas corpus*, sem que tenha havido o julgamento definitivo do *writ* anteriormente impetrado (cf. HC 79.776/RS, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 3-3-2000; HC 76.347-(QO)RS, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 8-5-1998; HC 79.238/RS, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 6-8-1999; HC 79.748/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 23-6-2000; e HC 79.775/AP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 17-3-2000). Jurisprudência, essa, que recentemente foi sumulada no verbete n. 691, segundo o qual *"não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de* ***habeas corpus*** *impetrado contra decisão do Relator que, em* ***habeas corpus*** *requerido a tribunal superior, indefere a liminar"*.

Registre-se, por oportuno, que a apreciação de eventuais fatos novos ou a verificação acerca do posterior desaparecimento das razões que justificaram a expedição do decreto de prisão preventiva devem ser feitas pela instância competente — cuja jurisdição não foi exaurida —, e não *per saltum* por esta Casa de Justiça.

Com esses fundamentos, estando a decisão impugnada em consonância com o entendimento sumulado desta colenda Corte, indefiro o *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 84.009/SP — Relator: Ministro Carlos Britto. Paciente: Luis Cesar Lanzoni. Impetrante: Paulo Ferreira de Moraes. Coator: Relator do HC 31.969 do Superior Tribunal de Justiça

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Não participou deste julgamento o Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 10 de agosto de 2004 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

## *HABEAS CORPUS 85.088 — ES*

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie
Paciente: Edgard Euzébio dos Anjos
Impetrante: Luís Fernando Nogueira Moreira
Coator: Superior Tribunal de Justiça

**Crime contra a ordem tributária. Lei 8.137/90 (art.1°, I, II e V). Nulidades do procedimento fiscal.**

**1. Inexistência de irregularidades no procedimento que culminou com a quebra do sigilo bancário. Providência que teve o endosso do Judiciário e que, de regra, é efetivado em procedimento inquisitorial, sob pena de frustração da medida.**

**2. HC indeferido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Metia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 30 de agosto de 2005 — Celso de Mello, Presidente — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. O ora paciente tentou, pela via do *habeas corpus*, no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, trancar um inquérito policial, contra si instaurado, para apurar possíveis crimes contra o sistema tributário (Lei 8.137/90, art. 1°, I, II e V). Sustentou, na oportunidade, que várias irregularidades teriam ocorrido no procedimento fiscal, comprometendo o inquérito e a quebra do seu sigilo bancário. Não obtendo êxito no Regional, interpôs recurso ordinário constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça julgou prejudicado o recurso, na parte que pretendia o trancamento do inquérito, diante do advento da denúncia, regularmente recebida. Na parte restante, negou-lhe provimento porque inexistentes as irregularidades apontadas pelo contribuinte no procedimento que antecedeu a

denúncia (RHC 14.459 – fls. 23/26). Embargos de declaração foram rejeitados (fls. 18/21). Daí este *habeas corpus* originário no qual o paciente postula o trancamento da ação penal, porque comprometida pelas irregularidades que antecederam a denúncia.

2. Indeferida a liminar (fl. 32), opinou o ilustre Subprocurador-Geral da República, Edson Oliveira de Almeida, pelo indeferimento do *habeas corpus* (fls. 34/37). Há notícia nos autos de que a ação penal ficou sobrestada, no primeiro grau de jurisdição, enquanto não definitivamente solucionado o procedimento fiscal. Com a constituição definitiva do crédito tributário (fls. 112/113), o processo retomou o seu curso normal.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. Não tem razão o impetrante. Como salientado no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que julgou os embargos de declaração interpostos no recurso ordinário (fl. 20), o acesso às informações derivadas da quebra do sigilo bancário do paciente, que serviram de justa causa à ação penal ora em trâmite, foi logrado a partir do requerimento do Ministério Público Federal perante o Judiciário. Tal autorização foi baseada em indícios constantes de um dossiê remetido pela Receita Federal e não de procedimento administrativo-tributário. Sem respaldo, portanto, a alegação do impetrante de que esse procedimento teria sido irregular.

Ademais, a quebra do sigilo bancário ocorre, de regra, em procedimento de natureza inquisitória. É que ela se insere no rol daquelas medidas preparatórias e cautelares em que o princípio da razoabilidade permite afastar o contraditório prévio, porquanto o conhecimento do interessado pode acarretar a frustração da medida. É o que expôs, acertadamente, o parecer da Subprocuradoria-Geral da República (fl. 36). No mais, os autos noticiam que o paciente defendeu-se, regularmente, no procedimento administrativo-fiscal, como comprova a documentação de fls. 51/88.

2. Diante do exposto, **indefiro** o *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 85.088/ES — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Edgard Euzébio dos Anjos. Impetrante: Luís Fernando Nogueira Moreira. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação unânime, *indeferiu* o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros

Carlos Velloso, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 30 de agosto de 2005 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

## *HABEAS CORPUS 85.726 — PI*

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Paciente e Impetrante: Augusto Falcão Lopes

Coator: Relator da Ação Penal n. 331 do Superior Tribunal de Justiça

***Penal. Processual Penal.* Habeas Corpus. *Denúncia: corrupção passiva e tráfico de influência. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa para a ação penal.***

**I - Desde que permitam o exercício do direito de defesa, as eventuais omissões da denúncia, quanto aos requisitos do art. 41 do CPP, não implicam necessariamente na sua inépcia, certo que podem ser supridas a todo tempo, antes da sentença final (CPP, art. 569). Precedentes.**

**II - Nos crimes de autoria coletiva, a jurisprudência da Corte não tem exigido a descrição pormenorizada da conduta de cada acusado.**

**III - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime.**

**IV - HC indeferido.**

ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos* estes autos, *acordam* os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, *sob a Presidência* do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, *por unanimidade* de votos, *indeferir* o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de agosto de 2005 — Celso de Mello, Presidente — Carlos Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por **Eduardo Antonio Leão Coelho**, em favor de **Augusto Falcão Lopes**, contra decisão do Eg. **Superior Tribunal de Justiça**, que, pela sua Corte Especial, recebeu **denúncia** oferecida pelo Ministério Público, pela suposta prática dos **crimes de**

**corrupção passiva e tráfico de influência em decisões proferidas pelo TJ/PI (AP 331/PI).**

Sustenta o impetrante, em síntese, o seguinte:

a) **inépcia da denúncia**, tendo em vista que em momento algum ela afirma que o paciente teria efetivamente solicitado ou recebido vantagem indevida, nem especifica qual seria essa vantagem indevida e em que circunstâncias teria sido ela recebida ou solicitada;

b) **a denúncia está baseada em juízo de probabilidade e contém acusação alternativa**, inobservando-se, assim, o art. 41 do Código de Processo Penal;

c) **ausência de justa causa**, dado que a denúncia não aponta indícios de autoria e de materialidade do crime de corrupção passiva e de tráfico de influência;

d) **ofensa ao princípio da isonomia**, pelo fato de a denúncia não ter sido recebida contra o então Procurador-Geral de Justiça, Antônio de Pádua Linhares, pois, segundo a impetração, *"as duas testemunhas que dizem haver participação do impetrante/paciente nos fatos denunciados são as mesmas que implicam, de forma mais contundente, o referido Procurador Geral de Justiça"* (fl. 22);

e) **ocorrência de cerceamento de defesa**, por ter havido juntada de documento, sem conhecimento da defesa, após o recebimento da denúncia e por ter sido esse mencionado no voto do relator.

Pede, ao final, a concessão da ordem para trancar a ação penal.

Requisitadas informações, foram elas prestadas pelo eminente Min. Edson Vidigal, que remeteu os documentos de fls. 352-422 e encaminhou cópia das decisões, do relatório e do voto proferidos pelo Ministro José Arnaldo e do parecer do Ministério Público Federal, bem como da certidão de andamento processual, visto que o acórdão encontra-se pendente de publicação.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida, oficiando às fls. 426-429, opina pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Os fatos delituosos estão assim descritos a denúncia:

> "(...)
> 1. Crimes praticados para garantir a impunidade do acusado Joaquim Matias Barbosa Melo:
> 1.1. O Promotor *João Mendes Benigno Filho* e o servidor do Tribunal de Justiça do Piauí *Tiago de Melo Falcão*, cumprindo

determinação do Desembargador *Augusto Falcão Lopes*, fizeram de tudo para obstar as investigações desencadeadas para apurar crimes imputados ao empresário *Joaquim Matias Barbosa Melo*.

1.2. *Benigno* e *Tiago*, a mandado de *Augusto Falcão*, prometeram aos Promotores José Eliardo de Sousa Cabral e Aristides Silva Pinheiro vantagens indevidas (dinheiro), para que praticassem atos de ofício com infringência de seus deveres funcionais, favorecendo o criminoso *Joaquim Matias*.

1.3. Possivelmente subornados por *Joaquim Matias*, *Benigno*, *Tiago* e *Augusto Falcão* tentaram, mas não conseguiram aliciar Aristides e Eliardo.

1.4. Para atender a requerimento formulado pelo Promotor Eliardo, o Delegado Evaldo Dias de Farias, Titular do 1° Distrito Policial de Teresina, instaurou, em 17 de fevereiro de 1999, inquérito com o propósito de investigar a ocorrência de crime previsto no artigo 10, da Lei n. 9.437/97, imputado a *Joaquim Matias*.

1.5. A Polícia já forcejava para elucidar, noutro procedimento, a subtração, das dependências da Secretaria da Fazenda do Piauí, e o posterior sumiço dado a treze procedimentos fiscais, instaurados contra a firma *J. Matias Melo* (CAGEP 19.400.818 - 5).

1.6. No dia 08 de fevereiro de 1999, a Polícia prendeu em flagrante Paulo Roberto de Oliveira. Na mesma data, realizando diligências, deteve *Joaquim Matias*, que concorrera para as infrações praticadas por Paulo.

1.7. Por ocasião da detenção de *Joaquim Matias*, a Polícia encontrou, em seu poder, a Pistola semi-automática, calibre 380, marca Glock, de fabricação austríaca (n. CMW196) acompanhada de pente municiado de onze balas

1.8. Já estava formalizada a prisão em flagrante de Paulo Roberto por crimes contra a administração pública. Indiciou-se também *Joaquim Matias* como co-autor. Além disso, abriu-se nova investigação para apurar o porte ilegal de arma de fogo, praticado pelo acusado *Joaquim Matias*.

1.9. O certo é que existiam dois inquéritos. O primeiro iniciou-se pelo auto de flagrante de Paulo Roberto. O segundo por Portaria, mediante requisição do Promotor Eliardo, destinado este último a desvendar a infração do artigo 10, da Lei n. 9.437/97.

1.10. Logo que tomou conhecimento da captura de *Joaquim Matias*, o Desembargador *Augusto Falcão* solicitou os préstimos do Promotor *Benigno*, pedindo-lhe que fosse à Delegacia libertá-lo.

1.11. *Benigno* compareceu à Repartição policial por volta da meia-noite. Procurou o Promotor Aristides Silva Pinheiro, designado para acompanhar a lavratura do flagrante. Reservadamente, esclareceu ao seu colega que estava ali a pedido do Desembargador *Augusto Falcão*, à época Presidente do TJ/PI.

Indagou-lhe sobre o que poderia fazer em favor de *Joaquim Matias*. Disse que o Desembargador *Augusto Falcão* se entenderia com o então Procurador Geral de Justiça *Antônio de Pádua Linhares*.

1.12. Aristides resistiu à indevida ingerência de *Benigno*, que agia em nome de *Augusto Falcão*. Cumpriria rigorosamente as determinações superiores, sem embaraçar as investigações dos fatos delituosos. *Benigno* desapontou-se. Queria cumprir a ordem do Desembargador. Antes de se retirar do 1° Distrito Policial, desentendeu-se com Aristides, na ocasião em que este discutia com o advogado Marcos Vinícius Brito Araújo, o qual queria conversar a sós com *Joaquim Matias*.

1.13. *Tiago Falcão Lopes*, filho do Desembargador *Augusto Falcão*, também compareceu à Delegacia. Preocupado com a situação de *Joaquim Matias*, tentou, sem êxito, convencer o Promotor Aristides a soltá-lo.

1.14. Apesar da resistência do Promotor Aristides, as acusações contra *Joaquim Matias* não prosperaram. Em favor dele impetrou-se *habeas corpus*, pedindo-se o trancamento do inquérito, que se iniciara por porte ilegal de arma.

1.15. O acusado *Samuel Mendes de Moraes*, Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Terezina, não era competente para julgar o *habeas corpus*, impetrado, no dia 12 de fevereiro de 1999, em favor de *Joaquim Matias*, na 6ª Vara Criminal da Capital do Piauí. No entanto, enquanto Eliardo e Aristides não aceitaram a interferência do Desembargador *Augusto Falcão*, o Juiz *Samuel* fraquejou. Intrometeu-se no caso. Mandou chamar o escrivão, num dia de domingo (14/02/1999). Requisitou os autos. Deferiu a ordem, encerrando a apuração em relação ao porte ilegal de arma.

1.16. O Promotor Eliardo contou que o acusado *Benigno*, quando tentava suborná-lo, garantiu-lhe que, nos processos do interesse do Desembargador *Augusto Falcão*, 'todos levavam alguma quantia'.

1.17. Assim, *Samuel* deixou-se influenciar, ou, então, aceitou vantagem indevida, que *Benigno*, como preposto do Desembargador *Augusto Falcão*, já fizera aos Promotores.

1.18. Com efeito, o Juiz *Samuel* deferiu *habeas corpus* e trancou o inquérito, instaurado para apurar o ato delituoso imputado a *Joaquim Matias* (art. 10, da Lei n. 9.437/97), em face dos fundamentos adiante transcritos:

( ... )

1.25. *Joaquim Matias* possuía fortes laços de amizade com os poderosos do Piauí. Habituado a corromper, contou novamente com a atuação do Promotor *Benigno* e do Desembargador *Augusto Falcão*. *Benigno*, cumprindo a determinação de *Augusto Falcão*, movimentou-se para impedir a apuração daqueles crimes.

Anunciou ao Promotor Eliardo que o Desembargador *Augusto Falcão* mandara lhe pedir que 'pegasse leve naquele processo, pois o menino era filho do velho Matias, gente dele, eterno Diretor do DER'. Prometeu vantagem indevida a Eliardo para que ele não denunciasse *Joaquim Matias*. Garantiu que 'nesses negócios todos levavam alguma quantia, disse isso, fazendo gestos nesse sentido;'.

1.26. Eliardo resistiu. Por isso, *Joaquim Matias*, *Augusto Falcão* e *Benigno* escolheram outro caminho, o da impetração de outro *habeas corpus*, desta vez para trancar a ação penal (n. 075/99) intentada no Juízo da 6ª Vara Criminal.

1.27. O Ministério Público acusou Paulo Roberto e *Joaquim Matias* de cometerem os crimes de peculato-furto e corrupção. Mas o empresário, com a ajuda de *Augusto Falcão*, conseguiu novamente escapar das garras da Justiça. Corrompeu o Desembargador *José Soares de Albuquerque*, que, como se verá noutro tópico da presente denúncia, envolveu-se, com o Desembargador *Augusto Falcão*, noutros atos de corrupção e de tráfico de influência.

1.28. O Desembargador *Soares de Albuquerque* deferiu a liminar requerida no *writ* (n. 99.000977-7). Mandou, portanto, trancar a mencionada ação penal em relação à *Joaquim Matias*.

1.29. A decisão liminar foi, posteriormente, confirmada pela 2ª Câmara Especializada Criminal do TJ/PI, em 15/6/99. O Desembargador *Soares de Albuquerque* era o relator do processo. Configurou-se, assim, a estranha situação. Somente o servidor Paulo Roberto, que fora peitado por *Joaquim Matias*, continuou respondendo pelos crimes.

1.30. *Joaquim Matias* subornou o servidor. Depois corrompeu outras pessoas, entre as quais os Desembargadores *Augusto Falcão* e *Soares de Albuquerque*, logrando, assim, escapar ileso das infrações perpetradas no episódio da subtração dos processos fiscais.

1.31. Para conseguir que a 2ª Câmara Especializada Criminal confirmasse sua decisão, concedendo a ordem, o Desembargador *Soares de Albuquerque* ludibriou seus pares. A Procuradora de Justiça Rosimar Leite Carneiro confirmou tal circunstância, relatando, em seu depoimento, o seguinte:

> '(...) o que foi dado conhecimento em plenário pelo Desembargador relator era de que a denúncia se baseava nos inquéritos relativos à apuração do crime de porte ilegal de armas; que não foi mencionada que essa denúncia teria como base o crime de peculato-furto, que pelo menos a testemunha não tomou conhecimento quando da exibição das peças por ocasião do julgamento na Câmara; (...)'

1.32. *Soares de Albuquerque* enganou os outros Desembargadores. Recebera vantagem indevida e deu a entender que a ação penal escorava-se nos mesmos fatos que ensejaram o trancamento da investigação do crime de porte ilegal de arma, determinado na anterior decisão do Juiz *Samuel*.

1.33. *Soares de Albuquerque* sabia que a denúncia amparava-se em farta prova e tratava de outros delitos, perpetrados por Paulo Roberto e *Joaquim Matias*. Mesmo assim trancou a ação penal.

2. Crimes praticados na disputa pelo cargo de prefeito do município de Jerumenha, no Piauí:

2.1. Em diversas oportunidades, os Desembargadores *Augusto Falcão* e *Soares de Albuquerque* receberam dinheiro das partes para julgar ou influir nos julgamentos dos litígios submetidos ao Judiciário do Piauí. Praticaram atos de corrupção passiva e de tráfico de influência, auxiliados por outros denunciados, entre os quais os seus parentes *Tiago de Melo Falcão* (filho do Desembargador *Augusto Falcão*), *Wesley Barbosa Soares de Albuquerque* (filho do Desembargador *Soares de Albuquerque*), *Ingrid Barbosa Soares de Albuquerque* (filha do Desembargador *Soares de Albuquerque*) e *João Ulisses de Britto Azêdo* (genro do Desembargador *Soares de Albuquerque*).

2.2. *Wesley*, *Ingrid* e *Tiago* exerciam (talvez ainda exerçam) cargos comissionados no Tribunal de Justiça do Piauí. Nestas posições, movimentavam-se, negociando as decisões, que seriam proferidas nos feitos em tramitação na Justiça daquele Estado.

2.3. Para fortalecer a venda de resultados de julgamentos, os irmãos *Wesley* e *Ingrid Soares de Albuquerque*, orientados pelo pai, o Desembargador *Soares de Albuquerque*, instalaram numa casa pertencente ao referido Magistrado, próxima à sede do TJ/PI, um escritório de advocacia, com o pomposo nome *Wisa Advogados*.

2.4. Como proprietária do referido escritório, aparece o nome da Advogada *Maria Rôzely Brasileiro de Jesus dos Passos*, que atuava como testa-de-ferro do Desembargador *Soares de Albuquerque*, para mascarar os negócios escusos feitos no âmbito da Justiça do Piauí.

2.5. O escritório *Wisa* atuou em algumas disputas judiciais pelos cargos de Prefeitos de Municípios do Piauí. Repousam, nos autos, as cópias extraídas da NC 226/PI e remetidas pelo Ministro Jaci Garcia Vieira, que Vossa Excelência mandou juntar ao processo. Há, inclusive, um Laudo de Exame em Material Audiovisual (Fita magnética de vídeo e áudio), contendo a transcrição de diálogos de algumas entrevistas abertas, feitas pelo repórter Roberto Cabrini, com várias pessoas, as quais acusaram as autoridades do Judiciário e seus parentes, como também dois membros do Ministério Público do Piauí, de envolvimento com o crime organizado e,

principalmente, da prática de outros delitos, tais como corrupção passiva e tráfico de influência.

2.6. Quem fez a denúncia foi *Aderson Soares*, ex-Prefeito do Município de Jerumenha, no Piauí, que invocou testemunhos para confirmar os fatos ilícitos revelados à imprensa. O jornal O *Estado de São Paulo* também divulgou matéria, contendo entrevista de João Ribeiro Neto, ex-Secretário da Prefeitura de Jerumenha, confirmando as increpações.

2.7. As acusações incriminam os Desembargadores *Soares de Albuquerque* e *Augusto Falcão*, os membros do Ministério Público Estadual *Antônio de Pádua Ferreira Linhares* (Procurador de Justiça) e *Benigno* (Promotor de Justiça), o Advogado *João Ulisses*, os servidores da Corte de Justiça do Piauí *Wesley, Ingrid* e *Tiago*.

2.8 Além disso, no inquérito anexo, a Polícia coletou as provas dos graves crimes cometidos pelos denunciados. Principalmente nos processos em que se postulava, ora o afastamento, ora o retomo, de Milton Carreiro de França à Chefia do Executivo de Jerumenha.

2.9. João Ribeiro Neto, que ocupou, no período de 20 de julho de 1999 a 16 de junho de 2000, o cargo comissionado de Secretário-Geral do Gabinete do Prefeito de Jerumenha, quando o Vice-Prefeito *Aderson Evelyn Soares Filho* exercia aquela função, contou que:

(...)

2.10. Os atos criminosos foram confessados pelo denunciado *Aderson Evelyn Soares Filho*.

(...)

2.11. Várias testemunhas, ouvidas no inquérito anexo, também confirmaram a ocorrência dos delitos, acontecidos entre os meses de julho de 1999 e junho de 2000.

2.12. Assim, Altevir Ivan da Silva Oliveira, motorista oficial da Prefeitura de Jerumenha.

(...)

2.13. O depoimento do Engenheiro Agrônomo Walter Barjud de Carvalho também incrimina os denunciados.

(...)." (Fls. 35-54)

A denúncia, por maioria, foi recebida pela Corte Especial do Eg. Superior Tribunal de Justiça, tendo o eminente Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator, salientado em eu voto:

"(...) a denúncia imputa a alguns acusados o cometimento dos crimes qualificados de corrupção passiva e tráfico de influência e,

a outros, o de corrupção ativa, por conta de três situações distintas, que peço licença para novamente citar:

I) infrações praticadas para garantir a impunidade de *Joaquim Matias Barbosa Melo* (11° acusado);

II) crimes praticados para o fim de permitir o afastamento ou a permanência de chefe do executivo do Município de Jerumenha, PI, em benefício de *Aderson Evelyn Soares Filho* (16° acusado); e

III) crimes praticados para acobertar infrações cometidas por *Amadeu Campos de Carvalho Filho* (12° acusado), *Francisco Bernadone da Costa Vale* (13° acusado), *Antônio dos Santos* (14° acusado) e *Ruberval Isidoro de Oliveira* (15° acusado).

Como se disse, as situações tidas por relevantes cingem-se ao desenrolar dos três citados acontecimentos, por onde tanto defesa, quanto acusação, debatem com vigor, respectivamente, a relevância penal e a inobservância de qualquer liame possível de enquadramento penal, e neste último circunscrito à imputação contida na peça acusatória.

Seguindo tais delineamentos e visualizando o conjunto dos autos, nos seus dezenove volumes, mais apensos, a peça acusatória cumpre os ditames do art. 41 do Código de Processo Penal, pois os fatos apresentados configuram, em tese, crime, sendo a narrativa acerca dos elementos objetivo e subjetivo potencialmente válida para a persecução vindoura.

É bem verdade que os fatos envolveram atuações jurisdicionais que, grosso modo, poderiam impedir a ação penal. Entretanto, a tomar pelos elementos indiciários, o que se observa é que não se está a discutir as decisões em si, porquanto já transitadas, mas o que as gerou efetivamente, dentro de um plano de independência exigida pela função judicante. Daí porque o substrato da denúncia ajusta-se ao comando da norma processual sobredita. Pensar o contrário é admitir que o Juiz jamais pode ser agente de crime no exercício de sua função, o que fere a consciência mediana de qualquer cidadão.

O fato é que a peça de acusação traz, neste momento, logicidade, a ponto de ser aceita.

(...)

É claro que algumas defesas tentam promover discussões aprofundadas acerca do liame subjetivo e de elementos essenciais do crime de corrupção passiva, ativa e tráfico de influência, como as sustentações orais demonstram, fazendo crer que a denúncia seria inepta em virtude de não descrever minuciosamente a vantagem percebida e a participação do denunciado por meio de conduta reconhecidamente direta. Contudo, a complexidade dos

fatos, envolvendo interesses múltiplos inter-relacionados, reclama uma realidade de ação penal suscitada por denúncia fora dos rigorismos do art. 41, do CPP, por onde o procedimento instrucional pudesse aclarar senão todas as nuances delituosas, pelo menos boa parte delas. Ou então, ao final da instrução, venha permitir descortinar condutas relevantes em torno de tipos penais próximos.

(...)

No tocante ao restrito ajustamento com a descrição típica, a polêmica é incapaz de sustar o prosseguimento processual, já que os denunciados se defendem dos fatos e não da capitulação ofertada pelo Ministério Público. Eis precedente esclarecedor da Quinta Turma:

> *'Penal. Recurso ordinário em* habeas corpus. *Arts. 297, § 1º, 299, caput, e parágrafo único e 304, na forma do art. 69, todos do Código Penal. Inépcia da denúncia.*
>
> I - Denúncia que apresenta narrativa que se ajusta ao modelo da conduta proibida não é, em princípio, inepta porquanto permite a ampla defesa.
>
> II - No processo penal, o réu se defende dos fatos articulados na denúncia, e não da classificação jurídica atribuída pelo órgão acusador. (Precedentes)
>
> III - A apreciação da tese de impossibilidade de concurso material, entre os crimes capitulados na exordial acusatória, por possível incidência do princípio da consunção, implicaria necessariamente em antecipação do julgamento da própria ação penal, com a admissão de, pelo menos, um dos delitos imputados à paciente, o que é inviável em sede de *habeas corpus*.
>
> Recurso desprovido.' (RHC 15.338/DF; Relator Ministro *Félix Fischer*, DJ 21.06.2004)

Cabe reverenciar, ademais, que, não sendo a fase de firmar convencimento prévio, tem-se em mente a previsão do art. 43 do Código de Processo Penal, segundo o qual deve-se averiguar se os fatos narrados não constituem crime, se há causa de extinção da punibilidade e se a legitimidade do proponente da ação penal foi cumprida, sendo que, quanto a essa recomendação legal, o correto é prestigiar a continuidade da *persecutio criminis*.

Daí porque tenho que, para se apurar a veracidade dos fatos e concluir ou pela reprovação das condutas perpetradas ou por sua inadequação típica, é imperioso o recebimento da denúncia e a incursão nas amarras da instrução criminal, pelo fato de haver exposição típica e antijurídica alicerçadas por meios informativos idôneos e suficientes à acusação e à defesa.

E essa apreensão inicial decorre do seguinte:

- Na primeira situação, conforme citado na denúncia, item 1.16, há testemunho do promotor Eliardo de que os envolvidos levavam vantagem, aliás, 'todos levavam alguma quantia' (fls. 1.745), indícios temperados pelo fato de que o envolvido Joaquim Matias e beneficiário é sobrinho da ex-mulher do Desembargador *Augusto Falcão*. Portanto, mesmo que a defesa desminta o ocorrido, a situação reclama o embate probatório.

- Na segunda quadratura, o próprio beneficiário, mesmo que depois viesse a desdizer o que havia falado, agora na condição de réu, assumiu a existência dos fatos, consoante delineado no item 2.10 da denúncia, além do que outros testemunhos, de pessoas próximas, atestam a possibilidade de sua existência, a exemplo do que restou dito nos itens 2.9, 2.12 e 2.13.

(...)

- E, na terceira exposição, somado ao que se disse no item anterior, parentes próximos dos Desembargadores *Augusto Falcão* e *José Soares* trabalhavam no escritório cujos advogados defendiam os réus beneficiados, além do que, há o testemunho do Promotor Hosaias Matos, citado na peça inaugural, no item 3.7.

(...)

Portanto, tudo leva a crer na existência de intromissão indevida de autoridades do Estado do Piauí, denominada na denúncia, com a participação de terceiros, também indicados, sendo que, todos eles, pelas circunstâncias do caso, devem também passar pela instrução criminal, à exceção de dois, contra os quais não vislumbro uma conexão efetiva – Antônio de Pádua Ferreira Linhares e Ingrid Barbosa. O primeiro porque apenas teve o nome citado indiretamente e, a segunda, apesar de ser filha de um dos principais acusados, não sendo bacharela em direito, não teria, em tese, porque se beneficiar do esquema. Ademais, se no curso da instrução novos elementos surgirem acerca da participação dos excluídos, poderá o Ministério Público proceder a regular aditamento.

Reconheça-se, por fim, que neste tipo de ambiente, no qual o crime é praticado de forma muito sutil e algumas autoridades importantes ao as protagonistas, a prova é de difícil obtenção, pois aqueles que se dispõem a ajudar muitas vezes sofrem com os arbítrios dos poderosos. Nos autos, somente a título de exemplo, pode-se citar a decisão de fl. 2.622, *verbis:*

'Diante dos fatos articulados na petição inicial de

fls. 02 a 29, devidamente instruída com a documentação probatória de fls. 31 a 88, presentes se encontram os pressupostos elencados no artigo 273 e seu inciso I do Código de Processo Civil, daí porque concedo antecipação parcial da tutela pretendida no pedido inicial, para que seja entregue ao autor, a importância de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) como parte da indenização pelos danos causados pelo réu.

E, como sendo da essência do direito previsto na referida norma jurídica e na presente decisão judicial, a efetiva e imediata execução da decisão, e com fundamento no artigo 461, parágrafo 5° do mesmo Código de Processo Civil, determinou o bloqueio no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), em qualquer agência bancária, em qualquer conta existente do réu, de qualquer espécie.

Cumprida e efetivada a presente decisão, seja a parte requerida citada para todos os termos da presente ação.'

O caso é bem ilustrativo, pois se tratava de ação de *indenização por danos morais*, intentada pelo denunciado *João Mendes Benigno Filho*, contra o promotor subscritor da representação ora sob exame, na qual, *em sede de antecipação de tutela*, o Juiz da causa, numa única tacada, condena e manda executar, determinando a penhora de numerário em conta corrente. E veja que o réu era um promotor de justiça! Imagino o que não possa ter ocorrido às simples pessoas que de alguma forma tentaram contribuir com as investigações!

A mesma situação pode ser presenciada nos processos 001.02.001359-1 e 001.01.0022448-5, noticiados pela petição n. 3.073, juntada por linha.

Portanto, o caso merece, sim, maiores aprofundamentos com a instrução criminal.

Em conclusão, meu voto é no sentido de receber a denúncia tal como proposta pelo Ministério Público Federal contra as pessoas arroladas e com a tipificação legal declinada, com exceção de Antônio de Pádua Ferreira Linhares e Ingrid Barbosa Soares de Albuquerque.

(...)." (Fls. 96-109)

Tenho como acertado o entendimento.

A denúncia imputa ao impetrante a prática dos crimes de corrupção passiva e tráfico de influência, em razão de duas situações distintas, bem resumidas no voto do eminente Min. José Arnaldo da Fonseca, Relator da AP 331/PI:

"(...)

Na primeira das situações, são co-autores das condutas de corrupção passiva e tráfico de influência *Augusto Falcão Lopes, José Soares de Albuquerque, João Mendes Benigno Filho, Tiago de Melo Falcão* e *Samuel Mendes de Moraes*, respectivamente, 1°, 2°, 4°, 5° e 10° denunciados, enquanto que autor da corrupção ativa, o 11° denunciado. A situação fática deveu-se ao seguinte:

O denunciado Joaquim Matias (11°), empresário no Piauí, estava sendo investigado por suposto envolvimento no sumiço, da Secretaria de Fazenda Estadual, de 13 (treze) procedimentos de apuração fiscal, que tinham por interessada empresa de sua titularidade (*J. Matias Melo*).

O referido denunciado, após ser abordado por policiais que investigavam o crime, foi detido com.a posse de uma pistola glock de calibre 380, mais munição, motivo pelo qual restou autuado em flagrante delito por porte ilegal de armas (art. 10, da Lei n. 9.437/97). Na delegacia, o promotor de justiça designado para acom-panhar o flagrante do porte ilegal, Dr. Aristides Silva Pinheiro, recebeu a visita do promotor João Mendes Benigno, 4° denunciado, que se dizia mandatário do Desembargador Augusto Falcão, 1° denunciado. Na ocasião, segundo a denúncia, o mandatário, acompanhado pelo filho do Desembargador, Tiago Falcão, 5° denunciado, requereu da autoridade designada facilitações para ajudar o custodiado, alertando que, qualquer problema porventura surgido, o desembargador mandante resolveria com o Procurador-Geral de Justiça, Dr. Antônio de Pádua Linhares, 3° denunciado. A proposta foi recusada de imediato, porém gerou enorme discussão entre os proponentes e o promotor.

A situação do réu preso, então, mostrava-se em duas apurações: a do sumiço dos autos dos procedimentos administrativos e a do porte ilegal.

Em seqüência, de acordo com a acusação, o investigado teve o inquérito de porte trancado por decisão do Juiz Samuel Mendes de Moraes (10° denunciado), em circunstâncias que permitiam supor ter havido a influência maquinada na Delegacia e inicialmente rechaçada pelo promotor Aristides.

Noutro lado, iniciada ação penal perante a 6ª Vara Criminal de Teresina, relativamente ao inquérito do extravio dos processos administrativos, a qual tinha como acusados Paulo Roberto Oliveira e Joaquim Matias, foi ela também trancada em relação a este último, por decisão liminar em sede de *habeas corpus* da lavra do Desembargador José Soares de Albuquerque (2° denunciado). Levado o *writ* e a pretensão trancativa a julgamento do órgão colegiado competente, foi confirmado o deferimento liminar, contudo, pesadas suspeitas são levantadas, já que não houve oitiva

do *Parquet* local, na condição de *custos legis* e os fatos narrados, na oportunidade, pelo relator, corresponderiam à situação do porte ilegal de arma, cujo inquérito já tinha sido trancado pelo Juiz Samuel, 10° denunciado. Por esse contexto, o processo penal iniciado perante o Juízo da 6ª Vara Criminal da Capital continuou com um apenas dos denunciados, Paulo Roberto, sendo excluído o nome de Joaquim Matias, aqui denunciado pelo crime de corrupção ativa qualificada, sendo as demais pessoas citadas por corrupção passiva e tráfico de influência.

Na segunda quadratura dos supostos fatos delituosos, a peça acusatória relata que os acusados *Augusto Falcão* e *Soares de Albuquerque* não pararam por aí, já que autuaram em outros casos submetidos à apreciação do Judiciário Local. Para essas condutas sempre designavam parentes próximos, destacando-se *Tiago de Melo Falcão* (5° denunciado, filho do 1° denunciado), *Wesley Barbosa Soares de Albuquerque* (8° denunciado, filho do 2° denunciado), *Ingrid Barbosa Soares de Albuquerque* (7ª denunciada, filha do 2° denunciado), *João Ulisses de Britto Azêdo* (6° denunciado, genro do 2° denunciado), além de *Maria Rôzely Brasileiro de Jesus dos Passos* (9ª denunciada).

Ao que interessa ao caso, diz a denúncia que as referidas pessoas trabalharam em processo em que se discutia a permanência do prefeito eleito do Município de Jerumenha, no interior do Piauí, em cujos autos foi o então Vice-Prefeito, *Aderson Evely Soares Filho* (16° denunciado), beneficiado pela atuação. Daí porque este incidira emcorrupção ativa e aqueles em corrupção passiva e tráfico de influência. Esta situação foi fruto de reportagem da rede Globo, de autoria do repórter Roberto Cabrini, acostada aos autos da ação penal, que foi veiculada em rede nacional.

(...)." (Fls. 94-96)

A denúncia, está-se a ver, descreve conduta típica. É dizer, contém a exposição do fato delituoso e a classificação do crime. Conforme salientou o parecer do Ministério Público Federal, *"há fortes indícios de autoria e suficiente narrativa do fato delituoso, que tem apoio nos autos do inquérito, tudo reclamando apuração na sede própria, que é a instrução criminal, sendo desnecessária a descrição minuciosa dos meios de execução do delito, como pretende a defesa"* (fl. 428).

A propósito, no que toca ao primeiro acontecimento, registra o eminente Min. José Arnaldo da Fonseca, em seu voto, a existência de testemunho do Promotor Eliardo afirmando que o acusado Benigno garantiu-lhe, ao tentar subornálo, que, nos processos de interesse do ora impetrante, *"todos levavam alguma quantia"*. Faz referência também ao fato de que o filho do impetrante trabalhava no escritório dos advogados que defendiam os réus beneficiários e que o envolvido Joaquim Matias (beneficiário) seria sobrinho da ex-mulher do impetrante.

Relativamente ao segundo acontecimento, salienta o eminente Ministro que, além do próprio beneficiado (Aderson Evelyn Soares Filho) ter assumido a existência dos fatos — embora depois desmentisse o que havia dito —há, nos autos da ação, outros testemunhos de pessoas próximas que comprovariam os fatos (itens 2.10, 2.9, 2.12 e 2.13 da denúncia). Aliás, o referido acusado (Aderson Evelyn Soares Filho), em seu depoimento, afirmou:

> "*Que* (...) ligou para *João Ulisses* e marcou uma audiência com o mesmo no escritório *Wisa*, ainda à meia noite desse dia; *que* se encontravam no escritório *Wisa* durante a reunião, além do declarante, o próprio Desembargador *Albuquerque*, os advogados *João Ulisses, Ingrid Soares Albuquerque, Rozely Brasileiro* e *Cristiano Brasileiro*, onde ficou acertado que seria interposto um recurso contra a decisão liminar que cassou o mandato do declarante; *que* ainda nessa ocasião, foi feito um contato telefônico com *o Tiago Falcão*, para que o mesmo intermediasse junto ao seu pai, Desembargador *Augusto Falcão*, a tramitação do referido recurso; *que* foi cobrado ao declarante, nessa reunião, a quantia de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), (...) que chegou a entrar nas dependências do Tribunal de Justiça, que fica localizado nas proximidades do supracitado escritório de advocacia, juntamente com as pessoas acima arroladas, onde foi alterado o relógio de registro do protocolo, de forma que fosse registrada a entrada do processo com data do dia anterior, haja vista que já se passava da meia noite; (...) *que*, no dia seguinte, pela manhã, o declarante pagou a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), em espécie, a *Tiago Falcão* nas dependências do escritório *Wisa*, sendo esse fato presenciado pelas testemunhas de nome *Euclides Amorim dos Santos* e *José Benedito*, (...) *que* o recurso ajuizado pelo declarante teve decisão favorável, da lavra do *Desembargador Augusto Falcão*, culminando com o retomo do declarante à condição de Prefeito Municipal de Jerumenha/PI." (Fls. 103-104)

Ressalte-se que as eventuais omissões da denúncia quanto aos requisitos do art. 41 do CPP — desde que permitam o exercício do direito de defesa — não implicam necessariamente na sua inépcia, certo que podem ser supridas a todo tempo, antes da sentença final, conforme dispõe o art. 569 do CPP. Assim decidiu esta Turma, quando do julgamento do HC 71.899/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, portando o acórdão a seguinte ementa:

> "**Ementa: *Habeas corpus*. Crime continuado de corrupção ativa em concurso de pessoas (arts. 333 e 29 e 71 do CP). Inépcia da denúncia. Crime multitudinário ou de autoria conjunta ou coletiva. Documentos que devem acompanhar a denúncia.**

**Ilegitimidade da parte. Princípios da legalidade, obrigatoriedade, indivisibilidade e indisponibilidade da ação penal. Justa causa.**

1. Não é inepta a denúncia por eventuais omissões quanto aos requisitos do art. 41 do CPP — as quais podem 'ser supridas a todo tempo, antes da sentença final' (art. 569 do CPP) —, desde que permita o exercício do direito de defesa.

2. Nos crimes de autoria coletiva, a denúncia pode narrar genericamente a participação de cada agente, cuja conduta específica é apurada no curso do processo. Precedentes.

(...). " (*DJ* de 2-6-95)

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de autoria coletiva, não tem exigido a descrição pormenorizada da conduta de cada acusado. Veja-se, a propósito, o decidido pela 1ª Turma, no julgamento do HC 83.736/SP, Rel. p/acórdão Min. Carlos Britto:

"*Ementa: Habeas corpus.* **Crime de responsabilidade. Autoria coletiva. Denúncia tida por genérica. Alegação de inépcia da peça inicial acusatória e de ofensa às garantias constitucionais do paciente.**

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto aos delitos de autoria coletiva, não tem exigido que a denúncia desça ao nível dos detalhes e se faça de forma pormenorizada. Tal entendimento vem sendo abrandado, havendo decisões no sentido de exigir-se, na denúncia, a descrição mínima da participação do acusado, a fim de permitir-lhe o conhecimento do que de fato lhe está sendo imputado e, assim, garantir o pleno exercício de seu direito de defesa (cf. os HCs 83.369, 80.219 e 80.549). Mesmo essa última orientação não dispensa o exame da valida-de da denúncia sob a ótica de cada processo.

No caso, a peça acusatória preenche os requisitos minimamente necessários a dar início à persecução penal, portando consigo elementos suficientes para que os acusados conheçam os fatos que lhes estão sendo imputados e possam deles se defender.

*Habeas corpus* indeferido." (*DJ* de 18-6-2004)

No mesmo sentido decidiu esta Segunda Turma no julgamento do HC 82.246/RJ, Relatora Min. Ellen Gracie:

"*Habeas corpus.* **Estelionato. Art.171, *caput*, do Código Penal.**

1. O inquérito policial não é procedimento indispensável à propositura da ação penal (RHC n. 58.743/ES, Min. Moreira Alves. *DJ* 8-5-1981, e RHC n. 62.300/RJ, Min. Aldir Passarinho).

2. Denúncia que não é inepta, pois descreve de forma clara a conduta atribuída aos pacientes, que, induzindo a vítima em erro, venderam a ela um falso seguro, omitindo a existência de cláusulas que lhe eram prejudiciais visando à obtenção de vantagem ilícita, fato que incide na hipótese do art. 171, *caput*, do Código Penal. Alegações que dependem de análise fático-probatória, que não se coaduna com o rito angusto do *habeas corpus*.

3. Esta Corte já firmou o entendimento de que, em se tratando de crimes societários ou de autoria coletiva, é suficiente, na denúncia, a descrição genérica dos fatos, reservando-se à instrução processual a individualização da conduta de cada acusado (HC n. 80.204/GO, Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 6-10-2000, e HC n. *73.419/RJ*, Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 26-4-1996.

4. *Habeas corpus* indeferido." (*DJ* de 14-11-2002)

Quanto à ausência de justa causa, a jurisprudência da Suprema Corte firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime, como ocorre na hipótese.

Foi esse o entendimento da Casa no RHC 56.693/DF, Rel. Min. Moreira Alves, assim ementado o acórdão:

"**Ementa:** *Habeas Corpus*. Trancamento de ação penal por falta de justa causa.

— Se o fato descrito na denúncia constitui crime em tese, não é o *habeas corpus* meio idôneo para trancar-se a ação penal por falta de justa causa que só poderia ser apurada pelo exame aprofundado da prova.

Recurso ordinário a que se nega provimento." (*DJ* de 11-12-78)

Não foi outro o decidido por esta Turma no RHC 61.145/SP, Rel. Min. Néri da Silveira:

"*Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Código Penal, artigo 171. O *habeas corpus* não enseja o exame aprofundado de provas, para se firmar, desde logo, se o réu é, ou não, inocente. Diante dos fatos descritos na denúncia, não é possível, **prima facie**, recusar sua tipificação como ilícito criminal. Se esses fatos são verdadeiros, ou não; se existiria, apenas, questão de direito civil, somente será possível concluir, ultimada a colheita de provas, em instrução contraditória. Recurso desprovido."(*DJ* de 9-3-84, *RTJ* 113/1017)

Nesse mesmo sentido, decidiu esta Turma, no HC 84.107/SC, de que fui Relator. O acórdão porta a seguinte ementa:

> *"Ementa:* **Penal. Processual Penal. *Habeas corpus.* Trancamento da ação penal. Calúnia. Imunidade penal do advogado.**
>
> I - A imunidade prevista no inciso I do art. 142 do Código Penal não abrange a ofensa caracterizada como calúnia.
>
> II - Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.
>
> III - A jurisprudência da Suprema Corte firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime, como ocorre na hipótese.
>
> IV - *HC* indeferido." *(DJ* de 1°-6-2004)

No que toca à alegação de ofensa ao princípio da isonomia, melhor sorte não assiste à impetração, dado que, como bem assinalou o parecer do Ministério Público Federal, *"o não recebimento da denúncia em face de um dos acusados não importa, em absoluto, ofensa ao princípio da igualdade se não há identidade fática na conduta imputada a um e outro"* (fl. 428).

De igual modo, não há falar, em cerceamento de defesa pela juntada da Petição 3.073 após a sessão de recebimento da denúncia, certo que a referida peça, como demonstra o parecer, não foi essencial à formação de convicção do julgador para o recebimento da denúncia.

Do exposto, indefiro a ordem.

*EXTRATO DA ATA*

HC 85.726/PI — Relator: Ministro Carlos Velloso. Paciente e Impetrante: Augusto Falcão Lopes (Advogados: Eduardo Antonio Leão Coelho e outro). Coator: Relator da Ação Penal n. 331 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação unânime, *indeferiu* o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Eduardo Antonio Leão Coêlho.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 16 de agosto de 2005 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

## *HABEAS CORPUS 86.002 — RJ*

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Paciente: Gad Bezerra da Silva

Impetrante: Karine Faria Braga de Carvalho

Coator: Superior Tribunal Militar

***Habeas Corpus*. 2. Crime Militar. 3. Receptação de fuzis de uso exclusivo das Forças Armadas (art. 254 do CPM). 4. Inexistência de constrangimento ilegal. 5. Periculosidade do agente comprovada. 6. Interesse de ordem pública. 7. Prisão preventiva mantida. 8. *Habeas Corpus* indeferido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribu-nal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Carlos Velloso (RISTF, art. 37, II), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir a ordem.

Brasília, 29 de novembro de 2005 — Carlos Velloso, Presidente — Gilmar Mendes, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Gad Bezerra da Silva** contra decisão proferida pelo Superior Tribunal Militar na Apelação n. 2002.01.049020-5/RJ. Eis o teor da ementa (fl. 33):

> *"Receptação. Armamento pertencente às Forças Armadas. Competência da Justiça Militar. Tentativa de homicídio. Competência do Tribunal do Júri. Inexistência de **bis in idem**.*
>
> 1. Inexiste *Bis in idem* se os réus respondem a processo no foro castrense pelo crime de receptação de armamento pertencente ao patrimônio sob administração militar (art. 254, do CPM) e, ao mesmo tempo, respondem perante a Justiça Comum pelos crimes de *posse de armas de uso proibido* (art. 10, § 2°, da Lei n.9.437/97) e de

*tentativa de homicídio* (art. 121, c/c art. 14, II, do CP). Trata a hipótese de crimes distintos, pelos quais os réus devem responder, observada a respectiva competência de foro.

2. Merece ser mantida a sentença, que à luz do conjunto probatório, aplica aos réus penas consentâneas com a periculosidade comprovada dos condenados, o grau de culpa de cada um e seus maus antecedentes.

Rejeitada a preliminar suscitada pela Defesa e, no mérito, negado provimento ao apelo, para manter a Sentença *a quo*. *Decisão unânime.*"

Conforme consta na decisão recorrida, o paciente foi condenado como incurso na seguinte sanção: art. 254 do Código Penal Militar, à pena de quatro anos de reclusão em regime fechado, pela prática de receptação de armamento pertencente às Forças Armadas.

Insurge-se a impetração contra a fixação da pena, que não estaria corretamente individualizada.

O Superior Tribunal Militar, pelo acórdão atacado neste *writ*, confirmou a pena imposta ao paciente, fixada pelo Conselho de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar (fls. 32-59).

O parecer da Procuradoria-Geral da República foi pelo indeferimento do *writ* (fls.74-79).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Do acórdão prolatado pelo Superior Tribunal Militar, se colhem os seguintes fundamentos (fl. 33): a) inexistência de *bis in idem* pelo fato de os crimes cometidos serem distintos, devendo ser observada apenas a competência de foro; b) as penas aplicadas aos réus levaram em consideração a periculosidade comprovada dos condenados, o grau de culpa e os maus antecedentes dos mesmos; c) a sentença de primeira instância. foi mantida por decisão unânime.

Tal como se retira do caso concreto, a fixação da pena obedeceu todos os requisitos indispensáveis (gravidade do delito, o motivo do delito e a periculosidade dos acusados), tendo o Superior Tribunal Militar avalizado detidamente, como já o fizera o Con-selho de Justiça, a dosimetria aplicável ao caso.

O paciente, como consta na denúncia e foi confirmado no julgamento de ambas as instâncias, recebeu dois fuzis de propriedade das Forças Armadas para "tomada" do morro da Coroa, expondo a população a perigo extremo, onde ao ser preso fazia de refém uma família.

Vale salientar, ainda, que o acusado é reincidente conforme consta na decisão da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, confirmada pelo

Superior Tribunal Militar: *"no tocante aos três primeiros acusados, é de se considerar a reincidência, de acordo com os documentos de fls. 547/550 e 583 (Gad Bezerra da Silva), fls. 497 e 585/586 (Valmir de Souza) e Genilson Laurino da Silva (fl.484). A pena deve ser agravada no seu grau máximo (1/3), tendo em conta as circunstâncias descritas anteriormente (fl. 28)."*

Dessa forma, restou devidamente evidenciado o fundamento da decisão nos ali bem articulados aspectos de periculosidade do agente e de gravidade e motivo do delito; restando evidente que a pena foi fixada com fundamentação suficiente, inexiste constrangimento ilegal a suprir na sede estrita deste *habeas corpus*. Nesse sentido o HC n. 84.943/SP, Segunda Turma, de minha relatoria, *DJ* de 3-11-2005, *verbis*:

> "**Ementa**: *Habeas Corpus*. 2. Crime militar. 3. Vedação à apelação em liberdade. 4. Presença dos requisitos ensejadores da custódia, devidamente fundamentados. 5. Inexistência de constrangimento ilegal. 6. Ordem denegada."

Ademais, os elementos em tomo do delito denunciado, indicando o recebimento de armas militares pelo paciente — ele mesmo militar — com vistas à "tomada" do "Morro da Coroa", indicam situação que efetivamente transparece grave ameaça de perigo à sociedade, tanto na sua vertente objetiva — acirramento de atividades ilícitas expositivas da população em geral ao risco de conflitos urbanos armados - quanto mesmo subjetiva — pelo potencial envolvimento naquelas atividades reprováveis de elemento das próprias forças públicas de segurança. Nesse sentido HC n. 81.841/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 27-9-2002, *verbis*:

> "**Ementa: Direito Penal e Processual Penal Militar. Crime militar: furto de um fuzil, das Forças Armadas, por soldados do exército (art. 240, parágrafos 5° e 6°, do Código Penal Militar). Prisão preventiva.** *Habeas Corpus*. 1. Não está reproduzida nos autos a decisão de 1° grau, que decretou a prisão preventiva. 2. Colhem-se, porém, do acórdão impugnado, os fundamentos respectivos. 3. Destinando-se o furto do fuzil, das Forças Armadas, por soldados do Exército, no caso, para venda aos 'donos do morro' que, notoriamente, são os narcotraficantes, fica evidenciada a periculosidade dos agentes, o que basta para justificar a prisão preventiva e sua manutenção, no interesse da ordem pública, tão ameaçada pelo contrabando, desvio ou subtração de armas pesadas, destinadas ao narcotráfico e a outros delitos costumeiramente coligados, como resgates de presos, seqüestros, latrocínios, homicídios por vingança, queimas de arquivos, acerto de contas, inclusive em chacinas, raramente esclarecidas. 4. *HC* indeferido."

Assim, meu voto é pelo indeferimento da ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 86.00200/RJ — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Gad Bezerra da Silva. Impetrante: Karine Faria Braga de Carvalho. Coator: Superior Tribunal Militar.

Decisão: Indeferiu-se a ordem, decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento o Ministro Carlos Velloso.

Presidência do Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 29 de novembro de 2005 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

## RECURSO ESPECIAL N. 761.950 – RS (2005/0102791-8)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Vitalino Francisco das Neves (preso)
Advogados: Osmar Fritsch e outros

### EMENTA

**Penal. Recurso especial. Art. 213, c.c. o art. 224, alínea a, do Código Penal. Violência real. Crime hediondo. Aumento previsto no art. 9° da Lei n. 8.072/1990.**

**I - *Se a violência é presumida*, inadequado falar-se de lesão grave ou morte. Contudo, pode haver *violência real* contra vítima que esteja entre as indicadas no *art. 224 do Código Penal*, como ocorreu in casu.**

**II - Esta Corte tem entendido que o reconhecimento da majorante do art. 9° da Lei n. 8.072/1990, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio ne bis in idem. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real perpetrada contra criança, tem-se como aplicável a referida causa de aumento. (*Precedentes*)**

**Recurso provido.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 14.11.2005

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento nas alíneas **a** e **c** da **Lex Fundamentalis**, em face de v. acórdão prolatado pela colenda Oitava Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação n. 70008925687.

Consta dos autos que o ora recorrido foi denunciado nos seguintes termos:

> "No dia 5 de fevereiro de 2003, por volta das 10 horas, no interior do Município de Lagoão, o denunciado Vitalino Francisco das Neves, fazendo uso de um revólver (não apreendido), mediante violência física e grave ameaça, constrangeu a vítima Sandra Adriane Pinto Elias, de 11 anos de idade, (fl. 12), à prática da conjunção carnal, desvirginando-a, conforme se afere do auto de exame de corpo de delito.
>
> Na ocasião, Vitalino Francisco das Neves dirigiu-se até a casa de Loreni Ortiz Pinto e formulou proposta de emprego à menor impúbere para que fosse trabalhar na casa de Brasilicia Soares dos Santos (mãe adotiva do denunciado). Com efeito, após prévio consentimento da genitora da vítima, ambos partiram de moto rumo à cidade de Barros Cassal. Entrementes, no curso do trajeto, o denunciado, munido de um revólver e mediante ameaças de morte, derrubou a criança ao solo, arrancou-lhe as vestes e introduziu o pênis na vagina, do que resultou o defloramento da vítima e hiperemia nas faces esquerda e direita do vestíbulo vaginal, consoante auto de exame de corpo de delito" (fl. 259).

Pela prática de tais atos, o recorrido restou condenado como incurso no art. 213, **caput**, do Código Penal, c.c. os arts. 1°, V, e 9° da Lei n. 8.072/1990, à pena de nove anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Irresignada, apelou a defesa, tendo o v. acórdão dado parcial provimento ao recurso, para afastar a majorante prevista no art. 9° da Lei dos Crimes Hediondos. Esta a ementa do julgado:

"Estupro. Violência real. Vítima menor de 14 anos. Palavra da vítima amparada por outros elementos probatórios. Condenação mantida. Causa de aumento prevista no art. 9° da Lei dos Crimes Hediondos. Inaplicabilidade.

Referida causa de aumento somente incide quando do fato resultar lesões corporais de natureza grave, ou morte.

Apelo parcialmente provido" (fl. 329).

Daí o presente apelo especial, em que o *Parquet* alega, a par de divergência jurisprudencial, violação ao art. 9° da Lei n. 8.072/1990. Para tanto, ressalta que a majorante prevista no referido dispositivo é aplicável aos delitos sexuais prati-cados com violência presumida.

Admitido o recurso (fls. 394/395v.), subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo provimento do recurso, às fls. 450/451.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Busca-se, no presente recurso, em síntese, o reconhecimento da majorante prevista no art. 9° da Lei n. 8.072/1990.

O reclamo deve ser provido.

O caso é de *violência real*. Estupro praticado contra menor de 11 anos. Não é o caso de *violência ficta* em que *não há dissenso da ofendida*. Aqui, ela foi constrangida. A incidência da majoração não gera, na hipótese, **bis in idem**. Tal ocorreria, quero crer, quando da violência presumida (inexistência, por óbvio, da violência real ou grave ameaça), pois aí a tipificação se dá por equiparação (situação do art. 224 do CP, por si, ensejando o reconhecimento de violência que, na verdade, *não ocorre*) e a majoração seria, de fato, automática e dupla valoração. Todavia, quando há grave ameaça ou violência efetiva contra a ofendida o **bis in idem** deixa de acontecer com a incidência do art. 9°. Carece de fundamento, **v.g.**, falar-se de violência ficta com lesão grave ou morte. Se não há violência real, como pode haver lesão grave ou morte? Isto somente seria possível na inocorrência da ficção ou presunção. Aliás, a majoração, em casos como este, ora sob análise, se justifica — sem exigência adicional — dado o acentuado desvalor da ação (violência real contra criança). É indiscutível que o estupro (ou o atentado violento ao pudor) praticado com violência real ou grave ameaça contra quem se encontra numa das hipóteses do art. 224 do Código Penal merece uma reprovação jurídico-penal mais acentuada do que aquele, **v.g.**, cometido contra pessoa adulta.

Tem-se no *Pretório excelso*:

"**Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Violência presumida: vítima menor de 14 anos. Acréscimo de metade da pena (art. 9° da Lei n. 8.072/1990). Inocorrência de **bis in idem**.

1. Paciente condenado à pena mínima de 7 anos e 6 meses de reclusão por atentado violento ao pudor (CP, art. 214) praticado contra menor com nove anos de idade (CP, art. 224, I: violência presumida) e sob o seu pátrio poder (CP, art. 226, II). Pena acrescida de metade, com base no art. 9° da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990): 'As penas fixadas no art. 6° para os crimes capitulados nos arts. 213 e ... 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único ... do Código Penal, são acrescidos de metade ... estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal'.

2. A particular situação da vítima, de não ser maior de 14 anos, é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9° da LCH).

3. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, sendo que os tipos penais exigem que tenha ocorrido violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9° da Lei dos Crimes Hediondos aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de 14 anos. Não-ocorrência de **bis in idem**. Precedentes.

3. **Habeas corpus** conhecido, mas indeferido." (HC n. 74.780-RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, *DJ* 06.02.1998).

"**Habeas corpus**. Alegações de cerceamento de defesa que não estão fundamentadas, e, além disso, a segunda demandaria análise aprofundada da prova, não sendo cabível o **habeas corpus**, por seu rito restrito. Inexistência, no caso, do alegado bis in idem, no tocante à idade da vítima do estupro. **Habeas corpus** indeferido." (HC n. 75.849-SP, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, *DJ* 08.05.1998).

No voto condutor do v. aresto *supra* tem-se:

"De outra parte, a alegação de que houve **bis in idem** por ter servido a idade da vítima como elementar do crime de estupro com violência presumida e também como causa de aumento de pena por aplicação do art. 9° da Lei n. 8.072/1990,

é afastada sem maiores considerações, porque o acórdão atacado salientou: 'houve violência real e grave ameaça, já que o peticionário dominou a vítima com força física, tapou sua boca com a mão mantendo-a, ainda, sob constante ameaça de faca'. Assim independentemente da idade da vítima, houve estupro com violência real e grave ameaça, não se podendo, portanto, sequer pretender-se que a idade dela tenha sido usada com dupla eficácia, para dar ensejo ao exame da ocorrência, ou não, de **bis in idem**".

E *nesta Corte*:

"Penal. **Habeas corpus**. Atentado violento ao pudor. Vítima menor de 14 anos. Violência real. Majorante do art. 9° da Lei n. 8.072/1990. Ausência de circunstância qualificadora. Irrelevância. Concurso entre violência real suficiente para implementar o tipo penal e circunstância constante do art. 224 do CP. Ordem denegada.

1. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados hediondos, ainda que na forma simples, conforme prescreve o art. 1.0, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/1990.

2. As hipóteses de crimes de estupro e atentado violento ao pu-dor mediante violência presumida não foram excepcionadas pela Lei n. 8.072/1990, restando aplicáveis as regras repressivas especiais também a esses casos.

3. Reconhecer a majoração constante do art. 9° da Lei n. 8.072/1990 nos casos de simples presunção de violência constituiria repudiável **bis in idem**, sendo que essa circunstância já integra o tipo penal nas hipóteses em que não há violência real.

4. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real, seja moral ou física, que por si só ensejaria a condenação pelos crimes sexuais em tela, aliada à verificação de qualquer das circunstâncias objetivas de presunção de violência, tem-se aplicável a causa de aumento de pena retro-referida, independentemente de restarem configuradas as qualificadoras constantes do art. 223 do Código Penal.

5. Efetivamente, nesses casos, não se trata de **bis in idem**, mas da efetiva aplicação da majorante às hipóteses em que concorrem violência real suficiente para a condenação pelos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor e qualquer das causas de presunção de violência.

6. Não se pode confundir os conceitos de violência real como forma autônoma para a implementação do tipo penal,

independentemente da presunção de violência, com a forma qualificada prevista no art. 223 do Código Penal.

7. O disposto no art. 9° da Lei dos Crimes Hediondos é expresso ao determinar a incidência da majorante em todos os casos de violência real, revelada tanto pelo **caput** dos arts. 213 e 214, quanto pelas formas qualificadas consubstanciadas pela lesão grave ou morte, desde que incida também alguma das hipóteses previstas no art. 224 do Código Penal.

8. Nos termos expostos, não há falar em **bis in idem**, mas no efetivo respeito ao princípio da proporcionalidade, pelo qual condutas diversas merecem reprimendas diversas, na medida da sua reprovabilidade ou hediondez.

9. Ordem denegada." (HC n. 38.824-RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 22.08.2005).

"**Habeas corpus**. Penal. Estupro e atentado violento ao pudor. Acréscimo de pena do art. 9° da Lei n. 8.072/1990. Violência real e grave ameaça. **Bis in idem**. Inocorrência.

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor (forma básica), se praticados com efetiva violência real ou grave ameaça, farão incidir a majorante do art. 9° da Lei dos Crimes Hediondos, quando a vítima se encontrar nas hipóteses do art. 224 do Código Penal.

Ordem denegada." (HC n. 32.836-SP, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 27.09.2004).

"Penal. Recurso especial. Atentado violento ao pudor. Forma básica. Majoração do art. 9° da Lei n. 8.072/1990. Violência real ou grave ameaça.

Em se tratando de crime praticado com efetiva violência real ou grave ameaça, o atentado violento ao pudor, em sua forma básica, além de ser considerado hediondo, faz incidir o aumento do art. 9° da Lei n. 8.072/1990, quando a vítima se encontra nas hipóteses do art. 224 do Código Penal (precedentes).

Recurso provido." (REsp n. 314.143-RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 11.03.2002).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para, fazendo incidir a majorante do art. 9° da Lei n. 8.072/1990, restabelecer a condenação em seus próprios termos.

É como voto.

## RECURSO ESPECIAL N. 766.673 – RS (2005/0113973-0)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Recorridos: Wagner Ruffoni Padilha (preso) e Wagner Fonseca de Lima (preso)
Advogados: Helena Maria Pires Grillo - Defensora Pública, e outro

### EMENTA

Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2°, incisos I e II, do Código Penal. Aplicação da majorante do emprego de arma de fogo. Arma não apreendida. Pena aquém do mínimo. Atenuantes.

I - Na dicção da douta maioria, não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo ou a realização da respectiva perícia para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2°, inciso I, do Código Penal, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante (*precedentes*).

II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (*precedentes do Pretória excelso e do STJ/Súmula n. 231-STJ*).

Recurso provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2005 (data do julgamento).
Ministro Felix Fischer, Relator

---

DJ 13.03.2006

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da **Lex Fundamentalis**, pelo *Parquet*, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual argumenta, a par de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 157,§ 2°, inciso I, do Código Penal.

Depreende-se dos autos que os recorridos restaram condenados como in-cursos nas sanções do art. 157, § 2°, incisos I e II, do Código Penal, sendo que Wagner Ruffoni Padilha foi apenado em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, ao passo que Wagner Fonseca de Lima mereceu a reprimenda de 6 (seis) anos de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, ambos no regime semi-aberto.

Irresignada, apelou a defesa. A colenda Quinta Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu parcial provimento ao recurso para, mantida a condenação, excluir a majorante do emprego de arma de fogo e reduzir a pena de Wagner Ruffoni Padilha para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e a de Wagner Fonseca de Lima para 4 (quatro) anos de reclusão.

Tem-se no corpo do voto condutor do v. acórdão increpado:

> "O juízo de reprovação emergente do ato singular vai mantido. O recurso defensivo, todavia, vinga no momento da dose da pena-vênia.
>
> A condenação está autorizada pela prova: a) os apelantes confessaram em juízo a autoria do crime, em concurso, inclusive com divisão de tarefa — Padilha rendeu o segurança e Lima desapossou a vítima; e, b) as vítimas reconheceram os apelantes, também em juízo, como autores do crime.
>
> Então, o resultado esperado era único: condenatório!
>
> A defesa levanta preliminares de nulidade dos reconhecimentos policial e judicial. Sem razão.
>
> Um — inexiste nulidade em inquérito porquanto sua utilidade, no momento judicante, é igual a zero, ou seja, serve apenas de instrumento para oferecimento da denúncia;
>
> Dois — em juízo é desnecessária a formalidade do art. 226 do Código de Processo Penal, porque o reconhecimento é celebrado com todas as garantias do devido processo legal.
>
> No entanto, entendo deva ser excluída a majorante do uso de arma: a) os apelantes dizem que aquela utilizada era de brinquedo e apreensão não houve: b) entendo necessária realização de perícia em arma para apuração do potencial ofensivo:

'1. Roubo. Majorante do emprego de arma. Perícia. Necessidade. 2. Prova. Palavra da vítima. 3. Receptação. Transporte e aquisição. Vínculo.

1. A revogação da Súmula n. 174 do egrégio STJ, com sua implicação no reconhecimento da exasperante e, agora, recente decisão do STF, no RHC n. 81.057-SP, julgado em 25.05.2004, que decidiu pela atipicidade do delito de porte de arma (art. 10, Lei n. 9.437/1997), à vista dos princípios da disponibilidade e da ofensividade, já que a arma de fogo seria inidônea para a produção de disparo, repercute na majorante do roubo, mormente quando não foi apreendida e periciada a arma empregada, que, se não a desqualifica como ameaça nem retira o seu potencial de intimidação para realização do tipo, sua incerteza sobre sua eficácia lesiva não é plataforma para a majorante do art. 157, 2°, I, do Código Penal. [...]'. (Apelação-Crime n. 70008203820, Relator Desembargador Aramis Nassif, Quinta Câmara Criminal, TJRS, j. em 03.07.2004).

No mesmo sentido:

"Roubo majorado. Materialidade e autoria comprovadas. Afastamento da causa especial do aumento do emprego de arma. Perícia não realizada. Incerteza quanto à potencialidade lesiva. Grave ameaça, no entanto, mesmo assim, configurada. Incidência da majorante do concurso de agentes. Agravante da reincidência desconsiderada. Pena redimensionada. Apelação parcialmente provida' (Apelação-Crime n. 70008529109, Relator Desembargador Marco Antônio Bandeira Scapini, Sexta Câmara Criminal, TJRS, j. em 13.05.2004)

Penas alteradas.

As bases ficam no mínimo: antecedentes configuram **bis in idem** e personalidade e conduta social não podem vir contra o cidadão por agredir o princípio da inviolabilidade da intimidade.

Atenuantes podem deixar a pena aquém do mínimo — (precedentes: Acórdãos n. 70000592683 e n. 70000767269, Quinta Câmara Criminal, TJRS, e Acórdão n. 296021173, Quarta Câmara Criminal do Extinto Tribunal de Alçada-RS — Julgados n. 100/143). Em favor do apelante Lima há duas (confissão e menoridade diminuição de um ano; em prol do apelante Padilha há apenas a da confissão: redução de seis meses).

Aumento pelo concurso é de um terço.

Final: Lima, 4 anos de reclusão, e Padilha 4 anos e 8 meses de reclusão, mantidos regime carcerário e pecuniária — muita não pode ser excluída porque pena o é!

Diante do exposto, repelida preliminar, dá-se parcial provimento ao apelo para, ao se excluir a majorante do uso de arma, fixar a condenação do apelante Wagner Fonseca de Lima em 4 anos de reclusão, e do apelante Wagner Ruffoni Padilha em 4 anos e 8 meses de reclusão, mantidos demais comandos sentenciais" (fls. 191/193).

Daí o presente recurso especial em que o *Parquet* argumenta, a par de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 157, § 2°, inciso I, do Código Penal, sustentando: *a)* que a causa de aumento do emprego de arma de fogo, no crime de roubo, deve ser aplicada ainda que não tenha sido apreendida e periciada a arma, se outras provas nos autos apontam para a sua utilização; e *b)* que a pena não poderia ter sido fixada abaixo do mínimo legal em razão da incidência de atenuantes, **in casu**, a confissão espontânea dos réus e ser o recorrido Wagner Ruffoni Padilha menor de 21 anos na data do fato.

Contra-razões às fls. 224/24l.

Admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte (fls. 243/244).

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 250/255, se manifestou pelo provimento do apelo excepcional em parecer assim ementado:

"Recurso especial. Penal. Roubo majorado. Emprego de arma. Perícia.

Desnecessidade. Impossibilidade. Súmula n. 231 do STJ. Pelo provimento.

Para a caracterização da causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2°, I, do CP é dispensável a apreensão da arma de fogo, bem como a realização de perícia para a comprovação da sua potencialidade lesiva. Precedentes.

As atenuantes não podem conduzir a pena-base aquém do mínimo legal previsto para o crime. Incidência da Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Parecer pelo provimento do recurso" (fl. 250).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Sustenta o recorrente, em síntese: *a)* que a causa de aumento do emprego de arma de fogo, no crime de roubo, deve

ser aplicada ainda que não tenha sido apreendida e periciada a arma, se outras provas nos autos apontam para a sua utilização; e *b)* que a pena não poderia ter sido fixada abaixo do mínimo legal em razão da incidência de atenuante, **in casu**, a confissão espontânea dos réus e ser o recorrido Wagner Ruffoni Padilha menor de 21 anos na data do fato.

No que respeita ao *primeiro tópico*, a pretensão recursal merece ser acolhida.

Depreende-se dos autos que, não obstante a arma de fogo não tenha sido apreendida, as demais provas colhidas no feito foram suficientes para o reco-nhecimento da majorante. Confira-se, oportunamente, o seguinte trecho da r. sentença condenatória:

> "A materialidade resultou demonstrada através da prova oral, faltando, pois, perquirir a autoria e a conseqüente culpabilidade.
>
> Wagner Fonseca de Lima e Wagner Ruffoni Padilha, quando interrogados, admitindo a autoria, alegaram terem realizado o assalto se valendo de uma arma de brinquedo, entretanto, considerando a aparência, parecia verdadeira e hábil a intimidar, acrescentando que idealizaram a subtração ao verem o dinheiro no caixa retirando o que lá havia.
>
> Rita de Cássia Fraga Matos, ao tempo do fato fiscal de caixa, ao sair da sala onde o dinheiro era depositado se deparou com Wagner Fonseca Lima, e no momento em que, acreditando se dirigisse ao banheiro, explicou onde se localizava, levantando a camisa mostrou que trazia uma arma de fogo junto ao corpo, fazendo com que ela retomasse.
>
> Ao ver a arma se sentiu intimidada e, sem refletir, chamou André Luciano, seu colega, oportunizando ao assaltante que subtraísse o dinheiro que guardavam no interior das pochetes, sofrendo o Supermercado Nacional prejuízo em tomo de R$ 3.000,00 (três mil reais).
>
> Após ter-se apossado do dinheiro fechou a porta da sala e se retirou, tomando ciência, posteriormente, que a ação foi praticada por dois indivíduos, sendo que o outro, também fazendo uso de um revólver, intimidando o segurança, inviabilizou qualquer reação.
>
> Elizete da Silva Vasconcelos, caixa do estabelecimento comercial ofendido, teve sua atenção voltada para Wagner Ruffoni Padilha quando o viu junto ao segurança, parecendo que o estava empurrando, encaminhando-o em direção à sala do cofre.
>
> Ao retomar e ao passar pelo caixa onde atendia mostrou a coronha de um revólver que carregava junto à cintura,

aproximando-se e subtraindo o dinheiro que lá se encontrava, bem como do caixa ao lado, afastando-se em seguida" (fls. 149/150).

Com efeito, a apreensão da arma objeto do crime e a realização da respectiva perícia não se afiguram imprescindíveis para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2°, inciso I, do CP, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante. Nesse sentido, aliás, é a orientação jurisprudencial desta Corte Superior. Confira-se:

> "Recurso especial. Penal. Roubo circunstanciado. Arma de fogo. Apreensão. Prescindibilidade. Reincidência. Afastamento. Impossibilidade.
>
> Não é imprescindível a apreensão da arma de fogo, mesmo como exame pericial, para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2°, I, do CP se as provas levantadas nos autos efetivamente atestam a ocorrência da majorante.
>
> Não deve ser mantida a decisão que afasta a aplicação da agravante de reincidência, por entender que o aludido instituto perdeu a sua função teleológica, de acordo com o art. 61, I, do Código Penal.
>
> Recurso provido." (REsp n. 744.761-RS, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 12.09.2005).
>
> "Processual Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2°, incisos I, II e V, e art. 158, § 1°, do CP. Arma não apreendida. Aplicação da majorante do emprego de arma.
>
> Conforme o entendimento firmado nesta Corte, é aplicável a majorante prevista no art. 157, § 2°, inciso I, do CP, ainda que a arma de fogo não tenha sido apreendida, se o v. acórdão guerreado aponta outros elementos probatórios que confirmam a sua efetiva utilização no crime (precedentes).
>
> Recurso desprovido." (REsp n. 604.472-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 05.09.2005).
>
> "Criminal. REsp. Roubo qualificado. Uso de arma de fogo. Qualificadora excluída em 2° grau. Ausência de perícia. Desnecessidade. Existência de outros elementos para caracterizar o emprego da arma. Persistência da majorante. Dissídio jurisprudencial. Atenuante da menoridade. Fixação da pena-base abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Pena de multa. Isenção. Impossibilidade. Violação ao princípio da legalidade. Recurso provido.
>
> I - A ausência do laudo pericial não afasta a majorante

prevista no inciso I do § 2° do art. 157 do CP se existem outros elementos nos autos a comprovar a efetiva utilização da arma de fogo pelos agentes.

II - Não se admite a redução da pena-base abaixo do mínimo legal, ainda que a título provisório, em razão da incidência de atenuante relativa à menoridade do agente. Precedentes.

III - Incidência da Súmula n. 231-STJ.

IV - A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade.

V - Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída.

VI - Recurso provido.

VII - Remessa dos autos ao Tribunal **a quo** para redimensionamento das penas." (REsp n. 740.029-RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 29.08.2005).

"**Habeas corpus**. Direito Penal. Roubo. Regime prisional inicial. Critérios informadores. §§ 2° e 3° do art. 33 do Código Penal. Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Apreensão. Prescindibilidade.

São critérios informadores da fixação do regime prisional inicial a quantidade da pena, a existência de reincidência (CP art. 33, § 3°).

É inadmissível a fixação do regime prisional inicial com fundamento tão-somente na gravidade do delito, desprezando-se os critérios dos §§ 2° e 3° do art. 33 do Código Penal.

No crime de roubo, aplicada pena superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos, havendo primariedade e em sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o que se consubstancia na fixação da pena-base no mínimo legal, é imperiosa a fixação do regime prisional inicial semi-aberto, sob pena de violação aos §§ 2° e 3° do art. 33 do Estatuto Criminal.

A jurisprudência desta Corte é sólida quanto à prescindibilidade da apreensão da arma para a caraterização da causa de aumento de pena no crime de roubo (art. 157, § 2°, I, Código Penal), caso tenha sido comprovada a sua utilização por outros meios probatórios.

*Writ* parcialmente concedido, para fixar o regime inicial semi-aberto de cumprimento da pena." (HC n. 30.000-SP, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ 16.02.2004).

"Recurso especial. Penal. Roubo em concurso de pessoas e com o emprego de arma de fogo. Apreensão. Desnecessidade.

1. Não demonstrado nas instâncias ordinárias não ter havido concurso de pessoas na prática delituosa, não se há de pretender fazê-lo em sede de recurso especial, mesmo porque, como cediço, não se admite, já agora, ter-se por verdadeiro fato até então não evidenciado.

2. É dispensável a apreensão da arma de fogo para a incidência do disposto no art. 157, § 2°, inciso I, do Código Penal, se elementos outros existem nos autos, tais como a confissão do réu em sede policial e o depoimento de testemunhas, a comprovar a efetiva utilização do instrumento.

3. A apreensão da arma do crime é matéria que se insula no universo fático-probatório, cabendo à parte que alega o ônus da prova da falta de sua potencialidade ofensiva.

4. Recurso não conhecido." (REsp n. 265.026-PB, Sexta Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 1°.07.2002).

Quanto ao *segundo tópico*, mais uma vez, a irresignação merece ser acolhida.

A *individualização da pena*, evidentemente, não existe para deleite do magistrado. Ela é uma *obrigação funcional*, a ser exerci da com critério jurídico pelo juiz *e*, simultaneamente, uma *garantia* do réu (**v.g.**, art. 5°, inciso XLVI, da Carta Magna, e arts. 381 e 387 do CPP) e *da sociedade* (**v.g.**, arts. 381 e 387 do CPP). Está, outrossim, vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5°, inciso XXXIX, da **Lex Maxima**). A nossa legislação fornece o *critério* mencionado na **Lex Fundamentalis** ("a lei regulará a individualização ... ") que deve ser respeitado e aplicado coma indispensável fundamentação *concreta* (cf. princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, **ex vi** do art. 93, inciso IX, 2ª parte, da Lei Maior, e arts. 157, 381, 387 e 617 do CPP). Ninguém, em nenhum grau de jurisdição, pode, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal. O argumento crítico, de carga exclusivamente subjetiva, pessoal, ou, então, o pretenso exercício de "dikeologia" só acarretam, no fundo, neste tópico, imprevisibilidade, incerteza e injustiça.

Em assim sendo, desde a elaboração do Código Penal de 1940, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei n. 7.209/1984, nunca predominou — nem sequer mereceu destaque — o entendimento de que as *agravantes* e *atenuantes* (*ao contrário das majorantes e minorantes*) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isto, quer seja no sistema bifásico (de **Roberto Lyra**), quer seja no trifásico (de **Nelson Hungria**), agora imposto legalmente (v.g., as ensinanças de **Hungria**, **A. Bruno** e **M. Noronha**, por demais conhecidas).

Como se vê, repetindo, dos *arts. 59, 67 e 68* do Código Penal, a Lei n. 7.209/1984 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado, sob pena de se tornarem, os referidos dispositivos, mero ornato do Código Penal. Trata-se de uma regulamentação genérica que não fere qualquer princípio ou norma superior e, portanto, inadmite o **circumvenire legem**. Pela sistemática enfocada, a fixação da pena definitiva pode desdobrar-se em três etapas cuja seqüência está evidenciada. A *pena-base* (e não ponto de partida) é obtida com as *circunstâncias judiciais* (*art. 59 do CP*). A seguir, em segunda operação, devem incidir as *agravantes* e as *atenuantes* (**ex vi** dos arts. 61 a 67 do CP), surgindo, daí, a *pena provisória*. Esta só se torna *definitiva* ou *final* se não houver a aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (*majorantes* ou *minorantes*, **ex vi** do art. 68 do CP). Como se vê, **primo ictu oculi**, até *"à vol d'oiseau"*, o critério é claro, a sua seqüência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos, mas até por uma questão de lógica. Se assim não fosse, inexistindo os parâmetros apontados, teríamos um sistema de ampla indeterminação que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados. Mas o CP, é de se grifar, em seu art. *59, II*, diz: "dos limites previstos". E, no *art. 67*, assevera: "do limite indicado". É, destaco, o *sistema da indeterminação relativa* (**v.g.: Jair Leonardo Lopes, in** "Curso de Direito Penal", PG, 2ª ed., RT, pp. 231 e ss.; **Damásio E. de Jesus, in** "Direito Penal", vol. 1, PG, p. 579, 20ª ed., Saraiva; **Heleno C. Fragoso, in** "Lições de Direito Penal", PG, Forense, 1995, 15ª ed., p. 339; **Álvaro Mayrink da Costa, in** "Direito Penal", PG, vol. I, Tomo II, p. 539, Ed. Forense, 1991; **L. Régis Prado & Cezar Roberto Bitencurt, in** "Código Penal Anotado", RT, 1997, pp. 327 e 334; **Juarez Cirino dos Santos, in** "Direito Penal. A nova Parte Geral", p. 250, Ed. Forense, 1985; **Maurício Kuehne, in** "Teoria e Prática da Aplicação da Pena", Juruá, p. 99, 1995 e **Fernando Galvão, in** "Aplicação da Pena", p. 124, Ed. Del Rey, 1995).

A **quaestio** não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. *Primeiro*, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do CP, mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um má-ximo de pena privativa de liberdade para cada delito? *Segundo*, admitindo-se, **ad argumentandum**, a redução almejada no recurso especial, qual seria o *limite*? A pena "zero"? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível concepção *unilateral* na relação culpabilidade/pena (v., comparativamente, **Nilo Batista, in** "Introdução Crítica ao Direito Penal", e **H. H Jescheck, in** "Tratado de Derecho", 4ª ed., Granada, 1993, pp. 384/386, apresentando a polêmica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo **Roxin, Jakobs, A. Kaufmann** e **Achenbach**). *Terceiro*, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, **data venia**, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de "competição" entre réus

ou delinqüentes. Caso contrário, na *participação de somenos* (art. 29, § 1º, do CP), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, "premiando" o co-réu que tivesse *menor participação* (o texto, todavia, só diz com a *participação ínfima*, cf. ensinanças de **René A. Dotti, in** "Reforma Penal Brasileira", Ed. Forense, 1988, pp. 98/99, e de **Jair Leonardo Lopes, op. cit.**, p. 183). *Por último*, a expressão "*sempre atenuam*" não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, *desde que a pena-base não esteja no mínimo*, diga-se, *até aí, reprovação mínima do tipo*. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as *agravantes* ("que sempre agravam a pena") pudessem levar a pena acima do *limite máximo* (o outro lado da *ampla indeterminação*). E isso, como preleciona **A. Silva Franco**, é incompatível com o *princípio da legalidade formal*:

> "O entendimento de que o legislador de 1984 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que apenas, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos 'segundos códigos' do magistrado, Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstância acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estes, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se linha divisória inaceitável entre as circuns-tâncias legais, sem limites punitivos, e as causas de aumento e ele diminuição, com limites determinados, emprestando-se àquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas." (**A. Silva Franco in** "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", 6ª ed., *1997*, RT, p. 1072).

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

> "Penal. Recurso especial. Roubo majorado. Consumação. Atenuante. Fixação da pena. Súmula n. 231-STJ.
>
> As atenuantes não podem conduzir a pena-base aquém do mínimo legal previsto para o crime.

Para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a **res furtiva** saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade ou a violência (precedente do colendo Supremo Tribunal Federal — RTJ 135/161-192, Sessão Plenária).

Incidência da Súmula n. 231 do STJ.

Recurso conhecido e provido." (REsp n. 744.120-RS, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 05.09.2005).

"Criminal. REsp. Furto tentado. Consideração de processos em andamento como maus antecedentes. Impossibilidade. Atenuantes da menoridade e da confissão espontânea. Fixação da pena abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Súmula n. 231-STJ. Pena de multa. Isenção. Violação ao princípio da legalidade. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I - O envolvimento em inquéritos diversos e em vários processos ainda em curso não se presta como indicativo de maus antecedentes, no momento da fixação da pena. Precedentes.

II - Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo incidência de atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea. Incidência da Súmula n. 231-STJ.

III - A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade.

IV - Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída.

V - Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do Relator.

VI - Remessa dos autos ao Tribunal **a quo** para redimensionamento da pena" (REsp n. 722.751-RS, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 29.08.2005).

"Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2°, I, II e V, e art. 61, I, do Código Penal. Agravante. Reincidência. Pena aquém do mínimo. Atenuantes. Processos em curso. Maus antecedentes.

I - Em respeito ao princípio da presunção da inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes, para exacerbação da pena-base. (Precedentes do Pretório excelso e do STJ).

II - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada. (precedentes).

III - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (precedentes do Pretório excelso e do STJ/Súmula n. 231-STJ).

Recurso parcialmente provido" (REsp n. 730.109-RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ 1°.08.2005).

"Recurso especial. Penal. Roubo. Momento consumativo. Prescindibilidade da posse tranqüila da **res**. Pena-base abaixo do mínimo legal. Impossibilidade. Enunciado n. 231 da Súmula desta Corte. Recurso provido.

1. O Direito Penal brasileiro, ao perfilhar a expressão 'subtrair' adotou a teoria da **apprehensio** ou **amotio**, em que o delito de roubo se consuma quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independente de a **res** permanecer sobre a posse tranqüila do agente.

2. A incidência da atenuantes da menoridade não pode conduzir a pena-base aquém do mínimo legal. Enunciado n. 231 da Súmula desta Corte.

3. Recurso especial provido para reconhecer a forma consumada e fixar a pena em seu patamar mínimo legal" (REsp n. 735.440-RS, Sexta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 27.06.2005).

Ademais, a **quaestio** está sumulada: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula n. 231--STJ).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para o fim de reconhecer a incidência da majorante do emprego de arma de fogo e afastar a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal em razão da incidência das atenuantes.

É o voto.

# INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA N. 1-PA (2005/0029378-4)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Suscitante: Procurador-Geral da República

Suscitada: Justiça Estadual do Pará

Réus: Rayfran das Neves Sales, Clodoaldo Carlos Batista, Amair Feijoli da Cunha e Vitalmiro Moura Bastos

## EMENTA

Constitucional. Penal e Processual Penal. Homicídio doloso qualificado. (Vítima irmã Dorothy Stang). Crime praticado com grave violação aos direitos humanos. Incidente de deslocamento de competência — IDC. Inépcia da peça inaugural. Norma constitucional de eficácia contida.

Preliminares rejeitadas. Violação ao princípio do juiz natural e à autonomia da unidade da Federação. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Risco de descumprimento de tratado internacional firmado pelo Brasil sobre a matéria não configurado na hipótese. Indeferimento do pedido.

1. Todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida, previsto no art. 4°, n. 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário por força do Decreto n. 678, de 06.11.1992, razão por que não há falar em inépcia da peça inaugural.

2. Dada a amplitude e a magnitude da expressão "direitos humanos", é verossímil que o constituinte derivado tenha optado por não definir o rol dos crimes que passariam para a competência da Justiça Federal, sob pena de restringir os casos de incidência do dispositivo (CF, art. 109, § 5°), afastando-o de sua finalidade precípua, que é assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria, examinando-se cada situação de fato, suas circunstâncias e peculiaridades detidamente, motivo pelo qual não há falar em norma de eficácia limitada. Ademais, não é próprio de texto constitucional tais definições.

3. Aparente incompatibilidade do IDC, criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor deve ser resolvida aplicando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. Na espécie, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração dos fatos que resultaram na morte da missionária norte-americana Dorothy Stang, com o objetivo de punir os responsáveis, refletindo a intenção de o Estado do Pará dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da competência originária para a Justiça Federal, de forma subsidiária, sob pena, inclusive, de dificultar o andamento do processo criminal e atrasar o seu desfecho, utilizando-se o instrumento criado pela aludida norma em desfavor de seu fim, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos.

5. O deslocamento de competência — *em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos* é pressuposto de admissibilidade do pedido — deve atender ao princípio da *proporcionalidade* (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), *compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações* decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da *inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-Membro,* por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, *não há a cumulatividade de tais requisitos,* a justificar que se acolha o incidente.

6. Pedido indeferido, sem prejuízo do disposto no art. 1°, inciso III, da Lei n. 10.446, de 08.05.2002.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o incidente de deslocamento de competência, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, José Arnaldo da Fonseca, Gilson Dipp, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Sustentaram oralmente o Dr. Cláudio Lemos Fontelles (suscitante) e o Dr. Aloísio Campos, pelo Estado do Pará.

Brasília (DF), 08 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

---

DJ 10.10.2005

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de incidente de deslocamento de competência — IDC, suscitado pelo ilustre Procurador-Geral da República Dr. Cláudio Lemos Fonteles, em 04.03.2005 (fl. 2), com base no § 5° do art. 109 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, publicada no dia 31.12.2004, para que a investigação, o processamento e o julgamento dos mandantes, intermediários e executores do assassinato da irmã Dorothy Stang, ocorrido em Anapu-PA, Município situado a 68 km da sede da Comarca de Pacajá-PA, sejam deslocados para o âmbito da Polícia e da Justiça Federal naquele Estado.

Em suas razões, alega o suscitante que se encontram presentes, na hipótese, os dois requisitos que autorizam o deslocamento pretendido, que são: a) a grave violação de direitos humanos, tendo em vista que o trabalho da vítima destacava-se internacionalmente pela defesa intransigente dos direitos dos colonos envolvidos em conflitos com grileiros de terras naquela localidade, e b) a necessidade de garantir que o Brasil cumpra com as obrigações decorrentes de pactos internacionais firmados sobre direitos humanos, apontando, para tanto, evidências referentes ao quadro de omissões das autoridades estaduais constituídas, diversas vezes alertadas da prática das mais variadas atrocidades e violências envolvendo disputa pela posse e propriedade de terras no Município de Anapu-PA.

As informações requisitadas — na mesma data do pedido (fl. 255) — foram prestadas pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Desembargador Milton Augusto de Brito Nobre, no dia 22.03.2005, que se insurgiu contra a pretensão (fls. 339/371), trazendo aos autos farta documentação para demonstrar o empenho do Governo Estadual no combate à criminalidade e violência resultantes de conflitos agrários (fls. 372/505).

Por sua vez, a Procuradoria Geral de Justiça da referida unidade da Federação, por seu titular, Dr. Francisco Barbosa de Oliveira, espontaneamente, também ofereceu informações — trazendo cópia de vários documentos — acerca do andamento das investigações e do processo criminal, já instaurado, que à época (21.03.2005) se encontrava na fase de tomada dos depoimentos das testemunhas de acusação (fls. 259/267).

Considerando o posterior recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Público estadual em desfavor dos então indiciados, noticiado pelas referi-

das informações, determinei a intimação dos réus para manifestação sobre o presente pedido do deslocamento de competência, em observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (fl. 507).

O Sr. David Joseph Stang, irmão da vítima, na qualidade de assistente do Ministério Público estadual, manifestou-se pelo deferimento do pedido de deslocamento da competência. Sustentou, em síntese, a necessidade da federalização, em virtude da ineficácia das instituições locais no que tange à "... prevenção das violações de direitos humanos; a parcialidade das investigações, e a não-aplicação das punições quando há responsabilização" (fl. 530).

Consigne-se, ainda, que *inúmeras* manifestações de pessoas, inclusive estrangeiras, e entidades dedicadas a tais direitos chegaram a nosso conhecimento, demonstrando a justa indignação com o ocorrido.

Expedida e cumprida a competente carta de ordem (fl. 510), embora regularmente intimados, não se manifestaram os acusados. (fls. 608/613).

O Ministério Público Federal, por seu chefe, ilustre Dr. Cláudio Fonteles, emitiu o bem-fundamentado parecer, às fls. 615/621, pela procedência do pleito.

É o relatório

## VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): 1. A Constituição de 1988 preocupou-se, como não poderia deixar de ser, com os direitos básicos do homem (Título II - arts. 5° a 17), tanto que, de início, ao tratar dos princípios fundamentais, o constituinte originário deixou consignado que, **verbis**: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito" (Título I — art. 1°), tendo entre os seus 5 (cinco) principais fundamentos "a dignidade da pessoa humana" (art. 1°, inciso III).

1.1. Não há dúvida quanto à importância dada pelo constituinte à questão dos direitos humanos ao prescrever, como cláusula pétrea, que: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4°, inciso IV).

1.2. Não fora isso, o constituinte incluiu a prevalência de tais direitos dentre os princípios que devem reger as relações internacionais da República Federativa do Brasil (art. 4°, inciso II). Esta foi, certamente, forte razão que levou o saudoso Dr. Ulysses Guimarães, então Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, a batizar nossa Carta de "Constituição Cidadã".

2. Nessa linha, a EC n. 45/2004 — aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional, publicada no dia 31.12.2004, decorrente da PEC n. 96-A, de 1992, à qual foram apensadas as PECs ns. 112-A/1995, 127ª/1995, 215-A/1995, 368-A/1996 e 500-A/1997, todas tratando da reforma do Poder Judiciário — inseriu no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de deslocamento da competência originária para a investigação, processamento e julgamento dos crimes pratica-

dos com grave violação de direitos humanos, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, da esfera estadual para a federal, acrescentando ao art. 109 da Constituição o inciso V-A e o § 5°, com a seguinte redação, **verbis**:

> "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
>
> (...)
>
> V-A - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5° deste artigo;
>
> (...)
>
> § 5° Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal."

3. A criação desse instituto decorreu, dentre outros motivos, da percepção de que, em vários casos, os mecanismos até então disponíveis para a apuração e punição desses delitos demonstraram-se insuficientes e, até mesmo, ineficientes, expondo de forma negativa a imagem do Brasil no exterior que, freqüentemente, por meio de diversos organismos internacionais, além da mídia, tem sofrido severas críticas quanto à negligência na apuração desse tipo de crime, que resulta quase sempre em impunidade, não obstante os diversos compromissos por ele firmados, com relação à proteção desses direitos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que podem colocar o Estado brasileiro como sujeito passivo nos casos impunes a elas comunicados.

4. Por outro lado, não há negar a grande dificuldade do Governo Federal, no que tange às reiteradas omissões na apuração e punição dos crimes praticados internamente com grave violação aos direitos humanos, uma vez que a competência originária para a investigação, processamento e julgamento encontra-se no âmbito dos Estados, que, muitas vezes, por questões histórico-culturais e socioeconômicas, mostram-se insensíveis às violações desses direitos, os quais o Brasil comprometeu-se, inclusive no plano internacional, a respeitar e proteger e é, de resto, dever elementar, essencial, do Estado, como um todo, coibir e punir severamente os seus infratores, sem maltrato, jamais, à legalidade estrita.

4.1. Essas conclusões decorrem da edição da Medida Provisória n. 27, de 4.02.2002, convertida na Lei n. 10.446, de 08.05.2002, que, sem retirar a responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da CF, em espe-

cial das Polícias Militares e Civis dos Estados, em grande e essencial avanço, autorizou a Polícia Federal a proceder à investigação acerca de infrações penais relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte" (art. 1°, inciso III), bem como da Exposição de Motivos n. 231/A-MJ, de 13.05.1996, oriunda do Ministério da Justiça, que, para justificar a referida possibilidade de deslocamento da competência para o processamento e julgamento dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos, objeto da PEC n. 386-A/1996, apresentada pelo Poder Executivo, consignou expressamente que, **verbis**:

> "A questão dos direitos humanos, a partir do segundo conflito mundial, vem obtendo crescente atenção dos governos, espelhando a preocupação das suas populações com a preservação desses direitos.
>
> No Brasil, a Constituinte de 1988 procurou resguardar os direitos humanos através do disposto no art. 5° da Constituição, além de dedicar especial atenção às crianças, ao idoso e aos índios (arts. 226 a 232).
>
> Entretanto, a despeito do cuidado da Constituição em assegurar os direitos humanos, a realidade é que a violação desses direitos em nosso país tornou-se prática comum, criando um clima de revolta e de insegurança na população, além de provocar indignação internacional.
>
> É que o Estado brasileiro, ao cuidar de bem definir os ordenamentos que asseguram tais direitos, descurou em relação a instrumentos capazes de assegurar o seu pleno exercício.
>
> De fato, nenhuma mudança substancial foi estabelecida na competência e na organização das Polícias pela Constituição de 1988, mantendo-se às Polícias Civis a atribuição de polícia judiciária estadual.
>
> A par disso, as Polícias Militares também foram mantidas com a atribuição do policiamento ostensivo e de preservação da ordem pública nos Estados.
>
> De outra parte, na Constituição, à Polícia Federal reservou-se tão-somente a apuração das infrações penais relacionadas no seu art. 144, § 1°, nelas não incluídas as matérias relativas à preservação dos direitos humanos.
>
> Com isso, constitucionalmente, as lesões aos direitos humanos ficaram sob a égide do aparelhamento policial e judicial dos Estados Federados que, em face de razões históricas, culturais, econômicas e sociais, têm marcado sua atuação significativamente distanciada dessa temática.

Esse distanciamento apresenta-se ainda mais concreto e evidente nas áreas periféricas das cidades e do campo, em que fatores econômicos e sociais preponderam indevidamente na ação do aparelhamento estatal. Essa fragilidade institucional criou clima propício para cada vez mais freqüentes violações dos direitos humanos em nosso país, que ficam imunes à atuação fiscalizadora e repressora do Estado.

Esse quadro de impunidade que ora impera está a exigir medidas destinadas a revertê-lo, sob pena de os conflitos sociais se agravarem de tal forma que venham a fugir ao controle do próprio Estado.

Por estas razões e visando à realização, em concreto, dos direitos humanos em nosso país, julgamos necessário incluir na competência da Justiça Federal os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos, bem assim as causas civis ou criminais nas quais o mesmo órgão ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse. A fórmula consiste na inserção de dois novos incisos no art. 109 da Constituição.

Sem dúvida, a Justiça Federal e o Ministério Público da União, no âmbito das suas atribuições constitucionais, vêm se destacando no cenário nacional como exemplos de isenção e de dedicação no cumprimento dos seus deveres institucionais.

Por outro lado, cumpre destacar que a própria natureza dessas duas instituições, com atuação de abrangência nacional, as tornam mais imunes aos fatores locais de ordem política, social e econômica, que, até agora, têm afetado um eficaz resguardo dos direitos humanos."

4.2. Embora a proposta do Executivo não tenha encontrado amparo na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, da Câmara dos Deputados, como originalmente formulada, que acrescentava dois incisos (XII e XIII) ao art. 109 da CF — por meio dos quais pretendia-se atribuir à Justiça Federal o julgamento dos crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos e das causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o Procurador-Geral da República manifestassem interesse —, certo é que parte da pretensão vingou e, a partir da publicação da referida EC n. 45/2004, inseriu-se no nosso ordenamento jurídico tal inovação.

4.3. É imprescindível, todavia, verificar o real significado da expressão "grave violação de direitos humanos", tendo em vista que todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e

mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida. Esta é uma das dificuldades.

4.4. Destarte, não é razoável admitir — sob pena, inclusive, de esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal — que todos os processos judiciais que impliquem grave violação a um desses direitos possam ensejar o deslocamento da competência para o processamento e julgamento do feito para o Judiciário Federal, banalizando esse novo instituto, que foi criado com a finalidade de disponibilizar instrumento capaz de conferir eficiente resposta estatal às violações aos direitos humanos, evitando que o Brasil venha a ser responsabilizado por não cumprir os tratados internacionais, por ele firmados, que versem sobre esses direitos internacionalmente protegidos.

4.5. Nesse ponto, muito se discutiu acerca da necessidade de norma legal definindo expressamente quais seriam os crimes praticados com grave violação aos direitos humanos, inclusive com sugestão apresentada por comissão formada por Procuradores de Estados da Federação e da República, segundo nos informa a ilustre Procuradora do Estado de São Paulo, Dra. Flávia Piovesan, em seu estudo "Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição Supranacional: A exigência da Federalização" (**in** "Boletim dos Procuradores da República" n. 16, Agosto/1999). As conclusões foram no sentido de que seria da Justiça Federal a competência para processar e julgar os crimes de tortura; os homicídios dolosos qualificados praticados por agente funcional de quaisquer dos entes federados; os cometidos contra as comunidades indígenas ou seus integrantes; os homicídios dolosos quando motivados por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política ou idade ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva, e os crimes de uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de criança e adolescente em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais.

4.6. Entretanto, dada a amplitude e a magnitude da expressão "direitos humanos", é verossímil que o constituinte derivado tenha preferido não definir o rol desses crimes que passariam para a competência da Justiça Federal, sob pena de restringir os casos de incidência do dispositivo (CF, art. 109, § 5°), afastando-o de sua finalidade precípua, que é a de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria. Além disso, não é comum definição dessa natureza no próprio texto constitucional. Pelo menos, momentaneamente, persiste em aberto tal aspecto, podendo o Congresso Nacional, por lei, especificar os tipos penais susceptíveis de ensejar o deslocamento de competência.

5. Logo, não há base jurídica para atribuir ao referido preceito eficácia limitada (sem o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa), ou que o processamento desse incidente dependa de regulamentação própria, até porque as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais — em cujo elenco, indiscutivelmente, se encontram inseridos os "direitos humanos" — têm aplicação imediata, por força do disposto no § 1° do art. 5° da Carta da República. É suficiente, portanto, para o deslocamento da competên-

cia, a demonstração inequívoca, no caso concreto, de ameaça efetiva, real, ao cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil, respeitando-se, obviamente, o direito de manifestação das partes interessadas sobre o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República, aliado a *terceiro pressuposto*, que será abordado mais adiante.

5.1. Por outro lado, não há, também, incompatibilidade do IDC com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor.

5.2. Com efeito, não se discute que o novo instituto é instrumento a ser utilizado em situações especialíssimas, quando devidamente demonstrada a sua *necessidade*, a sua *imprescindibilidade*, tal como acontece, semelhantemente, com o pedido de desaforamento (CPP, art. 424) ou com a intervenção federal (CF, art. 34), observadas, é claro, as peculiaridades e finalidades de cada instituto.

5.3. De fato, o IDC, principalmente na hipótese de homicídio doloso qualificado, de competência do Tribunal do Júri, guarda muita semelhança com o desaforamento, no qual o direito de o réu ser julgado pelos seus pares da comunidade, no chamado "distrito da culpa", cede lugar ao objetivo maior, que é a realização da justiça em sua plenitude, finalidade última do processo, sem que isso represente violação ao princípio do juiz e/ou do promotor natural, nem se constitua em juízo ou tribunal de exceção, desde que presentes os pressupostos legais que a tanto o autorizem.

5.4. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o juiz natural de processo por crimes dolosos contra a vida é o Tribunal do Júri, mas o local do julgamento pode variar, conforme as normas processuais, que não são incompatíveis com a Constituição Federal e também não ensejam a formação de tribunais de exceção (HC n. 67.851-GO, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 18.05.1990).

6. Como se sabe, não é incomum, sobretudo em face de constituição analítica, como a nossa, ocorrerem conflitos entre seus preceitos. A Professora **Liliane Roriz**, em sua dissertação intitulada "Conflito entre Normas Constitucionais", América Jurídica, 1ª ed., p. 13, leciona:

> "Segundo conceito de **José Carlos Vieira de Andrade**, 'haverá colisão ou conflito sempre que se deve entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta. A esfera de protecção (**sic**) de um certo direito é constitucionalmente protegida em termos de intersectar a esfera de outro direito ou de colidir com uma norma ou princípio constitucional. O problema agora é outro: é o de saber como vai resolver-se esta contradição no caso concreto, como é que se vai dar solução ao conflito entre bens, quando ambos (todos) se apresentam efectivamente (**sic**) protegidos como fundamentais'. ("Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 220)

Precedente importante, o voto-vencedor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Intervenção Federal n. 2.915-5-SP, nos seguintes termos, **verbis**:

> "O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou uma 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de **Alexy**, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebidos de modo relativo — tal como o defende o próprio **Alexy**. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.
>
> A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.
>
> Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se

adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos Poderes Públicos, de modo que vincula o legislador, a Administração e o Judiciário." (DJ 28.11.2003, p. 11)

6.1. Vetores basilares para se saber, concretamente, qual a regra ou garantia constitucional deva prevalecer resulta, assim, da observância dos princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*.

6.2. Portanto, considerando que o assassinato da missionária norte-americana Dorothy Stang — cuja atuação destacava-se internacionalmente pela defesa intransigente dos direitos dos colonos envolvidos em conflitos com grileiros de terras no Município de Anapu-PA — constitui-se em grave, lamentável e brutal violação ao maior e mais importante de todos os direitos humanos, que é o direito à vida, previsto no art. 4°, n. 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário por força do Decreto n. 678, de 06.11.1992, aliado às alegações do suscitante quanto à necessidade de garantir que o Brasil cumpra com as obrigações decorrentes de pactos internacionais firmados sobre a matéria, indicando, com base na documentação que acompanhou a inicial, que o IDC merece, em tese, ser conhecido.

7. Pelas razões expostas, no entanto, as preliminares argüidas pela autoridade suscitada devem ser afastadas. Com efeito, não procede a alegada inépcia da petição inicial, por ser desnecessária, supérflua até, a menção expressa do dispositivo específico do tratado ou convenção que foi violado, fiel ao princípio **iura novit curia**, aqui também aplicável, sabendo-se que tais pactos internacionais, subscritos pelo Brasil, uma vez internalizados, com a aprovação do Congresso Nacional, têm a natureza ou hierarquia das emendas constitucionais, ou a elas são equivalentes, **ut** § 3° do art. 5°/CF (EC n. 45). Por sua vez, a ausência de norma legal ou constitucional descrevendo os crimes praticados com grave violação a tais direitos parece ter sido a opção do constituinte derivado, visando a não restringir ou limitar os casos de incidência do dispositivo (CF, art. 109, § 5°), *que não afronta o princípio do juiz natural, nem se constitui em tribunal de exceção.* Além disso, a sua não-regulamentação não impede, urna vez presentes os pressupostos, a sua aplicação, concretamente, sabendo-se que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, por força do disposto no § 1° do art. 5° da Constituição Federal.

8. No mérito, cumpre verificar a necessidade da adoção dessa medida extrema, para a finalidade à qual se destina, sendo, para tanto, conveniente destacar as informações prestadas pela autoridade suscitada, em 21.03.2005, nos seguintes termos, **verbis** (fls. 366/368):

"Em Pacajá, o Poder Judiciário estadual conta com uma Vara única. O Dr. Lucas do Carmo de Jesus é o juiz titular da Comarca, com residência fixada na localidade, onde impulsiona os serviços forenses e, segundo as informações do qual (cópia anexa), as Polícias Civil e Federal instauraram seus inquéritos, respectivamente, em 12.02.2005 e 13.02.2005, tendo concluído as investigações, antes do prazo legal de 30 dias, sendo que os procedimentos iniciais da fase de instrução foram realizados em tempo recorde.

Ainda nessa fase, cerca de dezesseis medidas cautelares penais foram requeridas pelo Ministério Público e pelas Polícias Judiciárias que conduziam as investigações ao Juízo de Pacajá, tais como, prisões temporárias, preventivas, pedidos de interceptações telefônicas, que foram registradas e autuadas em apartado e, apreciadas no menor tempo possível. Foram indiciados Rayfran das Neves Sales, Clodoaldo Carlos Batista, Arnair Feijoli da Cunha e Vitalmiro Bastos de Moura, que tiveram suas prisões preventivas decretadas, e foram presos, à exceção do último acusado, em 20.02.2005, 22.02.2005 e 19.02.2005, respectivamente.

O oferecimento da denúncia pelo membro do Ministério Público Estadual foi feito de forma célere, tendo sido apresentada essa peça também antes do prazo legal, em 07.03.2005 em face dos 4 (quatro) indiciados, por homicídio duplamente qualificado, na qual são apontados como incursos nas sanções punitivas previstas no art. 121, § 2°, incisos I e IV, do Código Penal brasileiro. Clodoaldo Carlos Batista e Rayfran das Neves Sales são apontados como executores do assassinato, Amair Feijoli da Cunha foi denunciado como intermediário do crime. O quarto denunciado, Vitalmiro Barros de Moura, que continua foragido, foi denunciado como o mandante do crime.

A denúncia foi recebida e no mesmo dia, em despacho, o magistrado definiu o dia 15, às 9h, para o interrogatório dos réus que estão recolhidos no Complexo Penitenciário de Americano, localizado no Município de Santa Izabel do Pará, 38 km de Belém, determinando, também, o desmembramento do processo em relação ao réu solto, para que não haja demora na instrução processual relacionada aos outros três que estão recolhidos.

No dia aprazado o juiz antes referido se deslocou da Comarca e interrogou os denunciados no próprio presídio, entre as 10h e 22h30m, sendo que, ao final, foi concedido aos defensores dos acusados o prazo de 3 (três) dias para a apresentação de defesa prévia e designados os dias 21.03.2005

e 23.03.2005 para a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação.

Esclareceu, ainda, aquele magistrado que a testemunha Cícero Pinto da Cruz está incluída no Programa de Proteção de Vítimas e Testemunhas e está residindo em Belém, razão pela qual, e por questões de segurança, foi determinada a realização da audiência para sua oitiva nesta Capital, no dia 21.03.2003, às 09 horas, sendo que as demais testemunhas arroladas pela acusação (seis), serão ouvidas no Fórum da Comarca de Pacajá, no dia 23.03.2005, a partir das 09h00m. As partes foram intimadas das deliberações do Juízo na própria audiência.

Informou, por fim, o Dr. Lucas de Jesus que aos acusados Rayfran e Clodoaldo foram nomeadas defensoras públicas, eis que não tinham advogados constituídos para promover suas defesas, bem como que todas as diligências requeridas pelo Ministério Público local foram deferidas, consistentes na juntada de peças periciais, de levantamento do local do crime e reprodução simulada do crime, restando a apresentação do laudo de exames correlatos à necropsia, da perícia de danos no veículo queimado próximo ao local do crime, da reprodução simulada da cena do crime e laudo da perícia de recenticidade e eficiência da arma do crime.

Tudo isso, deve-se frisar, sustenta a forte convicção de que todos os procedimentos legais foram observados, inclusive quanto aos prazos previstos em lei, sendo todos esses atos praticados por autoridades estaduais, embora seja devido reconhecer a prestimosa e competente colaboração da Polícia Federal e de contingentes do Exército Nacional."

8.1. Supervenientemente, como é notório, o réu Vitalmiro Barros de Moura, denunciado como mandante do crime, foi custodiado, o que facilitará a instrução processual, sem falar na prisão do madeireiro Regivaldo Galvão, sobre quem, da mesma forma, recaem suspeitas de envolvimento na morte da missionária Dorothy Stang, também como possível mandante, conforme noticiou o jornal "Correio Braziliense", que circulou no dia 08.04.2005.

9. Por sua vez, a Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Pará prestou espontânea informação sobre os fatos e providências adotadas pelo Ministério Público Estadual, da qual cumpre-me destacar, **verbis** (fls. 260/264):

'Em 12.02.2005, a missionária americana, naturalizada brasileira, Dorothy Mae Stang, é assassinada com seis tiros de revólver, calibre 38, na área do assentamento do PDS Esperança (Projeto de Desenvolvimento Sustentável), por volta das 7h30m horas da manhã. Nesse dia, a Polícia Civil do Município de

Anapu, compareceu à área do assentamento realizando o levantamento e o isolamento do local do crime, bem como a remoção do cadáver e iniciando a coleta de provas no sentido de identificar a autoria do delito.

'Em 15.02.2005, o Promotor de Justiça, Lauro Francisco da Silva Freitas Júnior, acompanhado do Juiz de Direito da Comarca de Anapu, Dr. Lucas do Carmo Jesus, deslocaram-se ao local das investigações tomando conhecimento da apuração policial. Ressaltando que o Promotor de Justiça e o Juiz de Direito providenciaram as medidas judiciais cabíveis despachadas diretamente do local das investigações, tais como, interceptações telefônicas, quebra de dados telefônicos, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, decretação de prisões.

Em 16.02.2005, os Promotores de Justiça, Drs. Sávio Rui Brabo de Araújo e Edmilson Barbosa Leray, designados pela Procuradoria Geral de Justiça, para acompanhar as referidas investigações, deslocaram-se à cidade de Altamira.

Em 17.02.2005, os Promotores de Justiça, Sávio Brabo e Edmilson Leray, integraram-se à força-tarefa formada pelo Delegado-Geral da Polícia Civil do Estado do Pará, Polícia Federal e Exército Brasileiro, participando de reuniões de estratégias para a condução dos trabalhos investigatórios. Acionou-se o Geproc do Ministério Público do Estado do Pará (Grupo Especial de Prevenção e Repressão às Organizações Criminosas) para auxiliar as investigações, principalmente na área de inteligência.

Em 18.02.2005, os Promotores de Justiça, Sávio Brabo e Edmilson Leray, deslocaram-se ao Município de Anapu para acompanhar o reconhecimento por fotografia realizado pela única testemunha ocular do crime, que reconheceu o pistoleiro Rayfran das Neves Sales como sendo o executor dos tiros desferidos na vítima.

Após reuniões com os coordenadores da força-tarefa, iniciaram-se intensivas negociações para apresentação do intermediário Amair Feijoli da Cunha, vulgo 'Tato'.

Em 19.02.2005, os Promotores de Justiça Sávio Brabo e Edmilson Leray, presenciaram a apresentação de 'Tato', na Delegacia de Polícia Civil, por volta das 15 horas, sob acompanhamento da imprensa.

No mesmo dia, os Promotores de Justiça Sávio Brabo e Edmilson Leray, por volta das 20 horas, nas dependências da

Superintendência Regional do Xingu, convocaram uma reunião com todos os Delegados da Polícia Civil envolvidos nas investigações, sendo decidido: a) a linha de interrogatório do acusado Amair Feijoli da Cunha, vulgo 'Tato'; b) a necessidade de reconstituição do crime; c) a oitiva de pessoas supostamente interessadas na morte da vítima, cujos nomes foram levantados pela inteligência do Ministério Público do Estado do Pará; d) quebra do sigilo bancário dos acusados e das pessoas supostamente interessadas na grilagem de terra na região; e) o levantamento dos antecedentes criminais dos acusados, bem como a rede de relacionamento com os latifundiários da região.

Em 20.02.2005, o interrogatório do acusado Amair Feijoli da Cunha, vulgo 'Tato', com a participação ativa dos Promotores de Justiça, Sávio Brabo e Edmilson Leray, na Polícia Civil e Federal, os quais formularam perguntas explorando as contradições do interrogando, ressaltando que as declarações foram gravadas em fita VHS pela Polícia Civil. Nesse dia, por volta das 20horas, a equipe do Geproc, comandada pelo Capo Apelloni, Subtenente Ênio, Tenente Ranieri, localizaram o acusado Rayfran das Neves Sales, cabendo ao Subtenente Ênio dar-lhe 'voz de prisão', às margens da Transamazônica, no Município de Anapu, sendo toda a prisão filmada em VHS pela equipe do Geproc, cujas imagens foram exibidas em cadeia nacional pela Rede Globo, na edição do Jornal Nacional, de 23.02.2005.

Em 21.02.2005, os Promotores de Justiça, Sávio Brabo, Edmilson Leray e Lauro Freitas Júnior, participaram ativamente do interrogatório do acusado Rayfran prestado perante as Polícias Civil e Federal, confessando a autoria do crime, bem como delatando a rota de fuga do segundo partícipe Clodoaldo Carlos Batista, vulgo 'Eduardo', e a indicação da localização da arma do crime. Em razão da relevância das informações, o Ministério Público requereu o sigilo judicial do inquérito policial civil, sendo acusado, de plano, pela autoridade judiciária competente.

Em 22.02.2005, em decorrência do sigilo judicial, tornou-se possível a captura do acusado Clodoaldo Carlos Batista, vulgo 'Eduardo', partícipe da morte da vítima, bem como a apreensão da arma do crime encontrada na Fazenda Bacajá, de propriedade do acusado Vitalmiro Bastos de Moura, vulgo 'Bida', localizada na área do assentamento do PDS Esperança. Nessa ocasião, o interrogado confessou sua participação na morte da vítima sendo responsável pela entrega da arma ao pistoleiro Rayfran, bem como auxiliou na execução do crime, imputando ainda a

encomenda do crime ao acusado Vitalmiro, vulgo 'Bida', pela importância de R$ 50.000,00, que seria dividida entre 'Tato', Rayfran e Eduardo.

No mesmo dia, os acusados foram acareados na presença dos Promotores de Justiça signatários, revelando detalhes do planejamento da ação criminosa, da execução e fuga.

Em 23.02.2005, as imagens da captura do acusado Rayfran, captadas pelo Ministério Público Estadual, foram cedidas à Rede Globo de Televisão e exibidas no Jornal Nacional.

No mesmo dia, o Juiz de Direito da Comarca de Pacajá, Dr. Lucas do Carmo Jesus, deslocou-se à cidade de Altamira, com a finalidade de reunir-se com os Promotores de Justiça signatários para tratar de medidas judiciais necessárias no andamento regular do inquérito policial civil. Em seguida, os Promotores de Justiça, Sávio Brabo e Lauro Freitas Júnior, participaram da estratégia para a realização da reconstituição do crime no Município de Anapu.

Em 24.02.2005, os Promotores de Justiça, Sávio Brabo e Lauro Freitas Júnior, participaram efetivamente da reconstituição do crime no Município de Anapu. Enquanto, o Promotor de Justiça, Edmilson Leray, participou de reunião no Município de Altamira, requerendo a inclusão de testemunhas no programa de proteção do governo estadual (Provita).

Em 04.03.2005, concluídos os inquéritos policiais tanto da Polícia Civil como da Polícia Federal.

Em 08.03.2005, o Ministério Público Estadual, através do Promotor de Justiça Lauro Francisco da Silva Freitas Júnior, Promotor de Justiça de Pacajá, ofereceu denúncia contra os indiciados por homicídio qualificado mediante promessa de recompensa e recurso que torne impossível a defesa da vítima combinado com concurso de pessoas. (Cópia anexa 1).

Em 07.03.2005, a peça inaugural da ação penal condenatória foi recebida pela autoridade judiciária de Pacajá, sendo designado o dia 15.03.2005 para interrogatório dos réus presos e 29.03.2005 para interrogatório do réu foragido, Vitalmiro Bastos de Moura (cópia anexa 2).

Em 15.03.2005, no interior da Penitenciária de Americano, Rayfran das Neves Sales, Clodoaldo Carlos Batista e Amair Feijoli da Cunha foram interrogados. (Cópias anexas — 3, 4, 5, 6, 7).

Após prazo de defesa prévia, foi designado o dia 21.03.2005 o início da oitiva das testemunhas arroladas na denúncia.

Essa, a suma da instrução criminal.

10. É importante relembrar que, no âmbito das instituições policiais, atua, não só o Estado, por seus agentes, mas, igualmente, a União, esta, pela Polícia Federal, forte no art. 144 da CF e na Lei n. 10.446/2002, como é notório. Na seara judicante, seja perante a Justiça Estadual ou a Federal, a competência para o julgamento é do Júri Popular (CF, 5°, XXXVIII), cujo devido processo legal a ser, cogentemente, observado será o mesmo, seja o Tribunal popular presidido por magistrado estadual ou federal. Aquele, é importante dizer, além de sua *natural competência*, tem, em princípio, maior vivência na condução de processos de tal conteúdo, sabendo-se que só excepcionalmente existem júris federais.

10.1. Logo, até aí não se vislumbra relevância no eventual deslocamento da competência, pois o órgão judicante será o mesmo — o *Júri Popular*: Doravante, os recursos para o 2° grau se destinariam ao TJPA ou ao TRF-1ª Região, conforme a origem da sentença recorrida. A seguir, não haverá diversidade das instâncias chamadas de transordinárias, para eventuais ações ou recursos, dirigidos ao STJ *e/ou* STE Tais aspectos, cediços, é certo, não são desprezíveis, no contexto, pois a rigor *mesclam-se instituições do Estado-Membro e da União Federal, a colimarem igual desiderato*, qual seja, *o devido processamento e julgamento dos acusados*.

11. A confiabilidade nas instituições públicas, constitucional e legalmente investidas de competência originária para atuar em casos como o presente — *Polícia, Ministério Público, Judiciário* — deve, *como regra*, prevalecer, ser apoiada e prestigiada, só afastando a sua atuação, a sua competência, *excepcionalmente, ante provas induvidosas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais ou materiais etc.*, em levar a cabo a apuração e julgamento dos envolvidos na repugnante atuação criminosa, assegurando-se-lhes, no entanto, as garantias constitucionais específicas do devido processo legal.

11.1. Do que se contém, todavia, neste IDC, não se conclui pela *exceção mas, sim, pela regra*, ou seja, tais instituições estaduais vêm cumprindo o seu dever funcional e, certamente, continuarão a fazê-lo, até o fim, com a importante e resoluta participação da operosa Polícia Federal, de forma legítima, nos momentos adequados.

11.2. É oportuno registrar, ainda, a manifestação da Comissão Externa, constituída pelo Ato n. 08/2005, do Presidente do Senado Federal, para acompanhar tais investigações, a qual, após concluídos os trabalhos, oficiou a este Relator, por sua Presidente, Senadora Ana Júlia Carepa (Of. n. 081-GSAJC, de 05.04.2005), no qual consta conclusão pela "... permissividade do Poder Público local, no caso, da Polícia Civil do Pará, corroborando, assim, os argumentos e o posicionamento manifestado pelo Procurador-Geral em favor da federalização". O mesmo, no entanto, não se concluiu quanto ao *MP* e ao *Judiciário locais*. Admitindo a premissa em relação à *Polícia Estadual*, para argumentar, tal, se procedente, não seria decisivo porque a *Polícia Federal*, como já assinalado, atua, decididamente, desde o início, na elucidação dos fatos.

12. Em síntese. Além dos dois requisitos prescritos no § 5° do art. 109 da CF, quais sejam, a) grave violação a direitos humanos, e b) assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais, *é necessária, ainda, a presença de terceiro requisito*, c) a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc.) de o *Estado-Membro, por suas instituições e autoridades*, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal. Tais requisitos — os três — hão de ser cumulativos, o que parece ser de senso comum, pois, do contrário, haveria indevida, inconstitucional, abusiva invasão de competência estadual por parte da União Federal, ferindo o Estado de Direito e a própria Federação, o que certamente ninguém deseja, sabendo-se, outrossim, que o fortalecimento das instituições públicas — *todas, em todas as esferas — deve ser a tônica*, fiel àquela asserção segundo a qual, figuradamente, "nenhuma corrente é mais forte do que o seu elo mais fraco". Para que o Brasil seja pujante, interna e externamente, é necessário que as suas unidades Federadas — Estados, DF e Municípios —, internamente, sejam, proporcionalmente, também fortes e pujantes.

13. Destarte, mesmo se fazendo presentes os *dois requisitos* previstos no § 5° do art. 109 da CF, a ausência do terceiro elemento que lhe é *naturalmente implícito*, para nós, afasta a sua concreta aplicação e, a par disso, *coloca o Brasil ao abrigo da eventual submissão a julgamentos por Cortes Internacionais*, porque ele não poderá ser acusado de ter-se omitido na investigação, julgamento e punição dos culpados, sempre fiel ao princípio da legalidade, pois um seu *Estado-Membro*, com seu apoio, atua adequadamente em tal sentido. O feito, aliás, já se encontra *em fase adiantada (art. 406 e ss. do CPP), estando os denunciados presos e prestes a serem submetidos a seu juízo natural, qual seja, o Tribunal do Júri estadual*, consoante recente informação do MM. Juiz de Direito da Comarca de Pacajá, Dr. Lucas do Carmo de Jesus, datada de 1°.06.2005, dizendo que os autos encontravam-se com vista para a acusação desde 31.05.2005, para alegações finais, cujo prazo se encerrará em 06.06.2005 (fl. 654).

13.1. Ressalte-se, ademais, que nosso *Poder Judiciário*, conforme antiga e constante doutrina, é *nacional*. No ponto, peço licença para transcrever excerto do voto ("sem revisão") proferido pelo eminente Ministro Cezar Peluso, como Relator da ADIn n. 3.337-1, a saber:

> "Na verdade, desde João Mendes Júnior, cuja opinião foi recordada por Castro Nunes,[1] sabe-se que:
>
> 'O Poder Judiciário, delegação da soberania nacional, implica a idéia de unidade e totalidade da força, que são as notas características da idéia de soberania. O Poder Judiciá-

1. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 77.

rio, em suma, quer pelos juízes da União, quer pelos juízes dos Estados, aplica leis nacionais para garantir os direitos individuais; o Poder Judiciário não é federal, nem estadual, é eminentemente nacional, quer se manifestando nas jurisdições estaduais, quer se aplicando ao cível, quer se aplicando ao crime, quer decidindo em superior, quer decidindo em inferior instância.[2]'(grifos no original)

Desenvolvendo a idéia, asseveram **Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco**:

'O Poder Judiciário é uno, assim como una é a sua função precípua a jurisdição — por apresentar sempre o mesmo conteúdo e a mesma finalidade. Por outro lado, a eficácia espacial da lei a ser aplicada pelo Judiciário deve coincidir em princípio com os limites espaciais da competência deste, em obediência ao princípio **una lex, una jurisdictio**. Daí decorre a unidade funcional do Poder Judiciário.

É tradicional a assertiva, na doutrina pátria, de que o Poder Judiciário não é federal nem estadual, mas nacional. É um único e mesmo poder que se positiva através de vários órgãos estatais — estes, sim, federais e estaduais.

(...)

(...) fala a Constituição das diversas *Justiças*, através das quais se exercerá a função jurisdicional. A jurisdição é uma só, ela não é nem federal nem estadual: como expressão do poder estatal, que é uno, ela é eminentemente *nacional* e não comporta divisões. No entanto, para a divisão racional do trabalho é conveniente que se instituam organismos distintos, outorgando-se a cada um deles um setor da grande 'massa de causas' que precisam ser processadas no País. Atende-se, para essa distribuição de competência, a critérios de diversas ordens: às vezes, é a natureza da relação jurídica material controvertida que irá determinar a atribuição de dados processos a dada Justiça; outra, é a qualidade das pessoas figurantes como partes; mas é invariavelmente o interesse público que inspira tudo isso (o Estado faz a divisão das Justiças, com vistas à melhor atuação da função jurisdicional)'.[3]"

2. João Mendes Almeida Júnior. *Direito Judiciário Brasileiro*, 5ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 47.
3. Ob. cit., pp. 166 e 184. Grifos do original.

13.2. Tal *característica do Judiciário* permite conclusão lógica no sentido de que, salvo melhor juízo, perante os demais países também subscritores de pactos internacionais sobre direitos humanos, ocorrendo *grave violação a eles*, como no caso, o Brasil terá cumprido sua obrigação, com a apuração, processo e julgamento dos infratores, pelo Judiciário Estadual, *desde que, como na espécie*, o Estado-Membro, por seus órgãos competentes, cumpra à risca as normas legais de regência, dando a adequada e segura resposta jurídico-penal aos infratores, contando, ainda, com o devido respaldo da Polícia Federal. Parece claro que a cobrança — internacional ou nacional — é no sentido da pronta, adequada e eficaz atuação estatal, sendo irrelevante que o seja por órgão do Judiciário, do Estado-Membro ou da União Federal. Esta (UF), aliás, não sendo a matéria, em *termos de divisão de competência, de sua alçada*, deve respeitar *a competência daquele* (Estado), não só em atenção ao pacto federativo, mas até mesmo levando-se em conta a própria divisão de trabalho. Tal não obsta, naturalmente, que a União dê apoio ao primeiro, como faz, através da Polícia Federal, reservando-se, no entanto, a assumir *diretamente aquela competência Estadual somente quando se fizerem presentes aqueles três requisitos anteriormente mencionados. Aí, sim, é imperiosa a sua presença direta, deslocando-se a competência por absoluta inoperância do Estado-Membro, agregado aos demais pressupostos ínsitos ao § 5° do art. 109 da CF.*

13.3. O trágico e covarde assassinato da missionária Dorothy Stang merece a mais absoluta repulsa de toda a sociedade. A apuração e a responsabilização penal dos culpados devem ser, dentro da lei, rigorosas. Trata-se, aliás, de *crime hediondo*. Nem por isso, entretanto, *as circunstâncias que o envolvem recomendam se afaste o procedimento criminal de seu curso regular, perante a Justiça Estadual, a qual, com certeza, cumprirá, como vem fazendo, o seu indeclinável dever funcional, não só perante a sociedade local, estadual, nacional, mas, igualmente, internacional.* Não é demais lembrar que violações de direitos humanos, tristemente, ocorrem no Brasil e, por que não dizer, em vários outros países. O importante é seu combate, sem cansaço, pela nação brasileira, pois, mais hoje mais amanhã, o bem há de prevalecer. Para tanto, *as instituições estatais destinadas a essa finalidade devem ser fortalecidas, prestigiadas, valorizadas*, evitando-se afastar a sua atuação quando *o conjunto dos fatos a tanto não recomendam*, como já assinalado, pois isso seria inconstitucional, ilegal, e, como se sabe, não se combate eficazmente uma ilegalidade praticando-se outra.

14. Em suma, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração de tais fatos, visando punir os eventuais responsáveis, refletindo a intenção e o dever do Estado do Pará em dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade do deslocamento da competência originária para a Justiça Federal de forma subsidiária, sob pena, inclusive, no caso, de tumultuar o andamento do processo criminal e procrastinar a solução da lide, utilizando-se o instrumento criado pela norma constitucional (art. 109, § 5°) em desfavor da sua própria finalidade, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação aos direitos humanos.

15. Portanto, o incidente de deslocamento da competência — em que a *existência de crime praticado com grave violação a tais direitos* é pressuposto de sua admissibilidade — *deve atender ao princípio da proporcionalidade* (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o que deve estar compreendido *na demonstração concreta de risco a descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil*, ante *inoperante, inadequada*, atuação de ramo da Justiça Nacional originariamente competente, tanto quanto dos demais órgãos estaduais responsáveis pela investigação (Polícia Judiciária) e persecução penal (Ministério Público), o que não restou evidenciado na espécie. Ademais, a observância do *princípio da razoabilidade*, de índole constitucional, também se opõe ao pleito ante o contexto retratado neste IDC.

16. *Conclusão*: Pelo exposto, enaltecendo a atuação do ilustre Procurador-Geral da República, *indefiro* o presente pedido de deslocamento de competência, sem prejuízo do disposto na Lei n. 10.446, de 08.05.2002, que, sem retirar a responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição, em especial das Polícias Militares e Civis dos Estados, autorizou a Polícia Federal a proceder à investigação acerca de infrações penais "relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte"(art. 1°, inciso III).

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O Sr. Relator acabou de nos expor a exata dimensão do problema, dando-lhe, também, a meu juízo, a exata solução. Pondo-me, textualmente, em conformidade com S. Exa., tecerei, todavia, algumas considerações, iniciando-as, visto tratar-se de assunto também em pauta, pelos direitos humanos.

2. Estamos aqui falando de direitos humanos, falando de tão proeminentes e majestosos direitos; poderíamos dizer, sem erro, talvez, que eles se confundem com a história de como surgiu e de como evoluiu o homem. Trata-se, eis aí **Sófocles**, de direitos que não são de hoje e que também não são de ontem, vigem há muito; são, pois, eis aí **Cícero**, direitos que têm algo de eterno. Todavia teimam os franceses em dizer foram eles os inventores dos direitos humanos, não obstante, quando a Assembléia Nacional discutia os termos da Declaração de 1789, alguém lá tenha dito isto: "*... les droits de l'homme en société sont éternels (...) invariables comme la justice, éternels comme la raison; ils sont de tous les temps et de tous les pays*" ("La Déclaration des Droits de l'homme et du Citoye", Stéphane Rials, Hachette, 1988, p. 350).

Discorrendo sobre as Revoluções francesa e americana ("Les révolutions de France et d'Amérique", 1988), veja-se o que escreveu o historiador francês Georges Gusdorf (edição brasileira da Nova Fronteira, 1993, pp. 145/146):

"Aos olhos dos franceses, mas também no julgamento de boa parte da opinião internacional, os direitos do homem foram inventados na França. Através de painéis publicitários, imitando às vezes a representação tradicional das tábuas da lei de Moisés, mas com acompanhamentos tomados de empréstimos à iconologia do franco-maçonaria, a Revolução de 1789 os teria revelado a um mundo deslumbrado. Os direitos do homem estão implícitos numa concepção global e confusa da Revolução (liberdade, igualdade, fraternidade), representando de alguma maneira a sua profissão de fé. Essa panóplia ideológica teria sido utilizada pelos revolucionários de Paris, que teriam combatido até a morte para afirmar seu novo evangelho, desafiando os tiranos que se encarregaram de desgraçar a humanidade.

Esse tema tornou-se lugar-comum na França republicana desde 1870. Uma lavagem cerebral pedagógica, aplicada às crianças nas escolas, permite silenciar o fato de que, se a Revolução proclamou os direitos do homem, ela não os praticou. Muito depressa, foi substituída pelo desencadeamento de uma violência mortífera e completamente ilegal, sem nenhum respeito pela liberdade e a segurança dos homens e das mulheres. É paradoxal e absurdo atribuir a honra de ter concebido os direitos do homem àqueles que puserem o Terror na ordem do dia e promulgaram a lei dos suspeitos, em virtude da qual qualquer um podia ser processado por qualquer motivo.

Os revolucionários das primeiras horas, maravilhados pelo evangelho dos direitos do homem, estranho à tradição nacional, proclamaram sua admiração de boa-fé, como se fossem os inventores dessas verdades, e esse anúncio garantiu ao tema uma grande repercussão no mundo. Mas não faziam mais do que retomar, pelos meios da propaganda e da publicidade, temas há muito presentes na tradição do Ocidente. A Declaração de 26 de agosto de 1789 foi preparada em estreita colaboração com Thomas Jefferson, representante diplomático dos Estados Unidos em Paris. A inspiração transmitiu-se assim da Insurreição Americana à Revolução de Paris."

Às fls. 146/147, lê-se o seguinte:

"Os insurretos americanos traziam no coração a mesma exigência que alentaria os revolucionários de 1789. Esse litígio quanto à prioridade não é, aliás, muito importante, pois o tema dos direitos do homem remonta a uma época muito mais remota na tradição do Ocidente. Inscreve-se no desenvolvimento da

> doutrina do direito natural, herdada da Antigüidade, inscrita na tradição estóica e formulada pelos teóricos de Roma. Em tempos mais remotos, a idéia dos direitos do indivíduo se ligou às primeiras afirmações da universalidade humana, no seio da qual todos os homens são iguais perante a divindade suprema, encarnada pelo deus Sol, cujos benefícios se repartem igualmente entre os homens, sem distinção de raça ou classe social. A primeira expressão original dessa idéia encontra-se na experiência político-religiosa realizada no Egito, no século XIV antes de nossa era, pelo faraó Amenófis IV Akhenaton."

E **Gusdorf**, à fl. 186, encerra assim o capítulo:

> "Tudo bem contado, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão permanece, para a França, um texto venerável e sagrado que nos cumpre saudar com respeito e invocar em oportunidade apropriada, na firme convicção de que a França é, desde 1789, o país por excelência dos 'direitos do homem'. Essa certeza abstrata permite conformar-se com todos os desmentidos e todas as derrogações. Nos Estados Unidos, a idéia dos direitos do homem não evoca uma escritura sagrada, ou uma inscrição que figura no céu das idéias, mas antes uma exigência vivida, uma prática inscrita na vida cotidiana, mais preocupada com aplicações concretas do que com retórica maiúscula."

Texto venerável e sagrado, assim se refere **Gusdorf** à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com pretensões de que os franceses falaram para a humanidade, daí a observação de **Stéphane Rials**: "**Georges Gusdorf** *a fortement insisté dans une contribution récente, par ailleurs assez polémique, sur la prétention universaliste des Constituants: ceux-ci auraient prétendu parler pour l'humanité. De fait, on ne manque pas de témoignages de cette ambition*" (seguem-se citações dos arquivos parlamentares do ano de 1789). Seja como for, o certo é que, em 1789, foi dito que não se tratava de fazer uma declaração de direitos somente para a França, mas para o homem em geral: "*Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale (...) ont résolu d'exposer; dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration (...) En conséquence, l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'homme et du citoyen*".

3. Pois tão fundamentais são esses direitos que o legislador brasileiro da Emenda n. 45 deu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos estatura equivalente à das emendas constitucionais; fê-lo, em tal sentido, acrescentando ao art. 5º o § 3º. Já em seu texto primitivo, a Constituição atual informa-nos que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Re-

pública, República que, nas relações internacionais, rege-se pela prevalência dos direitos humanos, estando, em conseqüência, a União autorizada a intervir nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a observância de tal princípio. E mais (é o que se lê no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 70): "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos."

Sabem todos que, desde a Constituição de 1824, o constitucionalismo brasileiro dedicou-se, sempre e sempre, aos direitos humanos. Escreveu **Pinto Ferreira**: "As sucessivas Constituições do Brasil sempre tiveram empenho em enunciar as liberdades ou os direitos do homem bem como garantias constitucionais, estas sobretudo nas Constituições Republicanas. Assim sendo, todas as Constituições do País têm textos enunciativos dos direitos do homem, enquanto que as Constituições Republicanas estabelecem inúmeras garantias constitucionais, sobretudo a Constituição vigente, de 05.10.1988". De fato, ninguém pode queixar-se das leis brasileiras, tanto num como noutro plano — constitucional e infraconstitucional. A Constituição de 1988 foi pródiga de direitos e de instrumentos processuais que lhes dão proteção. Há, entre nós, até um conselho de defesa. Foi o legislador de 1964 quem o criou por meio da Lei n. 4.319, a saber, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

4. Uma coisa é a proclamação, outra, a prática. A Revolução Francesa proclamou os direitos humanos, mas não os praticou. No Brasil, não fizemos de modo diferente, historicamente: convivemos com trezentos anos de escravatura. Nos Estados Unidos de hoje, já se admite a criação de tribunais militares de exceção por exemplo, para julgar os presos da base militar de Guantánamo (e o "Bill of Rights", datado de 1789-1791, hem? Estaria com os olhos vendados?). Nós brasileiros, infelizmente, esquecemo-nos hoje, como nos esquecemos ontem, com facilidade, de que são invioláveis a intimidade, a vida privada, etc. Há, aqui, e sempre houve, instrumentos processualmente adequados, um deles, o **habeas corpus**, instituto antigo, surgido no Brasil, com o Código de Processo Penal de 1832: "Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir ordem de **habeas corpus** em seu favor".

Mas o legislador da nossa Emenda n. 45, preocupado, talvez, com os agravos a esses direitos, proclamou o seguinte (§ 5° do art. 109): "Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal". Temos, então, em nossas mãos, nesta sessão, um Incidente, o de n. 1, suscitado pelo Procurador-Geral da República.

5. Vi-me, em 2003, quando exercia a honrosa presidência do Superior Tribunal, impelido a fazer, em correspondência, estes comentários:

"No dia 08 de abril último, recebi em audiência, neste Superior Tribunal de Justiça, representantes da bancada agrária do Partido dos Trabalhadores (PT) e da Direção Nacional do Movimento dos Sem-Terra, que, na oportunidade, ao travarem discussão sobre os crimes contra os direitos humanos, reivindicaram fosse transferida à Justiça Federal a competência para julgar tais delitos. A esse respeito, comentaram que a bancada do PT havia apresentado projeto de reforma à Constituição em que propunha a ampliação da competência da Justiça Federal. Discutimos, naquele momento, o projeto, para o qual o partido apresentou como justificativa a influência do Poder Público local na apuração dos casos de grave violação de direitos humanos assegurados por tratados internacionais de que o Brasil é signatário.

Quanto ao assunto, também se posicionou a Associação dos Juízes Federais (Ajufe), que acrescentou, na proposta de reforma do Judiciário, dispositivo cujo teor estabelece caber à Justiça Federal processar e julgar 'os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos'.

Quero dizer, com isso, que não ando propagando a modificação da competência para o processamento e julgamento dos crimes contra os direitos humanos; restringi-me a fazer um comentário acerca da federalização, o qual se soma, pelo exposto, às propostas de outros segmentos da sociedade."

De fato, tal deslocamento não era do agrado da Justiça dos Estados. Há, todavia, razão para o acontecimento, e isso parece defluir da conjugação do que rezam os arts. 1°, III; 4°, II; 34, VII, **b**, e 109, IV e V, da Constituição e o art. 7° das Disposições Transitórias. Constitucionalmente, é possível fosse mesmo o novo instituto, a saber, o incidente de deslocamento de competência, introduzido em nosso ordenamento jurídico. Só que essa proposição é daquelas que requerem tratamento estrito: as normas excepcionais — aquelas que abrem exceções —, como sói acontecer com a de que estamos aqui cuidando, estão entre as de tratamento estrito. Isso não significa que se esteja mexendo com o alcance que hão de ter as normas processuais protetoras dos direitos humanos.

6. Proposição processual de tratamento estrito foi a relativa à avocatória. Há semelhança entre este instituto e aquele, dedicando-se ambos ao fenômeno do deslocamento de competência. Observe-se que, na ordem constitucional anterior, a Emenda n. 07, do ano de 1977, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a figura denominada avocatória, conferindo ao Supremo Tribunal, em conseqüência, competência para, originariamente, processar e julgar "as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de

grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido".

Ainda que destinado a prestar bons serviços e a ser útil e proveitoso para as coisas do Judiciário, o novo instituto haveria, entretanto, de ser instituto de hermenêutica estrita, pois consiste, sabemos todos, em medida de caráter excepcional. E foi o que, realmente, com ele aconteceu. Em seu Regimento Interno, editado no ano de 1980, escrevia o Supremo o que antes já deixara escrito nas Emendas de 1978: "Não caberá pedido de avocação, se a decisão impugnada houver transitado em julgado, ou admitir recurso com efeito suspensivo".

O Supremo foi sábio e moderado no uso da novel competência, dela se valeu com toda a parcimônia possível, deu-lhe, como costuma acontecer em casos dessa espécie, interpretação estrita, conforme se vê, por exemplo, do acórdão de 1979 da relatoria de Décio Miranda, publicado na RTJ-89/695, nestes termos, resumidamente:

> "Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na conformidade de deliberação em sessão realizada de acordo com o art. 5°, § 2°, da Emenda Regimental n. 6 em indeferir o pedido de avocação da causa, por maioria de votos.
>
> Assim decidem por considerar que a medida facultada pelo art. 119, I, **o**, da Constituição, implicando que o Supremo Tribunal se substitua, direta e automaticamente, à instância ordinária, no conhecimento e decisão das questões referentes à lide, tem caráter excepcional, devendo, portanto, ser interpretada **stricto sensu** e aplicar-se tão-somente nos limites e condições previstos no texto constitucional e na conformidade da regulação estatuída na Emenda Regimental n. 06.
>
> Trata-se, na espécie, de reclamação trabalhista, na fase de execução do julgado..."

Vem agora a Emenda n. 45, de 2004, que, a par de incluir entre as competências federais as causas relativas a direitos humanos, cometeu ao Superior Tribunal o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Em boa verdade, há semelhança entre os dois institutos — avocatória e incidente de deslocamento de competência —, porquanto, em ambos, estamos lidando com competências: lá, pelo visto, haveria a substituição da instância ordinária pelo Supremo, isto é, a competência se deslocava da instância ordinária para a instância de superposição; aqui, o deslocamento ocorrerá entre Justiças, da Estadual para a Federal. Com a avocatória, o fenômeno tinha a forma vertical, com o incidente de que estamos cuidando, a forma horizontal.

Tratamento semelhante ao dado aos acontecimentos entre 1977 e 1988 — bem apropriados, a meu ver — há de se dar ao incidente oriundo da Emenda n. 45. E é o que, neste momento, estamos presenciando após ouvir o Relator. Do seu voto, anotei estas precisas palavras: (I) "... sob pena, inclusive, de esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal; (II) "... é instrumento a ser utilizado em situações especialíssimas, quando devidamente demonstrada a sua necessidade, a sua imprescindibilidade, tal como acontece, semelhantemente, com o pedido de desaforamento (CPP, art. 424) ou com a intervenção federal (CF, art. 34), observadas, é claro, as peculiaridades e finalidades de cada instituto".

Vou, neste momento, para, nestas breves comemorações, justificar a minha posição, valer-me outra vez do voto do Relator, segundo o qual "até aí não se vislumbra relevância no eventual deslocamento da competência, pois o órgão judicante será o mesmo — o Júri Popular". É mais um, e relevante, fundamento tendente ao não acolhimento do incidente.

7. A posição que o Relator adotou e que eu, acompanhando-o, estou adotando não implica diminuição dos meios processuais de proteção dos direitos humanos tornando a Sófocles, não haveremos de fugir à lei mais cara aos deuses ("Há muitas maravilhas, mas nenhuma/é tão maravilhosa quanto o homem"). Ambas as Justiças têm aptidões para exercitar a competência, e o que as distinguirá será o exame de cada caso, a par, obviamente, da presença do pressuposto constitucional.

Isto é o que se recomenda: seja dada, em tese, ao incidente em questão interpretação estrita. Veja-se que, no caso de que estamos tratando, as indicações são todas no sentido de que a Justiça local vem cumprindo exemplarmente sua missão, tanto que o processo está prestes a ter por finda a sua instrução.

8. Pelo que disse, acompanho o Relator.

## VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Se as instituições do Estado federado se revelarem desidiosas, omissas, lenientes para a proteção dos direitos humanos, tem cabimento, em tese, a federalização tal como previsto pela Emenda Constitucional n. 45, em caso concreto.

São estes os elementos fornecidos pela Comissão Pastoral da Terra:

> "... nos últimos 33 anos ocorreram 772 assassinatos, com a realização de apenas três julgamentos de mandantes dos crimes. Há ainda diversos processos, que apuram assassinatos de lideranças e chacinas de trabalhadores rurais, que continuam parados nas Comarcas do interior, sem qualquer previsão dos acusados irem a júri. Cite-se, por exemplo, o assassinato do

> Advogado Gabriel Pimenta em Marabá — 24 anos; a chacina de 8 trabalhadores na Fazenda Ubá, em São João do Araguaia — 20 anos; a chacina de 5 trabalhadores na Fazenda Princesa em Marabá — 19 anos; o assassinato do sindicalista Braz, em Rio Maria — 15 anos; o assassinato do sindicalista Arnaldo Delcídio, em Eldorado — 12 anos; o assassinato de Onalício Barros e Valentim Serra, em Parauapebas — 7 anos."

Ante esse quadro do Estado do Pará, caberia invocar-se o novo preceito constitucional para ter-se federalizada a competência para processar a apuração da responsabilidade pelo homicídio da missionária.

Acredito que o eminente Procurador-Geral da República, naqueles momentos do horrendo crime e de posse desses dados de contínua e permanente inatuação das instituições do Estado, levando a impunidade em crimes dessa natureza, animou-se a inaugurar o recém-criado instrumento jurídico constitucional.

No entanto, em razão da repercussão ruidosa interna e no exterior, envidaram os órgãos policiais do Ministério Público e do Poder Judiciário local em elucidar e trazer a público os autores do hediondo crime, prendendo-os, e a fase do processo já superou a da instrução.

Penso que assim, pelo temor inicial de perseverar-se na inércia, é que se acenou para o deslocamento de competência. Poder-se-ia, a pretexto didático, para outras unidades federativas, aplicar-se a federalização, todavia, não é o didatismo um de seus pressupostos, e é inegável, neste caso, que os esforços dos órgãos locais não se fizeram esperar, e a persecução penal se instaurou de pronto, faltando portanto o requisito da incapacidade de ação, advinda de inércia, descaso ou ausência de condições materiais, pessoais ou políticas.

Por outro lado, sustenta o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, no memorial encaminhado, por cópia, às paginas 4/5:

> "Reforça-se, nesta oportunidade, que o argumento de que a Justiça Federal teria mais isenção no julgamento da ação que se pretende deslocar não leva em consideração questões objetivas de sua estrutura e simplesmente nega os esforços da Justiça Estadual paraense de levar aos jurisdicionados de tão vasto Estado o mais rápido acesso à Justiça e a efetiva prestação judicial.
>
> Aliás, sobre esse aspecto, é preciso destacar que a problemática fundiária nesse Estado está também ligada à falta de regularização e delimitação pelos órgãos federais competentes, de quais sejam as terras pertencentes ao Estado e à União, o que, diga-se, representaria algo em torno de 70% do território paraense.

Não se pode tolerar, desse modo, que seja atribuída somente às autoridades locais a omissão das instituições federais na resolução de questões que lhe concernem, no tocante à reforma agrária, à permissão de exploração da madeira, dos minérios, da definição das reservas e das áreas de proteção aos índios. A ação de grileiros, em geral, vindos de outros Estados, de posseiros, de fazendeiros, de madeireiros se deve, também, à grande ausência das autoridades federais na região.

A seguir esta lógica da 'omissão' do Poder Público, não deveria o crime ser federalizado, mas sim, internacionalizado, pois também gritante é a omissão do Poder Público Federal. Por conseguinte, não pode o Judiciário ser palco de julgamento de condutas políticas, pois é um caminho infeliz para se proclamar a verdadeira justiça com sobriedade e zelo.

Cabe registrar que a suposta ajuda da União, através do Exército, não se percebe mais na região, por falta de recursos provenientes do Governo Federal de manter uma estrutura no local, ou seja, a tão falada ação de impacto não se prolongou, como se tal não fosse dever da União, a legitimar a federalização do delito."

Por outro lado, como exaustivamente demonstrado, pelos dados e elementos ofertados pelo voto do ilustre Ministro Arnaldo Esteves Lima, os procedimentos de apuração prévia, no âmbito das autoridades policiais, com atuação do *Parquet* local, foram regulares e nos prazos, encontrando-se com a instrução criminal encerrada.

Por conseguinte, cabe destacar do voto do eminente Relator:

"Em síntese: Além dos dois requisitos prescritos no § 5° do art. 109 da CF: a) grave violação a direitos humanos e b) assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais, é necessária, ainda, a presença de terceiro requisito, qual seja, c) a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc.) do Estado-Membro, por suas instituições e autoridades, em levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal. Tais requisitos — os três — hão de ser cumulativos, o que parece ser de senso comum, pois, do contrário, haveria indevida, inconstitucional, abusiva invasão de competência estadual por parte da União Federal, ferindo o Estado de Direito e a própria Federação, o que, certamente ninguém deseja, sabendo-se, outrossim, que o fortalecimento das instituições públicas — todas, em todas as esferas — deve

ser a tônica, fiel àquela asserção segundo a qual, figuradamente, "nenhuma corrente é mais forte do que o seu elo mais fraco". Para que o Brasil seja pujante, interna e externamente, é necessário que as suas unidades Federadas — Estados, DF e Municípios —, internamente, sejam, proporcionalmente, também fortes e pujantes."

Daí porque, com as homenagens devidas ao eminente Procurador-Geral da República, Professor Cláudio Fontelles, não deparo configurada a exceção do incidente, asseverando, contudo, que só o fato de S. Exª. deflagrar esse incidente já chamou a atenção das diversas unidades da Federação e da sociedade sobre a eventual inoperância em prevenir, reprimir e apurar crimes dessa ordem pode acarretar essa censura pública.

Dessa forma, com essas singelas considerações e com as vênias devidas ao eminente Procurador-Geral da República, Cláudio Fontelles, que tem prestado relevantes serviços ao País, acompanho o voto do eminente Sr. Ministro-Relator, indeferindo o presente pedido de deslocamento de competência.

## VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Sr. Presidente, Sr. Procurador-Geral da República, o Brasil, infelizmente, possui longa tradição de violação dos direitos humanos. Apesar de ser signatário de, praticamente, todas as convenções internacionais a respeito do tema, o Estado brasileiro mostrou-se ineficiente e omisso no tratamento condigno da questão. Há cerca de trinta processos por violação de direitos humanos em trâmite na Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. Certamente, dessas trinta reclamações ou representações, algumas delas, efetivamente, deverão chegar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte esta a que o Brasil aderiu em relação a sua competência para lá ser julgado por tais violações. Esta é uma realidade.

A referida omissão não pode ser atribuída apenas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ou ao Ministério Público. É uma omissão de Estado como um todo, ou seja, da União, dos estados federados. Esta é uma realidade que devemos reconhecer e com a qual temos que conviver. Quantos crimes de tortura foram processados e julgados, seja para condenar seja para absorver? A nossa lei de tortura é recente.

Certamente, na linha de toda essa inspiração é que o constituinte resolveu, por meio da Emenda Constitucional n. 45, dar tratamento de choque a essas violações, e em dois dispositivos.

O primeiro deles é o § 3° do art. 5° da Constituição, que resolveu uma séria divergência doutrinária e jurisprudencial relacionada a saber se os trata-

dos referentes à violação dos direitos humanos, celebrados pelo Brasil, teriam cunho de norma constitucional ou de norma infraconstitucional. As decisões do Supremo Tribunal Federal orientavam-se, de forma reiterada, no sentido de que, mesmo esses tratados, à luz da Constituição, deveriam ser tidos como normas infraconstitucionais.

Na Emenda n. 45, porém, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo Congresso Nacional por meio de suas duas Casas, serão equivalentes a emendas constitucionais, o que configura o reconhecimento explícito de que era necessário que a Constituição trouxesse um parâmetro para esses tratados internacionais, para aplicação interna.

O segundo dispositivo, grande momento da Emenda Constitucional n. 45, foi a criação do incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, no caso de grave violação de direitos humanos, com a finalidade de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil fosse signatário.

Não tenho a menor dúvida de que a norma não é de eficácia contida. Ela pode ser aplicada.

Penso também que cabe, sim, ao Procurador-Geral da República, no exercício de seu juízo de exame a respeito do caso concreto, ser portador do pedido de deslocamento do mencionado incidente.

Da mesma forma, não vislumbro qualquer defeito no fato de o constituinte ou legislador não ter definido o que é grave violação dos direitos humanos, porque grave violação dos direitos humanos é qualquer ofensa a direito humano. Assim como o Brasil, bem como outros países, não conceituou — pela sua temeridade em assim fazê-lo —, o que é uma organização criminosa, ou o que é terrorismo, também não deve, sob pena de deixar fora de sua abrangência, definir o que é grave violação aos direitos humanos.

Agora, parece-me, Sr. Presidente, que no caso deste incidente de deslocamento de competência não basta o pressuposto da grave violação de direitos humanos, decorrente do cumprimento ou descumprimento de obrigações assumidas pelo Brasil. É preciso saber se o Estado federado usou das suas estruturas para dar uma adequada resposta à violação desses direitos.

Não basta a ofensa aos direitos humanos, é preciso que essa violação não tenha sido investigada, apurada, não tenha sido objeto da persecução penal e de processamento e julgamento.

Pergunta-se: as instituições locais do Estado do Pará — não importa o passado, porque violação de direitos humanos não é exclusiva da referida unidade da Federação, mas do Estado brasileiro —, mostraram-se falhas, ineficazes ou omissas na prevenção e apuração desta ofensa aos direitos humanos? O voto do eminente Sr. Ministro-Relator e as manifestações aqui realizadas evidenciam que não.

Quanto ao processo, houve a investigação policial, com a participação da Polícia Federal, na forma da Lei n. 10.456/2005, juntamente com a Polícia local

na investigação deste crime, sem que essa lei ferisse o princípio da autonomia federativa. O Ministério Público deu a sua resposta, denunciando os acusados, e o Poder Judiciário, por sua vez, também está fazendo a sua parte, pois recebeu a peça acusatória e está processando o feito, o qual já se encontra em fase de apreciação da pronúncia.

Portanto, não houve, de qualquer forma, segundo meu ponto de vista, falha no aparato preventivo-repressivo de investigação, da persecução penal, do processamento e do julgamento deste caso concreto pelo Estado Federado, Estado do Pará.

Por essas razões, pedindo vênia ao brilhantismo costumeiro do Professor Cláudio Fontelles, é que não tenho a menor dúvida em acompanhar o Relator na conclusão do seu voto, julgando improcedente o pedido.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Sr. Presidente, começaria dizendo que subscrevo o detalhado, preciso, técnico e brilhante voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima que, a meu ver, enfrentou com superioridade todas as questões que lhe foram submetidas, notadamente em se considerando que se trata de instituto novo, quando, sabemos todos, as dificuldades são muito maiores no estudo de sua aplicação.

Mas não poderia deixar de acrescentar a minha preocupação pessoal. O dispositivo de que se está a cuidar, penso, revela certo preconceito com a Justiça Estadual, pois parte da premissa equivocada de que ela não tem condições, em "hipóteses de grave violação de direitos humanos", de prestar, em síntese, com a necessária presteza e imparcialidade, a jurisdição penal.

Além da imprecisão conceitual da expressão, dado o subjetivismo que a cerca, o dispositivo recentemente incorporado ao nosso texto constitucional não contribui para o aperfeiçoamento de nosso sistema legal, notadamente no que diz com a definição precisa de regras de competência processual.

Estamos enfrentando, a meu ver, uma exploração sensacionalista deste julgamento, como se a afirmação do Superior Tribunal de Justiça, no reconhecimento da competência de uma ou de outra Justiça, Estadual ou Federal, pudesse ter relação com o mérito da causa principal. Passou-se a impressão para a sociedade que só a Justiça Federal tem condições de apreciar, com absoluta isenção, essa causa, vale dizer, que só a Justiça Federal pode dar uma resposta ao dito reclamo social de punição. Não se trata de punir, mas de julgar.

As coisas não se passam assim. São bem diferentes.

Espero que o resultado deste julgamento, que já agora se delineia com os votos até aqui proferidos, não venha a ser tomado pela mídia como verdadeira sentença absolutória para os acusados da morte da missionária Dorothy Stang.

O voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima e os votos dos demais Ministros deixaram muito claro que o Estado do Pará como um todo, o seu Poder Judiciário, o Ministério Público, o sistema de segurança, agiu de imediato, tão logo noticiada a ocorrência do homicídio, estando na fase final a ação penal que imputa aos réus a prática do lamentável homicídio ali ocorrido.

Por isso, preocupado, como juiz há mais de trinta anos, com o que se possa pretender — e não estou afirmando que o Dr. Cláudio Fontelles, Procurador-Geral da República, reconhecido por toda a sociedade brasileira pelo brilhante trabalho que vem realizando à frente do Ministério Público, aliás instituição que vem sofrendo muitas injustiças em nosso país, e que precisa ter de nós, de todos os cidadãos, o maior respeito, assim agiu, bastando, para tanto, ver a sinceridade com que elaborou a inicial e hoje a sustentou neste plenário — com a adoção de regra de tal natureza, verdadeiro princípio de desconfiança da atuação da Justiça Estadual, manifesto minha crença na permanente união desses dois importantes segmentos do Poder Judiciário Nacional. Se querem confrontar a Magistratura Federal e a Estadual, não conseguirão. A Justiça Federal e a Justiça Estadual caminharão cada vez mais unidas. E nós temos muita responsabilidade na construção desse caminho.

Por isso, não vislumbrando, pelos motivos exaustivamente expostos no voto, e digo mais uma vez, brilhante do Ministro Arnaldo Esteves Lima, seguido daquelas considerações feitas por todos de forma brilhante também, não tenho como presente, com todo respeito ao ilustre Procurador-Geral da República, razão que justifique o deslocamento da competência do feito de que se cuida para a Justiça Federal.

Assim, acompanhando o Relator, indefiro o pedido de deslocamento de competência.

É como voto.

## VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, Srs. Ministros, Sr. Procurador-Geral da República. Depois do exaustivo e substancioso voto proferido pelo Sr. Ministro-Relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima, e das considerações já proferidas pelos meus eminentes pares, vejo-me na condição privilegiada de pouco ter a acrescentar, até para não incorrer em indevida repetição.

Como já foi feito, não poderia deixar de cumprimentar o eminente Procurador-Geral da República pela feliz proposição diante dos fatos aqui narrados pelo Sr. Ministro-Relator, fatos esses ressaltados pelo Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca como de grave omissão e que fizeram com que a Justiça do Estado, a Polícia e o Ministério Público, agissem, com a presteza necessária. Tanto que a instrução criminal já está prestes a encerrar com a apuração dos fatos e, certamente, com a punição dos culpados.

Com essas considerações, parabenizo o Procurador-Geral da República, pessoa que conheço de perto, pois trabalhamos juntos por vários anos, de enorme dinamismo, atuação e sensibilidade, por essa iniciativa e também pela forma como está conduzindo o Ministério Público Federal, instituição que tenho a honra de ter pertencido.

Parabenizando também o Sr. Ministro-Relator pelo substancioso voto proferido, esgotando praticamente o assunto.

Acompanho integralmente S. Exa. em sua conclusão, indeferindo o pedido de deslocamento de competência.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Sr. Presidente, estou a meditar. A reflexão não é um instante na vida do juiz. Traduz amadurecimento, estado de conduta, proposta ideal, concretude e resultado. A reflexão me conduz não apenas a falar do fato e dos autos, mas a uma abrangência maior, ou seja, a falar do fato, dos autos e da aurora, à sociedade brasileira. É preciso falar à imprensa e à sociedade brasileira. O magistrado sempre que puder fazê-lo, ao prestar jurisdição em momentos diversos, deve falar à sociedade brasileira o que lhe vai na alma, a qual contém a diretriz de sua consciência.

Parece-me mais fácil seguir as pegadas daqueles que buscam conter a impunidade por meio de idéias falaciosas, em que acusar é fácil, julgar se faz temerário e difícil.

É preciso meditar que, conforme salientara o Sr. Ministro Paulo Gallotti, existe entre nós um Poder Judiciário nacional, em igualdade de condições de juízes federais e juízes estaduais. É preciso salientar que buscamos acentuada imparcialidade, conduzir com espírito imparcial, refletir que a busca para punir não é a razão do magistrado. Então, às vezes, normas constitucionais inovadoras que buscam reprimir direitos humanos na sua violação nada mais fazem senão facilitar deveres impostos aos Estados e à União.

Assim, penso que a violação dos direitos humanos não deveria privilegiar um dos ramos da Justiça; assim, penso que a violação dos direitos humanos poderia tratar a igualdade nas diversas esferas do Poder Judiciário. E se não o fez e se essa é a realidade, cumpre, agora, a nós, magistrados, dar-lhe comedimento, não admitir precipitações, conter arremetidas para que não se desencadeie, em esferas diversas do Poder com instâncias diferentes e especializadas, a busca não de justiça, mas também de punição.

Penso que o crime é bárbaro, a violação é gravíssima, é historicamente revoltante, mas o Estado do Pará, como salientou o Sr. Procurador-Geral, está instrumentalizado, está fortalecido, está energizado para combater nas suas fronteiras o crime organizado ou não. A imensidão do seu território, os conflitos que a Reforma Agrária proporciona não podem servir para dizer que o Pará é in-

competente e a sua Justiça incapaz de dirigir seu próprio destino. Ela é capaz de fazê-lo e tanto já o fez, buscando conter no nascedouro facilidades que poderiam conduzir à impunidade.

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca traçou uma estatística que assusta cada um de nós, mas que não se contém no limite do Pará, ultrapassa o seu Estado, e nos preocupa, porque o que nos faz energizar para combater é a falência — disse o Sr. Ministro Gilson Dipp — do Estado brasileiro no combate à corrupção, no combate à criminalidade. Não é o Pará, mas o Estado brasileiro; não é o juiz, não é a polícia, não é o Ministério Público, mas está em nós a suficiência para combater a impunidade; está em nós não esfalecer as instituições mais fortes, mitigar os Estados que estão prometendo servir à ordem e à Justiça, mas fortalecer-lhes e dar-lhes créditos, porque, assim, o cidadão sabe que o território dele, não somente em um caso de direitos humanos — direitos humanos, como disse o Sr. Ministro Gilson Dipp, são as violações mais diversas que se fazem neste país —, mas que está em condições de reagir para julgar e não punir.

Penso que o deslocamento de competência terá no Superior Tribunal de Justiça, não apenas aqui e agora, mas sempre, um Tribunal que busca a ordem, que busca a segurança, que busca o cumprimento da lei, mas que também preserva a cidadania, que é sinônimo de liberdade, liberdade na busca da verdade, liberdade na busca da justiça, liberdade como resposta à consciência de cada julgador.

Disse que queria falar à sociedade brasileira, que pode acreditar, que, quando surgir violação aos direitos humanos, o juiz reagirá; acreditar, quando excessos forem desencadeados, que o juiz reagirá; acreditar que o juiz responderá à impressa que não pode ser o apanágio da divulgação inconseqüente, minimizando as Justiças dos Estados, mas há de ser a defensora primeira da reação múltipla da Magistratura nacional.

A Magistratura reagirá para que os seus juízes fundamentadamente — e aqui se faz tão-só fundamentadamente — afirmem à sociedade que ninguém será processado, ninguém será por antecipação punido, ninguém estará mais bem aquinhoado numa ou noutra Justiças federal ou estadual se não tiver a certeza exata do cumprimento da Constituição e da lei. Aqui e sempre os juízes reagirão; aqui e sempre os juízes sairão altivos e serão capazes de estancar procedimentos no nasce douro por não condizerem com a própria Constituição nacional.

Assim, expresso a minha manifesta repulsa à criminalidade neste país. Expresso o meu empenho em conter, na esfera reservada às minhas atribuições, a criminalidade. Expresso a minha solidariedade às instituições do Pará que souberam reagir e bem reagir para conter a impunidade no Estado brasileiro.

Adoto a fundamentação, na sua verticalidade e extensão, do Sr. Ministro-Relator, que desenhou o quadro probatório que se instaura, a perspectiva da lei que se lhe avizinha, o mandamento constitucional que está a nos conduzir.

Solidarizo-me, dizendo que queria fazer das palavras de S. Exª. as minhas palavras, porque dele já faço o meu pensamento, companheiros que somos de ideal, de lazer e de lutar constante. Quero fazer das expressões do Sr. Ministro Paulo Gallotti as minhas palavras, que procurou falar à sociedade sem dizer que o fazia, mas a ela estava a falar quando energizava as Justiças Federal e Estadual do nosso país. Quero falar ao experiente e culto Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca que a sua preocupação com a impunidade, a qual faz parte da sua vida — e o é de fato —, é a preocupação que faz parte do mais incipiente juiz brasileiro.

Espero, pois, que este julgamento seja a resposta do juiz aos que esperam e que possam neles acreditar, a resposta no engajamento contra o crime, contra a impunidade, mas nos estritos termos da lei e da Constituição.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, indeferindo o pedido de deslocamento de competência.

## VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Sr. Presidente, Srs. Ministros, nobre Procurador-Geral da República, é efetivamente ingrato o mister de me pronunciar por último, após votos tão percucientes, detalhados, minuciosos e bem calcados.

Faço, todavia, por dizer algo, iniciando por compartilhar efetivamente da preocupação manifestada pelo eminente Ministro Paulo Gallotti, no sentido de que não se veja este julgamento, não se veja esta apreciação sob um crivo suspeito, sob um crivo inepto, de que possa ela estar a tomar partido ou posição acerca dos fatos em si, que se buscam apurados pela Justiça, pelo Ministério Público, pela polícia, tanto a Polícia Civil do Estado do Pará, como a Polícia Federal. O que se está a apreciar, efetivamente, em termos restritos — isto foi muito bem colocado pelo eminente Procurador-Geral da República em caráter pontual — é simplesmente o incidente processual destacado no plano constitucional. Não se está a esmiuçar sobre os fatos delituosos, sobre a persecução em si. Não se trata agora de apreciar o crime perpetrado, o crime brutal, repulsivo, hediondo, e, sobretudo, chocante, que há de merecer e que já merece a reprovação de toda a sociedade. Muito menos se tem em conta por em julgamento a vítima, por sua atuação pretérita de apoio, como missionária abnegada, aos colonos, insuficientes e necessitados contra a ação nociva dos grileiros e dos predadores da região, onde buscava semear o seu plano benfazejo às populações carentes do local. O de que se trata aqui é, simplesmente, apreciar um incidente de natureza processual, qual seja o incidente de deslocação de competência, que, efetivamente, vejo também, acompanhando os votos precedentes, como de incidência imediata na sua eficácia, como regra de natureza e essência processual, ainda que no plano constitucional. Nessa linha, foi que se desacolheu a argüição de se tratar de uma norma de eficácia contida.

O que vejo, todavia, diante dos argumentos insuspeitos, que desenvolveu a Professora **Flávia Piovesan**, repetidamente trazida à colação, em diversos votos que antecederam a este que agora profiro, é a colocação que também foi lembrada pelo Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca, no sentido que a Comissão Pastoral da Terra, no período de 1985 a 2003, repito, de 1985 a 2003, vislumbrou o total de 1.003 crimes relativos a conflitos de terra, dos quais 75 teriam sido levados a julgamento. Em suma e no todo, não exclusivamente no Estado do Pará, como acentuou o Sr. Ministro Paulo Medina, de um universo de 1.349 pessoas assassinadas, só houve a condenação de 64 pistoleiros e de 15 mandantes, e mais, diz a Professora **Flávia Piovesan**, há hoje 13 casos de violência rural submetidos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, acrescenta, 6 deles ocorreram no Estado do Pará.

Mas, como acentuou o Sr. Ministro Gilson Dipp, o que se está tendo em conta são fatos passados. Há nisso uma retrospectiva escandida para justificar ou concretizar a razoabilidade do incidente de deslocamento, na espécie sob exame. Ora, com a devida vênia da eminente professora, o que está parecendo — e para lembrar conhecido memorialista, Embaixador Roberto Campos, trazendo à baila o título de obra sua, "Lanterna na Popa" — é pretender-se iluminar o passado para justificar o presente e projetar o futuro.

Com a devida vênia, no caso concreto, não há por que se devesse efetivamente, na medida em que o Estado do Pará, pela atuação de sua Polícia Civil, conquanto subsidiada ou apoiada na sua atuação pela Polícia Federal, do seu Ministério Público e do seu Poder Judiciário, divisar tenha havido omissão, leniência, tibieza, enfim, algo que revele inação do Estado do Pará, por suas autoridades constituídas, diante do fato que agora é objeto de persecução, pronta, eficaz, rápida e efetiva.

De outra parte, prossegue a Professora **Flávia Piovesan**, nesse seu trabalho sob o título: "Federalização dos Crimes Contra os Direitos Humanos, o que Temer?", referindo à existência de ofício do Incra ao Governador do Estado, em 17 de janeiro, pedindo proteção especial à missionária, o qual não fora respondido, bem como de

> "Carta da vítima à Secretaria da Defesa Social daquele Estado aos 19 de fevereiro de 2004, pedindo a proteção e nomeando aqueles que a ameaçavam e diversos ofícios da Procuradoria da República do Pará em 2004 que pediam proteção aos envolvidos na questão agrária do Estado, inclusive a vítima" (Boletim IBCCRIM, n. 150, maio de 2005, p. 09).

Possa, embora, impressionar, à primeira vista, essa argumentação, não me convenço, no sentido de justificar o cabimento e a pertinência do deslocamento da competência, e o faço tomando de empréstimo palavras do Professor **Zeno Veloso**, ilustre jurista paraense, ao dizer que:

> "Quanto ao lamentável episódio de Anapu, querem 'federalizar' o processo e julgamento do crime praticado. Uma das alegações é a de que a polícia estadual deixou de dar a devida proteção à vítima, que era ameaçada de morte.
>
> Ora, se cercar alguém de um grupo de seguranças fortemente armados fosse garantia absoluta de incolumidade, o presidente Kennedy não teria sido assassinado, o presidente Reagan não teria levado tiros na rua, o papa João Paulo II não teria sido baleado numa praça, para dar apenas esses exemplos" ("O Liberal", ed. de 12.03.2005).

Exemplos aos quais acrescentaria, para ver que na "carne do Judiciário também se corta", o dos eminentes e conhecidos Juízes Giovanni Pado Falconi e Paolo Borsellino, vitimados pela ação da máfia italiana, não obstante o fortíssimo aparato de proteção que os cercava. E o do juiz de Presidente Prudente-SP que foi também vitimado, a despeito de contar com uma relativa proteção das autoridades policiais do Estado, diante dos riscos que o cercavam, na condição de Corregedor de Presídios na região.

Pois bem; diz então a Professora **Flávia Piovesan**, para concluir o seu trabalho:

> "Para os Estados cujas instituições responderem de forma eficaz às violações, a federalização não terá incidência."

E mais:

> "Tão-somente encorajará a importância da eficácia das respostas. Para os Estados, ao revés, cujas instituições mostrarem-se falhas, ineficazes ou omissas, estará configurada a hipótese de deslocamento de competência para a esfera federal. *A responsabilidade primária no tocante aos direitos humanos é dos Estados*, enquanto que a *responsabilidade subsidiária passa a ser da União*" (**op.** e **loc. cits.**, g.n).

A propósito desta colocação, trago também à colação palavras de culto Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Jorge Assaf Maluly, no sentido de que se não há um comprometimento do Ministério Público ou das Justiças Estaduais, mas apenas ineficiência ou demora das investigações conduzidas pela Polícia Civil do Estado, fosse o caso e para este, então, o ordenamento jurídico apresentaria medida alternativa, menos gravosa ao pacto federativo e apta a produzir o mesmo resultado desejado, isto é, o esclarecimento do fato delituoso, com a possibilidade de intervenção da Polícia Federal na fase investigativa, nos precisos termos da Lei n. 10.446, de 08.05.2002. E mesmo que houvesse, prosse-

gue o promotor, uma demora da Polícia Civil do Estado no esclarecimento do crime, — é bom destacar —, tal circunstância por si não bastaria para justificar a federalização, se o retardo não foi provocado por ato arbitrário ou intencional de embaraço ou impedimento ao procedimento investigatório. A falta, frise-se, sempre poderá ser suprida pela atuação conjunta da Polícia Federal.

Nesta mesma linha, o Professor **Luiz Flávio Gomes**, dá conta de que, quando a polícia e/ou a Justiça estadual atuam prontamente, sem nenhum tipo de morosidade ou de descuido, antes e depois da grave violação, não se pode justificar o deslocamento da competência, que poderá ocorrer na investigação do fato ou mesmo durante a marcha processual; pela letra da lei, assim, em qualquer momento do processo poderá haver o deslocamento, antes ou depois do trânsito em julgado.

A propósito, tive a preocupação, ainda hoje pela manhã, de consultar o andamento processual deste feito, na espécie de que se está cuidando. E a notícia constante extraída do site do Tribunal de Justiça do Estado do Pará é nos seguintes termos:

> "O Promotor Lauro de Freitas apresentou ontem, ao Juiz Lucas do Carmo de Jesus, de Pacajá, as alegações finais da acusação no caso Dorothy Stang. Na peça judicial o Promotor reforça a denúncia de crime de encomenda e aponta as razões pelas quais considera que os cinco acusados devam ser acusados. Na seqüência, o Juiz abriu o prazo de cinco dias, que começa a contar a partir de hoje, para os advogados de defesa também apresentarem suas alegações finais, onde elencarão os motivos, pedindo absolvição dos denunciados. Após a apresentação das alegações pela acusação e defesa, o Juiz vai avaliar a ação penal, decidindo na próxima semana sobre a pronúncia ou impronúncia dos réus, levando-os ou não a julgamento popular."

E termina:

> "A instrução criminal foi finalizada em tempo recorde. A denúncia contra os acusados foi apresentada pelo MP e recebida pela Justiça no início de março, menos de um mês depois do crime, ocorrido em 12 de fevereiro deste ano. Os réus foram ouvidos em interrogatório, alguns por mais de uma vez, assegurando-se os princípios do contraditório e ampla defesa. Os depoimentos das testemunhas de acusação e defesa foram tomados em Belém, Pacajá e Altamira. Também foi determinado pelo Juiz, atendendo a pedido das partes, a realização de perícia em provas audiovisuais juntadas ao processo."

Em suma, o processo realmente está em sua fase final, aprontando-se para ser levado à etapa de pronúncia.

Por estas razões, Sr. Presidente, Srs. Ministros, Sr. Procurador-Geral da República, a quem tributo minha homenagem pela sua louvável iniciativa e pela prontidão no sentido de efetivamente contribuir para a apuração e para a persecução desse gravíssimo crime perpetrado contra uma missionária, entendo, todavia, que a Polícia Civil, se realmente houve inicial desvio de rumo — o que me causa até perplexidade, diante das circunstâncias — de o inquérito policial aberto pela Polícia Civil do Estado havê-lo sido em 12.02.2005, ao passo que o inquérito instaurado pela Polícia Federal, o foi já no dia seguinte — o que, repito, causa certa estranheza, já se pudesse naquele momento, de um dia para outro, perceber esse desvio de rumo — mas, de qualquer forma, ambas as polícias, agindo em conjunto, em cooperação, tendo levado a cabo o ingente mister de, em tempo recorde — como se afirmou — chegar aos autores, bem como aos mandantes deste gravíssimo crime, tudo isso indica, todavia, que o Poder Judiciário do Estado do Pará e o Ministério Público do Estado do Pará, efetivamente, tiveram, na espécie em exame, uma atuação pronta, rigorosa e escorreita, pelo que reputo e, digo também, fazendo a ressalva de não divisar quem sustente em prol do incidente de deslocamento de competência tenha este propósito, que o Ministério Público paraense e o Poder Judiciário do Pará, no caso concreto, nesta ocorrência, não merecem, **data venia**, um voto de desconfiança pela sua atuação em passado recente, nem pela que se desenvolve no presente, nem por uma dúvida que vejo também como preconceituosa quanto ao seu desempenho futuro na persecução penal, que se instaura e se desenvolve regularmente, com probabilidade intensa de chegar a bom termo, com a punição dos culpados.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, a quem presto minha homenagem pelo trabalho desenvolvido e pela laboriosa apresentação de argumentos convincentes, no sentido do indeferimento do pedido de deslocamento de competência.

É como voto.

# RECURSO ESPECIAL N. 259.185-RJ (2000/0048275-7)

Relator: Ministro Barros Monteiro
Recorrente: Romilton de Souza Corrêa
Advogados: Ekel Luiz Servio de Souza e outros
Recorrida: Gizelda Leitão Teixeira
Advogados: Leopoldo Peres e outros

## EMENTA

Responsabilidade civil. Depoimento prestado em procedimento administrativo-militar, em que o averiguado manifesta sentimento de intimidação e temor de interferência de Promotora de Justiça, dada a sua transferência para a Justiça Militar tão logo divulgada a documentação pertinente ao envolvimento de seu marido em fatos comprometedores. Conduta ilícita inexistente. Improcedência da ação.

Entre os elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil por dano moral, há de incluir-se a ilicitude da conduta do agente, aspecto não ocorrente no caso. Hipótese em que, em seu depoimento, o averiguado procurou destacar o cunho de intimidação de que padecia e o temor de interferência da promotora, recém-transferida para a Justiça Militar.

Recurso especial conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

---

**DJ 04.04.2005**

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Gizelda Leitão Teixeira, Promotora de Justiça, ajuizou ação de indenização por dano moral contra Romilton de Sousa Corrêa, Major da Polícia Militar, sob a alegação de que teve a sua honra ofendida pelo réu quando prestou declarações no procedimento administrativo-militar instaurado pelo Comando da Polícia Militar com o objetivo de apurar a autoria de informações caluniosas e difamatórias perpetradas contra a honra do Major Marcos José Pinto, marido da autora. Esclareceu que o réu, em seu depoimento, imputou-lhe conduta desairosa e indigna ao insinuar que ela, Promotora de Justiça, atuante na Auditoria da Justiça Militar e esposa da parte interessada no procedimento de averiguação, poderia valer-se de sua função para interferir no feito, com fortes indícios de intimidação ao declarante. Disse que, finda a investigação, e tendo concluído o Coronel PM Chefe do Estado Maior pela existência de indícios de crime, os autos foram enviados à Auditoria Militar, na qual o Ministério Público ofereceu contra o réu a denúncia por crime de calúnia e difamação.

O MM. Juiz de Direito, entendendo que o réu, ao desconfiar do comportamento da autora causou-lhe danos morais, julgou procedente o pedido para condená-lo ao pagamento da quantia equivalente a 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos, acrescidos de juros de mora, contados da citação, custas processuais e honorários de advogado fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Juntaram-se os documentos de fls. 177/181.

A Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do demandado para reduzir a 100 (cem) salários mínimos o valor da condenação. Eis a ementa do julgado:

> "Responsabilidade civil. Danos morais.
>
> Anulada sentença proferida na ação penal por difamação, não repercute na esfera civil.
>
> Imputação danosa, pessoal e funcional, à ofendida.
>
> Comentários feitos pelo apelante enquanto prestava depoimento em ação penal, que envolvia o marido da apelada, Promotora de Justiça, no sentido de que esta poderia interferir no processo, acusando-a ainda de intimidá-lo como réu, naquela ação.
>
> Fatos lesivos evidenciados, surge o dever de indenizar, em conseqüência.
>
> Conquanto proporcional o valor arbitrado, pode ser reduzido, à consideração dos ganhos do apelante.
>
> Provimento parcial do recurso." (Fl. 184)

Os embargos de declaração foram rejeitados em acórdão assim vazado, no que ora interessa:

> "Os embargos de declaração sedimentam-se em alegada omissão relativa a documentos, tidos como relevantes pelo embargante, que não teriam sido considerados no aresto.
>
> Contudo, a alegada omissão relativa aos documentos de fls. 177/181 não é de se acolher, os mesmos não passaram pelo crivo do contraditório, uma vez que juntados após o relatório dos embargos infringentes, razão pela qual não podiam ser considerados no julgamento." (Fl. 199)

Inconformado, o réu manifestou este recurso especial com arrimo na alínea **a** do permissivo constitucional, apontando negativa de vigência aos arts. 458, II; 535, I e II, do CPC; 159, 1.525 e 1.547, parágrafo único, do Código Civil de 1916. Afirma que os fundamentos do acórdão dos declaratórios estão em divergência com as questões fáticas, ou seja, a sentença criminal, uma vez completada, manteve a absolvição do recorrente, tendo sido juntada aos autos antes do julgamento da apelação e não após o relatório dos embargos infringentes que não foram sequer opostos. De outro lado, sustentou que, absolvido na esfera criminal por inexistência de crime, não há falar em indenização por ofensa à honra. Aduziu não se poder reputar lesivas as declarações prestadas pelo réu em interrogatório, nas quais diz ele temer possível intervenção de um membro do Ministério Público em ação penal pela qual responde. Por fim, pugnou pela redução do valor indenizatório, afirmando tratar-se de modesto oficial da Polícia Militar que recebe como vencimento não mais que R$ 3.000,00 (três mil reais).

Oferecidas as contra-razões, o apelo nobre foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. O acórdão recorrido contém alguns equívocos no tocante a alguns aspectos fáticos da lide, quais sejam: a) a anulação da sentença proferida na ação penal movida contra o ora recorrente por calúnia e difamação, quando, na verdade, a decisão, após a complementação noticiada a fls. 177/179, fora absolutória, com trânsito em julgado (fls. 180/181); b) a juntada desses documentos ocorreu antes do julgamento da apelação, e não depois do relatório dos embargos infringentes, inexistentes no caso; c) as declarações prestadas pelo réu recorrente, em cujo bojo se conteve o comentário tido como desairoso à honra da autora, deu-se em procedimento administrativo-militar, denominado "averiguação".

A despeito de tais equívocos, não se pode considerar como afrontados na espécie os arts. 458, II, e 535, I e II, do CPC, uma vez que a decisão combatida pronunciou-se sobre o **punctum dolens** da controvérsia com os fundamentos que lhe pareceram pertinentes e porque, com referência à documentação acostada a fls. 177/181, entendeu não terem eles passado pelo crivo do contraditório (fl. 199).

2. Para a solução do litígio, impende expor a síntese dos fatos que antecederam o comentário feito pelo réu, ora recursante, no depoimento prestado na averiguação instaurada.

O marido da autora, então Capitão PM Marcos José Pinto, quando indicado para servir no CISP ("Centro de Inteligência de Segurança Pública) teve a sua vida investigada, sendo-lhe desfavorável o resultado da investigação, com a imputação de crimes graves e de conduta incompatível com a condição de militar.

Em razão do "relatório" apresentado, instaurou-se um procedimento administrativo-militar, denominado "averiguação", com a finalidade de apurar a sua autoria, "chegando-se finalmente à pessoa de três militares, dentre eles o Réu, Romilton de Souza Corrêa" (petição inicial, fl. 2).

Essa apuração resultou em denúncia oferecida contra o réu e outros militares na à Auditoria de Justiça Militar por delitos de calúnia e difamação.

Na referida "averiguação", em data de 02 de janeiro de 1996, o réu recorrente prestou depoimento, em que, quase ao seu final, teceu o seguinte comentário, que é precisamente o objeto desta lide, **in verbis**:

> ... "que, finalmente, espera que o Ministério Público cumpra seu papel constitucional com isenção e equilíbrio, impedindo que um de seus membros, cônjuge de parte interessada no presente processo apuratório, transferido/removido para a DRDCI/AJMERH, tão logo foi divulgada a documentação do SSP/Cisp envolvendo o Major Marcos, sendo este que teria sido o autor da reprodução xerografada, interfira sistematicamente no feito, com fortes indícios de intimidação ao declarante, como poderá ser provado em futuro próximo"... (fl. 58).

De salientar-se que esse excerto do depoimento prestado pelo réu no procedimento administrativo-militar se encontra transcrito tanto pela sentença como pelo acórdão recorrido. A exposição acima feita tem como finalidade apenas esclarecer o quadro dos fatos, em cujo contexto está o trecho-comentário que a autora tem como desairoso, indigno, lesivo à sua honra.

3. Em primeiro lugar, cabe consignar-se que a sentença absolutória do réu quanto aos crimes de calúnia e difamação de que teria sido vítima a autora desta ação, Gizelda Leitão Teixeira, não se torna imperativa ao Juízo Cível, como

está a pretender o recorrente com base no art. 1.525 do Código Civil de 1916. Ocorre que a absolvição, conforme o próprio recursante esclareceu na forma da documentação por ele apresentada, ocorreu com fundamento no art. 439, letra **b**, do Código de Processo Penal Militar, ou seja, "não constituir o fato infração penal".

Na ação penal, portanto, não se reconheceu a inexistência do fato, nem se afastou o réu da autoria (art. 1.525 do CC/1916, acima mencionado, e 66 do Código de Processo Penal).

Consoante jurisprudência desta Casa, "o que o art. 1.525 do Código Civil obsta é que se debata no juízo cível, para efeito de responsabilidade civil, a existência do fato e a sua autoria quando tais questões tiveram sido decididas no juízo criminal". (REsp n. 257.827-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). Na mesma linha confiram-se os REsps ns. 409.890-RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, e 6.914-DF, de minha relatoria).

Nesses termos, não há falar **in casu** em contrariedade do art. 1.525 do Código Civil de 1916.

4. Incumbe analisar se, de fato, o réu, no excerto em questão de suas declarações, consciente e voluntariamente, teceu comentários desairosos e indignos que macularam a honra da ora recorrida. Para a sentença, a mera desconfiança lançada contra a conduta profissional da Promotora de Justiça já é o bastante para caracterizar o dano moral por ela suportado. Por sua vez, o Tribunal **a quo** considerou que o réu, ao atribuir à autora o descumprimento de seu dever funcional, atingiu a sua honra pessoal, causando-lhe danos.

Penso, porém, que não é bem assim. O réu, no trecho focado, não imputou à autora o desvio de cunho funcional; apenas se mostrou temeroso ante a circunstância — que destacou — de haver ela, na qualidade de promotora, ter-se transferido para a DRDCI/JMEMH tão logo divulgada a documentação referente ao envolvimento do marido, Major Marcos José Pinto. Tal apreensão não era desarrazoada, pois, naquele procedimento administrativo-militar (a "averiguação"), era ele um dos militares investigados, como, aliás, asseverou a própria suplicante em sua peça exordial: "2. Em razão de tal documento foi instaurado procedimento apuratório para investigar sua autoria, chegando-se finalmente à pessoa de três militares, dentre eles o réu Romilton de Souza Corrêa" (fl. 2).

Em seguida, finda a "averiguação", o Ministério Público efetivamente ofereceu denúncia contra o réu e mais três militares (fls. 6/7).

Pelo que se pode depreender do comentário questionado, o ora recorrente pretendeu manifestar ali a sua inquietação quanto à isenção e equilíbrio do representante do Ministério Público, dada a transferência de lotação da autora tão logo divulgada a documentação relativa ao envolvimento do seu marido. E tal circunstância é denotada pela sua assertiva de que se sentia intimidado ("com fortes indícios de intimidação" ao declarante - fl. 58). Procurou ele, em última análise, esboçar defesa em seu prol, dado que, no depoimento reiterara não só a

forte inimizade mantida com o Major Marcos José Pinto, mas também a circunstância de que fora portador de notícias gravemente comprometedoras em relação ao seu desafeto, incompatíveis com a sua condição de militar.

Não se pode dizer, pois, tenha tido o réu o intento de macular a honra da demandante. O seu escopo foi o de simplesmente enfatizar a situação em que se encontrava, como averiguado e possível réu em ação penal que, de resto, instaurou-se logo em seguida.

Não havendo conduta ilícita, não há falar em reparação de prejuízos, quer de ordem material, quer de ordem moral. O comportamento do réu na ocasião não pode ser reputado como abusivo ou anômalo. Basta atentar-se para os termos em que vazada a sentença criminal absolutória, complementar, para verificar-se a ausência absoluta do desígnio do réu em ofender a honra pessoal e funcional da demandante. É ler-se:

> "Saliente-se, em primeiro lugar, que não consta da preambular em que circunstância, nem em que condição o major Romilton de Souza Corrêa prestou tal declaração, o que faz a denúncia ser imediatamente considerada como lacunosa e impeditiva do exercício do pleno direito de defesa.
>
> Em segundo lugar, somente através de um verdadeiro malabarismo interpretativo é que se pode chegar à conclusão de que as palavras acima referidas podem 'dar a entender' a conclusão a que chegou o Dr. Promotor de Justiça.
>
> Em terceiro lugar, basta que se faça a leitura dos arts. 214 e 215 do CPM para que se evidencie, sem a menor dúvida, que os tipos ali definidos não admitem para as figuras da calúnia e da difamação abstrair o núcleo dos referidos tipos consubstanciado no verbo 'imputar' admitindo as formas insinuar ou dar a entender como existente tal intenção quando as palavras ditas pelo réu formam uma seqüência lógica de quem pretende exteriorizar um fundado temor diante da viabilidade de um acontecimento futuro." (Fl. 178)

Tais fundamentos, se não obrigam imperativamente o Juízo Cível consoante acima registrado, ao menos servem para evidenciar a falta, no caso, do desígnio de atingir a honorabilidade da Drª. Promotora de Justiça.

No magistério de **Caio Mário da Silva Pereira**, "a essência da responsabilidade civil para o legislador de 1916 reside na determinação do comportamento culposo do agente, ou sua culpa. Para se determinar a obrigação de reparar o dano cumpre, então, precisar em que consiste o comportamento culposo. Reside a culpa na infração de uma regra de conduta preexistente, seja esta assentada em disposição de lei, seja estabelecida em cláusula contratual" ("Responsabilidade Civil. (Aspectos) no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Descon-

sideração da Personalidade", in "Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas", Ano IX, n. 7. 1° Semestre de 1995, p. 128).

Como visto acima, o réu, na parte final de seu depoimento, pretendeu apenas mostrar o seu temor diante da circunstância que indicara. Não se pode entrever ali comportamento censurável, qualificado pela culpabilidade.

Conforme escólio de **Humberto Theodoro Júnior**, "para que se considere ilícito o ato que o ofendido tem como desonroso é necessário que, segundo um juízo de razoabilidade, autorize a presunção de prejuízo grave, de modo que 'pequenos melindres', insuficientes para ofender os bens jurídicos, não devem ser motivo de processo judicial. De **minimis non curat praetor**, já ressaltavam as fontes romanas. Enfim, entre os elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil por dano moral, hão de incluir-se, necessariamente, a ilicitude da conduta do agente e a gravidade da lesão suportada pela vítima (**Amarante**, ob. cit., loc. cit.; **Antônio Chaves**, ob. cit., loc. cit)" ("Dano Moral", pp. 7/8, 3ª ed., 2000).

A propósito, já decidiu este Tribunal, quando do julgamento do REsp n. 39.236-RJ, Relator Ministro Waldemar Zveiter, que a caracterização do ato ilícito se condiciona à ocorrência de dolo, temeridade ou má-fé do agente.

Em suma, tendo o v. acórdão imposto ao réu condenação por dano moral, quando inexistente a conduta ilícita por parte do agente, contrariou ele a norma do art. 159 do Código Civil de 1916.

5. Isso posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento a fim de julgar improcedente a ação. Pela autora as custas processuais e os honorários advocatícios da parte contrária, estes últimos arbitrados em 20% sobre o valor atualizado da causa.

É o meu voto.

# RECURSO ESPECIAL N. 605.641-RS (2003/0201195-7)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Recorrentes: Marcos Jawetz e cônjuge
Advogados: Isaac Alster e outro
Recorrida: Carin Elizabeth Horst
Advogados: Daniela Pinto Miranda e outro

## EMENTA

Ação de indenização. Ação cautelar de arresto. Dano moral. Impenhorabilidade do bem arrestado. Lei n. 8.009/1990.

1. O ato praticado pelo oficial de justiça em decorrência de decisão judicial não é causa suficiente para a imposição de indenização por danos morais.

2. Sendo o bem arrestado protegido pela Lei n. 8.009/1990, não pode ser afastada a impenhorabilidade por circunstância não incluída nas exceções legais.

3. Recurso especial conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Sustentou oralmente o Dr. Isaac Alster, pelos recorrentes.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

---

DJ 29.11.2004

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Marcos Jawetz e cônjuge interpõem recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

> "Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais direta contra os transmitentes originários. Possibilidade. Ainda que em sucessivas transações. Dano moral. Ocorrência. Culpa aquiliana ou extracontratual. Possibilidade de acionamento direto dos anteriores proprietários. Art. 159 do Código Civil brasileiro, art. 333, I, do CPC.
>
> Culpa aquiliana. Danos materiais. Requisitos. Ônus da prova.
>
> Admitindo a possibilidade de responsabilização direta dos proprietários primórdios, em sucessivas transações, é ônus da autora comprovar da concretização do dano, não bastando o receio, ainda que fundado, de dano iminente. Necessária também a prova do dolo ou culpa. Ausente a prova quanto a estes requisitos, improcede a indenizatória pelos danos materiais com fulcro na culpa aquiliana.
>
> *Danos morais.* Possível a responsabilização quanto aos danos morais, eis que além de resultar de culpa extracontratual, a prova tão-só da ocorrência do fato ou do evento é capaz de gerar a dor e o sofrimento indenizável.
>
> *Rejeitadas as preliminares, apelação parcialmente provida. Sucumbência redimensionada*" (fl. 235).

Opostos dois embargos de declaração (fls. 252/253 e 256 a 259), ambos foram rejeitados (fls. 262 a 265 e 267 a 273).

Argúem os recorrentes ofensa dos arts. 159 do Código Civil de 1916, e 1º e 3º da Lei n. 8.009/1990, haja vista que o acórdão recorrido, "mesmo reconhecendo o imóvel como residência dos recorrentes, determinou a inscrição da hipoteca judicial"(fl. 286), além de "ampliar as exceções à impenhorabilidade" (fl. 286).

Alegam não ser cabível a indenização por dano moral, haja vista que não restou comprovado o dolo ou a culpa dos requeridos, elemento indispensável para viabilizar a responsabilização com base na culpa aquiliana.

Sustentam que, "embora o acórdão não tenha afirmado explicitamente, ele ampliou as exceções previstas no art. 3º e não distinguiu o ilícito civil do penal, contrariamente o que a lei fez" (fl. 287).

Apontam dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgado desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 296 a 300), o recurso especial (fls. 280 a 288) foi admitido (fls. 309/310).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): A recorrida ajuizou ação ordinária de indenização alegando que comprou o imóvel em que reside com financiamento pela Caixa Econômica Federal; que antes de ser propriedade dos vendedores pertenceu aos réus, os quais também o são em numerosas ações trabalhistas, ademais de outras ações como devedores; que recebeu a visita de um oficial de justiça em março de 1988 para penhorar o imóvel; que em outra ação trabalhista ingressou com embargos de terceiro, sem êxito, sendo a venda considerada em fraude de execução; que diante do risco de perder seu único bem é que recorre ao Poder Judiciário. Ajuizou, também, uma cautelar de arresto, em apenso.

A sentença julgou procedentes as demandas para condenar os réus ao pagamento de R$ 16.500,00, pagos inicialmente para aquisição do imóvel financiado, com correção monetária de 25.06.1997 e juros moratórios de março de 1998, bem como à quitação do financiamento assumido pela autora junto à Caixa Econômica Federal, no prazo de trinta dias. Impôs, ainda, a condenação por dano moral no equivalente a 120 salários mínimos vigentes em março de 1998, com juros de mora e correção monetária desta data pela natureza ilícita do ato.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proveu, em parte, a apelação dos réus, para afastar a indenização por danos materiais. Para o Tribunal local, não comprovou a autora a existência de um dano material já concretizado. Manteve a condenação por dano moral e afastou a incidência da Lei n. 8.009/1990 sobre o imóvel dos réus em decorrência da cautelar de arresto.

Os embargos de declaração interpostos pela autora não foram recebidos.

O primeiro ataque do especial é no flanco do dano moral, sustentando os recorrentes que o próprio acórdão recorrido reconheceu que o dolo e a culpa não foram demonstrados, não tendo havido o imperativo nexo causal. O acórdão recorrido considerou os atos específicos de ser a autora procurada por inúmeros oficiais de justiça que buscaram efetivar a penhora em seu único bem imóvel. Identificou que a ameaça trazida pelos oficiais de justiça, não um nem dois, mas inúmeros, sem dúvida acarretou abalo psíquico. Ora, sob todas as luzes não há como identificar causa suficiente para a imposição de indenização por dano moral no fato de ter o oficial de justiça, em decorrência de ordem judicial, procurado cumprir seu mister.

Quanto ao segundo ponto, o da configuração do imóvel arrestado como bem de família, argumenta que teria havido violação dos arts. 1° e 3° da Lei n. 8.009/1990, bem como divergência jurisprudencial.

No que concerne ao dissídio, embora tenha o especial entendido que a própria ementa dispensa a demonstração analítica, o fato é que a situação concreta não é a mesma, porque o paradigma não trata do fundamento acolhido pelo acórdão recorrido, assim o de que "por ser residencial e único o imóvel, também o é o da apelada. Assim, deve o julgador fazer o cotejamento entre as duas situações distinguindo-as. Impossível acolher a alegação de impenhorabilidade quando esta será véu de exoneração de responsabilidade lídima e necessária" (fl. 248).

Resta examinar a questão pela letra **a**. A autora-recorrida ingressou com cautelar de arresto, que o juiz entendeu procedente, porque atendidos os pressupostos do art. 813 do Código de Processo Civil. Para a sentença, "no caso não ocorre a incidência da Lei n. 8.009/1990 ou qualquer outra garantia de utilização do bem arrestado como residência familiar" (fl. 167), remetendo o tema para a decisão liminar, que considerou que também o imóvel da ré é residencial e o "desapossamento iminente deve ser cotejado com o desapossamento decorrente do arresto deferido, cedendo este ao direito superior do adquirente de boa-fé, já que buscam os réus proteção legal para sua própria torpeza, sem promoverem a garantia da reparação pretendida" (fl. 167).

Creio que têm razão também aqui os recorrentes. Julgada procedente a ação principal, o arresto se resolve em penhora (art. 818 do Código de Processo Civil). Recaindo sobre bem de família, como no caso, porque os réus residem no imóvel e isso não é desmentido pelo acórdão recorrido, que, tão-somente, entendeu que entre o bem de família da autora e o dos réus, este deve ceder, aplica-se a proteção legal.

Mas a interpretação oferecida pelo acórdão recorrido, na minha compreensão, agride os arts. 1 ° e 3° da Lei n. 8.009/1990. De fato, das situações previstas no art. 3° nenhuma está presente. Não pode a jurisprudência criar uma situação jurídica que a lei não estabelece para amparar o bem de família, no caso, o cotejo entre o imóvel residencial da ré e o dos recorrentes. Ambos são protegidos, configurados como bens de família, não sendo possível substituir um pelo outro. Por outro lado, o fundamento de que a alegação de impenhorabilidade "será o véu da exoneração de responsabilidade lídima e necessária" (fl. 257) não se encontra na lei especial de regência. Como já decidiu esta Corte, as "exceções à impenhorabilidade são as expressamente previstas em lei" (REsp n. 205.040-SP, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 13.09.1999).

Eu conheço do especial e lhe dou provimento para afastar a indenização por dano moral e reconhecer a impenhorabilidade do bem arrestado. Custas e honorários de 10% sobre o valor da causa pela parte vencida.

# NOTICIÁRIO

### *Dois novos Promotores de Justiça tomaram posse perante o Conselho Superior*

No dia 7 de julho de 2008, o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, deu posse, em sessão solene do Conselho Superior do Ministério Público, no cargo de Promotor de Justiça Substituto, a dois aprovados no penúltimo concurso para ingresso na classe inicial da carreira.

Foram empossados os bacharéis *Tatiana Kaziris de Lima Augusto Pereira* e *Paulo Leal Medeiros Moreira*. Os novos Promotores de Justiça Substitutos prestaram compromisso e, em seguida, o Secretário-Geral do Ministério Público, *Flodesmidt Riani*, leu os respectivos termos de posse.

O Procurador-Geral de Justiça, após entregar os atos de nomeação aos empossados, declarou-os investidos no cargo, dando-lhes boas vindas e desejando-lhes uma carreira plena de êxitos e realizações.

Os dois novos Promotores foram empossados em cumprimento à decisão judicial em mandado de segurança no qual se discutiu o termo inicial da prática de atividade jurídica.

### *Tomaram posse os 31 novos Promotores de Justiça Substitutos*

Em cerimônia aberta pelo Procurador-Geral, *Marfan Martins Vieira*, os 31 Promotores de Justiça Substitutos, aprovados no XXX Concurso para ingresso na carreira do Ministério Público, tomaram posse perante o Conselho Superior do MP, em sessão solene realizada no dia 14 de julho de 2008, no auditório dos Órgãos Colegiados, no 4.° andar do novo prédio da Procuradoria-Geral de Justiça.

O primeiro colocado, *Arthur Machado Paupério Neto*, prestou compromisso, que foi repetido pelos demais 30 novos promotores.

Após o Secretário-Geral do Ministério Público, *Flodesmidt Riani*, ler e assinar o termo de posse, os aprovados fizeram o mesmo. O Procurador-Geral, então, declarou-os investidos no cargo.

Os novos Promotores de Justiça Substitutos foram saudados pela Procuradora de Justiça *Maria Cristina Menezes de Azevedo*, que acrescentou serem eles representantes de uma nova onda de energia e idéias para o Ministério Público do Estado.

Tomaram posse os seguintes Promotores de Justiça Substitutos: *Arthur Machado Paupério Neto, Paula Marques da Silva, Elisa Bastos Mutschaewski, Sílvia Regina Aquino do Amaral, Olívia Motta Venâncio, Vinícius Ribeiro, Cristiane de Sousa Campos da Paz, Leonardo Yukio Dutra dos Santos Kataoka, Flávia da Silva Marcondes,*

---

**Obs.:** Dados extraídos do sítio da Intranet MPRJ.

*Sílvio Ferreira de Carvalho Neto, Luís Cláudio Senna Consentino, André Farah Alves, Luciana Queiroz Vaz, Sérgio Ricardo Fernandes Fonseca, Alexey Kolouboff, Daniele Jardim dos Santos Tavares, Daniele Medina Maia, Sandro Fernandes Machado, André Constant Dickstein, Felipe Soares Tavares Morais, Daniela Pessoa Santos, Roberta Rosa Ribeiro, Renata Scharfstein, Bruno de Sá Barcelos Cavaco, André Luiz Noira Passos da Costa, Marcello Marcusso Barros, Mariana Luzia de Vasconcelos Zampier, Anderson Torres Bastos, Letícia Emile Alqueres Petriz, Christiana de Souza Minayo e Daniella Faria da Silva Bard.*

## *PGJ abriu curso de capacitação para novos promotores*

No dia 14 de julho de 2008, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Marfan Martins Vieira*, participou no Centro de Estudos Jurídicos (Cejur), da abertura do curso de capacitação, destinado aos Promotores de Justiça aprovados no XXX Concurso, que estão em estágio confirmatório.

Em seu discurso aos novos membros, o PGJ destacou a importância da independência no exercício da atividade, mas ressaltou o valor da unidade institucional.

Ao falar dos objetivos do curso, o PGJ acentuou que será dedicado ao exercício de atividades eminentemente práticas. Marfan também falou da importância de os presentes se associarem a entidades como Amperj, Camperj e Coomperj, cujos serviços são de grande relevância para a classe.

Além do PGJ, integraram a mesa de abertura do curso o Presidente da Amperj, *Eduardo Gussem*; a Coordenadora do Cejur, *Maria Cristina Tellechea*; e o Coordenador de Movimentação, *Guilherme Mattos de Schueler*, que explicou como funciona a movimentação dos promotores.

Nesta semana, os participantes do curso receberão palestrantes que vão tratar do funcionamento dos CAOPs e dos CRAAIs; e da prática jurídica ministerial, especificamente a relacionada à matéria criminal

## *MP festejou posse de novos Promotores*

O Theatro Municipal do Rio de Janeiro viveu no dia 24 de julho, uma noite emocionante, com os 33 aprovados no XXX Concurso festejando a posse no cargo de Promotor de Justiça Substituto. A platéia e as galerias ficaram lotadas de amigos, parentes e membros da Instituição, que foram prestigiar os novos colegas.

Ao lado do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Marfan Martins Vieira*, integraram a mesa de honra o Governador do Estado, *Sergio Cabral Filho*; o Presidente do Tribunal de Justiça, desembargador *Carlos Schmidt Murta Ribeiro*; o Corregedor-Geral de Justiça, Desembargador *Luiz Zveiter*; o Se-

nador *Demóstenes Torres*; o Comandante do III Comando Aéreo Regional, Major-Brigadeiro-do-Ar *Marco Aurélio Gonçalves Mendes*; o Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado, *Márcio Barra Lima*; o Secretário de Administração Penitenciária, *César Rubens Monteiro de Carvalho*; o Defensor Público Geral do Estado, *José Raimundo Batista Moreira*; o Delegado Chefe da Polícia Civil, *Gilberto da Cruz Ribeiro*; o Membro do Conselho Nacional do MP, *Paulo Freitas Barata*; o Presidente da Amperj, *Eduardo Gussem*; o presidente da Associação Brasileira de Imprensa, *Maurício Azedo*; o Presidente da Camperj, *Arthur Pontes Teixeira*; o Presidente do Centro dos Procuradores de Justiça, *Roberto Abranches*; e o Presidente da Coomperj, *Luiz Antonio Ferreira de Araújo*.

Após a entrada dos novos Promotores de Justiça e a execução do Hino Nacional, *Paula Marques da Silva*, segunda colocado no Concurso, subiu ao palco para fazer a leitura do Termo de Compromisso, sendo acompanhada pelos colegas.

O ponto alto da cerimônia festiva ocorreu em seguida, quando o Secretário-Geral do MPRJ, *Flodesmidt Riani*, convidou os novos membros a se dirigirem à mesa para receberem do PGJ o ato de investidura e a carteira funcional.

O primeiro colocado, *Arthur Machado Paupério Neto*, emocionou os presentes ao discursar sobre a importância da Instituição para a sociedade.

> "Hoje, estamos aqui a comemorar não apenas a posse de novos Promotores de Justiça, mas sim a celebrar a perenidade do Ministério Público, a reiterar sua posição de órgão permanente e essencial à Justiça, promovendo assim a renovação de seus quadros.
>
> Portanto, saudemos os membros do Parquet que consagraram suas vidas profissionais à proficiência desta Instituição, que batalharam pela consolidação da democracia, dos direitos supraindividuais e dos indisponíveis, cujos frutos agora colhemos.
>
> Se hoje o Ministério Público ostenta inegável legitimidade constitucional, se possui patente respeitabilidade pública, é por conta de nossos predecessores. Parafraseando Newton, se hoje podemos ver mais longe, é porque estamos de pé sobre os ombros de gigantes.
>
> Integrar o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro é manter vivas as palavras e ações de Roberto Lyra, de Cordeiro Guerra, de Simão Isaac Benjó, dentre outros tantos. É ingressar no fio da história da Instituição precursora na luta contra o crime organizado, na defesa da ordem urbana, no respeito aos idosos e aos menores.
>
> E tudo isso impõe a nós, recém-empossados, um sentimento mais profundo de responsabilidade e de compromisso. E em face das conquistas já feitas, e diante dos enormes desafios à frente, uma inquietação nos atiça a mente: estamos preparados para tais provações, estamos à altura de tal mister?
>
> Acreditamos, sim, que temos condições de enfrentar as intempéries: conquistamos nossos cargos após árduo concurso público, cujas

provas nada mais foram senão a antecipação da dramaticidade de nossa atuação profissional. Deparamos-nos com questões que aguçavam o espírito para os conflitos que emergem no mundo da vida, e não com canhestras perguntas de mitologias jurídicas e outras adivinhações que vez por outra habitam o folclore dos concursos públicos. Nosso exame foi calcado naquilo que efetivamente se espera de um Promotor de Justiça. Por isso, prestamos as mais profundas homenagens à Comissão de Concurso, especialmente às Dras. Maria do Carmo Casanova, Vera de Souza Leite e Maria Helena Cortes Pinheiro, assim como às Bancas Examinadoras pela qualidade de suas atuações e pela isenção intelectual.

Além disso, a dedicação da Instituição com a formação dos novos promotores, através dos ensinamentos ministrados pelo Centro de Estudos Jurídicos, com a participação de valorosos servidores, palestrantes e a condução esmerada da Dra. Maria Cristina Tellechea, nos prepara para o porvir com extrema segurança. Mal traçamos os primeiros contatos com a estrutura de nosso Ministério Público e já sentimos a força de nossa unidade.

Mas apenas preparo intelectual não basta, porque anos de estudos sôfregos e de isolamento do mundo seriam absolutamente impossíveis de suportar não fosse o apoio e o incentivo dos que nos amam, compartilhando nossas derrotas e vitórias.

Aos nossos pais e parentes, de corpo presente ou em memória, aqui estamos a saudá-los e a confirmar que seus esforços valeram a pena. Dos choros da madrugada, das paredes pintadas com lápis de cor, das birras, das febres inexplicáveis, das fugas ao banho, das noites insones pela falta de resposta ao telefone, certamente podemos dizer: somos os frutos de tanto sacrifício. Suas crianças agora são homens e mulheres imbuídos de proteger valores maiores, de devolver à sociedade tudo o que foi herdado em nossos lares.

Aos nossos amigos, basta afirmar que são aqueles que nos conhecem profundamente e, ainda assim, continuam a gostar de nós. Eles nos doaram tempo, espera, compreensão. Dividiram, sem terem qualquer dever, os nossos fardos. Então, meus caros, esta vitória também é de vocês.

E quanto a quem amamos, a quem escolhemos compartilhar nossas existências em comunhão, cabe dizer que este momento também é uma forma de consagração de nossos laços. Pois encarar as adversidades da vida ao lado da pessoa amada é ter a certeza de que, ao segurar sua mão, a bússola de nossos rumos volta ao prumo; de que, quando o coração se abarrota de angústia, basta um abraço para expurgar o mal e enchê-lo de vida. E se o cansaço nos toma, é só nos aninharmos um ao outro para novamente nos sentirmos plenos. Assim, não nos imaginamos aqui a não ser com vocês.

E então é por isso, por sabermos que temos apoio de nossa Instituição e de todos os que nos amam, que poderemos enfrentar o que nos espera. Porque a luta não será fácil.

Por vezes, parece que vemos nossa sociedade se liquefazer, se dissolver em meio a tamanha violência e corrupção. Parece que a anomia nos bate a porta.

Anestesiada diante da miséria, nossa sociedade sofre o eletrochoque da violência. Auto-seqüestrado nos lares, o povo encontra suas fronteiras nas paredes de suas casas e nos delírios da TV, que apresenta tudo, menos o óbvio.

Nossas cidades estão partidas e a miséria das favelas mostra as chagas urbanas decorrentes de décadas de desrespeito à dignidade humana e ao bem comum. E este desrespeito faz brotar multidões de desnutridos de letras, órfãos de educação, que acabam degredados do pensamento crítico. A miséria assalta o intelecto e solapa a cidadania, fazendo com que a vontade popular seja submetida a rédeas e antolhos eleitorais.

Daí, temos um povo constantemente assediado por populistas, autoritários e pseudo-messias políticos, a nos iludir com milagres e a nos afrontar com improbidades.

Quanto aos bons, demandam deles o nascimento da felicidade sem esperar a sua gestação, e as boas políticas públicas acabam abortadas.

Contudo, há esperança. Tais mazelas decorrem de décadas, mas só após a Constituição de 1988 é que o Ministério Público passou a dotar de meios para combater nossos males de forma mais eficaz. O que antes era uma luta quase inglória, agora ganha horizontes concretos. Nossos predecessores realizaram a grande virada e temos a responsabilidade de consolidá-la.

Se há muito Roberto Lyra sonhou com a transformação do Ministério Público em Ministério Social, isso agora é realidade nas tintas constitucionais. Defensores do indisponível, protetores da democracia, somos agentes da transformação social por dever. O Promotor de Justiça há de ser sempre um inconformado, sempre com o ânimo de seguir em frente. O bom promotor há de caminhar infatigavelmente em direção ao bem comum. Assim, nossos passos devem contribuir para o alvorecer de uma nova sociedade, em que impere a liberdade, a justiça e a solidariedade.

Portanto, celebremos hoje o ingresso de novos Promotores de Justiça e a perenidade do Ministério Público, mas especialmente façamos a renovação de nossos votos de amor ao Direito e a todos aqueles que nos ajudaram e ajudarão a trilhar esta nova etapa de nossas vidas. Este é, portanto, nada mais que um ato de agradecimento. Para todos: Obrigado."

Depois, o Procurador-Geral de Justiça discursou para saudar os novos Promotores:

"Recebemos, hoje, nos quadros da instituição, com muita alegria, mais uma turma de promotores de Justiça recém aprovados no concurso público de ingresso na carreira. Todos estão, certamente, movidos pelo mesmo ideal que um dia nos fez, também, arregaçar as mangas e abraçar o *Parquet* fluminense com toda a garra e vontade de servir à população do nosso Estado. A chegada de novos colegas nos traz a certeza de que a obra, edificada por gerações e gerações de promotores e procuradores de Justiça, sempre estará em expansão e aperfeiçoamento, para consolidar o nosso Ministério Público como uma das grandes conquistas da sociedade brasileira e modelo a ser seguido por outros povos.

A posse dos novos colegas coincide com o aniversário de 20 anos da Carta Constitucional de 1988. São duas décadas marcadas pelo exercício pleno das liberdades civis pelo conjunto da cidadania, único caminho para se atingir a maturidade institucional e o desenvolvimento humano que todos almejamos para o nosso país, de forma a habilitá-lo a estar entre as principais nações do planeta. Queremos ser vistos não apenas como uma nação exportadora de riqueza material, ou como o celeiro alimentar da humanidade, mas também – e sobretudo – como um país que tem, no bem-estar de sua gente, na segurança de sua ordem jurídica e na estabilidade de suas instituições, os ingredientes exatos para exibir-se ao mundo não apenas como "país do futuro", mas como "nação do presente".

E, não há dúvida, o Ministério Público brasileiro tem sido peça fundamental dessa engrenagem, atuando de forma decisiva para que os ideais republicanos se corporifiquem em ações concretas, como fatores determinantes à garantia do cumprimento dos propósitos da Constituição. Não foi obra do acaso o fato de o constituinte de vinte anos atrás ter conferido ao Parquet a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses de maior expressão social e individual. Já naquela época, na esteira dos precedentes normativos que se desenharam a partir da Lei Complementar nº 40, de 1981 – nossa primeira lei orgânica nacional –, passando pela Lei nº 7.347, de 1985 – a lei da ação civil pública – e desaguando na elaboração do próprio texto constitucional, descortinava-se a percepção de que o Ministério Público brasileiro, assim concebido, se apresentaria ao país como a grande novidade institucional do final do século 20.

E acreditamos ter sabido honrar a confiança em nós depositada ao longo de todos esses anos. Entre alguns erros e uma infinidade de acertos, o saldo da atuação ministerial revela-se altamente positivo. Levantamentos realizados pelos mais renomados e confiáveis institutos de pesquisa do país, desde o início da corrente década, demonstram ser o Ministério Público a instituição pública com o maior grau de credibilidade perante a população. Mesmo os extratos mais básicos da pirâmide social – aliás, os principais beneficiários de nossa atuação

– quando passam a conhecer o Parquet, sempre têm algo de positivo a dizer sobre a instituição. Somente somos mal vistos por aqueles que atuam contrariamente aos interesses da sociedade e do país, mas, convenhamos, a esses é realmente salutar que não agrademos.

É essa, caros colegas, a instituição que os recebe!

Contudo, é bom que tenham em mente desde este momento, que a vida de promotor de Justiça não é feita de glamour e de estrelato. Se, de um lado, é verdade que temos grande visibilidade social e remuneração condizente com a qualidade do serviço que prestamos, por outro não podemos olvidar que nosso compromisso é sempre de servir, de trabalhar e de lutar pelas causas da sociedade. Nosso empregador, o povo, muitas vezes parece órfão conduzido ao desalento, ceifado de esperanças e relegado ao desamparo. A cada novo escândalo que eclode, a cada inocente alvejado por um projétil errante, a cada criança arrastada pelas ruas ou atirada do alto de um edifício, é preciso dar ao comum dos cidadãos a certeza de que ele não está só em seu desejo de justiça. É absolutamente imperioso todos saberem que existe um promotor, um defensor da sociedade, que também se indigna com o desvalor, que se insurge contra a perfídia e se frustra com a injustiça. E esse é um trabalho quotidiano, necessário e inesgotável.

Já tivemos a oportunidade de assinalar, em manifestação recente, que, malgrado o caminho até aqui percorrido, temos ainda muito a construir, empenhando nossos esforços e direcionando nosso trabalho para o engrandecimento da instituição e para a consolidação dos valores pelos quais, por imperativo constitucional, por dever de consciência e por opção ética de todos nós, juramos – como hoje juram os novos colegas – intransigentemente defender. Há muitos, aí fora, cuja crença em dias melhores está, em boa parte, depositada nas nossas mãos; há muitos que nos percebem como último resquício de esperança para o resguardo de sua dignidade e para a superação de suas inquietudes, vislumbrando no promotor o esteio no qual ainda pode assentar sua ânsia de ver preservados valores como cidadania, responsabilidade e justiça. Saibam, pois, caros colegas, que não podemos decepcioná-los.

E, não temos dúvida, todos os empossados hão de honrar nossos desideratos institucionais. Conhecimento, vontade e compromisso ético não lhes faltam. Suas qualidades intelectuais, sua vocação, seu desejo de acertar e seu alicerce moral já foram evidenciados nas diversas etapas do dificílimo certame a que se submeteram, todos logrando, com êxito invulgar, a superação dos obstáculos para estarem hoje, nesta solenidade, recebendo suas credenciais.

Vocês são, doravante, "Promotores de Justiça"!

Promovam, pois, a justiça!

Promovam a justiça nas suas mais variadas formas:

— promovam a justiça em favor da criança, esteja ela abandonada

pela rua ou dentro de sua própria casa, agredida por um estranho ou por seu ente mais querido;

— promovam a justiça em favor do idoso, que já nos estertores de sua existência, não raras vezes, torna-se alvo das mais cruéis formas de desrespeito e indignidade, alijado da convivência familiar e "depositado" em asilos, muitos dos quais mais parecem campos de concentração;

— promovam a justiça em favor do meio ambiente, tendo sempre a certeza de que a preservação da salubridade de nossos mananciais, do equilíbrio dos ecossistemas e da potabilidade de nossos aqüíferos são condicionantes para a preservação da própria vida sobre a terra;

— promovam a justiça em favor do consumidor, tantas vezes vilipendiado em seus direitos mais elementares, submetido à opressão financista de mono e oligopólios que, movidos pela ganância do lucro desmedido, parecem governar nossos mercados e impor-se a qualquer preço;

— promovam a justiça em favor da moralidade na Administração Pública, para que nossos governantes priorizem a aplicação dos recursos públicos em prol da satisfação das reais necessidades de nossa gente, tão carente de educação, saúde e segurança de qualidade;

— promovam a justiça em favor de nossos irmãos portadores de necessidades especiais, para possibilitar-lhes a devida acessibilidade, não apenas física, mas também moral, às prerrogativas típicas da cidadania, que tantas vezes lhes são negadas pelo flagelo do preconceito, do menosprezo e da incapacidade humana de conviver com as diferenças;

— promovam a justiça em favor das vítimas da criminalidade, tantas vezes esquecidas por aqueles que se dizem protetores dos direitos humanos, mas que reiteradamente perdem de perspectiva que a vítima e seus familiares também são destinatários desses direitos e que não só o delinqüente deve ser visto como alvo dos protetivos constitucionais invocados para denunciar atentados à dignidade das pessoas.

Enfim, caríssimos novos colegas, não hesitem em disseminar por todos os cantos deste Estado, onde quer que estejam a desempenhar suas funções, a promoção da justiça, nas suas mais diversas vertentes.

Sejam muito bem-vindos ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Que Deus os ilumine e que sejam felizes na carreira que abraçaram.

Muito obrigado!"

No discurso de encerramento, o Governador *Sérgio Cabral* também saudou os novos promotores e afirmou: "O Ministério Público tem um papel que deve ser estimulado, o de ser os olhos da sociedade na garantia dos direitos."

Ao fim da solenidade, autoridades, parentes e amigos cumprimentaram os novos Promotores de Justiça.

### *Novos Promotores conheceram Complexo Penitenciário de Gericinó, em Bangu*

Os 33 aprovados no XXX concurso do MPRJ acompanhados do Coordenador do 8° CAO (Centro de Apoio Operacional), Promotor *Cristiano dos Santos Lajoia Garcia* visitaram, no dia 24 de julho de 2008, o Complexo Penitenciário de Gericinó, em Bangu.

De acordo com o Promotor, "é importante que os novos Membros do MPRJ tenham uma visão real das unidades prisionais do Estado, visto ser a privação de liberdade a principal modalidade de pena aplicada no direito penal". Cristiano Lajoia aproveitou para apresentar modelos de relatório de inspeção dos estabelecimentos prisionais.

Durante a visita, guiada pelo Coordenador de Segurança de Gericinó, *Sauler Sacalen*, os Promotores observaram a área do complexo, cujos 24 presídios abrigam 15 mil apenados.

Os Promotores conheceram o novo sistema de segurança, que estará em funcionamento em aproximadamente um mês. O chamado Cinturão de Segurança permitirá uma revista mais eficaz dos visitantes dos presos de 11 dos 14 presídios, pois terá câmeras modernas, portais e esteiras equipados com raios X, detectores manuais de metal e também cachorros treinados para farejar drogas, armas e celulares. "Um dos maiores problemas dos presídios é a entrada de drogas e celulares. Recebemos 30 mil visitantes por mês, em média. Com esse sistema, a situação melhorará muito", comentou *Sacalen*.

O Grupamento de Intervenção Tático (GIT), que conta com 120 homens, chefiados por *Paulo Alier Oliveira Vasquez*, é treinado para conter, com a maior rapidez e segurança possível, evitando rebeliões, qualquer tipo de distúrbio que ocorra entre os presos. O GIT, que, numa simulação, mostrou aos Promotores como age ao primeiro sinal de anormalidade, sempre que possível usa armas não letais, como balas de borracha, spray de pimenta e gás lacrimogêneo.

Finalizando a visita, os novos Membros do MPRJ conheceram as instalações de Bangu III, onde foram recebidos pelo diretor da unidade, *José Roberto Lourenço*. Os Promotores se surpreenderam positivamente com o que viram.

Sintetizando o pensamento dos colegas, a Promotora *Daniele Medina Maia*, considerou a visita a Gericinó de grande importância para sua carreira: "Foi importantíssimo ver de perto como funciona o sistema prisional do Estado e saber como atua o Promotor que vistoria os presídios".

Por sua vez, o Coordenador do 8° CAO, Promotor *Cristiano Lajoia*, fez questão de destacar o bom relacionamento do MPRJ com a Secretaria de Administração Penitenciária, que reconhece e se esforça para resolver, de forma transparente, a maior parte das exigências ministeriais formuladas em prol dos direitos fundamentais dos presos.

### *Encontro discutiu a modernização da administração do MP*

A administração do MP promoveu, nos dias 13 e 14 de agosto de 2008, um encontro entre supervisores administrativos dos CRAAIs, supervisores das Centrais de Inquéritos e gerentes com as diversas diretorias e secretarias que integram a atividade-meio da Instituição.

No primeiro dia, o Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, *Eduardo Lima Neto*, afirmou que este é o primeiro de uma série de encontros visando à implantação do processo de modernização da gestão do MP, com o objetivo de atingir a excelência na prestação dos serviços à sociedade.

O Subprocurador disse que estão sendo feitos grandes investimentos nas áreas de informatização, equipamentos e sistemas, e informou que a instituição já conta com os mais modernos computadores do Brasil. Ele acrescentou que em breve os órgãos administrativos e de execução de todo o Estado estarão integrados numa rede privada de dados de alta segurança e velocidade.

O Secretário-Geral de Administração, *Flodesmidt Riani*, afirmou que é necessário descentralizar e setorizar as decisões administrativas, bem como interiorizá-las no que for possível. Riani lembrou que diariamente são recebidos cerca de cem e-mails pela SGA, por isso é preciso que as requisições sejam encaminhadas diretamente para os diversos setores da administração.

Durante todo o dia, foram discutidos os vários assuntos administrativos nas áreas de Logística, Material e Patrimônio, Manutenção, Obras, Transportes, Saúde Ocupacional, Planejamento e Finanças.

No dia 14, quinta-feira, os supervisores e gerentes discutiram as questões administrativas com os diretores das áreas de Gestão de Processos e do Conhecimento, Tecnologia da Comunicação e Informação e de Comunicação e Arquivo. Os administradores foram informados sobre o lançamento do novo Portal do MP, no qual terão destaque eventos e notícias dos órgãos da Instituição de todo o Estado.

O encontro foi idealizado pelo Assessor da Administração *Darley Herculano*, especialista da Fundação Getúlio Vargas. No encerramento, os participantes vão visitar o novo prédio, que abrigará as Procuradorias de Justiça.

### *Renata Machado Cotta foi nomeada desembargadora*

A Procuradora de Justiça *Renata Machado Cotta* tomou posse como desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no dia 8 de setembro de 2008. A solenidade aconteceu no plenário do 10° andar do TJRJ (Rua Dom Manuel, s/n° - Centro).

Com 17 anos de atuação no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, *Renata Machado Cotta* passou pelas Comarcas de Casemiro de Abreu, Conceição de Macabu, Duque de Caxias, Itaboraí, Itaguaí, Piraí, Rio Bonito, Rio de Janeiro, São Gonçalo, São João do Meriti e Niterói. Por último, atuava na 2ª Procuradoria, na 1ª Câmara Criminal. Também já desenvolveu atividades na Emerj e no próprio TJRJ.

### *Procuradores escolheram novos gabinetes*

Em ato aberto pelo Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, os Procuradores de Justiça escolheram seus gabinetes conforme os critérios estabelecidos na Resolução n° 1.450, editada em 10 de setembro. *Marfan Vieira* aproveitou a ocasião para prestar informações de interesse da classe e convidar os presentes para o 1° Congresso do CNPG, que se realizará nos próximos dias 18 e 19, no Hotel Windsor Barra.

A sessão foi conduzida pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, *Eduardo da Silva Lima Neto*, e pela Coordenadora do 1° Caop, *Márcia Alvares Pires Rodrigues*.

Os Procuradores receberam um formulário para manifestar sua opção e a ordem de escolha seguiu o critério de antiguidade na classe. No final da sessão, cumprindo a Resolução, foram definidos os gabinetes dos Procuradores ausentes e que não se fizeram representar. A inauguração da nova sede das Procuradorias de Justiça foi pré-agendada para o dia 17 de outubro.

### *Carta do Rio*

Durante o 1°. Congresso Nacional do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, realizado no Rio de Janeiro nos dias 18 e 19 de setembro de 2008, cujo tema central foi "Os 20 anos da Constituição e os desafios do Ministério Público contemporâneo", foi aprovada a CARTA DO RIO DE JANEIRO, documento oficial do evento e que se propõe a registrar a posição do Ministério Público brasileiro sobre importantes temas para a instituição.

O documento aborda, entre outras questões, a necessidade de investigação criminal pelo *Parquet* e o imperativo de transposição das barreiras que impedem o pleno exercício dos direitos de cidadania, além de repudiar qualquer iniciativa que vise eliminar ou restringir o direito de preservação da fonte pelos profissionais da imprensa, destacando que a liberdade de pensamento e de expressão são pilares da própria democracia.

## *Radiografia do MP*

A conferência de abertura do segundo dia do 1º Congresso Nacional do CNPG, "A investigação direta pelo Ministério Público: a ótica constitucional em defesa da cidadania", foi proferida por *Luis Roberto Barroso*, Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ e Mestre pela Universidade de Yale.

Depois de enumerar, didaticamente, todos os argumentos favoráveis e contrários ao exercício da investigação penal diretamente pelo Ministério Público, o prestigiado professor concluiu que, se é fato que a Constituição não lhe reservou esse papel, também é verdade que ela não instituiu o monopólio de tal função à polícia.

"O MP poderá, sim, tomar a frente das investigações, mas isso deverá ser feito de forma eventual, apenas quando necessário, em casos, por exemplo, de crimes graves ou em situações que envolvam violação de direitos humanos", explicou *Barroso*, bastante aplaudido pelo público.

Em seguida, o Promotor de Justiça de Santa Catarina *Alex Sandro Teixeira da Cruz*, mediador dos debates que se seguiram à conferência de Luis Roberto Barroso, deu início à cerimônia de criação da Associação Nacional do Ministério Público Criminal, o "MPCrim", destinada a discutir e traçar estratégias reais de combate à criminalidade, cuja ata de instituição pôde ser subscrita pelos presentes.

À tarde, os participantes se dividiram em quatro grupos de trabalho setoriais, que tratavam de experiências inovadoras desenvolvidas pelo Ministério Público em diferentes Estados, a saber:

1) A campanha "O que você tem a ver com a corrupção?", a cargo do Promotor de Justiça Santa Catarina *Affonso Ghizzo Netto*, responsável pela coordenação nacional do projeto, encampado pelo CNPG e de grande relevo em um ano de eleições municipais.

"Queremos o Legislativo, o Executivo e o Judiciário ao nosso lado", afirmou.

2) "A experiência da Promotoria Comunitária em São Paulo na redução da criminalidade", em que o Promotor de Justiça de São Paulo *Augusto Eduardo de Souza Rossini* apresentou o trabalho desenvolvido no Júri de Santo Amaro, que resultou em drástica redução dos índices de violência na região.

3) Foram narradas as ações que permitiram que os Promotores se aproximassem da comunidade para conhecer melhor suas demandas e, assim, articular parcerias com agentes públicos na implantação de políticas sociais. O Promotor também destacou a importância de estimular-se a criação de outras Promotorias Comunitárias, a exemplo de outras experiências bem-sucedidas desenvolvidas pelo MP País afora.

4) "Técnicas investigatórias no combate à sonegação fiscal", em que o Promotor de Justiça do Rio de Janeiro *Francisco de Assis Machado* discorreu sobre o trabalho da Coordenadoria de Combate à Sonegação Fiscal (Coesf).

Foram detalhadas a estrutura e o funcionamento da Coesf, com destaque para as técnicas de investigação manejadas na "Operação Propina S.A.", que desvendou um escandaloso esquema de cobrança de propinas formado por fiscais estaduais.

5) "As doutrinas de proteção integral e os inquéritos e ações civis públicas para implementação dos direitos da criança e do adolescente", sob a condução dos Procuradores-Gerais de Justiça do Paraná, *Olympio de Sá Souto Maior Neto*, de Santa Catarina, *Gercino Gerson Gomes Neto* e de Mato Grosso, *Paulo Roberto Jorge do Prado*.

A discussão girou em torno dos avanços na legislação de proteção à criança e ao adolescente. Antes da Constituição de 88, os infratores eram meramente internados em instituições. Avançou-se, porém, para a consideração de que os interesses dos jovens também devem ser resguardados, a fim de que sejam tratados como sujeitos de direito, e não como objetos. Os participantes abordaram, também, a importância, para as políticas públicas, do trabalho e das diretrizes dos Conselhos Tutelares.

A seguir, o esperado painel "O Ministério Público e o Poder Legislativo: perspectivas contemporâneas de relacionamento", que teve como mediador o Procurador de Justiça gaúcho Cláudio Barros Silva, membro do CNMP, e como debatedores o Senador *Demóstenes Torres* e o Deputado Federal *Ibsen Pinheiro*, que discutiram a relação do MP com o Poder Legislativo. O Deputado lembrou que o MP foi a única Instituição a chegar à Constituinte de 88 com um modelo de ação.

"O avanço do MP Estadual só foi possível com a mobilização da Instituição e da sociedade", afirmou *Ibsen Pinheiro*, acrescentando que "nossas instituições públicas ficaram defasadas frente às necessidades da sociedade". Sinalizou, contudo, que ao MP compete provocar a renovação de todas as instituições, e de ser um aliado nas reformas que se fazem necessárias.

O Senador *Demóstenes Torres* disse acreditar que é possível manter articulações junto ao Legislativo para que as conquistas do *Parquet* sejam preservadas. Alertou, no entanto, que Promotores e Procuradores devem preservar a união da classe e ser sempre cautelosos em suas ações, para não municiar os inimigos que desejam impor retrocessos ao MP.

No último painel, "Para onde caminha o Ministério Público? Um balanço institucional das atividades realizadas nas duas décadas", *Maria Teresa Sadek*, cientista política e diretora de Pesquisas do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), comparou o MP brasileiro com os de outros países da América Latina.

"Nos outros Países, não há um MP como o nosso, poucos são realmente autônomos e nenhum tem função de defesa dos direitos sociais", explicou. Para *Maria Tereza Sadek*, os ataques que o Ministério Público vem sofrendo resultam de sua atuação cada vez mais incisiva.

"O Ministério Público converteu-se em ator político, protagonista de primeira grandeza, sendo que sua atuação promove efeitos na ordem política, social, econômica e cultural."

No fim da palestra, a cientista política informou que está desenvolvendo novas pesquisas sobre a atuação do Parquet, considerando a compreensão dos dados disponíveis, que poderão servir de instrumento para a elaboração de políticas institucionais.

O Congresso foi encerrado com a leitura da "Carta do Rio", lida por *Marfan Martins Vieira* e com a entrega da Medalha de Honra do CNPG a sete agraciados: o Governador do Rio de Janeiro, *Sérgio Cabral Filho*; o Senador *Demóstenes Torres*; o Deputado Federal *Ibsen Pinheiro*; o Senador *Bernardo Cabral*; o ex-Governador de São Paulo *Luiz Antonio Fleury Filho*; o ex-Procurador-Geral da República *Aristides Junqueira Alvarenga*; e a cientista política *Maria Teresa Sadek*.

A honraria foi entregue pelo Presidente do CNPG, *Marfan Martins Vieira*. No fim da cerimônia, o Governador discursou, agradecendo em nome de todos os agraciados:

> "É uma honra ser homenageado ao lado de pessoas que tanto contribuíram para a Instituição", disse Sérgio Cabral, que ressaltou a importância do tema do evento e da atuação do Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro: "Marfan tem sido um obstinado na militância em defesa do MP e da cidadania que a Instituição representa para o Brasil".

Além dos sete agraciados, compuseram a mesa o Secretário de Estado Chefe da Casa Civil e Senador da República, *Regis Fichtner*; o Procurador da Justiça Militar e Corregedor Nacional do MP, *Osmar Machado Fernandes*; e o Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, *Mário Cavalheiro Lisboa*.

Presente, também, a Primeira-Dama do Estado, *Adriana Cabral*, que acompanhou todo o encerramento do congresso.

O histórico evento foi seguido de animada festa, que contou com a apresentação dos grupos musicais Quarteto em Cy e Banda Matriz.

## *Os primeiros 20 anos e os próximos desafios*

O 1° Congresso do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União foi um sucesso de público: mais de 450 Promotores e Procuradores de todo o País se reuniram nos dias 18 e 19 na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, para debater o tema "Os 20 Anos da Constituição e os Desafios do Ministério Público Contemporâneo".

Entre os conferencistas, figuras reconhecidas por sua marcante participação em grandes momentos da vida nacional, como o Relator-Geral da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, *Bernardo Cabral*, o ex-Ministro do STF e Procurador-Geral de República à época do advento da Constituição, *Sepúlveda Pertence*, o ex-Governador do Estado de São Paulo e ex-Presidente da Conamp, *Luiz Antonio Fleury Filho*, e o ex- Procurador-Geral da República, *Aristides Junqueira*.

As palestras e os painéis versaram sobre assuntos de grande relevância para a sociedade brasileira, como os poderes investigativos do Ministério Público, o relacionamento da Instituição com a opinião pública por intermédio da imprensa, além dos bastidores da Assembléia Nacional Constituinte.

Já no discurso de abertura, o Presidente do CNPG e Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Marfan Martins Vieira*, rememorou a história da formação do MP, a importância de sua vocação primeira, que é o combate à criminalidade, e os desafios que se lhe apresentam em outras frentes, como os direitos da infância e da juventude e a tutela de direitos difusos.

Na primeira conferência, "O Ministério Público e a Constituição após 20 anos. Perspectivas e desafios", o Ministro *Sepúlveda Pertence* relatou a interação com os parlamentares na definição dos contornos do MP que nascia com na Constituinte. A seguir, discorreu sobre sua experiência como Ministro do Supremo Tribunal Federal no julgamento de matérias relacionadas à atuação do MP, reiterando sua posição favorável ao poder de investigar conferido ao *Parquet* pela Constituição de 1988, de acordo as especificidades dos casos concretos.

"O MP já nasceu robusto na Constituição de 88," disse o Ministro. "Se compararmos com outras Instituições, o MP foi a que mais se fortaleceu em relação aos textos anteriores, a que mais cresceu".

A explanação do *Ministro Sepúlveda* foi seguida de um debate, mediado por *Aristides Junqueira*.

À tarde, o painel "Crônicas da Constituinte: a gênese da formação de um novo Ministério Público" reuniu o Senador *Bernardo Cabral, Luiz Antonio Fleury Filho* e *Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo*, ex-Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo e ex-Presidente da Conamp.

O Senador compartilhou a experiência como Relator-Geral da Assembléia Nacional Constituinte, tendo destacado as preocupações com a defesa das prerrogativas conferidas ao MP.

"Ao MP coube não só ser Fiscal da Lei, mas pôr fim aos desmandos que por aí viriam", afirmou *Bernardo Cabral*.

O ex-Governador de São Paulo, *Luiz Antonio Fleury Filho*, recordou sua atuação à frente da Conamp, bem como a importância do fortalecimento do movimento classista para o amadurecimento da Instituição e para a superação das dificuldades enfrentadas por Promotores e Procuradores até a Constituição de 1988:

"Vivemos eternamente uma luta de poder e temos que estar preparados, mostrando o nosso trabalho", afirmou *Fleury*. "Aqueles que ousarem denegrir nossa imagem verão que o Promotor não está sozinho. A sociedade está com ele, pois sabe da importância da Instituição".

*Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo* encerrou o painel, destacando o trabalho realizado pela Conamp no sentido de esclarecer os constituintes a respeito do funcionamento, das necessidades e da importância do MP.

Um acalorado debate sobre "O Ministério Público e a imprensa: os limites éticos do dever de informar" encerrou as atividades do primeiro dia. Dele participaram *Lucia Hippolito*, jornalista e cientista política, Augusto Nunes da Silva, diretor editorial do Grupo Gazeta Mercantil e do Jornal do Brasil, e o repórter investigativo *Chico Otávio*, do jornal O Globo.

O Procurador de Justiça *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, mediador do painel e integrante da Comissão Organizadora do Congresso, chamou a atenção para os limites éticos nas relações da imprensa com o MP, pela necessidade de observar-se o equilíbrio entre o direito à informação e o direito à privacidade.

*Chico Otávio* disse que a aproximação com o MP permite o acesso a dados fundamentais para garantir a qualidade da informação repassada à sociedade. Acrescentou ser equivocada a idéia de que o jornalista é livre para escrever o que quer, lembrando que o conteúdo da mídia é constantemente avaliado, de diversas formas, seja pelos próprios veículos de comunicação, seja pelos leitores ou, ainda, pelo Judiciário.

Em sua fala, *Augusto Nunes* afirmou que a busca da verdade é a meta comum tanto de Promotores como de jornalistas.

"O promotor promove a verdade e o jornalista divulga essa verdade", ressaltou.

Para o Diretor Editorial do JB e da Gazeta Mercantil, se o trabalho de do MP e da imprensa efetivamente se concentrar na busca da verdade, a ética estará sempre presente. Ele defendeu o MP como Instituição e formulou críticas às recentes decisões judiciais referentes a interceptações telefônicas e ao uso de algemas.

"Os jornalistas são julgados pelos leitores; os Promotores, pela sociedade", arrematou *Augusto Nunes*.

Para *Lucia Hippolito*, é papel da imprensa e do MP propiciar a intermediação entre o Estado e o cidadão. Segundo ela, algumas autoridades brasileiras costumam considerar que não precisam prestar contas à sociedade e, por isso, é tão importante a função de Fiscal da Lei atribuída pela Constituição ao MP. Segundo ela, a autoridade não tem direito a privacidade, pois, sendo remunerada com dinheiro público, vive numa vitrine e tem, sim, que prestar contas dos seus atos.

A jornalista falou, ainda, da importância do trabalho desenvolvido pelos profissionais da imprensa e do MP nas pequenas cidades do interior do País. Diferentemente do que ocorre nas Capitais, onde tudo tende a ter visibilidade, jornalistas e Promotores de localidades distantes muitas vezes se vêem sozinhos no desempenho do seu trabalho.

"Há Prefeitos que são donos do jornal local, da rádio e da retransmissora de TV, ou seja, da própria opinião da cidade", disse *Lucia*.

Os três jornalistas rechaçaram com firmeza a aventada idéia de quebra do sigilo da fonte. Para eles, o mau profissional, que usar indevidamente a informação, é que pode e deve ser punido.

Ao lado do Presidente do CNPG, *Marfan Martins Vieira*, compuseram a mesa de abertura dos trabalhos o Ministro *Sepúlveda Pertence*; o Senador *Bernardo Cabral*; o Procurador de Justiça Militar e Corregedor Nacional do Ministério Público, *Osmar Machado Fernandes*; o Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, *Cláudio Barros Silva* e o Promotor de Justiça de Santa Catarina, *Sandro José Neis*, ambos membros do Conselho Nacional do Ministério Público; o Presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, Procurador de Justiça, *Mário Cavalheiro*; o Corregedor- Geral do MPRJ, Procurador de Justiça, *Cezar Romero de Oliveira Soares*; o Promotor de Justiça do Paraná, *Maurício Kalache*, representando o Presidente do Colégio de Diretores de Escolas dos MPs, Dr. *Luiz Fernando Calil de Freitas*; o Presidente da Amperj e Diretor da Conamp, Dr. *Eduardo Gussem*; e o ex-Procurador-Geral da República, *Aristides Junqueira Alvarenga*.

## *Foi criado o "MPCrim"*

Durante o 1° Congresso do CNPG foi criada a Associação Nacional do Ministério Público Criminal (MPCrim), que tem como objetivo forjar um conhecimento científico em matéria penal para fornecer ao Ministério Público os instrumentos necessários ao enfrentamento da criminalidade.

A ata de criação foi lida pelo Promotor de Justiça Santa Catarina *Alex Sandro Teixeira da Cruz*. Também compuseram a mesa dos trabalhos o Promotor de Justiça de São Paulo Augusto Eduardo de Souza Rossini e o Promotor de Justiça da Bahia *José Renato Oliva de Matos*.

*Alex Sandro Teixeira da Cruz* explicou que a associação se propõe a acompanhar as proposições que tramitam no âmbito legislativo, especialmente em relação às matérias penal e processual penal. Para ele, é fundamental que o MP atue intensamente na construção de uma política criminal efetiva, voltada aos interesses da sociedade.

Augusto *Eduardo de Souza Rossini*, por sua vez, pediu o constante apoio das entidades de classe, lembrando que a união é importante na luta pela manutenção das prerrogativas da Instituição. "O MPCrim já nasce forte para auxiliar no combate ao crime de forma científica". *José Renato Oliva de Matos* assinalou que o apoio da Conamp será de grande importância para fomentar a iniciativa em todos os Estados.

O documento foi assinado pelos Coordenadores dos Centros de Apoio Operacionais Criminais dos Ministérios Públicos dos seguintes Estados: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco, Rondônia, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, Tocantins, Rio Grande do Sul, Piauí, Goiás, Amazonas, Distrito Federal e Bahia. Os participantes do Congresso também foram convidados a assinar a ata.

A primeira reunião oficial do associação, ainda sem data definida, será realizada em São Paulo. Na ocasião da criação do MPCrim, constituiu-se a diretoria provisória da entidade, com mandato de um ano, assim composta: Presidente, *Augusto Eduardo de Souza Rossini*; Vice-Presidente, *José Renato Oliva de Mattos*; Secretários, *Vanessa Fusco Nogueira Simões* e *Charles Martins*; Diretoria Administrativa, *Angélica Barbosa da Silva*; Diretoria Financeira, *Alex Sandro Teixeira da Cruz* e *Marcus Edoardo de Sá Earp Siqueira*; Diretoria Cultural, *José Meton de Souza Gomes Filho, Andrey Cunha Amorim* e *Alice de Almeida Freire Marcelus*; Diretoria de Tecnologia da Informação, *Joaquim José Miranda Júnior* e *Wilton Queiroz Lima*; e Diretoria de Relações Institucionais, *Paulo Augusto de Freitas Oliveira* e *David Medina da Silva*.

### *Servidor do MP é ouro em Pequim*

*Sandro Laina Soares*, que conquistou o ouro em Pequim, faz parte da vitoriosa seleção paraolímpica brasileira de futebol de cinco, está no Ministério Público desde 2005. Formado em Análise de Sistemas, trabalha na Gerência de Sistemas de Informação no cargo de Técnico Processual.

Há 16 anos, ele treina no Instituto Benjamin Constant, na Urca.

Sandro destaca como essencial o apoio dos companheiros de trabalho e das chefias do MP, pois, para poder participar dos treinos e competições, cumpre horários flexíveis.

Na opinião dele, as vitórias de brasileiros nas Paraolimpíadas contribuíram para mudar substancialmente o modo de os veículos de comunicação se referirem aos atletas com necessidades especiais. "Passamos a ser vistos como profissionais. A mídia deixou de nos encarar de forma apelativa", afirma.

Morador de Nova Iguaçu, *Sandro* trabalhou na 1ª Promotoria de Queimados, mas o gosto pela informática logo o aproximou do setor responsável pelo site do MP. Atualmente, desenvolve aplicativos para a Internet e a Intranet, com o auxílio de um software auditivo.

Além dos compromissos esportivos e de trabalho, Sandro preside a Federação de Esportes para Cegos do Estado do Rio de Janeiro, é secretário da Confederação Brasileira de Desportos para Cegos e faz parte do Comitê Rio Acessível, grupo de estudos e propostas para a melhoria das condições de acessibilidade em lugares públicos e, no plano virtual, em sites de instituições.

No próximo ano, além de treinar para a Copa de 2010, Sandro iniciará o mestrado na Universidade Federal do Rio de Janeiro, na área de Tecnologia Assistiva. "A Tecnologia Assistiva", ele explica, "trata de recursos e serviços que ajudam a ampliar habilidades funcionais de pessoas com deficiência, promovendo sua inclusão."

*Sandro Soares* também integrou as equipes de futebol de cinco que venceram as Olimpíadas de Atenas em 2004, a Copa América de 2005 e 2006 e o Parapan, no Rio de Janeiro, em 2007.

## *Vitaliciamentos*

No período compreendido entre 1° de julho a 30 de setembro de 2008, foram vitaliciados na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

*Afonso Henrique Reis Lemos Pereira*
*André Santos Navega*
*Eduardo Fiorito Pereira*
*João Alfredo Gentil Gibson Fernandes*
*Júlia Valente Moraes*
*Luciana Menezes Wanderley Pires*
*Luiz Fernando de Almeida Rabelo*
*Luiz Fernando Lemos Duarte de Amoedo*
*Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado*
*Maria Eduarda Spinelli Bittencourt Costa*
*Talita Nunes Harduin de Freitas*
*Vinícius Lameira Bernardo*

*Aposentadoria*

No período compreendido entre 1° de julho a 30 de setembro de 2008, aposentou-se na carreira do Ministério Público a seguinte colega:

*Evangelina Fontelas Rosado Spinelli*

*Exoneração*

No período compreendido entre 1° de julho a 30 de setembro de 2008, foi exonerada, a pedido, da carreira do Ministério Público a seguinte colega:

*Renata Machado Cotta*

## Ministro do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

(Em 30.09.2008)

Hamilton Carvalhido

## Desembargadores do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

(Em 30.09.2008)

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

Revista do Ministério Público
Av. Almirante Barroso, 90, 4° andar
Tels.: (21) 2219-3370/3371
e-mail: revista@mp.rj.gov.br