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 28 - abr/jun 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. 28 abr. /jun. 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 30.06.2008)

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 30.06.2008)

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

Titulares natos

Carlos Antonio Navega
Marija Yrneh Rodrigues de Moura
João Baptista Lopes de Assis Filho
Evangelina Fontelas Rosado Spinelli
Renato Pereira França
Vera de Souza Leite
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Levi de Azevedo Quaresma
Dalva Pieri Nunes
Maria Amélia Couto Carvalho

Titulares eleitos

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

Conselho Superior do Ministério Público
(Em 30.06.2008)

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 30.06.2008.

SUMÁRIO

DOUTRINA

Benedito Calheiros Bomfim - A Candidatura a cargo eletivo e a Constituição 3

Carla Carvalho Leite - Depoimento sem dano: a inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual em juízo 7

Carlos Roberto Barbosa Moreira - Aspectos da conversão do negócio jurídico 15

Carlos Roberto de C. Jatahy - 20 anos de Constituição: o novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito 31

Damásio de Jesus - Nova Lei Antidrogas – Alguns questionamentos 45

Emerson Garcia - Proteção e inserção da mulher no Estado de Direito: a Lei Maria da Penha 49

Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira - O Poder requisitório do Ministério Público frente a dados de caráter sigiloso 69

Gianpaolo Poggio Smanio - As funções do Direito Penal 89

Guilherme Peña de Moraes - Os vinte anos da Constituição da República Federativa do Brasil: retrospectiva, perspectiva e prospectiva 91

Jayme Walmer de Freitas - Lei 11.596/2007: o legislador e seus equívocos sem fim 99

Joel Tovil - Mandado de segurança coletivo 109

José dos Santos Carvalho Filho - A desapropriação e o princípio da proporcionalidade 117

José Marcelo Martins Proença - Modificação da legislação sobre compromisso de cessação em processo administrativo junto ao CADE – A recente alteração do art. 53 da Lei 8.884/94 139

Marcelo Lessa Bastos - Processo Penal e gestão da prova – Os novos arts. 155 e 156 do Código reformado (Lei nº 11.690/08) 141

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira - Prerrogativa de foro e sistema de justiça criminal 157

Marcus Vinicius da Costa Moraes Leite - Interceptações telefônicas: reflexões e polêmicas 167

Maria Helena Ramos de Freitas - O princípio da prioridade absoluta aos Direitos da Criança e do Adolescente e o controle jurisdicional das omissões administrativas 201

Reis Friede - Do atendimento médico-hospitalar aos ex-combatentes: uma sucessão de equívocos 209

Rodrigo de Abreu Fudoli - Inovações referentes a procedimentos penais (Lei 11.719/2008, de 20.06.08) 231

Rodrigo Reis Mazzei – Justificativas dos Enunciados 309, 315 e 322 do CJF 261

Grupo de Estudos Avançados (GEA) da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – Sófocles: o tirano e o direito 271

PARECERES E RAZÕES

— *Arquivamento recusado.* Art. 28 do Código de Processo Penal. Procedimento policial destinado à apuração de crime de atentado violento ao pudor, tendo como vítima adolescente de 13 anos de idade à época dos fatos. Pretensão de arquivamento fundada no cotejo dos elementos de convicção presentes nos autos, com a conclusão do órgão de execução oficiante no sentido da ausência de lastro probatório mínimo para o oferecimento de denúncia. Discordância judicial com remessa dos autos à Chefia do *Parquet*. Impossibilidade de cotejo de elementos de convicção com um mínimo de potencialidade probatória na fase pré-denuncial. Conceito de lastro probatório mínimo, objetivamente delineado. Análise crítica do princípio *in dubio pro societate*. Parecer no sentido de *não insistir no arquivamento.* (**Daniel Lima Ribeiro**) 281

— Transexualismo. Requerimento de retificação de registro civil objetivando a mudança de nome e a retificação do estado sexual atual (masculino) para feminino, bem como, a alteração do nome. Cirurgia de redesignação do sexo ou de transgenitalização já realizada, com acompanhamento médico e psicoterápico (fls. 19 e 36/37), nos termos da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.652/2002. Direito a autodeterminação sexual de transexuais reconhecido e tutelado pelo *direito geral de personalidade*. Parecer pela procedência do pedido com a permissão da redesignação do estado sexual do requerente e do seu prenome no as-

sento de nascimento, averbando-se à margem do Registro Civil a anotação quanto à retificação ter se dado em virtude de decisão judicial proferida pelo Juízo da Vara de Família, excluindo-se qualquer menção à cirurgia de transgenitalização. (**Lucia Maria Teixeira Ferreira**) 288

— Impossibilidade de terceirização do serviço de saúde através de licitação. (**Luiz Fabião Guasque**) 297

— Recurso de apelação – Não conhecimento - juízo de admissibilidade do recurso. Art. 594 do CPP – Visão de cautelaridade da prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível. Ausência de Justificativa lógico-formal dentro do sistema garantista, nos termos do art. 5°, LVII, da Constituição Federal. A exigência do recolhimento do réu ao cárcere para apelar conflita com os princípios da ampla defesa e do direito ao recurso. Interpretação do dispositivo infraconstitucional conforme a Constituição Federal. Prequestionamento da matéria, nos termos das normas de regência, para efeito de eventual recurso constitucional. Coação.ilegal do juízo de primeiro grau, ao não receber o recurso defensivo, ajuizado dentro do prazo, e por advogado constituído, com base em motivação inidônea, pois a gravidade do delito já foi considerada no tipo penal, e a prisão foi decretada na sentença, apesar de ter declarado que o réu é primário e sem antecedentes penais. A prisão processual cautelar – requisitos e pressupostos da prisão preventiva – necessita estar devidamente motivada, o que não se observa na decisão impugnada no *habeas corpus*. O Direito ao recurso é sagrado, seja o criminoso o pior dos celerados, pois tem direito ao duplo grau de jurisdição, mormente na apelação, onde será reapreciada a matéria a ser impugnada pela defesa técnica, sob pena de solapar-se a garantia constitucional. Parecer pela concessão da ordem, a fim de que seja recebido o apelo defensivo, se presentes os demais requisitos e pressupostos de admissibilidade do recurso. (**Nilo Augusto Francisco Suassuna**) 316

— Retrocessão. Desapropriação por interesse social. Caducidade do decreto expropriatório. Impossibilidade da retrocessão antes da efetivação da desapropriação. Procedência parcial para fins de cancelamento da imissão provisória na posse. (**Pedro de Oliveira Coutinho**) 321

— Ação de oferecimento de alimentos. Ausência de reconvenção. Impossibilidade de fixação dos alimentos em percentual acima do ofertado pelo autor. Princípio da demanda e do devido processo legal. (**Rafael Luiz Lemos de Sousa**) 325

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

— Habeas corpus. *Paciente denunciado pela prática, em continuidade delitiva, dos crimes de estelionato e formação de quadrilha. Sócio de empresa de turismo, acusado de vender passagens aéreas inexistentes. Alegada ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva. Afirmação de que não houve fuga do acusado, mas simples mudança de endereço. Assertiva não respaldada pelos elementos dos autos. Claro propósito de se furtar à aplicação da lei penal.*

Tem-se como foragido o réu que, mediante sucessivas alterações de endereço, busca inviabilizar sua localização e assim impossibilitar o cumprimento de decreto prisional expedido em momento posterior ao seu ocultamento. Contexto em que é válida a decisão determinante da segregação cautelar do acusado para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art. 312).

Habeas corpus indeferido.

(*Habeas corpus* 84.202 - SP, Primeira Turma, *RTJ* 195, pp. 109/114) 335

— Habeas corpus. *Alegação de inexistência de lesão a bem juridicamente protegido, em ordem a justificar a pena fixada. Pedido de aplicação do princípio da insignificância.*

O princípio da insignificância, vetor interpretativo do tipo penal, é de ser aplicado tendo em conta a realidade brasileira, de modo a evitar que a proteção penal se restrinja aos bens patrimoniais mais valiosos, ordinariamente pertencentes a uma pequena camada da população.

A aplicação criteriosa do postulado da insignificância contribui, por um lado, para impedir que a atuação estatal vá além dos limites do razoável no atendimento do interesse público. De outro lado, evita que condutas atentatórias a bens juridicamente protegidos, possivelmente toleradas pelo Estado, afetem a viabilidade da vida em sociedade.

O parâmetro para aplicação do princípio da insignificância, de sorte a excluir a incriminação em caso de objeto material de baixo valor, não pode ser exclusivamente o patrimônio da vítima ou o valor do salário mínimo, pena de ensejar a ocorrência de situações absurdas e injustas. No crime de furto, há que se distinguir entre infração de ínfimo e de pequeno valor, para efeito de aplicação da insignificância. Não se

discute a incidência do princípio no tocante às infrações ínfimas, devendo-se, entretanto, aplicar-se a figura do furto privilegiado em relação às de pequeno valor.
Habeas corpus indeferido.
(*Habeas corpus* 84.424 - SP, Primeira Turma, *RTJ* 196, pp. 235/239) 343

— *Habeas Corpus*. 2. Alegação de violação ao princípio da não-culpabilidade e intempestividade das razões de apelação da acusação. 3. Na linha da jurisprudência ainda predominante no Tribunal, o princípio constitucional da não-culpabilidade do réu não impede a efetivação imediata da prisão, quando o recurso por ele interposto não possua efeito suspensivo, como ocorre com o recurso extraordinário e o recurso especial. 4. Precedentes citados: HC n. 80.939, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 13-9-2002; HC n. 81.685, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 17-5-2002; e HC n. 77.128, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 18-5-2001. 5. Os documentos acostados aos autos não fazem prova cabal acerca da data em que a acusação foi intimada da sentença condenatória. 6. Nas contra-razões da apelação, nada alegou a defesa quanto à intempestividade. 7. Impossibilidade de análise da matéria na sede estrita do *habeas corpus*. 8. Ordem denegada.
(*Habeas corpus* 84.500 - SP, Segunda Turma, *RTJ* 196, pp. 247/250) 349

— *Penal. Processual Penal.* Habeas corpus. *Dosimetria da pena. Falta de fundamentação. Nulidade. Descumprimento de decisão do STJ. Cabimento: reclamação para o STJ. Questão nova: não-conhecimento.*
I - O descumprimento de decisão judicial do STJ demanda reclamação para aquela Corte e não *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal.
II - Por conter questão nova, não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância.
III - Os vícios decorrentes da individualização da pena acarretam apenas a nulidade parcial da sentença, não afetando o juízo condenatório.
IV - HC conhecido em parte e, nessa parte, indeferido.
(*Habeas corpus* 85.226 - SP, Segunda Turma, *RTJ* 195, pp. 573/577) 355

Jurisprudência Cível

—*Agravo regimental. Recurso extraordinário. Ação previdenciária. Justiça Comum. Remessa oficial julgada pelo Tribunal de Justiça local. Incompetência absoluta. Ausência do requisito do prequestionamento. Art. 109, § 4 , da*

Magna Carta.
É pacífica a jurisprudência desta colenda Corte no sentido de que não se considera prequestionada a matéria constitucional que só tenha sido suscitada no recurso de embargos declaratórios, inexistente omissão do acórdão embargado. Precedentes: AI 133.199-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, e RE 122.689, Rel. Min. Moreira Alves.
Ainda que se trate de matéria relacionada à incompetência absoluta, não se conhece de recurso extraordinário cujo tema constitucional tido por violado não tenha sido objeto de debate prévio pela Corte de origem. Precedentes: AI 431.850-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, e AI 454.544-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie.
Agravo regimental a que se nega provimento.
(Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 349.427 - RJ, Primeira Turma, *RTJ* 195, pp. 672/675) 361

— Habeas corpus. *Decretação da prisão de depositário judicial inflel. Modalidade de segregação da liberdade que não decorre de uma relação contratual, mas, sim, do* munus publico *assumido pelo depositário. Alegações de que parte dos bens penhorados já foi desenvolvida e de que o paciente já estava desligado da pessoa jurídica executada. Afirmações não respaldadas pelos elementos dos autos. Impossibilidade de reexame da matéria de fato.*
O depositário judicial assume o *munus publico* de órgão auxiliar da Justiça, pois a ele é confiada a guarda dos bens que garantirão a efetividade da decisão a ser proferida no processo judicial. É o vínculo funcional entre o Juízo e o depositário que permite, verificada a infidelidade, a decretação da prisão deste último. Não se trata, portanto, de hipótese de prisão contratual. É esta a natureza não-contratual do vínculo que faz com que a medida de constrição de liberdade individual se enquadre na ressalva constitucional do inciso LXVII do art. 5 da Constituição da República.
As alegações de que parte dos bens já foi devolvida, bem assim de que o depositário judicial já se havia desligado de sua empresa, são contrariadas pelos documentos dos autos, sendo inviável o reexame aprofundado do acervo probatório em sede de *habeas corpus*.
Ordem denegada.
(*Habeas corpus* 84.484 - SP, Primeira Turma, *RTJ* 196, pp. 240/247) 365

—Recurso extraordinário. Servidor público estadual. Aposentadoria proporcional prevista na alínea c do inciso III do art. 40 da Constituição Republicana, redação anterior à EC 20/98. Proventos proporcionais. Base de cálculo da proporcionalidade – vencimento ou remuneração. Necessidade de observância, pelo ente federado, das normas de aposentadoria constantes do Magno Texto. Precedentes.

A proporcionalidade da aposentadoria prevista na alínea *c* do inciso III do art. 40 da Carta de Outubro, com a redação anterior à EC 20/98, deve incidir sobre o total da remuneração do servidor, e não apenas sobre o vencimento básico do cargo. Este é o sentido da expressão "proventos proporcionais" (no plural), lançada no dispositivo.
É assente nesta colenda Corte o entendimento de que as regras estaduais de concessão de aposentadoria devem pautar-se pelos critérios estabelecidos no art. 40 da Lei das Leis. Precedentes: ADIs 101, 369 e 755.
Recurso provido.
(Recurso Extraordinário 400.344 - CE, Primeira Turma, *RTJ* 195, pp. 686/691) 375

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência Criminal

— EMENTA: Habeas corpus. *Roubo. Condenação transitada em julgado. Argüição de nulidade decorrente da ausência de intimação do defensor dativo para a sessão de julgamento da apelação. Cumprimento integral da pena. Inexistência de constrangimento ilegal passível de reparação na presente via.*
1. Inexiste constrangimento a ser reparado em sede de *habeas corpus*, se o paciente já cumpriu a pena a que foi condenado. Precedentes do STJ e do STR
2. *Habeas corpus* não conhecido.
(*Habeas corpus* n. 31.486 - SP, Registro 2003/0197024-6, Sexta Turma, *RSTJ* 196, pp. 558/560, *DJ* 29.08.2005) 381

— EMENTA: *Infração de menor potencial ofensivo. Suspensão do processo/ transação penal (possibilidade). Ministério Público (iniciativa).*
1. Há um só conceito de infração de menor potencial ofensivo, exatamente o constante da Lei n. 10.259, de 2001.
2. Havendo elementos que, em tese, justifiquem a transação penal, o exame do caso deve ser feito à luz dos textos legais pertinentes; defeso, portanto, deixar o Ministério Público de fazê-lo ao abrigo de eventual poder discricionário.

3. *Habeas corpus* deferido, determinando-se seja feito o exame à luz dos textos pertinentes; em caso de proposta não feita, sejam os autos encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça.
(*Habeas corpus* n. 36.557 - SP, Registro 2004/0093923-7, Sexta Turma, *RSTJ* 196, pp. 574/582, *DJ* 02.05.2005) 385

— EMENTA: *Criminal.* HC. *Roubos qualificados. Excesso de prazo. Feito com-plexo. Pluralidade de réus, testemunhas e advogados. Greve dos agentes penitenciários. Demora justificada. Princípio da razoabilidade. Prazo para a conclusão da instrução que não é absoluto. Trâmite regular. Ordem denegada.*
I - Hipótese que trata de processo criminal que tramita regularmente, tendo sido retardado, apenas em parte, em decorrência da pluralidade de réus (cinco), testemunhas e advogados, dos delitos cometidos, da greve dos servidores do Poder Judiciário, bem como da notória complexidade do feito e da necessidade de observância às formalidades.
II - A greve dos servidores do Poder Judiciário constitui motivo de força maior, não configurando desídia da autoridade impetrada e não ensejando, por si só, a revogação da custódia cautelar. Precedente.
III - Por aplicação do princípio da razoabilidade, justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas sim decorrente de incidentes do feito e devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos.
IV - O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto.
V - O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada.
VI - Ordem denegada.
(*Habeas corpus* n. 40.373 - SP, Registro 2004/0177972-1, Quinta Turma, *RSTJ* 198, pp. 514/518, *DJ* 23.05.2005) 393

— EMENTA: Habeas corpus. *Penal. Estatuto do Desarmamento. (Porte ilegal de arma de uso permitido (art. 14 da Lei n. 10.826/2003).* Abolitio criminis *temporária. Inocorrência. Trancamento da ação penal. Impossibilidade.*
1. Esta Corte vem entendendo que, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma (arts. 30, 31 e 32 da Lei n. 10.826/2003), observa-se a descriminalização temporária exclusivamente em relação às condutas delituosas relativas à posse de arma de fogo de uso permitido, tal como descrito no art. 12 da referida lei;
2. "Afastado o argumento segundo o qual teria ocorrido a *abolitio*

criminis temporalis da conduta de 'portar ilegalmente arma de fogo' imputada ao paciente, praticada sob a égide da Lei n. 10.826/2003, torna-se inviável o pretendido trancamento da ação penal instaurada." (HC n. 40,419-DF, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, *DJ* 10.07.2005);
3. *Ordem denegada.*
(*Habeas corpus* n. 40.422 - DF, Registro 2004/0179086-0, Sexta Turma, *RSTJ* 199, pp. 612/616, *DJ* 26.09.2005) 399

— EMENTA: Habeas corpus. *Penal. Processual Penal. Nulidade absoluta. Prova ilícita. Prorrogação de escutas telefônicas. Lei n. 9.296/1996. Inocorrência. Ordem denegada.*
1. A interceptação telefônica de fato não pode exceder quinze dias. Porém, pode ser renovada por igual período, não havendo qualquer restrição legal ao número de vezes em que possa ocorrer sua renovação, desde que comprovada a necessidade.
2. A proclamação de nulidade do processo por prova ilícita se vincula à inexistência de outras provas capazes de confirmar autoria e materialidade; em caso contrário deve ser mantido o decreto de mérito, uma vez fundado em outras provas.
3. *Writ* denegado.
(*Habeas corpus* n. 40.637 - SP, Registro 2004/0183030-8, Sexta Turma, *RSTJ* 198, pp. 594/597, *DJ* 26.09.2005) 403

— EMENTA: *Criminal.* HC. *Roubos qualificados. Excesso de prazo. Feito complexo. Pluralidade de réus, testemunhas e advogados. Greve dos agentes penitenciários. Demora justificada. Princípio da razoabilidade. Prazo para a conclusão da instrução que não é absoluto. Trâmite regular. Ordem denegada.*
I - Hipótese que trata de processo criminal que tramita regularmente, tendo sido retardado, apenas em parte, em decorrência da pluralidade de réus (cinco), testemunhas e advogados, dos delitos cometidos, da greve dos servidores do Poder Judiciário, bem como da notória complexidade do feito e da necessidade de observância às formalidades.
II - A greve dos servidores do Poder Judiciário constitui motivo de força maior, não configurando desídia da autoridade impetrada e não ensejando, por si só, a revogação da custódia cautelar. Precedente.
III - Por aplicação do princípio da razoabilidade, justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas sim decorrente de incidentes do feito e devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos.

IV - O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto.
III - A participação ou não da paciente na prática delitiva não se apresenta livre de controvérsias, pois, somente após o correto procedimento inquisitorial, com a devida apuração dos fatos e provas, é que se poderá averiguar, com certeza, a veracidade das alegações apresentadas na impetração, tornando-se prematuro o trancamento do inquérito policial instaurado.
IV - Não há que se falar em ausência de justa causa para a investigação criminal em curso, a qual só pode ser obstada na hipótese de flagrante e inequívoca atipicidade ou impossibilidade de ser a indiciada o autora dos fatos, o que, de pronto, não se verifica.
V - O mero indiciamento em inquérito não caracteriza constrangimento ilegal reparável via *habeas corpus*. Precedentes.
VI - Ordem denegada.
(*Habeas corpus* n. 42.019 - RS, Registro 2005/0027913-4, Quinta Turma, *RSTJ* 200, pp. 474/478, *DJ* 23.05.2005) 407

Jurisprudência Cível

— EMENTA: *Administrativo. Recurso ordinário em mandado de Afastamento de Promotora de Justiça de suas atribuições eleitorais durante todo o processo eleitoral. Competência do Procurador-Geral Justiça do Estado. Recorrente é parte em ação penal privada contra uma das candidatas ao cargo de Prefeita. Impedimento previsto no art. 95 da Lei n. 9.504/1997. Ausência de cerceamento de Recurso ordinário conhecido e improvido.*
1. Segundo entendimento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral, havendo impedimento do Promotor Eleitoral, cabe ao Procurador de Justiça indicar o substituto ao Procurador Regional Eleitoral. Na hipótese, tal entendimento foi respeitado, pois o Procurador Regional Eleitoral no Paraná, entendendo estar a recorrente impedida de exercer funções eleitorais, solicitou ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná fossem tomadas as providências necessárias para o seu afastamento e que indicasse outro Promotor Público para oficiar junto à 6ª Zona Eleitoral de Antonina, Estado do Paraná.
2. Diante do reconhecimento de suspeição ou impedimento de Promotor Eleitoral é possível o seu afastamento de todo o processo eleitoral, tendo em vista as características especiais que regem esse procedimento. Precedentes do Tribunal Superior Eleitoral.
3. A representação de impedimento de membro do Ministério Público pode ser apresentada por partido político, nos termos do art. 96 da Lei n. 9.504/1997.
4. Ao membro do Ministério Público que seja parte em ações judiciais

que envolvam determinado candidato é defeso exercer suas funções em processo eleitoral no qual o mesmo candidato seja interessado. Aplicação do art. 95 da Lei n. 9.504/1997.
5. Conforme previsto nos arts. 155, IX, da Lei Orgânica do Ministério Público do Paraná, e 236, VI, da Lei Orgânica do Ministério Público da União, é dever do membro do Ministério Público declarar-se suspeito ou impedido nos termos da lei.
6. A recorrente apresentou defesa na representação que originou o ato impugnado, na qual não negou a existência da ação penal privada que move contra a candidata ao cargo de prefeita, fato objetivo que serviu como fundamento ao seu afastamento das funções eleitorais. Assim, não há falar em cerceamento de defesa.
7. Recurso ordinário conhecido e improvido.
(Recurso em Mandado de Segurança n. 14.990 - PR, Registro 2002/0072653-8, Quinta Turma, *RSTJ* 199, pp. 536/544, *DJ* 05.12.2005) 413

NOTICIÁRIO

— Nova sede em Laje do Muriaé 425
— Ministério Público é homenageado pela Polícia Civil 425
— PGJ prestigia inauguração do Centro Cultural da Justiça Eleitoral 426
— Ministério Público do Rio de Janeiro disciplina a residência na Comarca 426
— Marfan recebe apoio em ato público 427
— Especialista americano em crime cibernético fala no MP 428
— MP assina convênio com Fesp 428
— Cejur e Femperj promovem Congresso de Direito Processual Civil 429
— MP discute registro de candidatos 430
— Encontro de Diretores de Escolas dos Ministérios Públicos do Brasil 430
— Presidente do TSE visita MPRJ 431
— MP ganha duas novas sedes no interior do Estado 432
— Vitaliciamentos (período de 1° /abr. a 30/jun. de 2008) 433

— Falecimentos (período de 1° /abr. a 30/jun. de 2008) 433
— Ministro do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (em 30.06.2008) 434
— Desembargadores do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (em 30.06.2008) 434

DOUTRINA

DOUTRINA

A CANDIDATURA A CARGO ELETIVO E A CONSTITUIÇÃO

BENEDITO CALHEIROS BOMFIM *

Cresce a pressão social visando a impedir a eleição a cargos eletivos de políticos portadores de antecedentes delituosos, a chamada "ficha suja". Esse clamor da opinião pública objetiva a moralização da política, a inelegibilidade de candidatos sem qualificação ética, com vida pregressa desabonadora. Fazer depender essa medida saneadora de "condenação criminal em sentença transitada em julgado", como expressa o texto do art. 55, VI, CF, é o mesmo, como a prática tem demonstrado, que tornar inefetivos, inúteis, meramente retóricos, o princípio fundamental da "dignidade da pessoa humana" e da "cidadania", os postulados constitucionais da moralidade pública, da probidade administrativa, da busca de uma sociedade justa e menos desigual.

O princípio de que ninguém pode ser considerado culpado antes de ser condenado por sentença transitada em julgado não pode servir de escudo para a impunidade, como ocorre na maioria dos casos. Não é possível que as mesmas disposições constitucionais garantidoras do amplo direito de defesa e assecuratórias da justiça de uma condenação definitiva, se transformem, pela só fato da lentidão judicial, em fator de impunidade.

A interpretação ao pé da letra das normas em causa leva a resultado contrário ao que nele implicitamente se propõe, uma vez que propicia a conquista de imunidade parlamentar, como biombo, para acobertar malfeitos, falcatruas, irregularidades, práticas delinqüentes. A exegese de um preceito constitucional não pode produzir conseqüências inversas ao espírito e ao sistema do diploma em que está inserido. Se toda norma comporta interpretações, deve o intérprete optar por aquela que melhor atenda aos fins sociais, que se compadeça com a ética, a probidade, a moralidade, da justiça social.

Não é admissível se permita que corruptos e delinqüentes busquem na investidura do mandato parlamentar, como vem acontecendo em escala crescente, imunidade para a prática de atos fraudulentos, ilegais, contrários à ética, à decência, ao patrimônio público, à moralidade.

---

* Ex-presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Ex-Conselheiro Federal e Seccional da OAB.

No campo penal, em que está em jogo a própria liberdade, individual, justifica-se o rigor da exigência de sentença criminal transitada em julgado. Não, porém, na área político-eleitoral, em que prevalece o interesse maior da sociedade, a preservação da transparência, a dignidade e honradez da representação,o decoro parlamentar, a legitimidade do mandato, o respeito e a lealdade ao voto do eleitor. Esse, aliás, o entendimento perfilhado pelo Min. Carlos Ayres Britto, presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Fosse outro o critério, o ordenamento eleitoral seria incompatível com a inteireza do sistema constitucional, com os princípios da dignidade da pessoa humana, da moralidade da administração pública, da ética parlamentar, da construção de uma sociedade justa e solidária. A eleição do candidato há de estar condicionada à observância desses valores, dessas regras axiológicas, sob pena de se tornarem letra morta, pura retórica as prescrições legais disciplinadoras da aquisição, exercício e perda do mandato parlamentar.

Se a simples falta de decoro leva à perda do mandato parlamentar, por que admitir que candidato manifestamente inidôneo possa concorrer, eleger-se, assumir e exercer o mandato de deputado ou senador? Condicionar a vedação à assunção a cargos eletivos de malfeitores e delinquentes à sentença criminal transitada em julgado, equivale a institucionalizar a impunidade, a permitir o uso do mandato para fins contrários à sua destinação.

Todo texto legal há de ser interpretado de forma a tornar efetiva sua finalidade social, a tornar eficaz seu conteúdo e destinação, a propiciar a materialização de seu objetivo. Ele há de guardar sintonia e compatibilidade com a principiologia e o sistema do diploma que integra. A não ser assim, a norma não passa de fórmula vazia, simbólica, inoperante, ineficaz.

Há, contudo, que encontrar uma fórmula que concilie a garantia individual da presunção da inocência até o trânsito em julgado da condenação com a garantia de que se valha desse preceito para alcançar a impunidade, ou seja, um resultado social inverso à destinação da norma.

Pode-se adotar um meio termo na aplicação dos preceitos constucionais em exame, compatível com a exigência de sentença criminal transitada em julgado: estabelecer que, mesmo ao candidato condenado em primeiro grau, seria permitido concorrer a cargo eletivo; mas, se eleito, teria suspensa a posse até o trânsito em julgado da sentença. O recurso contra essa decisão seria dirigido diretamente ao TSE, com absoluta prioridade nos julgamentos. Se aí absolvido, seria imediatamente empossado no cargo. Se confirmada a condenação, sua eleição seria tornada sem efeito, e o candidato impedido de concorrer a pleitos eleitorais futuros.

Esse entendimento, que também satisfaz o requisito da presunção da inocência até que a sentença condenatória se torne irrecorrível, pode coexistir com a exigência dos arts. 5º, LVII, e 155, VI, da Lei Fundamental, enquanto não sobrevier Emenda Constitucional que modifique a redação de ambos e da legislação eleitoral.

Assim equacionada a questão, o só fato de estar o candidato respondendo a processo não será empecilho ao seu registro, e a perda do mandato, por sua vez, ficaria condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

No sistema atual, não vislumbramos outra forma de atender à exigência de condenação transitada em julgado sem frustrar o objetivo dessa mesma exigência.

Se o que se quer é sanear a atividade político-eleitoral, é inadmissível que se interprete e aplique a lei sabendo que, pela demora da tramitaçao do processo, seu objetivo social será malogrado.

DEPOIMENTO SEM DANO: A INQUIRIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL EM JUÍZO *

CARLA CARVALHO LEITE **

SUMÁRIO: 1. Abuso sexual infantil: conceito e principais características. 2. A produção da prova em casos de abuso sexual infantil e o direito da criança/adolescente de ser ouvida em juízo de forma adequada. 3. O projeto "depoimento sem dano". 4. Execução do projeto "depoimento sem dano". 5. O "depoimento sem dano" no ordenamento jurídico brasileiro. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. ABUSO SEXUAL INFANTIL: CONCEITO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

O abuso sexual contra crianças e adolescentes não é um fenômeno recente na história da humanidade, mas ainda persiste certa dificuldade de conceituá-lo, o que talvez decorra do fato de se tratar de um fenômeno envolto em aspectos culturais (CEZAR, 2007).

Modernamente, entende-se que "o abuso sexual é uma forma de violência física ou psíquica em que o abusador, sem consentimento válido, aproveitando-se de sua superioridade sobre a criança e/ou confiança que ela lhe deposita, busca a sua satisfação sexual, causando nela danos psíquicos" (DOBKE, 2001, p. 27).

Fatores imprescindíveis para a caracterização do abuso sexual são a existência de uma relação de poder sobre uma criança e a incapacidade desta de dar consentimento consciente. Também permeia o abuso sexual a "lei do segredo". O abusador exige da criança/adolescente que mantenha segredo

---

* Este artigo, elaborado no mês de outubro de 2007, se baseia em palestra ("Depoimento Sem Dano") proferida pela autora no seminário "Construindo Alternativas: Desafios na Humanização das Intervenções Sociais no Âmbito do Judiciário", promovido no dia 26/10/2007, no auditório da EMERJ.

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

sobre o abuso, o que geralmente é aceito pela vítima, por uma ou mais dentre várias razões: sentimento de culpa, pensando a criança/adolescente ser ela a abusadora e o adulto a vítima; medo de ser punida ou de não acreditarem em sua palavra; medo de perder a atenção do abusador, já que, em regra, se trata de pessoa por quem a criança/adolescente nutre afeto (CEZAR, 2007).

O abusador, por sua vez, tem para com a vítima uma relação de adição, sendo dependente da situação abusiva, como apontam os especialistas. A propósito, DOBKE ressalta que "o abuso sexual da criança como síndrome de adição para o abusador é complementar ao abuso sexual como síndrome de segredo para a criança. Para o abusador, o abuso sexual da criança funciona como adição (abusador = adito, criança = droga); ele sabe que o abuso é prejudicial à criança e mesmo assim abusa" (2001, p. 36).

2. A PRODUÇÃO DA PROVA EM CASOS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL E O DIREITO DA CRIANÇA/ADOLESCENTE DE SER OUVIDA EM JUÍZO DE FORMA ADEQUADA

Tais circunstâncias presentes no abuso sexual infantil, aliadas ao fato de que mais de 80% dos casos ocorrem no âmbito intrafamiliar e que 90% deles não deixam vestígios no corpo da vítima trazem implicações em importante questão com a qual nós - operadores jurídicos - nos deparamos: a produção da prova do abuso sexual em juízo, tanto para afastar o abusador do convívio imediato com a criança, no intuito de protegê-la, quanto para promover a responsabilização daquele, tanto na esfera penal, quanto na cível, através das medidas cabíveis no âmbito dos juízos de família ou da infância e juventude. Ante a ausência de vestígios físicos no corpo da vítima e de testemunha presencial, não raro a palavra da criança/adolescente é o único meio de prova possível.

Por outro lado, há que se evitar a revitimização da criança/adolescente, de modo que sua inquirição deve ser adequada a seu estágio desenvolvimental, respeitando-se, assim, sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, nos moldes do art. 6° do Estatuto da Criança e do Adolescente (CEZAR, 2007). O abuso sexual causa danos primários e danos secundários na criança/adolescente vitimada. O dano primário consiste na própria experiência do abuso e o dano secundário é causado por fatores que lhe são subseqüentes: estigmatização social, traumatização secundária no processo interdisciplinar, dentre outros, ocasionando a revitimização da criança/adolescente (DOBKE, 2001). Assim, ao se ouvir a criança, deve-se fazê-lo de forma adequada, evitando-se a produção de dano secundário. De fato, uma intervenção profissional inadequada é geradora de dano secundário, o qual pode ser maior do que o dano causado pelo abuso sexual em si (dano primário).

Além disso, há que se frisar que a criança/adolescente vítima de abuso sexual tem o direito de ser ouvida em juízo (CEZAR, 2007). De fato, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, exige que a criança (incluindo-se nesta expressão o adolescente, já que a Con-

venção não distinguiu tais etapas do ciclo desenvolvimental) seja ouvida em todos os processos judiciais e administrativos que lhe digam respeito, como se observa em seu art. 12:

> "É assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional."

Seguindo a mesma linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente confere a crianças e adolescentes o direito de serem ouvidos em juízo, direito este que encontra respaldo no § 1° do artigo 28 e no inciso II do artigo 16 do Estatuto. Não se pode, aliás, deixar de destacar que esse direito também se encontra em consonância com o princípio declarado expressamente no art. 3° do Estatuto de que *"a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana"*. Outrossim, a Constituição da República dispõe que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente" (art. 227, § 4°) e também confere a crianças e adolescentes uma série de direitos fundamentais, impondo que tais titulares de direitos devem gozar de prioridade absoluta por parte do poder público, da sociedade e da família (art. 227, *caput*). Assim, a escuta da criança/adolescente em juízo é um direito seu.

Por outro lado, devem ser observadas, nos processos judiciais, os direitos e as garantias constitucionais da legalidade (art. 5°, inc. II), do devido processo legal (art. 5°, inc. LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5°, inc. LV), da presunção de inocência (art. 5°, inc. LVII) e da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5°, inc. XXXV). Assim, em relação aos processos judiciais deflagrados em face de pessoa a quem se imputa conduta que configura abuso sexual, depara-se o operador jurídico com o desafio de coadunar tais normas constitucionais com aquelas outras relativas aos direitos da criança/adolescente, também de natureza constitucional em virtude do disposto no artigo 227, *caput* e no artigo 5°, § 2° da Constituição da República.

3. O PROJETO "DEPOIMENTO SEM DANO"

Pensando nisso, e sob a inspiração da obra de Dobke (2001), o Juiz de Direito Titular da 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre, Dr. José Antônio Daltoé Cezar, iniciou um projeto-piloto no ano de 2003, consistente na criação de uma sala à parte, ligada à sala de audiências por sistema de vídeo e de áudio, na qual permanecem a criança/adolescente (vítima de abuso sexual) a ser inquirida durante a audiência e um profissional capacitado (em regra, psicólogo ou assistente social), nomeado pelo Juízo, que repassa, de forma adequada àquela criança/adolescente, as perguntas formuladas pelo Juízo e pelas partes na audiência de instrução e julgamento. Desse modo, respeitam-se todas as garantias constitucionais anteriormente mencionadas, especialmente as do contraditório, da ampla defesa e do devi-

do processo legal, bem como os direitos fundamentais da criança/adolescente, além de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Os principais objetivos do projeto – denomidado Depoimento Sem Dano – são a redução do dano secundário e a garantia dos direitos da criança/adolescente através da valorização de sua palavra e do respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento (CEZAR, 2007), os quais pressupõem uma inquirição adequada. Por sua vez, a adequação na escuta de criança/adolescente vítima de abuso sexual passa pela capacitação do profissional que lhe dirige as perguntas e também pelo desejo de ouvi-la, como bem aponta DOBKE (2001, p. 24):

> "Os inquiridores, muitas vezes, falam o mínimo possível sobre o abuso propriamente dito, não só pelo constrangimento normal que o tema-tabu cria, mas também com a intenção de proteger a criança, de ajudá-la a esquecer a experiência traumática."

No entanto, tal conduta tem outro significado para a criança/adolescente, que interpreta a atitude supostamente protetora do inquiridor como uma atitude de quem não quer ouvir sua experiência abusiva. Reforça-se, assim, a lei do segredo. Percebendo que sua experiência abusiva é rejeitada pelo inquiridor, a criança/adolescente sente-se rejeitada, o que pode lhe ocasionar dano secundário. Ao contrário, se for ouvida adequadamente, percebe que sua palavra e sua experiência são valorizadas (*idem*).

4. EXECUÇÃO DO PROJETO "DEPOIMENTO SEM DANO"

A execução do projeto Depoimento Sem Dano passa por várias etapas. Inicialmente, a vítima é acolhida pelo profissional algumas horas antes de começar a audiência, não somente para evitar o seu contato com o acusado, mas também para lhe dar conhecimento acerca do que sucederá, para lhe mostrar a sala de audiências e para conversar com a criança/adolescente, visando a deixá-la à vontade e a conhecer a sua forma de se expressar a respeito de termos relativos a sexualidade. Nos moldes do projeto Depoimento Sem Dano, a vítima fica ciente de tudo o que se passa, ou seja, que ela participará de uma audiência e que, por isso, será vista e ouvida pelo acusado e por seu advogado, pelo Promotor de Justiça, pelo Juiz e pelo serventuário do Juízo. Assim, respeitam-se questões éticas relativas ao exercício profissional daquele que repassa as perguntas e, principalmente, respeitam-se direitos da criança/adolescente.

Iniciada a audiência, o depoimento transcorre de acordo com a normativa processual, ou seja, primeiramente o Juiz faz as perguntas e, em seguida, as partes formulam as perguntas, as quais, uma vez deferidas pelo Juiz, são por este formuladas ao depoente. Neste caso específico, o Juiz o faz indiretamente, já que dirige as perguntas ao profissional que está com um ponto de escuta e este, por sua vez, repassa as perguntas à vítima, adequando-a ao vocabulário desta, o que, como referido, se torna possível pela capacitação técnica do profissional, que já manteve um contato prévio com a criança/adolescente. O

depoimento é gravado em CD-ROM, que permanece na contracapa dos autos (ficando cópia de segurança em cartório), e degravado por serventuário do Poder Judiciário, para que conste nos autos o teor do depoimento (Cezar, 2007), observando-se, assim, as garantias decorrentes do devido processo legal e oportunizando-se aos órgãos jurisdicionais de segunda instância, em caso de interposição de recurso, que assistam ao depoimento através da utilização do recurso de mídia mencionado, bem como o acesso à transcrição do depoimento.

Cabe destacar que, durante a intervenção de que se trata nesta oportunidade, o profissional nomeado pelo Juízo (em regra, psicólogo ou assistente social) não se encontra num atendimento típico de sua profissão. O psicólogo não está em *setting* terapêutico, nem está realizando estudo psicológico e o assistente social não está realizando estudo social. Trata-se de outro lugar ocupado por esse profissional, que se soma às suas outras funções já existentes. Neste caso, o profissional participa de uma audiência de instrução e julgamento para auxiliar no depoimento de uma criança/adolescente, respeitando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e outros direitos de que a criança/adolescente é titular, além de garantias constitucionais das partes do processo.

A primeira audiência realizada através do projeto ocorreu no dia 06 de maio de 2003. Dado o sucesso do projeto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o assumiu institucionalmente, adquirindo equipamentos mais modernos para a sala em que se realizavam os depoimentos e expandindo o projeto para outras 11 comarcas daquele Estado. Até o mês de dezembro de 2005, realizaram-se 398 inquirições na 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre (Cezar, 2007). De maio de 2003 a outubro de 2007, realizaram-se cerca de mil inquirições no Estado do Rio Grande do Sul nos moldes do projeto.

Outros Estados da federação também passaram a se mobilizar rumo à adoção do sistema do Depoimento Sem Dano. No mês de abril de 2007, realizou-se em Goiânia a primeira audiência nos moldes do projeto. Os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Norte e do Acre, em dezembro de 2006, firmaram convênio com a Secretaria Especial de Direitos Humanos e instalarão as salas para a execução do projeto ainda em 2007. Em Cuiabá e em Rio Branco também já foram instaladas salas para execução do projeto.

No Rio de Janeiro, a partir de meados do ano de 2005, o Tribunal de Justiça passou a atentar para a questão da necessidade de se conhecer e implantar o projeto. Surgiram alguns questionamentos por parte do Conselho Regional de Psicologia (5ª Região), do Conselho Regional de Serviço Social (7ª Região) e de alguns psicólogos e assistentes sociais do TJ-RJ, envolvendo, especialmente, questões de ética profissional. Convidada a participar de algumas discussões a respeito do assunto em encontros promovidos por tais instituições, com o objetivo de esclarecer os profissionais da Psicologia e do Serviço Social a respeito do projeto e de seus fundamentos jurídicos, pude observar, naquelas ocasiões, que muitos profissionais de ambas as áreas estavam muito resistentes, dado indicativo da necessidade de que os operadores do Direito e os profissionais da Psicologia e do Serviço Social dialoguem mais sobre

este assunto. Contudo, alguns aspectos não podem ser retirados de foco: o fato de que crianças e adolescentes têm direitos declarados pelo ordenamento jurídico e o compromisso profissional dos operadores jurídicos e não jurídicos com a atividade-fim do sistema de justiça do qual fazem parte.

5. O "DEPOIMENTO SEM DANO" NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As normas processuais brasileiras, tanto na esfera penal quanto na cível não contemplam critérios diferenciadores para a oitiva de crianças e adolescentes em juízo. Isto em que pese a necessária observância da condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento imposta pelo art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por não haver previsão legal que imponha que a inquirição de criança ou adolescente seja efetuada obrigatoriamente através de um técnico capacitado, os Juízos que realizam audiências nos moldes do projeto Depoimento Sem Dano necessitam da anuência das partes para tanto, sob pena de se incidir em nulidade processual. A propósito, encontra-se em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei nº 35/2007, que tem por finalidade suprir a apontada lacuna na normativa processual brasileira.

6. CONCLUSÕES

A experiência adquirida na execução do projeto Depoimento Sem Dano tem sido exitosa em todas as comarcas em que foi implantado, porquanto tem tornado possível a escuta em juízo de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, não raro o único meio de prova possível para se formar a convicção do Juízo a respeito da prática ou não da conduta abusiva, respeitando-se as garantias constitucionais de processo e, igualmente, os direitos da criança e do adolescente.

O modelo em vigor no ordenamento jurídico processual brasileiro para a oitiva de crianças e adolescentes em juízo, especialmente em se tratando de vítimas de abuso sexual, além de ineficiente, gera dano secundário. Já a oitiva em juízo através da metodologia utilizada nos moldes do projeto Depoimento Sem Dano constitui um inegável avanço diante do método atualmente vigente. Urge que o sistema de justiça desenvolva práticas jurídicas rumo à real observância de direitos já há muito reconhecidos a crianças e adolescentes.

7. BIBLIOGRAFIA

CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento Sem Dano: Uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

ASPECTOS DA CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO *

CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA **

SUMÁRIO: 1. Razões justificadoras da escolha do tema. 2. Três modelos influentes. 3. Fundamento da conversão. 4. Converter, conversão: uma denominação imprópria? 5. Interpretação e conversão do negócio jurídico. 6. Conversão: substancial e formal; legal e judicial. 7. Exame dos requisitos da conversão substancial, no direito brasileiro. 8. Limites à conversão. 9. Bibliografia.

"L'atto totalmente invalido non è più irremediabilmente compromesso. È recuperabile" (Giuseppe Gandolfi).

1. RAZÕES JUSTIFICADORAS DA ESCOLHA DO TEMA

A conversão do negócio jurídico constitui, no Brasil, tema (em certa medida) novo. O Código Civil de 2002 — diferentemente do anterior, que dele não se ocupava — dedicou-lhe um artigo, em cuja interpretação e aplicação devem empenhar-se doutrina e jurisprudência. Embora alguns estudiosos, ao tempo do Código revogado, tivessem defendido a possibilidade do emprego da conversão mesmo no silêncio daquele diploma[1], e conquanto o exame de certos precedentes revelasse, já naquele tempo, sua concreta (ainda que in-

---

* Texto destinado à coletânea de estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim.

** Advogado. Professor Auxiliar (concursado) do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

1. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, §§ 374 e 375, e t. LVI, § 5.733; João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 8 e 333. Assim também no direito português (anterior ao vigente Código): Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 436 (trata-se de reimpressão da versão de 1953, como explicado na introdução ao vol. I).

consciente) utilização por parte dos tribunais brasileiros[2], é certo que nunca se havia expressamente consagrado, no ordenamento de nosso país, a figura da conversão, com a abrangência e a generalidade com que o fez o novo Código. A inovação, mesmo se considerada mais aparente que real, desperta natural curiosidade; e, como escreveu um estudioso português, *"uma presença na lei constitui uma base juscultural importante para chamar a atenção da Ciência sobre o fenômeno que, de outra forma, pode, embora presente, passar despercebido"*[3].

Justamente porque novo, o assunto ainda se mostra desconhecido de numerosos operadores do direito. No ano de 2005, em evento realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual tivemos a oportunidade de enfrentar o tema pela primeira vez, percebemos claramente que, vigente o novo Código já então por um biênio, muitas pessoas até ali não se haviam dado conta da presença da conversão no art. 170 — e, em conseqüência, não tinham sequer cogitado de sua *efetiva aplicação*, em suas respectivas atividades profissionais. Advogados deixaram de invocá-la em proveito de seus constituintes; juízes e tribunais possivelmente deixaram de decretá-la em casos nos quais talvez representasse a melhor solução.

Apesar de novo e pouco difundido, o tema da conversão nos parece extremamente rico, merecedor de investigação científica e de aplicação prática. Essa riqueza é comprovada, entre nós, pela extensão e profundidade da obra do Professor João Alberto Schützer Del Nero, *A Conversão Substancial do Negócio Jurídico*, escrita e publicada sob a vigência do Código Civil de 1916, mas já munida de valiosas observações sobre o que viria a ser o art. 170 do novo diploma. Trata-se, em nosso entendimento, de livro fundamental ao estudo da conversão, revelador de suas origens históricas, minucioso na análise de seus requisitos e ilustrativo de suas potencialidades. Ao redigirmos este artigo, não queremos omitir a influência exercida pela leitura dessa obra — certamente proveitosa, aliás, a quem pretenda aprofundar-se na matéria.

Se a monografia citada atesta a complexidade do assunto, convém que se multipliquem estudos e debates sobre esse novo personagem: o desconhecimento do instituto, por advogados e juízes, inevitavelmente conduzirá à sua inadequada ou escassa utilização — quiçá ao seu abandono. E seria decerto indesejável que nossa avaliação, daqui a anos, se assemelhasse à de quem, na Itália, décadas após a entrada em vigor de seu Código, concluiu que *"permanece substancialmente desaplicada"* a norma relativa à conversão[4].

---

2. Veja-se a resenha crítica de João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 282-292, onde se afirma que *"o próprio instituto é, de certa maneira, desconhecido, mas, também, a denominação 'conversão', (...), não é usual em nossos tribunais"*. O autor conclui, todavia, que a conversão *"é muito mais freqüente do que poderia imaginar-se à primeira vista, procedendo-se a ela, sob formas e denominações as mais diversas"* e que *"o problema e sua solução não são alheios à nossa jurisprudência"*.
3. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 279.
4. Giuseppe Gandolfi, *Il principio di conversione dell'atto invalido: fra continenza 'sostanziale' e volontà ipotetica*, p. 368.

2. TRÊS MODELOS INFLUENTES

Parece existir consenso em que, dentre os sistemas jurídicos contemporâneos, aquele que primeiro disciplinou o fenômeno foi o alemão, cujo Código Civil (em vigor a partir de 1900) trata da matéria em seu § 140, nos seguintes termos: "*Presentes num negócio jurídico nulo os requisitos de um outro negócio jurídico, vale o último, se for de presumir-se que a validade dele, à vista do conhecimento da nulidade, teria sido querida*"[5].

O Código Civil italiano (de 1942) parafraseou a fórmula tedesca[6], conforme se extrai da leitura de seu art. 1.424: "*Conversão do contrato nulo — O contrato nulo pode produzir os efeitos de um contrato diverso, do qual contenha os requisitos de substância e de forma, quando, à vista do objetivo perseguido pelas partes, deva entender-se que elas o teriam desejado se houvessem conhecido a nulidade*"[7].

Também o Código Civil português (de 1966) contém norma equivalente, com redação muito semelhante à do precedente italiano: "*Art. 293º (Conversão) O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade*".

Chama a atenção do estudioso, a despeito da clara percepção de elementos comuns às três fórmulas, o fato de o Código alemão e o português se referirem à conversão de *negócio jurídico*, enquanto o italiano somente alude à conversão de *contrato* (espécie daquele gênero). Mas a diferença é apenas aparente, se se considerar que, na sistemática do diploma italiano, diversamente do que ocorre com os dois outros (e com nosso novo Código Civil), não se abriu espaço à figura do negócio jurídico; e que as regras aplicáveis aos contratos igualmente o são, "*enquanto compatíveis*", aos "*atos unilaterais entre vivos que tenham conteúdo patrimonial*" (*codice civile*, art. 1.324). Daí porque se admite, também naquele país, a conversão de negócios que encerram manifestações unilaterais de vontade[8].

Sensivelmente influenciado, neste como em muitos outros tópicos, por aqueles três diplomas estrangeiros, nosso novo Código Civil cuida da matéria no art. 170, assim redigido: "*Se, porém, o negócio nulo contiver os requisitos de outro,*

---

5. Adotou-se a tradução de João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, p. XVII ("Resumo"). No original: "*Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewolt sein würde*".
6. Gandolfi, *Il principio...*, p. 347.
7. No original: "*Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità*".
8. Como no exemplo de Galgano (*Il negozio giuridico*, p. 348): "*una cambiale nulla per mancanza dei requisiti di forma (manca, ad esempio, la parola 'cambiale') può produrre gli effetti di una promessa di pagamento*".

subsistirá este, quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".

São ostensivos os elementos *comuns* à regra brasileira e às suas fontes inspiradoras:

a) em todas elas, pressupõe-se a existência de um negócio jurídico *nulo*[9];

b) admite-se que, a despeito dessa *nulidade*, possam *produzir-se os efeitos que decorreriam de outro negócio*, de tipo *distinto* daquele efetivamente desejado;

c) por fim, condiciona-se a produção desses efeitos a duas circunstâncias:

1) que o negócio *nulo* contenha os requisitos (*"de substância e de forma"*, como se lê nos modelos italiano e português) daquele *outro* negócio, no qual o primeiro "se converte";

2) que o segundo negócio, resultante da conversão, corresponda ao que as partes *"teriam querido"*, se a nulidade houvesse sido por elas prevista.

A conversão, portanto, opera (ao menos na literalidade do Código) no específico terreno das *nulidades*: a aplicação do art. 170 do novo Código Civil pressupõe que se haja identificado um negócio jurídico *nulo*; e a conversão funciona como expediente técnico de que se vale o legislador para, em alguma medida, possibilitar o reconhecimento de efeitos a um negócio concreto que, de outro modo, não produziria efeito algum. Muito significativamente, o art. 170 se segue ao dispositivo segundo o qual o negócio nulo *"não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo"* como se o legislador, após ter condenado o negócio nulo à danação eterna, houvesse, não obstante, oferecido às partes uma "tábua de salvação", capaz de preservá-lo, ainda que com eficácia *reduzida*.

3. FUNDAMENTO DA CONVERSÃO

Se o *resultado* da conversão reside na excepcional atribuição de efeitos a um negócio jurídico *nulo* não, certamente, os efeitos próprios desse mesmo negócio, efetivamente querido pelas partes, mas sim os de um negócio por assim dizer "substituto", que mantenha certa *afinidade* com aquele —, então parece claro que o fundamento da conversão reside no *princípio da conservação do negócio jurídico*[10]. Esse princípio, como se sabe, consiste *"em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia"*[11], e está na base de uma série de dispositivos legais, cuja enumeração seria aqui ociosa. Como bem se expressou um

9. No Código português, alude-se, ainda, a contrato *"anulado"*.

10. A observação é corriqueira na doutrina: C. Massimo Bianca, *Il contratto*, p. 594; Giovanni Criscuoli, *Il contratto*, pp. 374-375; Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 67; e os autores citados por João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 316 e 324.

11. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 66.

jurista italiano, a lei, em função desse princípio, dá prevalência à conclusão dos negócios, e não à sua frustração; prefere a circulação das riquezas à sua imobilidade[12]. Por isso, entre admitir a produção dos efeitos jurídicos decorrentes do negócio "substituto" ou declarar a nulidade do negócio efetivamente desejado pelas partes, a lei faz prevalecer a primeira solução, em reconhecimento à utilidade do negócio concretamente realizado[13].

Em matéria de conversão, alude-se, muito expressivamente, a uma *fungibilidade negocial*[14]. Segundo o dito popular, "quem quer os fins quer os meios"; mas quem quer os fins — acrescente-se — *quer, sobretudo, esses fins*[15]. Daí, sendo possível alcançar o resultado prático visado pelas partes, ainda que por meio de negócio distinto daquele concretamente celebrado, nada mais natural que *conservá-lo*, reconhecendo-lhe *alguma* eficácia e proporcionando (ainda que de maneira incompleta) a realização daqueles fins.

4. CONVERTER, CONVERSÃO: UMA DENOMINAÇÃO IMPRÓPRIA?

Nem o substantivo "conversão", nem o verbo "converter" figuram no art. 170 do novo Código Civil; mas o fenômeno, de que ali se cuida, é habitualmente versado, na doutrina brasileira, sob esse rótulo[16]. Viu-se que, em ordenamentos estrangeiros de línguas neolatinas, fala-se, de igual modo e no mesmo contexto, em "conversão"; e o termo é também empregado, em sede doutrinária, em países a que falta regra expressa sobre o assunto[17]. Na Alemanha, conquanto o termo utilizado na lei seja *Umdeutung*, usa-se, também, palavra de raízes latinas, *Conversion* (ou *Konversion*)[18].

---

12. Francesco Galgano, *Il negozio giuridico*, p. 349: Id., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I, pp. 316-317.
13. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 67.
14. João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, p. 236. Em crítica a uma sentença da *Corte di Cassazione* que, em determinado caso concreto, negou a conversão, escreve Gandolfi (*Il principio...*, p. 357): "*Nel pensiero della Corte sembra dunque non rilevare il fatto che, in relazione allo scopo concreto perseguito, le due soluzioni negoziali possono essere, quanto ai risultati economici che alle parti premono*, fungibili *l'uno rispetto all'altra, a prescindere dall'analogia esistente sul piano causale*" (destaquei).
15. "Todo querer é querer de *resultado* e de *maneira*: se o resultado é lícito, nada obsta a que se procure a *forma*, em que se possam meter os resultados queridos. Varia-se de forma, *converte-se*. O escopo econômico é o mesmo; mas não se consegue pelo modo que o disponente quis, e sim por outro que ele talvez não tenha querido. A vontade é a mesma, o *actus* varia" (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, p. 375).
16. Já assim ao tempo do Código revogado: Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. IV, §§ 374 e segs., e t. LVI, § 5.733; Orlando Gomes, *Contratos*, nº 156.
17. Por exemplo, na Espanha: cf. Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, p. 115.
18. Vejam-se os trabalhos doutrinários constantes da bibliografia indicada por João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 451 e segs.

Ora, "converter" significa (entre outras possíveis acepções, que aqui não nos interessam) "mudar (uma coisa) em outra de forma e/ou propriedade diferente; transformar, transmutar" (AURÉLIO). Mesmo em termos estritamente jurídicos, emprega-se o verbo ou seu correspondente substantivo para indicar uma *alteração*: para nos limitarmos a um solitário exemplo, a Constituição Federal, em matéria de união estável, alude à possibilidade de *"sua conversão em casamento"* (art. 226, § 3º), querendo evidentemente dizer que aquela pode *transformar-se* neste. Na legislação brasileira, exemplos análogos são incontáveis[19].

Por aí já se esboça um interessante problema exegético, suscitado pela redação do art. 170 de nosso Código Civil: se o resultado da conversão consiste na prevalência de um *"outro"* negócio (evidentemente, *diverso* daquele que seria tido por nulo), como conciliar essa aparente *mudança* com a idéia de algo que possa, *após* a conversão, ainda assim "subsistir" (*"... subsistirá este ..."*)? A "subsistência" desse *outro* negócio (indicada textualmente no art. 170) estaria a sugerir que ele deva ser considerado, desde sempre, "implícito" ou "contido" no negócio que se reputou nulo, de tal modo que o resultado da conversão seria, ao menos em parte, a *manutenção* do negócio "convertido"?[20]

Note-se que a referência a algo que deva "subsistir" constitui peculiaridade da norma brasileira: como se registrou, nem na lei alemã, nem na italiana ou na portuguesa se descobre qualquer menção à "subsistência" de alguma coisa que se pudesse ter por "implícita" no negócio primitivo. Muito ao contrário: nos três casos, alude-se a um *"outro"* negócio, *"diverso"*, como sendo o resultado da conversão.

Todas essas indagações guardam relação direta com a essência do fenômeno conversivo. Afinal, em que consiste a conversão?

Em sua erudita monografia, a que antes aludimos, conclui o Professor DEL NERO, com argumentação muito convincente, que a conversão está no plano da *qualificação jurídica* de determinado negócio. Talvez se deva aqui explicar, ainda que sinteticamente, essa idéia.

Examinados os elementos de um determinado negócio jurídico realizado, chega-se à conclusão de que se trata de "negócio de tipo *a*" (ou seja, conclui-se que *as partes desejaram realizar o negócio desse tipo particular*). Até aí, houve, em primeiro lugar, uma atividade de *interpretação*, destinada a revelar o conteúdo do negócio; em seguida, à luz dos frutos dessa interpretação, procedeu-se à sua *qualificação*, ou seja, à sua classificação na categoria (*abstrata*) de "negócio jurídico do tipo *a*". Em se tratando de *"a"*, falta-lhe, porém, *in concreto*, deter-

---

19. Assim, a separação litigiosa pode *converter-se* em separação consensual (CPC, art. 1.123); o arresto *converte-se* em penhora (*idem*, art. 654); a arrecadação de bens da herança jacente pode *converter*-se em inventário (*idem*, art. 1.153); as ações ordinárias de uma companhia fechada são *conversíveis* em preferenciais, e as debêntures, em ações (Lei nº 6.404/76, art. 16, nº I, e 57, respectivamente); etc.

20. Extensa crítica à construção que vê no negócio "substituto" algo "implícito" no negócio nulo, do qual possa ser "separado" ou "extirpado", é desenvolvida por Gandolfi, *Il principio...*, pp. 355 e segs.

minado requisito de validade; verifica-se, porém, que negócio jurídico de tipo diverso, *"b"*, ainda que em menor escala, também seria apto a realizar os *fins práticos* perseguidos pelas partes; percebe-se, ainda, que, para *"b"*, estão presentes (no negócio efetivamente realizado) os respectivos requisitos de validade; "converte-se", assim, *"a"* (nulo) em *"b"* (válido).

O que se fez nessas diferentes etapas? Interpretou-se o negócio concreto; uma vez identificados seus elementos, a ele se atribuiu o rótulo de "negócio do tipo *a*"; mas, se esse negócio for *tratado* como *"a"*, será nulo. Ora, a conversão de *"a"* (nulo) em *"b"* (válido) em nada modificou, *estruturalmente*, o negócio: a(s) vontade(s), nele manifestada(s), não foi(ram) acrescida(s) de algo, nem dela(s) se retirou o que quer que fosse. A manifestação de vontade, como fato essencialmente *pretérito*, permaneceu intocada. A única diferença reside em que, ao invés de ver no negócio concreto um "negócio do tipo *a*" (que, segundo os frutos da atividade interpretativa, era aquele *desejado* pelas partes), nele passamos a enxergar um "negócio do tipo *b*". E essa nova maneira de visualizar (ou de *qualificar*) o negócio concretamente realizado se justifica diante da aptidão do "negócio jurídico do tipo *b*" para proporcionar, ainda que de modo mais acanhado, aquela utilidade prática visada pelas partes quando escolheram o "negócio jurídico do tipo *a*".

Assim vistas as coisas, parece-nos que, quando o novo Código Civil (afastando-se de outros modelos) se refere, um tanto contraditoriamente, a um *"outro"* negócio que deva, porém, *"subsistir"*, deve-se ler o dispositivo como se sua redação fosse esta: "Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, *produzirá os efeitos deste*, quando o fim, a que visavam as partes, permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade" (destacamos). É nessa *produção de efeitos diversos* (mas compatíveis com a finalidade prática buscada pelas partes) que reside a essência da conversão[21].

5. INTERPRETAÇÃO E CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

As considerações desenvolvidas no item anterior (em especial, a descrição do itinerário a ser percorrido até a efetiva conversão do negócio nulo) permitem concluir que *"a conversão não pertence mais ao campo da interpretação, mas pressupõe que ela já tenha terminado"*. *"A interpretação ocorre antes da conversão"*[22].

Ao se interpretar o negócio jurídico, busca-se, com efeito, identificar a vontade *efetiva* das partes; ao se converter o negócio jurídico em outro, o que se pretende é dar-lhe nova *qualificação*, necessariamente *distinta* daquela a que

---

21. Segundo Barbero (*Sistema...*, vol. I, nº 221), a conversão "significa utilização de uma declaração, incapaz de dar vida ao negócio intentado e a seus efeitos específicos, para outro negócio diferente e com efeitos parcialmente diferentes".
22. João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 391-392 (citando autores alemães).

conduziria a vontade *efetiva* nele manifestada (porque, de outro modo, haveria nulidade). Se se quisesse conferir peso excessivo à letra do art. 170, ainda se poderia acrescentar que a interpretação é atividade de revelação da vontade *efetiva*, ao passo que a conversão consistiria no procedimento de identificação de uma vontade *hipotética*, que as partes *"teriam tido"*[23], se houvessem antevisto a nulidade (veja-se no entanto, a crítica a essa derradeira construção: *infra*, nº 7).

6. ESPÉCIES DE CONVERSÃO

A conversão de que trata o art. 170 do novo Código Civil (e os dispositivos de legislação estrangeira, antes mencionados) costuma ser qualificada como *substancial*, em oposição à conversão dita *formal*. Essa última pode configurar-se no âmbito de negócios jurídicos em tese passíveis de realização *por mais de uma forma*: assim, por exemplo, aqueles que podem indistintamente ser celebrados quer por escritura pública, quer por instrumento particular. Aí pode ocorrer que, tendo as partes optado pela forma mais solene, o negócio, não obstante, seja atingido por nulidade (*v.g.*, por preterição de alguma específica solenidade, ou por incompetência do oficial público que lavrou o ato[24]). Nesse caso, admite-se que o negócio valha como se houvesse sido realizado por outra forma (desde que, por óbvio, *estejam presentes os requisitos peculiares a essa forma alternativa*).

Por exemplo: a nulidade do testamento cerrado, por deficiência formal, não impede que se lhe reconheça validade, como se se cuidasse de testamento particular. No direito italiano, a hipótese é objeto de expressa disposição legal (Código Civil, art. 607); mas, no direito brasileiro, sua ocorrência está condicionada a que o testador tenha também procedido à *leitura da cédula perante as testemunhas* (solenidade não exigida, para o testamento particular, na Itália)[25], com isso cumprindo o requisito do art. 1.876 (§ 1º ou § 2º) do novo Código Civil[26].

Não há, em tais casos, a conversão de que cuida o art. 170, pelo simples motivo de que, em sua qualificação, *a natureza do negócio não se altera* (não há um *"outro"* negócio, que "surja" como decorrência da conversão): no exemplo

---

23. Grassetti, *L'interpretazione...*, p. 171.

24. O exemplo é corriqueiro na doutrina referente à conversão e remonta (pelo menos) a dispositivo expresso do Código Civil italiano de 1865: cf. Grassetti, *L'interpretazione...*, p. 172, nota nº 32. O vigente Código daquele país repete a norma (art. 2.701), também presente no direito brasileiro (Código de Processo Civil, art. 367).

25. O art. 602 do *codice civile* apenas impõe, como requisitos de validade do testamento particular, seja ele *"scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore"*.

26. Sustenta Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*, vol. VI, nº 462, p.250) que, nesse caso, *"as assinaturas* [incluindo as das testemunhas] *ao final do auto de aprovação não deixam de integrar o testamento"*, observado, assim, o requisito da parte final do § 1º ou do § 2º daquele dispositivo (subscrição da cédula pelas testemunhas).

dado, o negócio nulo era um testamento; e conservará essa mesma natureza jurídica o negócio que resultar do aproveitamento de outra forma (particular), igualmente admitida para a sua confecção[27]. Tem-se, no entanto, sustentado a aplicação *analógica* daquele dispositivo aos casos de conversão meramente formal[28].

Ainda no terreno das classificações, alude-se à conversão *legal*, igualmente excluída do campo de aplicação do art. 170. Ocorre essa modalidade de conversão quando a própria lei, atendendo ao interesse na conservação dos efeitos de determinado negócio, atribui-lhe qualificação diversa daquela que resultaria da efetiva vontade das partes. Era o caso, por exemplo, no Código revogado, do art. 679, o qual, após declarar a perpetuidade do contrato de enfiteuse, tratava-o, todavia, como arrendamento, se pactuado *"por tempo limitado"*. No diploma agora em vigor, o parágrafo único do art. 1.952 nos fornece exemplo igualmente ilustrativo: a substituição fideicomissária — como no *caput* se lê — *"somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador"*; mas, se já nascido o fideicomissário ao tempo da abertura da sucessão, *"adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário"*. Nos dois exemplos, a violação a normas *proibitivas* (no primeiro caso, à contratação de enfiteuse por prazo determinado; no segundo, à nomeação de fideicomissário já nascido) se resolve, não na declaração da nulidade da cláusula, mas na atribuição de efeitos jurídicos diversos.

A conversão agora prevista no art. 170 do novo Código, por oposição àquela dita legal, pode qualificar-se ainda como *judicial*. Embora por vezes se aluda à possibilidade de uma conversão desenvolvida *"pelos próprios interessados"* (que assim celebrariam um *negócio jurídico de conversão*), é inevitável a conclusão de que apenas o juiz pode reconhecer o fenômeno *"substitutiva e definitivamente"*[29]. Uma conversão realizada pelas próprias partes, a rigor, não faria sentido, pois, convencidas da nulidade do negócio, certamente não lhes ocorreria convertê-lo (para dele extrair, na prática, utilidade *inferior* à que extrairiam se fosse válido), mas sim *repeti-lo*, expurgando-o, todavia (*se possível*), do fator invalidante.

---

27. Grassetti (*L'interpretazione...*, pp. 171 e segs.) preferia as expressões *"mantenimento"* e *"trasformazione"* para identificar, respectivamente, a conversão formal e a material. Em nota de rodapé (p. 172, nº 32), observava ele, com inteira procedência, que, embora não haja, na conversão formal, alteração da estrutura do negócio (observação também válida, a rigor, para a conversão substancial, pelas razões expostas no texto), *"è fuori discussione che non vengono prodotti gli effetti propri della forma nulla"* ou seja, da conversão formal resulta a "manutenção" da qualificação jurídica, sem que, no entanto, possam produzir-se *todos* os efeitos que decorreriam do negócio *na forma escolhida*. E fornecia exemplo certamente também aplicável ao direito brasileiro: a conversão (meramente formal) do ato público em escritura privada não possibilita a conservação quer da *eficácia probatória*, quer da *exeqüibilidade* da forma primitiva (cf. arts. 367 e 585, nº II, do Código de Processo Civil).

28. Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, p. 377. Para Gandolfi (*Il principio...*, p. 367-368), a distinção entre essas duas espécies de conversão não faria sentido em ordenamentos nos quais exista regra expressa sobre a matéria.

29. João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 334-335.

6. BREVE EXAME DOS REQUISITOS DA CONVERSÃO SUBSTANCIAL, NO DIREITO BRASILEIRO

Identificada a conversão (*substancial*) do art. 170 do novo Código Civil como um procedimento de (re)qualificação de certo negócio jurídico nulo, passemos ao exame de seus requisitos:

a) em primeiro lugar, o negócio a ser "convertido" deve ser *nulo*. No direito brasileiro, ao menos *de lege lata*, parece difícil admitir a conversão dos negócios meramente *anuláveis* (para os quais há a possibilidade de *confirmação*: art. 172) ou mesmo daqueles cuja nulidade já foi pronunciada por sentença transitada em julgado (sobre eles, *infra*, nº 8). Parece, todavia, a despeito do silêncio da lei, ser admissível a conversão de certos negócios meramente *ineficazes* (*v.g.*, pacto antenupcial, ao qual *não* se seguiu casamento[30], mas mera *união estável*, e que, embora ineficaz como negócio daquela natureza, pode produzir, todavia, os efeitos do *"contrato escrito"* a que alude o art. 1.725 do novo Código Civil)[31];

b) em segundo lugar, a despeito da literalidade da lei (*"partes"*, *no* plural), a conversão tanto pode atingir negócios jurídicos *bilaterais* como *unilaterais*. Constituem exemplos de conversão de negócios unilaterais: o falso reconhecimento de um filho — crime do art. 242 do Código Penal — poderia valer, segundo alguns[32], como adoção; o legado em testamento *nulo* pode ser válido como reconhecimento de dívida do testador[33]; a renúncia antecipada da prescrição — *nula* como tal[34] pode valer como ato do devedor que interrompe a prescrição (novo Código Civil, art. 202); a nota promissória, nula por defeito *formal*, pode valer como confissão de dívida;

c) em terceiro lugar, o negócio "substituto" deve ter a aptidão para realizar, *ao menos em certa medida*, os *fins práticos* do negócio "convertido". A doutrina reconhece que a conversão normalmente *reduz* a utilidade prática que as partes poderiam alcançar, se válido fosse o negócio[35]. Assim, por exemplo, embora o direito de voto não possa ser validamente cedido sem a simultânea transferência do próprio *status* de sócio, o negócio de cessão daquele direito pode, todavia, valer como *procuração* para o seu exercício (o cessionário pode-

---

30. O art. 1.653 do novo Código Civil, com maior rigor terminológico que o anterior, declara *ineficaz* (e não *nulo*) o pacto antenupcial *"se não lhe seguir o casamento"* (art. 1.653).
31. Para outros exemplos ilustrativos de conversão de negócio jurídico *ineficaz*, João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 362 e 374, nota nº 65.
32. Vejam-se as considerações de João Alberto Schützer Del Nero (e o acórdão por ele examinado), *Conversão Substancial...*, pp. 289-292 e 422-423. O exemplo, *de lege lata*, nos parece no mínimo discutível.
33. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, § 5.733, nº 17.
34. "A renúncia da prescrição (...) só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, *depois que a prescrição se consumar*" (novo Código Civil, art. 191).
35. Criscuoli, *Il contratto*, p. 374. Já Grassetti (*L'interpretazione...*, p. 173) acentuava que o negócio substituto produz *"effetti giuridici più limitati o diversi che quello nullo"*; e, pouco adiante (p. 179), descrevia o possível resultado da conversão como uma *"redução"* do fim prático perseguido.

ria efetivamente votar, embora *em nome do cedente*, e não como titular de uma participação no capital social, expressa em cotas ou ações); a compra e venda, sendo nula, pode valer como promessa (não se criaria, desde logo, a obrigação de transferência do domínio, mas apenas a de celebração de outro contrato, definitivo);

Neste ponto, é lícito antever a repetição, entre nós, do exaustivo debate, travado alhures, acerca da necessidade de identificação de uma "vontade hipotética" ou "presumida" das partes, dirigida ao negócio "substituto". O texto brasileiro, ao menos em sua literalidade, reproduz a exigência, presente também noutros ordenamentos (*supra*, nº 2), de que o negócio jurídico, decorrente da conversão, corresponda àquele que *"as partes teriam querido, se houvessem previsto a nulidade"*. Mesmo em obras doutrinárias recentes, tem-se aludido — por exemplo, na Itália — ao requisito *"essencialmente subjetivo (...) representado pela vontade hipotética das partes, razoavelmente dedutível de todo indício útil, de concluir o contrato diverso se tivessem conhecido a nulidade daquele efetivamente estipulado"*[36].

Parece mais acertado, porém, ver nessa "vontade hipotética" mera *ficção*[37], pois as partes, em verdade, *nenhuma vontade tinham de concluir qualquer outro negócio diferente daquele que, afinal, se mostrou nulo*. A oração condicional *"se houvessem previsto a nulidade"* inequivocamente aponta no sentido de que, para haver conversão, *as partes nem previram a nulidade, nem, com maior razão, tinham conhecimento dela*[38]. Por isso, tem-se procurado substituir o suposto requisito daquela "vontade hipotética" por um juízo puramente *objetivo*, que possa, no caso concreto, afirmar que os novos efeitos, decorrentes do procedimento conversivo, são *"idôneos a satisfazer os interesses das partes em tal medida a justificar a manutenção"* do negócio[39];

d) por fim, a conversão pressupõe a inexistência de uma *vontade alternativa*: as partes apenas desejaram realizar o negócio "convertido", e não o negócio "substituto". Se, ao contrário, as partes *efetivamente anteviram a possibilidade de ser nulo o negócio que fizeram*, e, prevendo-o, *dispuseram que, nessa hipótese, o negócio produziria os efeitos de outra espécie negocial*, o caso já não mais será de verdadeira conversão, mas daquilo que a doutrina chama negócio jurídico "com vontade alternativa" (por exemplo, testamento com cláusula codicilar)[40].

---

36. Criscuoli, ob. cit., p. 375. Para uma defesa dessa posição, Teresa Luso Soares, *A Conversão...*, p. 46: "(...) *A vontade hipotética não é uma vontade irreal ou inexistente. Não é puramente subjectiva ou arbitrária. É um critério mediante o qual, tendo em atenção o domínio negocial querido e fixado pelas partes, as circunstâncias concretas em que um determinado negócio jurídico se celebrou e as finalidades práticas que o motivaram, se procura o que elas razoavelmente teriam querido, caso previssem a sua invalidade*". Parece-nos que a argumentação, antes de fortalecer a teoria da "vontade hipotética", acaba, em realidade, por enfraquecê-la, ao situar nas *"circunstâncias concretas"* e nas *"finalidades práticas"* do negócio os fatores preponderantes na avaliação da possibilidade de conversão.
37. Gandolfi, *Il principio...*, p. 372.
38. Como bem expunha Grassetti (*L'interpretazione...*, p. 171), essa vontade "hipotética" corresponderia a *"circunstâncias que em realidade* [as partes] *não consideraram"*.
39. C. Massimo Bianca, *Il contratto*, p. 595.
40. João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 231, 251, 315 e 340-341; Teresa Luso Soares, *A Conversão...*, p. 76; Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, p. 104, nota nº 83.

8. LIMITES À CONVERSÃO

Examinemos, agora, alguns fatores impeditivos da conversão.

Se as partes *conheciam* a causa da nulidade, o negócio não pode converter-se[41]. Essa afirmação — que naturalmente decorre da cláusula *"se houvessem previsto a nulidade"* põe em relevo a distinção entre as hipóteses de conversão e de simulação relativa: na primeira, a vontade apenas se dirige à realização do negócio "convertido", não, porém, à do negócio que o "substitui"; na segunda, a vontade apenas se dirige ao negócio *dissimulado*, não ao aparente. Assim, "o negócio em que o nulo se converte é um negócio não querido, coisa que, pelo contrário, não pode dizer-se do negócio dissimulado. O único — bastante vago, enfim — ponto de contato, que, talvez, pudesse ver-se, entre os dois fenômenos, estaria no fato de que em ambos prevalece o propósito prático perseguido pelos sujeitos"[42].

Se a nulidade se origina de *incapacidade absoluta* da parte, exclui-se a conversão, pois o defeito, que atingiu o negócio concretamente realizado, também macularia o negócio "substituto". Ora, a conversão visa à produção dos efeitos desse último, no pressuposto de que ele *possa, efetivamente, produzi-los*, porque contidos, no negócio nulo, *todos* os requisitos de validade do negócio "substituto".

Tampouco se poderá cogitar de conversão nas hipóteses de nulidade decorrente da ilicitude do *"motivo determinante, comum a ambas as partes"* (novo Código Civil, art. 166, nº III), ou quando o negócio *"tiver por objetivo fraudar lei imperativa"* (art. 166, nº VII). Vale, para o direito brasileiro, a observação, formulada na Itália, de que a aplicação da regra sobre conversão *"é conexa à avaliação positiva do propósito prático perseguido pelas partes"*[43]. Por evidente, tal avaliação seria inadmissível em qualquer dos dois casos.

Se o negócio *já foi declarado* nulo, por sentença transitada em julgado, descabe, de igual modo, a conversão, em processo posterior entre as mesmas partes, onde a validade do negócio tenha, de igual modo, relevância para o julgamento de mérito (*"lide logicamente subordinada"*, na linguagem dos processualistas[44]). Mesmo que a conversão não tenha sido argüida como matéria de defesa — e parece duvidoso que ela pudesse ser conhecida de ofício[45], incidiria o art. 474 do Código de Processo Civil: *"Passada em julgado a sentença*

---

41. Galgano, *Il negozio giuridico*, p. 350; Teresa Luso Soares, *A Conversão...*, p. 59.
42. O trecho entre aspas é de Lina Bigliazzi-Geri, citada por João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, p. 401.
43. Lina Bigliazzi Geri, citada por João Augusto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, p. 358.
44. José Carlos Barbosa Moreira, "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro", *in Temas de Direito Processual (Primeira Série)*, pp. 97 e segs. (a expressão aparece na p. 106).
45. O ponto, a rigor, mereceria investigação mais profunda (quiçá, um outro artigo). Limitamo-nos, porém, a registrar a opinião de Teresa Luso Soares, *A Conversão...*, pp. 58-59: *"A conversão opera,*

de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido".

Por último, não se abre espaço à conversão se o negócio, que se pretende ver "convertido", é *inexistente*[46]. O art. 170 do novo Código Civil exige negócio *nulo*; e negócio nulo é, por imperativo lógico, negócio *existente*[47].

por outro lado, para satisfazer a confiança das partes na protecção jurídica. Para conservar os valores jurídicos, mas tendo em vista as finalidades práticas visadas. Daqui resulta não poder converter-se um negócio inválido contra a vontade e os interesses das partes. Como tal, não pode o juiz decretar oficiosamente a conversão. É preciso que as partes a requeiram". Em sentido idêntico: Luís A. Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, pp. 369 e segs. Breves indicações da jurisprudência da *Corte di Cassazione*, sobre o ponto, em Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. cit., t. cit., p. 317, nota nº 100; Id., *Il negozio giurdico*, p. 349, nota nº 160.

46. Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. LVI, nº 12, p. 379; C. Massimo Bianca, *Il contratto*, p. 595; João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 355 e segs.; Luís A. Carvalho Fernandes, *A Conversão...*, pp. 237 e segs.

47. Convém recordar, neste ponto, a seguinte lição: "A validade é, pois, a qualidade que o negócio jurídico deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas ('ser regular'). Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. 'Válido' é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas" (Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 42, destacado no original).

9. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 7ª reimp., 1992.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, Saraiva, São Paulo, 4ª ed., 2002.

BARBERO, Domenico. *Sistema de derecho civil*, vol. I, EJEA, Buenos Aires, 1967 (trad. da 6ª ed. Italiana por Santiago Sentis Melendo).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual (Primeira Série)*, Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 1988.

BIANCA, C. Massimo. *Il contratto*, Giuffrè, Milão, 1987 (*rist.*).

CRISCUOLI, Giovanni. *Il contratto*, Cedam, Pádua, 1996.

DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis, e GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 7ª ed., 1995.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis*, Quid Juris, Lisboa, 1993.

GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*, vol. III, t. 1° do *Trattato di diritto civile e commerciale* de Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Giuffrè, Milão, 2ª ed., 2002.

GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I, Cedam, Pádua, 1990.

GANDOLFI, Giuseppe. *"Il principio di conservazione dell'atto invalido: fra continenza 'sostanziale' e volontà 'ipotetica'"*, *in Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. II, t. 1, Giuffrè, Milão, 1991.

GOMES, Orlando. *Contratos*, Forense, Rio de Janeiro, 17ª ed. (atualizada por Humberto Theodoro Júnior), 1997.

GRASSETTI, Cesare — *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Cedam, Pádua, 1983 (*rist.*).

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XXI, Forense, Rio de Janeiro, 4ª ed., 2004.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, reimp., 1997.

MOTA PINTO, Paulo. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. IV, Borsoi, 3ª ed., 1970, e t. LVI, Borsoi, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1968.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, Forense, Rio de Janeiro, 15ª ed. (atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira), 2004.

SOARES, Teresa Luso. *A Conversão do Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1986.

20 ANOS DE CONSTITUIÇÃO: O NOVO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS PERSPECTIVAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CARLOS ROBERTO DE C. JATAHY *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre o Estado Democrático de Direito. 3. A instituição do Estado moderno e suas transformações: do Absolutismo até o Estado Democrático de Direito. 4. O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito. Novas funções para um velho conhecido: o agente de transformação social 5. Perspectivas e desafios para o século XXI. Propostas para aperfeiçoar a atuação do Ministério Público. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira comemora, em outubro de 2008, os vinte anos de sua "Constituição-Cidadã" (como ULYSSES GUIMARÃES denominou a nova ordem, no momento solene da promulgação), que após longo período de regime autoritário, instituiu, em "*terrae brasilis*", o Estado Democrático de Direito[1].

O presente trabalho, fruto de reflexão acerca de lapso temporal tão marcante, tem por objetivos: *a*) analisar os aspectos formais da mudança de paradigma constitucional na essência do Estado Brasileiro, com ênfase nos aspectos históricos relevantes para a instauração do regime democrático; *b*) ressaltar o perfil que foi reservado ao Ministério Público no novo contexto

* Carlos Roberto de Castro Jatahy é Procurador de Justiça do MPRJ e Mestre em Direito Público. Autor dos livros *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público* (3ª edição, 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris); *O Ministério Público no Estado Democrático de Direito* (2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris), e *Ministério Público: Legislação Institucional* (4ª edição, 2008. Rio de Janeiro:Roma Victor), foi coordenador da Comissão encarregada de elaborar a Lei Orgânica do Ministério Público Fluminense (LC 106/2003) e Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento (2003-2005). É Conselheiro do Conselho Superior do Ministério Público (biênios 2005/2007 e 2007/2009), Professor da FEMPERJ (Fundação Escola do Ministério Público do RJ) e da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio).

1. "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos."

político-jurídico instituído; e *c*) apontar alguns desafios que serão enfrentados pela Instituição nos novos tempos que se avizinham, apresentando propostas para o aperfeiçoamento do *Parquet*, face a experiência adquirida nestas duas décadas de nova identidade.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A configuração do Estado Democrático de Direito não decorre apenas da união formal dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Na verdade, o conceito é novo e deve-se levar em conta outro componente a ser adicionado àqueles já existentes: as conquistas democráticas; as garantias jurídico-legais e a preocupação social, tudo constituindo um novo conjunto, em que o objetivo primordial será a transformação social, ou *"a transformação do status quo"*[2].

Com efeito, como observado por MANUEL GARCIA-PELAYO[3], o Estado de Direito *"significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo Direito, porém não a possibilidade de legitimar qualquer critério concedendo-lhe a forma de lei"*. É indispensável que seu conteúdo reflita um determinado ideário, uma nova perspectiva de esperança social e não apenas um Estado marcado sob uma ótica formal de direito, não apenas *"um Estado legal"*[4].

Isto porque se o direito se confunde com o mero enunciado formal da lei, privado de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica e ideológica, todo Estado acaba sendo um Estado de Direito, ainda que totalitário. O Estado Democrático de Direito possui um diferencial justamente por oferecer a garantia da tutela dos direitos da personalidade. Ao vincular a expressão *democrática* ao Estado, para qualificá-lo, todos os valores da democracia (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana) se propagam sobre os elementos constitutivos do Estado e também sobre a ordem jurídica. O direito, então, revestido por esses valores, terá que ajustar-se ao interesse coletivo. Como afirmou JOSÉ AFONSO DA SILVA sobre a matéria:

> "É da essência de seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais (...) A Lei deve influir na realidade social (...). *A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito*

---

2. Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes. *Ciência política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 92.
3. Manuel Garcia-Pelayo. *Las transformaciones Del Estado Contemporâneo*. Madrid: Allianza. 1982, p. 52.
4. Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, *op. cit.*, p. 93.

consiste em superar as desigualdades sociais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social"[5] (grifos nossos).

3. A INSTITUIÇÃO DO ESTADO MODERNO E SUAS TRANSFORMAÇÕES: DO ABSOLUTISMO ATÉ O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Mas a noção de Estado Democrático de Direito não é idealizada sem longa e tormentosa jornada, que deve será analisada para a integral compreensão desse fenômeno jurídico-político.

Historicamente, o Estado Moderno surge com o rompimento do período medievo, onde o sistema feudal e sua forma concentrada de organização do poder político sofrem um profundo desgaste. Nasce naquele momento uma nova ordem, através da passagem das relações de poder (autoridade e administração de justiça), até então nas mãos do senhor feudal, para a esfera pública, ou seja, do Estado. A necessidade de superação do sistema feudal e sua permanente instabilidade política, econômica e social, despertara a consciência para a busca de uma unidade, que seria concretizada "com a afirmação de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial"[6].

Surge um novo modelo de Estado, caracterizado pela unidade territorial, dotada de um poder soberano. Era o *Estado Absolutista*, que se prendia à figura do Príncipe, espécie de divindade temporal e terrena, que dissolvera a constelação de poderes desiguais e privilegiados do sistema feudal até se transformar no soberano titular de um império, donde se irradiavam todas as competências e atribuições governativas. Instauram-se as Monarquias totalitárias, numa sociedade em que sobreviviam ainda as camadas sociais da antiga nobreza feudal (transformada em aristocracia decadente), convivendo com uma nova classe emergente: a Burguesia. O absolutismo é teorizado por Hobbes, que em seu *Leviatã* – obra clássica daquele momento histórico – é o mais engenhoso tratado de justificação dos poderes extremos do soberano, servidos, "*de uma lógica perversa, em que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça, conquanto que a conservação social de que é fiador o monarca seja mantida a qualquer preço*"[7].

Mas o regime absolutista estava fadado ao insucesso, em razão da crescente ascensão da nova classe social, a um passo de tomar o poder e a autoridade, que se esvaziava da nobreza e do clero. "*Na virada do Século XVIII, a burguesia não mais se contentava em ter o poder econômico; queria sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia*"[8]. Inicialmente aliada dos mo-

---

5. José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 110.
6. Dalmo de Abreu Dallari. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 70.
7. Paulo Bonavides. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32.
8. Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, *op cit.*, p. 46.

narcas absolutistas, tornou-se o eixo e o centro vital da sociedade, para, insuflada pelo pensamento de vários e influentes pensadores, como MONTESQUIEU, SIÉYES e ROUSSEAU[9], tomar o poder pela via revolucionária, com o movimento social de Julho de 1789. Encerra-se, nesse momento, a primeira etapa do Estado Moderno, de conteúdo absolutista, para instaurar-se o *Estado de Direito*, com a conversão do *Estado absoluto* em *Estado Constitucional*, momento histórico ressaltado por BONAVIDES[10]: *"o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis e não as personalidades que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda sua energia, no texto dos Códigos e das Constituições"*.

O *Estado de Direito*, idealizado pela Revolução Francesa e inicialmente de índole liberal, nasce com a idéia de transformar a sociedade através de uma nova estrutura estatal, verdadeiro berço de novo pacto social. Reduzindo em conceitos jurídicos as idéias políticas e a realidade econômica da burguesia emergente, gerou *"una présion directa e indirecta que los países angloamericanos – com sus ejemplos y modelos de Estado Constitucional – no habían producido em tal grado"*[11]. Para o liberalismo político, a questão-chave na organização do Estado era que os distintos poderes ou funções estatais estivessem divididos e submetidos a regras que garantiriam a liberdade privada. Neste novo movimento democrático que começa a despertar por toda Europa, o essencial é que o poder político esteja legitimado por sua origem popular e pela participação de todos na tomada de decisões.

Assim, no primeiro modelo instituído com a Revolução Francesa, hoje denominado *Estado Liberal de Direito*, estão privilegiadas as liberdades negativas, através da regulação exaustiva das atividades estatais; a lei caracteriza-se como ordem geral e abstrata, regulando as relações sociais através do não impedimento ao seu livre desenvolvimento. O personagem principal é o indivíduo, o centro de todas as atividades produtivas da sociedade da época.

Já no *Estado Social de Direito*, modelo instituído a seguir, ao ideário liberal anterior agrega-se a denominada questão social, que traz à tona os problemas decorrentes das relações de produção e dos novos conflitos emergentes entre o capital e o trabalho. A lei está presente limitando o Estado, mas também coadjuvada por um conjunto de prestações positivas que tentam buscar um equilíbrio não alcançado na sociedade eminentemente liberal. A ordem jurídica destina-se agora a ser um instrumento de ação concreta do Estado, como mecanismo de promoção social. Os grupos passam a ser os protagonistas desse momento social.

---

9. Para Paulo Bonavides (*Teoria, cit.*, p. 38): *"A Filosofia política expendida em livros de quilate do Contrato social de Rousseau ou do Espítito das Leis de Montesquieu, teve na época sentido altamente subsversivo, porquanto inspirando a ação revolucionária, traçou a linha mestra das transformações profundas da sociedade, sendo a cartilha por onde rezaram os teoristas da liberdade."*
10. Paulo Bonavides. *Teoria, cit.*, p. 37.
11. Peter Haberle. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como história, actualidad y futuro Del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta, 1988, p. 59.

Finalmente, o *Estado Democrático de Direito* traz em seu bojo um *plus normativo*, um conteúdo utópico de transformação da realidade, que o difere do *Estado Liberal* (onde a lei possuía um conteúdo geral e abstrato, destinada a limitar a ação estatal) e também do *Estado Social* (onde a lei, além da restrição à atividade estatal, assumia um papel de implementação das prestações exigidas do Estado).

No entender de ELIAS DÍAZ, há que se fazer distinção entre o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito: o primeiro se caracteriza pela atitude paternalista do Estado, que assume a função de produtor de bens e serviços e o segundo, pela tendência à transformação da ordem estabelecida, o que pressupõe a participação da sociedade, gerando o seu caráter democrático[12]. O Estado Democrático de Direito possui na sua essência:

> (...) *um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública, quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, sobre a ordem jurídica*[13].

Com efeito, quando assume a condição de democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e não mais lhe basta a limitação à atividade do Estado nem a promoção de atuação estatal. A democracia, como realizadora dos valores da convivência humana, é conceito bem mais abrangente do que o Estado de Direito, cunhado pelo liberalismo. Há um propósito solidário, até então inexistente, que inclui solucionar os problemas da vida individual e coletiva. Sua principal tarefa, de índole fundamental, consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social, plasmado num processo de convivência numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3°, II, da Constituição). Mas para sua plena execução, indispensável a existência de um órgão, encarregado de postular pela *transformação social* tão esperada no novo modelo estatal.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. NOVAS FUNÇÕES PARA UM VELHO CONHECIDO: O AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

A Constituição da República dotou o Ministério Público de novo perfil em 1988. Conferiu-lhe uma precisa e avançada definição institucional; estabeleceu critérios formais para a escolha e destituição dos Procuradores-Gerais;

---

12. Elias Díaz. *El Estado Democrático de Derecho em la Constitución española de 1978*. Madrid: Sistemas, 1981, p. 46.
13. Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, *op. cit.*, p. 93.

assegurou autonomia funcional e administrativa à Instituição. Outorgou garantias e impôs vedações aos seus membros. Elencou novas atribuições e estabeleceu regras, tudo para o bom desempenho da *vocação social* que lhe foi cometida pelo texto constitucional democrático. Em suma, instituiu o Novo Ministério Público. O art. 127, *caput*, da Constituição, ao (re)definir a Instituição (velha conhecida da sociedade, especialmente em virtude da acusação penal), modificou-lhe a essência. Numa mudança conceitual e paradigmática nunca antes vista. O tratamento foi claro, mas não é dispensável trazer à colação a interpretação desse dispositivo:

> "*Instituição* no sentido de estrutura organizada para a realização de fins sociais do Estado. *Permanente*, porquanto as necessidades básicas das quais derivam as suas atribuições revelam valores intrínsecos à manutenção do modelo social pactuado (Estado Democrático de Direito – Constituição, art. 1°). "*Essencial à função jurisdicional do Estado*", de vez que a atuação forçada da norma abstrata ao fato concreto, quando envolver interesse público, deve sempre objetivar a realização dos valores fundamentais da sociedade, razão pela qual a intervenção *do Ministério Público se faz sempre necessária*"[14].

Duas mudanças ficam claras na leitura do aludido dispositivo: sua nova função institucional, como *agente de transformação social* e sua posição constitucional diferenciada perante os demais poderes constituídos (Art. 2° da CF) do Estado, como *órgão de extração constitucional*.

De fato, sua atuação o vincula primordialmente a função de "órgão agente", privilegiada pelo manejo dos poderosos instrumentos previstos na Constituição, onde se destacam o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública (art. 129, III). Este perfil está diretamente relacionado à implementação dos princípios e valores insertos no texto constitucional, sendo o Ministério Público o defensor direto dos interesses de relevância social. Incumbe-lhe, como assevera MÁRCIA PIATIGOSKY[15], "*ter como fonte primeira de interpretação a Constituição, afastando o absolutismo legal formal e defendendo a legalidade democrática, visando o bem comum. Operando o direito é possível transformar a realidade e concretizar o Estado Democrático*".

Como ressaltado por ANTONIO CAMARGO FERRAZ, "*o papel do Ministério Público está diretamente relacionado com as novas características do Direito Social, na medida em que o fundamento de intervenção do Promotor no âmbito do aparato judicial é o de defensor direto dos interesses sociais (sejam eles coletivos, difusos ou individuais imbuídos de interesse social)*"[16].

---

14. Paulo Afonso Garrido de Paula. O Ministério Público e os direitos das crianças e adolescentes. *In:* Airton Buzzo Alves, Almir Gasquez Rufino e José Antonio Franco da Silva (org). *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 312.
15. Márcia Piatigorsky. *O papel do Ministério Público em prol da efetividade dos direitos humanos, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos Interamericano e do ordenamento Jurídico Interno*.Rio de Janeiro: UERJ, [s.d.]. (Dissertação de Mestrado), p. 98.
16. Antônio Augusto Camargo Ferraz. *Ministério Público — Instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 55.

Face a tal modificação conceitual, instituída pelo novo regime constitucional, determinadas concepções (voltadas ao passado), acerca de suas tradicionais atribuições não se coadunam com o novo paradigma democrático, devendo-se compreender as funções ministeriais em consonância com as transformações operadas pelo sistema constitucional vigente. Houve mudança de paradigma com a instituição do Estado Democrático de Direito, sendo exata a advertência de Clèmerson Merlin Clève[17], *"...é preciso sintonizar a legislação com o texto constitucional, operar a sua constitucionalização, fazer vazar as conseqüências da filtragem constitucional, realizar, enfim, a leitura da lei com os olhos voltados para a Constituição e o futuro"*.

Dentro deste novo perfil, cabe destacar a função de *"ombudsman"* conferida ao Ministério Público. Com efeito, o art. 129, inciso II da Constituição, de forma inédita (a ação civil pública foi idealizada ainda sob a ordem jurídico-constitucional anterior), estatuiu como função do Ministério Público *"zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia"*. Tal mister confere ao Ministério Público a função de guardião da Constituição, de seus princípios, dos valores, dos deveres e direitos fundamentais que consagra, configurando, assim, a própria tradução e síntese da função de *garante* da legalidade democrática.

Como assevera Sérgio Gilberto Porto[18], "quando o legislador constituinte outorgou ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, incluiu no rol de suas atribuições a defesa da Constituição, em qualquer nível e perante qualquer órgão, sem limitação de órbita de atuação, pois aparece a instituição como verdadeiro garante da ordem jurídica, e a ordem jurídica fundamental é a constitucional".

Essa atividade de controle dos atos do poder público abriu um grande e importante campo de atuação institucional, na esteira de conferir mecanismos hábeis para que a Instituição possa promover os valores sociais constitucionais. Este controle, atinente aos três Poderes, sobretudo ao Poder Executivo (Administração Pública), objetiva, em síntese, remediar lacunas e omissões, bem como assegurar que estes respeitem as regras postas e não se imiscuam nos direitos e liberdades públicas dos cidadãos.

Tal função também se caracteriza pela defesa de uma ordem jurídica em que predominem os direitos humanos, manifestando tal viés na defesa dos grupos sociais considerados econômica e socialmente mais débeis e, por tal motivo, merecedores de proteção especial de acordo com o direito social. Assim, passa o Ministério Público a ter um importante papel como *instituição mediadora nos conflitos de interesses sociais*. Os grandes litígios necessitam ser afrontados por um órgão independente e fortalecido, com segurança suficien-

---

17. Clémerson Merlin Cléve. *Investigação criminal e Ministério Público*. Disponível em: *www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760*. Acesso em 16/08/2004.
18. Sérgio Gilberto Porto. *Sobre o Ministério Público no processo não criminal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1998, p. 19.

te para garantir a eficácia dos interesses sociais e a defesa dos fins do Estado, entre os quais sobressai o bem comum.

Como já visto, o Estado Democrático de Direito carrega em si um caráter transgressor, que implica agregar o feitio incerto da democracia ao Direito, impondo, portanto, um caráter reestruturador à sociedade. Rompe com a juridicidade liberal, voltada para seguranças jurídicas passadas, adaptando-a a um novo paradigma, voltado para garantia e implementação do futuro.

"Neste sentido, pode-se dizer que no Estado democrático de Direito, há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder legislativo para o Poder Judiciário"[19]. Claro está, portanto, que, se o Judiciário toma a si a tarefa de adequar o direito ao aspecto de transformação social preconizado pelo Estado Democrático, necessária será a existência de uma Instituição, "essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"[20] para veicular os pleitos de índole transformadora junto àquele Poder, por sua própria natureza, inerte.

Não se pode, pois, conceber um Estado Democrático de Direito sem uma instituição fortalecida, que possa realizar tal função e opor-se contra forças negativas da sociedade, neutralizando o poder econômico, quando contrário ou nocivo aos interesses sociais, e combatendo os mecanismos de repressão, quando espúrios ou violentadores dos direitos humanos. As sociedades pluralistas e abertas, bem como os governos representativos legitimados pela vontade do povo, não podem prescindir do fortalecimento do Ministério Público, a fim de que ele seja o mais poderoso instrumento da efetiva promoção da justiça social, visando ao bem comum.

Sendo o Ministério Público um órgão do Estado, cujos princípios e funções refletem o sistema político do qual é expressão e sendo, também, indutor dos valores maiores do ordenamento, é evidente que a instituição se encontra em uma *posição de equilíbrio dentro do referido sistema político*, nem estritamente dependente dos poderes do Estado nem desligado deles[21].

Esse equilíbrio institucional e constitucional faz com que a instituição deva ser considerada como *órgão de extração constitucional*, não integrada formalmente em nenhum dos três clássicos poderes, mantendo, entretanto, com eles relações institucionais que possibilitam os freios e contrapesos — *checks and balances* — necessários para o funcionamento harmônico do sistema.

Contemplar o Ministério Público como órgão do Estado é entendimento que encontra respaldo em doutrina estrangeira, como bem percebido por José Eduardo Sabo Paes, assinalando que Cândido Conde-Pumpido Ferreiro, ao exa-

---

19. Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes. *Op. cit.*, p. 98.
20. Art. 127 da Constituição da República.
21. Neste sentido, José Eduardo Sabo Paes. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 261/262.

minar as distintas naturezas e construções constitucionais do Ministério Público assevera[22]:

> "(...) *as mais recentes regulamentações do Ministério Público fixam um novo marco de sua concepção, estabelecendo-o como um órgão do Estado, independente, situado à margem dos três poderes tradicionais e tendo como missão manter a legalidade e a ordem jurídica constitucional, defender os direitos dos cidadãos e os interesses públicos coletivos e assegurar a paz social perseguindo os delitos que perturbem.*"

Com efeito, a natureza da atividade desenvolvida pelo Ministério Público (visando ao bem-estar da sociedade dentro de um regime democrático), bem como os instrumentos constitucionais que lhe foram deferidos pela Constituição protegem-no do poder de reforma constitucional tendente a aboli-lo ou modificar seu perfil, considerando-se a Instituição como cláusula pétrea implícita à função jurisdicional do Estado. Cria-se, assim, uma limitação de ordem material para a tramitação de qualquer emenda que restrinja as características que foram desenhadas pelo constituinte originário ao *Parquet*[23].

Lecionando sobre o tema, o Ministro Carlos Ayres de Brito, asseverou:

> "*As cláusulas pétreas da constituição não são conservadoras, mas impeditivas do retrocesso. São a salvaguarda da vanguarda constitucional...a democracia é o mais pétreo dos valores. E quem é o supremo garantidor e fiador da democracia? O Ministério Público. Isto está dito com todas as letras no art. 127 da Constituição. Se o MP foi erigido à condição de garantidor da democracia, o garantidor é tão pétreo quanto ela. Não se pode fragilizar, desnaturar uma clausula pétrea. O MP pode ser objeto de emenda constitucional? Pode. Desde que para reforçar, encorpar, adensar as suas prerrogativas, as suas destinações e funções constitucionais*"[24].

Essa é, pois, a característica do Novo Ministério Público como órgão essencial do Estado Democrático de Direito. Relaciona-se e interage com os demais poderes, mas possui independência em relação a esses para exercer com altivez sua vocação constitucional de agente de transformação social. O pleno exercício dessas funções, que pressupõem uma relação de lateralidade e até de enfrentamento com os poderes formais do Estado, leva à concepção de uma Instituição que possa ser a cadeia de comunicação entre os poderes, promovendo e possibilitando o funcionamento harmônico do Estado Democrático de Direito como um todo.

Eis o *Novo Ministério Público*, erigido pela Constituição de 1988 como órgão estatal vocacionado para a transformação social e que adota, portanto,

---

22. PAES, José Eduardo Sabo Paes, *op. cit.*, p. 262.
23. Neste sentido ver Eduardo Ritt. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 173/186.
24. O texto da palestra, proferida em 4/06/2004, foi reproduzido parcialmente na *Revista do Ministério Público*, nº 20, julho/dezembro de 2004, às pp. 476/478.

posição institucional de singularidade própria no Estado, interagindo com os demais Poderes em relação harmônica e peculiar. Em função disso, não deve ser dependente do Poder Executivo ou de qualquer dos outros dois Poderes; possuindo relação de colaboração institucional com todos eles, pois se configura como um instrumento essencial para o cumprimento dos fins do próprio Estado, já que o conjunto de suas funções é inerente ao Estado Democrático de Direito.

Deve-se ter presente, nesta ótica, *o sujeito* em nome de quem a Instituição atua (a sociedade brasileira) e o *modelo de estado* a que serve (Estado Democrático de Direito), consoante já reconhecido pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, para quem, o Ministério Público após a Constituição de 1998, lança-se ao exercício de uma *magistratura ativa na defesa da ordem jurídico-democrática*[25].

Entretanto, apesar de tais características, decorridos vinte anos desde o nascimento do Novo Ministério Público, a instituição encontra obstáculos e dificuldades para a sua plena e efetiva atuação, tanto de setores externos, incomodados com o atuar de Promotores e Procuradores, quanto de membros da própria Instituição, acomodados em seu tradicional exercício funcional. É necessário proceder a ajustes e correções, tanto na organização interna do Ministério Público como na forma de exercer suas atribuições constitucionais, para ser efetiva e plena a atuação do *Parquet* como agente de transformação social no Estado Democrático de Direito.

Em suma, é hora de desafios e mudanças na Instituição, para viabilizar, na prática, a realização dos objetivos institucionais determinados no artigo 127 da Carta Magna.

5. PERSPECTIVAS E DESAFIOS PARA O SÉCULO XXI. PROPOSTAS PARA APERFEIÇOAR A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

De fato, com a mudança de paradigma constitucional, a função institucional mais relevante para o *Novo Ministério Público* passou a ser a de Órgão Agente, promotor das mudanças tão esperadas na ordem social contemporânea. Entretanto, inúmeras dificuldades, tanto no aspecto interno quanto no cenário externo, impedem a plena e decisiva atuação ministerial nesta seara. Quais seriam os principais embaraços e as possíveis soluções?

Objetivamente, pode-se afirmar que o prestígio angariado pela Instituição nestas duas décadas tornou-a destinatária, consoante expressamente determinado pelo Artigo 129, IX da Constituição, de inúmeras novas atribuições (tanto na tutela individual quanto na coletiva), decorrentes da edição de diplomas legislativos que aumentaram, em muito, suas funções institucionais (por ex.: ECA, CDC, Estatuto das Cidades, do Idoso e do Torcedor).

---

25. Voto proferido no MS 21.239-DF, *RTJ* 147/129-130.

Por outro lado, apesar do aumento de atribuições, não há mais possibilidade (em razão da Lei de Responsabilidade Fiscal), da majoração ilimitada de cargos na carreira do Ministério Público para atender a nova demanda, defluindo-se que o atual quadro funcional deverá desempenhar, a contento, todas as atuais atribuições bem como enfrentar novos deveres que eventualmente lhe sejam outorgados pela sociedade.

Deve-se fazer, portanto, uma reflexão acerca dos mecanismos, estratégias e objetivos que o Ministério Público terá que trilhar na próxima quadra para a plena consecução das atividades que lhe foram outorgadas no pacto constitucional, sob pena do descrédito e do seu enfraquecimento[26].

Capacitação Profissional de seus integrantes (membros e servidores); *Gestão Administrativa* adequada da Organização; e *Planejamento da Atuação Institucional* são proposições que podem ser analisadas, para manter o Ministério Público no pleno exercício das atividades ministeriais, com racionalidade e eficiência.

Na área da *capacitação profissional*, deve-se considerar que os conhecimentos do membro do Novo Ministério Público precisam transcender aos postulados jurídicos aos quais ele está habituado. No mundo moderno não mais bastam, para o pleno exercício das funções institucionais, as matérias estritamente jurídicas que lhe são exigidas por ocasião do concurso para ingresso na carreira.

O Promotor/Procurador deve estar capacitado para intermediar conflitos, conhecendo técnicas de negociação e conciliação, visando a incrementar sua atuação extrajudicial, mediante a celebração de um número maior de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) ou similares (remissões do ECA, propostas de transação penal, intervenção em TACs de outros legitimados, etc.). Deve-se evitar, sempre que possível, o aforamento de demandas que necessitem de pronunciamento jurisdicional, muitas vezes demorado e oneroso.

Necessita também administrar com eficiência sua Promotoria/Procuradoria, possuindo conhecimentos de gestão para otimizar o suporte técnico/administrativo que o órgão de apoio pode oferecer ao seu desempenho profissional. Conhecimentos de administração, recursos humanos, planejamento estratégico e gestão em informática são indispensáveis para a elaboração de rotinas e procedimentos que transformem as unidades de apoio em verdadeiros órgãos de administração, como preconizado na Legislação institucional. Racionalizando-se a utilização dos meios administrativos postos à disposição dos membros do Ministério Público e criando-se mecanismos de atuação gerencial permanente, serão subtraídas as tarefas burocráticas inerentes ao cotidiano, restando tempo e disponibilidade para desenvolver exclusivamente as funções institucionais.

---

26. Acerca do tema, há primoroso trabalho desenvolvido pela Associação Paulista do Ministério Público, sob a coordenação do Procurador de Justiça Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, denominado "Um novo modelo de gestão para o Ministério Público: bases de uma necessária reengenharia institucional". São Paulo: Edições APMP, 2003.

É imprescindível também ampliar o relacionamento com a sociedade, na qualidade de seu mandatário constitucional, razão pela qual conhecimentos de técnicas de comunicação, relacionamento institucional e liderança são necessários para melhorar a qualidade de audiências públicas, contatos com associações de bairros, clubes de serviço e entidades não governamentais, sem comprometer a isenção de postura que deve pautar a atuação ministerial, com ética e urbanidade.

Por sua vez, a capacitação tradicional não pode ser esquecida, já que é notório que o aperfeiçoamento e treinamento institucional motivam os agentes e os qualificam para exercerem suas funções com eficácia e interesse. Deve-se enfatizar a criação de cursos breves sobre as respectivas áreas de atuação institucional, trazendo experiências bem-sucedidas e práticas profissionais inovadoras[27], exercitadas por Promotores e Procuradores, para exposição, debates e difusão na classe. O profissional bem capacitado produz mais e melhor.

Na área da *Gestão Administrativa*, novos parâmetros de organização institucional devem ser fixados. O Ministério Público tradicionalmente se espelhou (e consequentemente se organizou) adotando como parâmetro o Judiciário, onde exercia a grande maioria de suas funções institucionais. Era de vital importância, à época da constituinte, que a simetria de garantias e prerrogativas entre os integrantes das duas instituições fosse reconhecida (o que ocorreu), gerando também paralelismos na organização, formas de exercício funcional e cargos na estrutura da magistratura e do *Parquet*. Hoje, tal simetria encontra-se superada, já que além das inúmeras funções de natureza judicial, avolumam-se atribuições extrajudiciais do Ministério Público, muitas vezes não exercidas a contento.

Necessário, de imediato, a implantação de moderno sistema de administração organizacional, com utilização racional e planejada dos recursos orçamentários, que dote a Administração Superior e os órgãos de execução de suporte técnico e logístico para o pleno exercício funcional. Imperioso também dotar a Instituição de mecanismos informatizados para o *controle e acompanhamento* da atuação, *on line* de todas as Procuradorias e Promotorias de Justiça, implantando-se bancos de dados diferenciados para cada Centro de Apoio Operacional.

---

27. As boas práticas (em muitos casos, de incrível simplicidade) devem ser aproveitadas e institucionalizadas. Neste aspecto, o intercâmbio com outros Ministérios Públicos e a realização de seminários e visitas, com a discussão de casos concretos, é instrumento eficaz para a reciclagem e o aperfeiçoamento pessoais. O custo é baixo e os resultados, muitas vezes surpreendem. Tome-se por exemplo a prática desenvolvida por Promotoras de Infância e Juventude do Rio Grande do Norte, que através de convênio com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, identificaram crianças e adolescentes com necessidades especiais, através de informações fornecidas por carteiros, que circulam sem dificuldades na periferia de grandes cidades. Munido de tais informações, o Ministério Público local desenvolveu ação institucional visando dar acessibilidade a escolas e postos de saúde a este segmento social, cumprindo, com eficácia, o mandamento constitucional ("Ministério Público em defesa do direito à educação das pessoas com deficiência" – Prática premiada no III Prêmio Innovare, em 2004 – A justiça do Século XXI).

Assim, o acompanhamento da qualidade da atuação institucional poderá dimensionar os investimentos e medidas de intervenção da Administração Superior naquela região ou segmento de atuação (por ex: danos ao patrimônio público reparado; queda de índices criminais; redução de taxas de analfabetismo e evasão escolar; montante de dinheiro público recuperado; danos ambientais indenizados, condenações em ações de improbidade administrativa). O sistema gerencial informará, também, quais Promotorias/Procuradorias encontram-se ociosas ou sobrecarregadas, para remodelamento ou desmembramento, na forma da Lei orgânica.

Finalmente, no campo do *Planejamento Institucional, a definição de objetivos e estratégias de atuação* é imprescindível.

Com o aumento exponencial de suas atribuições, o *Novo Ministério Público,* como qualquer organismo ou corporação, deve estabelecer objetivos e metas prioritárias nas diversas áreas de atuação institucional, deixando de agir em virtude de ocorrências externas e inesperadas. Deve mobilizar seus integrantes para a consecução de resultados concretos, planejados e que se coadunem com os anseios da sociedade. Neste aspecto, é imperioso frisar que num país pobre e repleto de problemas sociais crônicos, pretender tutelar a íntegra dos interesses da coletividade com eficácia é pretender o impossível. É perseguir uma utopia. Necessário priorizar a atuação, com mecanismos transparentes de seleção dos objetivos e avaliação social da eficácia dos resultados.

Dentro desta perspectiva, a elaboração de um *Plano Geral de Atuação Institucional (PGAI),* que estabeleça, com legitimidade social e interna (participação, na escolha dos objetivos, da sociedade e da classe), metas setoriais a serem alcançados pela atuação ministerial, é providência indispensável.

Com tal iniciativa, mobilizam-se os membros do Ministério Público em torno de estratégias aplicáveis à Instituição como um todo, mediante técnicas de planejamento, com a utilização de instrumentos metodológicos que possibilitam a administração e atuação por resultados, otimizando-se os recursos existentes e procurando dar efetividade à atuação institucional. O Plano Geral de Atuação estabelece prioridades que orientam o membro do *Parquet* em sua atuação, sem violar sua independência funcional, auxiliando-o a chegar aos resultados concretos que a sociedade espera, cumprindo, enfim, suas funções institucionais. A mobilização da classe para o cumprimento de objetivos comuns acarreta imensa produção de conhecimento, por meio de troca de experiências e de reflexão/atuação conjunta, tendo, como conseqüência imediata maior eficiência e efetividade do Ministério Público.

Neste campo, a criação de Grupos e Forças-Tarefa de Promotores/Procuradores para, respeitado o Princípio do Promotor Natural, terem atuação tópica e objetiva em casos de repercussão ou que demandem esforço concentrado da Instituição também deve ser implantada, já que a complexidade da atuação criminosa ou lesiva aos interesses tutelados pelo Parquet cada vem mais se aperfeiçoa, demandado constante atualização da Instituição. O Promotor não é uma ilha isolada e a atuação ministerial deve ser despersonalizada, tanto para atender aos interesses da sociedade quanto para resguardar a integridade do agente político.

A formulação de propostas de políticas públicas também deve ser idealizada, como um meio de intervenção do Ministério Público junto ao Estado, no exercício instrumental de sua função de Agente de transformação social. Neste sentido, a Instituição pode e deve mediar encontros entre segmentos sociais e o poder público para a solução, através de Compromissos de Ajustamentos de Condutas, de conflitos que permeiam a relação indivíduo /Estado.

6. CONCLUSÃO

Face ao exposto, afere-se que o *Novo Ministério Público* necessita consolidar sua identidade como *Agente de Transformação Social*, prestigiando, cada vez mais, sua condição de agente político comprometido com o Estado Democrático de Direito aqui instalado (e não completamente efetivado) pela Constituição de 1988. Cabe refletir como alcançar os patamares de excelência exigidos pela sociedade contemporânea, tendo em mente que as Instituições que não exercem suas funções a contento tendem a desaparecer ou serem suplantadas por outras. Por outro lado, em virtude da impossibilidade de crescimento ilimitado, mediante a criação de novos cargos/órgãos de execução, novos desafios deverão ser enfrentados pelo Ministério Público para atender eficazmente tanto as funções institucionais fixadas na Constituição como aquelas que lhe forem outorgadas pelo legislador. Novos parâmetros de eficiência devem ser implantados. Instrumentos de controle da atuação institucional devem ser consolidados. O desafio atual é atingir novos parâmetros de atuação institucional com racionalidade administrativa, informação, ética e, sobretudo, vontade política. Propõe-se, em suma, uma reflexão aos integrantes da Instituição quanto a tarefa de elevar o padrão do desempenho ministerial nos próximos tempos, devendo-se sempre levar em conta de que o Ministério Público e o Promotor/Procurador de Justiça possuem o potencial e a responsabilidade de contribuir, de maneira eficaz, para o fortalecimento da democracia e para a afirmação da cidadania em nosso país.

NOVA LEI ANTIDROGAS – ALGUNS QUESTIONAMENTOS

DAMÁSIO DE JESUS

É possível a conversão das penas restritivas de direitos em prisão conforme a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006?

Inadmissível. Não se aplica às penas alternativas cominadas no art. 28 da lei o disposto no art. 44, §§ 4.° e 5.°, do CP, que regulam a conversão de penas restritivas de direitos em privativas de liberdade, tendo em vista a disciplina especial dada pela lei (princípio da especialidade). Ocorrendo o descumprimento injustificado das penas cominadas no caput do art. 28, o Juiz deverá submeter o condenado, sucessivamente, à admoestação verbal e ao pagamento de multa (§ 6.°), fixada nos parâmetros estabelecidos no art. 29 (40 a 100 dias-multa, com valor unitário de um trigésimo até o triplo do salário mínimo).

O delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 constitui infração de menor potencial ofensivo?

Sim, devendo ser o fato submetido às medidas da Lei n. 9.099/95, por expressa determinação do art. 48 e seus parágrafos. Na vigência do art. 16 da antiga Lei n. 6.368/76, a jurisprudência já vinha considerando o fato como crime de pequeno potencial ofensivo. Nesse sentido: STJ, 5.ª T., REsp n. 570.053, relatora Ministra LAURITA VAZ, *DJU* de 15.12.2003, p. 394.

Há inquérito policial por crime previsto no art. 28 da nova lei?

Não. O termo circunstanciado o substitui (arts. 48, § 2.°, da nova lei e 69 da Lei n. 9.099/95). De acordo com o estabelecido no art. 48, § 2.°, da lei, tratando-se "da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários".

No caso do art. 28 da nova lei, há prisão em flagrante?

Não. De notar-se que o art. 48, § 2.°, da lei é categórico: "Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, [...]". Ressalte-se que a redação do dispositivo difere daquela relativa às demais infrações de menor potencial ofensivo, uma vez que a Lei dos Juizados Especiais Criminais condiciona a não-imposição de prisão em flagrante ao encaminhamento imediato do agente aos Juizados Especiais ou à assunção do compromisso de comparecer a um deles ("ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança" – art. 69, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95).

Em residência, cabe prisão em flagrante em decorrência da prática de crime definido no art. 28 da lei?

Não. O ingresso em residência, todavia, é permitido, nos termos do art. 5.°, XI, da CF ("a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial" – grifo nosso). Não há de se confundir a lavratura do auto de prisão em flagrante e a custódia prisional daí decorrente (medidas proibidas expressamente) com a possibilidade de condução do agente até a presença da autoridade policial para lavratura do termo circunstanciado, em face de ser ele flagrado cometendo crime, caso esteja portando, guardando etc. a droga, em residência, para consumo pessoal.

Transação penal: é admitida?

O crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 admite transação penal, nos termos do § 5.° do art. 48 da lei ("Para os fins do disposto no art. 76 da Lei n. 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta"). Desse modo, estando o autor do fato presente no Juizado Especial Criminal, será realizada imediatamente a audiência preliminar ou em data designada pelo Juiz. Caberá ao Ministério Público, desde que não seja caso de arquivamento, elaborar proposta de transação penal, i.e., de aplicação imediata das penas alternativas cominadas no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Aceita a proposta pelo autor do fato e por seu defensor, será ela homologada pelo Juiz (§ 3.°). Observe-se que não será cabível a proposta quando ficar comprovado: 1) "ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva";

2) "ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo" ou 3) "não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida" (§ 2.º). Após a homologação do acordo, o Juiz aplicará a pena alternativa objeto do acordo, "que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos" (§ 4.º). Da decisão que homologar a transação penal caberá a apelação prevista no art. 82 da lei (§ 5.º). Por último, conforme consta do § 6.º do dispositivo: "A imposição da sanção de que trata o § 4.º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível".

O procedimento é sumariíssimo?

Sim. O delito previsto no art. 28 da nova lei obedece ao procedimento sumariíssimo disciplinado nos arts. 77 e segs. da Lei n. 9.099/95.

É punível o vício?

Não é punido em si mesmo (*RT* 530/369).

O art. 28 da nova lei é inconstitucional por ferir o princípio da privacidade individual (art. 5.º, X, da CF)?

Havia duas posições à luz do art. 16 da antiga Lei n. 6.368/76: 1ª) o dispositivo é inconstitucional (TJRS, ACrim n. 687.043.661, *RJTJRS* 127/99); 2ª) a alegação é inadmissível, inexistindo inconstitucionalidade (TJSP, ACrim n. 72.037, *RT* 650/273; 5ª Câm., ACrim n. 151.129, rel. Des. Dante Busana, *JTJ* 150/307 e *RT* 702/334; TJSP, *RT* 666/292). A primeira tese está superada (TJSP, 5ª Câm., ACrim n. 151.129, rel. Des. Dante Busana, *RT* 702/334). A tese vencedora, segundo entendemos, deve prevalecer na vigência da lei nova.

Março de de 2008

PROTEÇÃO E INSERÇÃO DA MULHER NO ESTADO DE DIREITO: A LEI MARIA DA PENHA

EMERSON GARCIA *

SUMÁRIO: 1. Aspectos introdutórios. 2. A construção jurídica dos direitos da mulher. 3.O constitucionalismo contemporâneo e a proteção da mulher. 4. As noções de igualdade e discriminação. 5. A *ratio* das ações afirmativas e a Lei Maria da Penha. 6. As ações afirmativas adotadas pela Lei Maria da Penha. 7. Epílogo.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A interação sociopolítica entre indivíduos, grupos ou Estados, longe de ser caracterizada por uma linearidade constante, pautada por referenciais de harmonia e pacífica coexistência, tem sido historicamente marcada por posições de domínio. No plano existencial, que muitas vezes se distancia e em outras contradiz o plano idealístico-formal, a igualdade não é propriamente um valor inato e indissociável, tanto da espécie humana, como das estruturas de poder que a partir dela se formam. Em verdade, a presença de posições jurídicas dominantes tem acompanhado a própria evolução da humanidade, refletindo-se em praticamente todas as relações interpessoais e interestatais. Conquanto não se negue a sua dureza, é absolutamente realista a sentença do MARQUÊS DE VAUVENARGUES: "*a natureza não conhece a igualdade; sua lei soberana é a subordinação e a dependência*".

No direito internacional, a guerra de conquista somente foi efetivamente proscrita no início do século XX[1]; em meados do mesmo século convivíamos

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

1. O Pacto de Paris, conhecido como Briand-Kellog, de 27 de agosto de 1928, condenou o recurso à guerra para a solução dos conflitos internacionais e vedou a sua utilização como instrumento de política nacional.

com possessões coloniais[2]; e, ainda hoje, Estados mais fortes subjugam princípios há muito sedimentados na sociedade internacional, fazendo uso da força em defesa de seus interesses. A recente invasão, por forças norte-americanas, dos territórios afegão e iraquiano, bem ilustra essa possibilidade[3], não sendo demais realçar que, até então, a denominada "legítima defesa preventiva", tese utilizada na tentativa de legitimar o uso da força, ainda não freqüentara os anais dos tribunais internacionais.

No direito interno, o liberalismo clássico sedimentou dogmas cujos contornos semânticos em muito destoavam de sua projeção na realidade. A cansativa retórica da igualdade é um desses exemplos, sempre contemplada em sua plasticidade formal, mas raramente materializada em toda a sua potencialidade de expansão. Daí se afirmar que, na igualdade liberal, *"todos são iguais, mas alguns são mais iguais que outros"*[4]. O acerto dessa afirmação pode ser facilmente constatado com um mero passar de olhos pela ordem de valores subjacente à gênese do liberalismo, fartamente ilustrada pela revolução franco-americana.

Em terras francesas, apregoava-se uma igualdade que distinguia entre ricos e pobres, somente admitindo a participação política dos primeiros, não dos últimos[5]. Em paragens americanas, por sua vez, a discriminação racial

---

2. Apesar de a Carta das Nações Unidas (art. 73), de 1945, preconizar a descolonização, dispondo que as metrópoles deveriam promover o governo próprio e o desenvolvimento de instituições políticas livres nas colônias, a inexistência de mecanismos de controle e coerção em muito contribuíram para a sua inefetividade, isto sem olvidar a situação daqueles países que, como Portugal e Espanha, sequer haviam aderido à ONU, o que só veio a ocorrer em 1955. Esse quadro somente foi alterado a partir de 1960, quando a União Soviética aderiu vigorosamente à causa da descolonização, com o que buscava auferir a simpatia de alguns Estados e alterar a polarização pró-ocidente que marcava as assembléias da ONU. Em 1961, foi aprovada a Resolução nº 1.514, que veiculou a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, com 89 votos a favor, nenhum contra e 9 abstenções (Austrália, Bélgica, Espanha, EUA, França, Portugal, República Dominicana, Reino Unido e União Sul-Africana), indicativo de uma posição nitidamente anti-colonial da ONU. Pouco depois, foi criada uma Comissão para acompanhar o cumprimento da Declaração, o que motivou sucessivas denúncias à Assembléia Geral da ONU, aumentando a pressão pela descolonização. Na década de setenta do Século XX, as grandes questões ainda pendentes refletiam-se na situação dos territórios ultramarinos portugueses, da Rodésia (a independência declarada pelo governo de minoria branca em 1965 não fora reconhecida pela ONU e somente em 1980 um novo governo escolhido por eleições gerais assumiu o poder, fundando a República do Zimbabwe) e da Namíbia (então denominada "Sudoeste Africano", fora colônia alemã até o fim da I Guerra Mundial e posteriormente administrada, em regime de tutela, pela África do Sul, somente teve sua independência declarada em 1990). Cf. MOTA DE CAMPOS, João *et alli*. Organizações Internacionais, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 296-304.
3. Sobre os poderes do Presidente norte-americano na guerra contra o terrorismo, vide Erwin Chemerinsky. *Constitutional Law, Principles and Policies*, 3ª ed., New York: Aspen, 2006, p. 376/385.
4. Paulo Otero. *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 255.
5. Cf. Abade Sieyes. Exposição Refletida dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Préliminaire de La Constitution. Reconnaissance et Exposition Raisonnée des Droits de l'Homme et du Citoyen*), trad. de Emerson Garcia, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 69.

não só contribuiu para a eclosão da guerra de secessão, quase levando ao fim a Federação[6], como, ainda no Século XX, ensejava calorosos debates em torno da política segregacionista de alguns Estados-Membros[7].

A igualdade, em seus aspectos mais estritos, vale dizer, aqueles que não digam respeito unicamente à inserção na humanidade, pode apresentar múl-

---

6. No Caso *Dread Scott vs. Sandford* (60 *U.S.* 393, 1857), a Suprema Corte entendeu que os americanos descendentes de africanos, quer escravos, quer livres, não poderiam ser considerados cidadãos dos Estados Unidos, tendo julgado inconstitucional o *Missouri Compromise Act*, de 1820, por entender que teriam sido violados os direitos dos senhores de escravos sem o devido processo legal. Anota Peter Irons que nenhum litigante individual na história constitucional da América teve fama semelhante à de *Dread Scott*, tamanha a importância dos interesses que foram apreciados no julgamento de seu caso (*A People's History of the Supreme Court*, New York: Penguin Books, 2000, p. 157). Para mencionar apenas um, basta dizer que a decisão da Suprema Corte foi decisiva para a deflagração da guerra de secessão, pois era manifestamente favorável à postura escravagista mantida pelos Estados do sul. Em sua gênese, o caso está vinculado à solicitação do Território do *Missouri*, ao Congresso dos Estados Unidos, para que fosse admitido como Estado da Federação, do que resultou o *Missouri Compromise Act*, segundo o qual estaria para todo o sempre abolida a escravidão e a servidão involuntária, salvo na punição de crime pelo qual a parte tenha sido regularmente condenada, em todo o território denominado *Louisiana*, "*excetuando a parte que é incluída nos limites do estado contemplado por esta Lei*". Assim, tinha-se a abolição da escravidão em toda a *Louisiana*, com exceção do *Missouri*. O processo propriamente dito teve início em 1846, tendo o escravo negro *Dread Scott* proposto uma ação em face da viúva de seu antigo senhor sob o argumento de que havia sido levado por seu amo (*Dr. John Emerson*), um cirurgião militar, do *Missouri*, Estado escravagista, para *Fort Armstrong*, situado em *Illinois* (1834) e, posteriormente, para *Fort Snelling*, localizado em *Wiscosin* (1836), sendo os negros livres em ambos os territórios. Ulteriormente, e desta feita com a família que constituíra, *Dread Scott* foi trazido de volta para o Estado do *Missouri*, tendo retomado a condição de escravo. Entendendo ser ilegítimo o seu retorno à servilidade, sustentou que ao ingressar em *Illinois*, território livre por força do *Missouri Compromisse Act*, adquirira a liberdade, que não mais lhe poderia ser retirada ("*once free, always free*"). Não obstante a decisão favorável em primeira instância, a Suprema Corte Estadual, em grau de apelação, terminou por entender que *Dread Scott* retomara o seu primitivo estado servil. A questão, posteriormente, foi renovada, agora perante a Justiça Federal (*Circuit*) e com o Sr. *John A. Sandford* no pólo passivo (a antiga viúva de seu amo passou a compactuar com a causa abolicionista e forjou a venda do escravo ao Sr. *Sandford* para que a questão pudesse voltar a ser discutida). O caso finalmente foi julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 6 de março de 1857, restando decidido que: a) os escravos negros não eram cidadãos americanos, não tendo direitos a serem protegidos; b) deveria ser observada, pela Suprema Corte, a lei do Estado do *Missouri* que considerava o demandante um escravo; e c) o mais importante, que o *Missouri Compromisse Act* excedia o poder do Congresso ao abolir a escravidão nos territórios, pois a Constituição não outorgara a este poderes para intervir no direito de propriedade dos senhores dos escravos, que haviam sido privados de sua propriedade sem o *due process of law*. Em 1868, a Décima Quarta Emenda alterou o entendimento fixado pelo Tribunal. Para uma visão mais ampla da posição do Supremo Tribunal norte-americano em questões raciais e de seu impacto no meio social, vide: *Prigg vs. Pennsylvania* (41, *U.S.* 539, 1842), *The Civil Rights Cases* (109 *U.S.* 3, 1883), *City of Richmond vs. J. A. Croson Co.* (488 *U.S.* 469, 1989) e *Shaw vs. Reno* (509 *U.S.* 630, 1995).

7. Em *Brown vs. Board of Education* (344 *U.S.* 1, 1952), a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas, política moralmente reprovável e que privava a sociedade do talento em potencial dos membros das minorias raciais. Essa decisão, de 1952, louvável sobre todos os aspectos, invocou o disposto na Seção 1 da Décima Quarta Emenda, de 1868, que dispunha sobre privilégios e imunidades, devido processo legal e igual proteção das leis, princípios de indiscutível relevância, mas que, até então, não haviam sido interpretados por nenhum Tribunal de modo a obstar a segregação racial.

tiplas variações, que acompanharão as vicissitudes do meio social (*v.g.*: na Roma antiga, todos os cidadãos possuíam direitos políticos, mas os escravos e os bárbaros não eram considerados cidadãos). Práticas tidas como igualitárias num certo contexto sócio-cultural podem ser consideradas discriminatórias com o evolver do grupamento, fazendo que verdades absolutas se transmudem em relativas e daí em censuráveis equívocos.

Nesse contexto de fluxo e refluxo, a situação jurídica da mulher passou por diversas mutações na evolução do Estado de Direito, principiando por um estado de subordinação e dependência quase absoluta até que, a partir de conquistas pontuais, mas de indiscutível relevância, tem alcançado não só a sua autonomia existencial, como a paulatina inserção nos setores mais hegemônicos do grupamento. A compreensão dessas mutações exige reflexões em torno das dimensões em que se desenvolveu a construção jurídica dos direitos da mulher, o tratamento que lhe tem sido assegurado pelo constitucionalismo contemporâneo e, a partir de um referencial de igualdade formal, a identificação da juridicidade, ou não, das medidas adotadas para coibir a discriminação de gênero e alcançar a igualdade material. Na linha desses indicadores argumentativos, analisaremos os contornos estruturais e a compatibilidade da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, também denominada "Lei Maria da Penha"[8] com a Constituição de 1988. A análise se faz necessária por duas razões básicas: (1ª) a igualdade de gênero foi incluída entre os direitos fundamentais (art. 5º, I) e (2ª) a Lei Maria da Penha confere um tratamento diferenciado à mulher enquanto vítima de violência doméstica, o que termina por gerar resistência em relação à aplicação de alguns de seus preceitos.

2. A CONSTRUÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DA MULHER

A construção de um referencial de igualdade, ainda que meramente formal, sempre ensejou uma polarização dos interesses envolvidos: de um lado, os excluídos, de outro, múltiplos atores sociais, que poderíamos subdividir em (1) hegemônicos, desejosos de manter a sua posição de primazia, (2) simpatizantes, estranhos à classe excluída, mas que reconheciam a injustiça da exclusão, e (3) indiferentes, prosélitos de seus próprios interesses e que normalmente consubstanciam a grande massa social. A partir desse quadro, o grande desafio é construir uma base axiológica que permita seja alcançado um referencial de coesão social, de modo que os componentes do grupamento vejam uns aos outros como iguais. O pensamento cristão, por exemplo, sustenta que todos os homens são filhos de Deus, tendo a sua imagem e seme-

8. A Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica cearense, foi vítima, em 1983, de duas tentativas de homicídio praticadas por seu marido, Marco Antonio Herredia Viveros, tendo ficado paraplégica na primeira delas. Face à injustificada demora do Estado brasileiro em solucionar o caso (Viveros somente foi preso em 2002), foi provocada a manifestação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que o acolheu.

lhança, o que serve de alicerce à universalidade dos direitos humanos e justifica a igualdade entre todos aqueles que aceitem a fé cristã. Como afirmou o Apóstolo Paulo, "*não há judeu nem grego, não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vóis sois um em Cristo Jesus*" (*Gálatas*, 3: 28). Samuel Pufendorf (1632-1694), por sua vez, invocando aspectos inatos da espécie humana, também defendeu a igualdade dos homens na natureza[9]. Qualquer que seja o referencial argumentativo utilizado, teleológico ou jusnaturalístico, a construção de uma ordem de valores igualitária é uma preocupação constante.

Mesmo Platão, escrevendo numa época em que a mulher ainda era subjugada pelo homem, apesar de reconhecer a maior robustez física deste último, era categórico ao afirmar que "*não há na administração da cidade nenhuma ocupação, meu amigo, própria da mulher, enquanto mulher, nem do homem, enquanto homem, mas as qualidades naturais estão distribuídas de modo semelhante em todos os seres, e a mulher participa de todas as atividades, de acordo com a natureza, e o homem também, conquanto em todas elas a mulher seja mais débil do que o homem*"[10].

O primeiro grande desafio enfrentado foi obter o reconhecimento normativo da igualdade jurídica entre homens e mulheres, o que certamente contribuiria para a paulatina inserção desse vetor axiológico no contexto social. Conquanto seja exato que o axiológico apresenta inegável ascendência sobre o normativo, influindo no delineamento do seu conteúdo e lhe conferindo legitimidade perante o grupamento, a alteração do quadro de dependência e subserviência da mulher somente pôde ser alterado na medida em que iniciativas isoladas assumiram ares de generalidade e, acima de tudo, imperatividade.

O liberalismo clássico apregoava a igualdade entre todos os *homens*, mas a mulher não era incluída sob essa epígrafe. Não é por outra razão que, na França, o célebre texto de 1789 foi denominado de *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Em 1791, Olympe de Gouges, que logo depois foi condenada à morte na guilhotina, apresentou, sem êxito, um projeto de *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*, almejando que as conquistas da Declaração de 1789 fossem estendidas à mulher. As tentativas de inclusão sociopolítica da mulher foram uma preocupação constante no decorrer dos séculos XVIII e XIX, mas somente apresentaram um avanço significativo no decorrer do século XX. A intensidade das dificuldades enfrentadas pode ser facilmente imaginada ao constatarmos, por exemplo, que somente em 1871 o direito norte-americano começou a proibir a imposição de castigos corporais, pelo homem, à mulher, e isto apenas em alguns Estados da Federação, como Alabama e Massachussets[11].

---

9. *Of the Law of Nature and Nations*, 2ª ed., Oxford: L. Litchfield, 1710, pp. 174 e segs.
10. A República, trad. de Maria Helena da Rocha Pereira. 9ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 220.
11. Cf. Barbara Musumeci Soares. *Mulheres Invisíveis. Violência Conjugal e Novas Políticas de Segurança*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 25.

Na esfera do direito internacional privado, definia-se o direito estrangeiro aplicável a partir da nacionalidade do marido. Na Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht* proferiu a sua primeira sentença ab-rogativa em 22 de fevereiro de 1983, tendo decidido que *"a disciplina de conflitos do art. 15, § 1º e § 2º (2ª frase), que submete as relações patrimoniais entre os cônjuges à lei do marido, está em contraste com o art. 3º, § 2º, da GG"*[12]. Em 8 de janeiro de 1985, o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade de norma que privilegiava a lei do marido na disciplina do divórcio. Com a reforma legislativa de 1986, as normas de conflito foram ajustadas ao princípio da igualdade e o problema superado. Na Itália, de acordo com as *"Disposizioni Sulla Legge in Generale"*, que antecediam o Código Civil e, até a entrada em vigor da Lei nº 218, de 31 de maio de 1995 (Reforma do Sistema Italiano de Direito Internacional Privado), disciplinavam integralmente a matéria, as relações pessoais[13] e patrimoniais[14] entre cônjuges estavam sujeitas à lei nacional do marido, acrescendo-se que as relações entre genitor e filhos eram reguladas pela lei nacional do pai[15]. O Tribunal Constitucional italiano, na Sentença nº 71/1987, reconheceu que *"as normas de direito internacional privado são sindicáveis em sede de juízo de constitucionalidade"*, não podendo destoar da Constituição[16]. Quanto à questão de fundo, declarou a inconstitucionalidade parcial da segunda parte do art. 18 da *"Disposizioni Sulla Legge in Generale"*, por violar o princípio específico da igualdade moral e jurídica entre os cônjuges[17] e o princípio geral da igualdade perante a lei[18]. Na sentença nº 477/1987, o Tribunal, com base nos mesmos fundamentos, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 20 das referidas Disposições[19].

No decorrer do século XX, o movimento feminista floresceu e os atos internacionais de proteção à mulher se multiplicaram. A Declaração Universal

---

12. O Caso versava sobre mulher alemã casada com iraquiano e que, no curso do matrimônio, obtivera a nacionalidade alemã. Com a morte do marido, a viúva pretendeu fosse considerada herdeira em concurso com o filho. O órgão competente pela expedição do certificado de herdeiro foi instado, pela viúva, a reconhecer não só a sua parte da herança (1/4), como também uma outra parte (também 1/4) a título de liquidação da sociedade conjugal. O pedido foi negado sob o argumento de que, para o direito islâmico vigente no Iraque, o matrimônio não tinha nenhuma influência sobre os bens dos cônjuges, o que, no caso, exigiria a utilização de um regime jurídico de bens correspondente ao da separação no direito alemão: afinal, esse tipo de relação patrimonial, de acordo com o art. 15 do *EGBGB*, determinava a aplicação da lei do marido ao tempo da celebração do matrimônio.
13. Art. 18: *"I rapporti personali tra coniugi di diversa cittadinanza sono regolati dall'ultima legge nazionale che sia stata loro comune durante il matrimonio o, in mancanza di essa, dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio"*.
14. Art. 19, § 1º: *"I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio."*
15. Art. 20, § 1º: *"I rapporti tra genitori e figli sono regolati dalla legge nazionale del padre, ovvero da quella della madre se soltanto la maternità è accertata o se soltanto la madre ha legittimato il figlio"*.
16. Rel. Corasaniti, j. em 26/02/1987, *GU* de 11/03/1987.
17. Art. 29, § 2º, da Constituição italiana de 1947.
18. Art. 3º, § 1º, da Constituição italiana de 1947.
19. Rel. Corasaniti, j. em 25/11/1987, *GU* de 16/12/1987.

dos *Direitos do Homem*, firmada no seio das Nações Unidas em 1948, teve sua denominação alterada para Declaração Universal dos *Direitos Humanos*[20]; e as organizações internacionais, de cunho universal ou regional, passaram a desempenhar um relevante papel na sedimentação de uma visão cosmopolita da igualdade de gênero. No âmbito da Organização dos Estados Americanos, merecem referência: (1) a Conferência sobre Nacionalidade da Mulher, adotada, em 1933, na VII Conferência Internacional Americana, realizada em Montevidéu[21], (2) a Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Políticos à Mulher, adotada, em 1948, na IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá[22], e (3) a Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Civis à Mulher, também adotada na IX Conferência Internacional Americana[23]. No âmbito das Nações Unidas, podemos mencionar a (1) Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, adotada em 1979[24], e (2) Protocolo Facultativo a essa Convenção, adotado em 2001[25].

Como se constata pelo teor desses atos internacionais, a mulher, em pleno século XX, ainda lutava pelo direito de escolher a própria nacionalidade, por uma plena capacidade civil e pelo direito de participação política. No Brasil, por exemplo, somente após o advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, a mulher casada deixou de ser relativamente incapaz.

A mulher, ao menos no Ocidente, parece ter conquistado a sua definitiva inserção no plano da igualdade formal, o que, se é suficiente para tranqüilizar os menos exigentes, não logra êxito em afastar a infeliz constatação de que a realidade ainda é pródiga em exemplos de massivos e reiterados atos de discriminação contra a mulher. Afinal, o normativo, por maior que seja a sua plasticidade, jamais seria apto a eliminar uma longa história social de dependência e subordinação em relação ao homem.

O segundo grande desafio a ser diuturnamente enfrentado é o de transplantar a igualdade de gênero do plano meramente formal para o real, de modo que as mulheres, no curso de suas relações intersubjetivas, possam ter acesso a todos os benefícios e desempenhar as mesmas atividades assegura-

---

20. A designação atual resultou da Resolução nº 548 (VI), da Assembléia Geral, que deliberou pela substituição da anterior – Declaração Universal dos Direitos do Homem - em todas as publicações das Nações Unidas.
21. Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 111, de 24/09/1937, e promulgada pelo Decreto nº 2.411, de 23/02/1938.
22. Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 32, de 20/09/1949, e promulgada pelo Decreto nº 28.011, de 19/04/1950.
23. Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 74, de 19/12/1951, e promulgada pelo Decreto nº 31.643, de 23/10/1952.
24. Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14/11/1983, que estabeleceu reservas aos arts. 15, § 4º e 16, § 1º, *a*, *c*, *g* e *h*, reservas estas posteriormente afastadas pelo Decreto Legislativo nº 26, de 22/06/1994.
25. Aprovado, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 107, de 06/06/2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.316, de 30/07/2002.

das aos homens, desde, é óbvio, que os atributos físicos não assumam, legitimamente, um papel determinante no processo seletivo. A realização desses objetivos passa pelo reconhecimento formal da igualdade de gênero e alcança a adoção de medidas de inserção, conferindo-se um tratamento diferenciado à mulher de modo a compensar a posição de inferioridade que a evolução da humanidade sedimentou.

3. O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A PROTEÇÃO DA MULHER

Costuma-se afirmar que a Constituição representa uma infindável série de escolhas, o que enseja questionamentos sobre se deve ser vista como um texto, uma intenção, uma ordem de deduções estruturais ou uma série de premissas políticas e morais[26]. Com abstração da linha argumentativa que venha a ser seguida, não é possível subtrair da Constituição a imperatividade ou deixar de reconhecer a sua condição de *"ordem suprema do Estado"*. Não há nenhuma norma jurídica de grau superior que lhe assegure a existência e imponha a observância, cabendo à própria ordem constitucional o fornecimento dos instrumentos que permitam a sua tutela e garantia[27].

Não é por outra razão que o constitucionalismo contemporâneo, mais especificamente após o segundo pós-guerra, tem se preocupado com a construção de uma ordem de valores pautada em referenciais de igualdade e dignidade. Em decorrência do histórico de adversidades, a igualdade de gênero é uma preocupação constante. A *Grundgesetz* alemã de 1949, por exemplo, dispõe, em seu art. 3°, que *"todos os homens são iguais perante a lei. Homens e mulheres têm iguais direitos. Ninguém poderá ser prejudicado ou favorecido em razão do seu sexo..."*. A Constituição espanhola de 1978, do mesmo modo, visualiza a igualdade como um valor superior (art. 1°), reconhece o livre exercício profissional, assegurando que *"em nenhum caso possa existir discriminação em razão do sexo"* (art. 35) e ainda dispõe que compete aos Poderes Públicos promover as medidas necessárias, eliminando os obstáculos para que o exercício desses direitos seja viabilizado (art. 9°, 2). As Constituições italiana de 1947 (art. 3°) e brasileira de 1988 (art. 5°, I) também consagram um mandamento amplo de igualdade, vedando a distinção de sexo, mas a última delas ressalta que tal se daria nos termos prescritos na ordem constitucional. Em outras palavras, o tratamento diferenciado seria possível desde que harmônico com as normas constitucionais. Prescrições dessa natureza, é importante frisar, desempenham um papel de cunho mais diretivo, que propriamente restritivo. Em outras palavras, o tratamento diferenciado, ainda que não haja norma autorizadora expressa, sempre será possível, bastando seja demonstrada a

---

26. Lawrence H Tribe. *Constitutional Choices*, Massachussets: Harvard University Press, 1985, p. 267.
27. Cf. Paolo Biscaretti Diruffia. *Diritto Costituzionale*, 15ª ed., Napoli: Jovene Editore, 1992, pp. 3 e 4.

presença de características distintas, intensas o suficiente para justificar um tratamento igualmente distinto.

O que se vislumbra na Constituição brasileira de 1988 é a existência de (1) um mandamento geral de igualdade (art. 5°, *caput* - "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...*"),[28] (2) um mandamento específico de igualdade de gênero (Art. 5°, I – "*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações...*")[29] e (3) uma cláusula de remissão, indicando a possibilidade de tratamento constitucional diferenciado (Art. 5°, II – "*... nos termos desta Constituição*"). Essa última cláusula mostra-se coerente com o sistema na medida em que a igualdade total entre homens e mulheres é expressamente excepcionada pelo próprio texto constitucional, ao contemplar, por exemplo, a necessidade de proteção do mercado de trabalho da mulher (*v.g.*: art. 7°, XX) e a aposentadoria das mulheres com menor tempo de contribuição previdenciária (art. 40, § 1°, III, *a* e *b*). A análise desses dois comandos constitucionais permite concluir que a razão de ser do primeiro está na histórica exclusão da mulher do mercado de trabalho, o que exige a adoção de medidas protecionistas pelo Poder Público; o segundo, por sua vez, é diretamente influenciado por componentes (1) orgânicos, vale dizer, a menor resistência física da mulher, e (2) sociais, isto por ser comum o acúmulo de atividades, vale dizer, exercidas gratuitamente no lar e onerosamente no ambiente de trabalho.

Além das situações expressamente contempladas no texto constitucional, o tratamento diferenciado, em prol das mulheres, apresentará indiscutível juridicidade em sendo possível demonstrar que uma aparente discriminação formal busca, em verdade, alcançar a igualdade material.

4. AS NOÇÕES DE IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO

No plano normativo, apregoar a igualdade é estruturar uma sociedade onde todos estejam seguros e tenham sua condição humana reconhecida[30]. Nessa linha, a existência de referenciais de análise que possuam a mesma essência é requisito indispensável a qualquer construção normativa relacionada à igualdade de direitos e deveres. Exige-se, assim, uma aferição comparativa, permitindo seja identificado em que medida as semelhanças se manifestam e quais os bônus ou ônus delas decorrentes. Para tanto, é necessário isolar as características relevantes, decisivas e umbilicalmente conectadas a uma dada conseqüência jurídica, o que pressupõe a correta identificação

---

28. O mandamento geral de igualdade também for a contemplado pelas Constituições de 1824 (art. 179, XIII), 1891 (art. 72, § 2°), 1934 (art. 113, 1, 1ª parte), 1937 (art. 122, 1°), 1946 (141, § 1°) e 1967 (art. 150, § 1°), bem como pela Emenda Constitucional n° 1/1969 (art. 153, § 1°).
29. As Constituições de 1934 (art. 113, 1) e 1967 (art. 150, § 1°), bem como a Emenda Constitucional n° 1/1969 (art. 153, § 1°), além da cláusula geral de igualdade, vedavam a existência de privilégios ou distinções em razão do sexo.
30. Cf. Nihal Jayawickrama. *The Judicial Application of Human Rights Law. National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 604.

dos objetivos da norma, e proceder à comparação. O equívoco na individualização dessas características ou a incorreta associação entre característica e conseqüência jurídica, conferindo demasiada importância a um aspecto destituído de toda e qualquer relevância, certamente conduzirão a uma manifesta injustiça. Identificada a não uniformidade das características relevantes, será evidente a correção do tratamento diferenciado, conclusão que, à evidência, não afasta a necessidade de juízos valorativos extremamente delicados em relação à justa medida desse tratamento diferenciado, o que exigirá o emprego de um critério de proporcionalidade.

A simples constatação de que um indivíduo pertence à espécie humana, conquanto demonstre uma igualdade de essência, não afasta a possibilidade de, em círculos mais estreitos de análise, serem identificadas dissonâncias que justifiquem o tratamento diferenciado. Nesse particular, a neutralidade do Estado, elemento característico do *laissez faire* que direcionava o liberalismo clássico, somente se harmoniza com a denominada *igualdade perante a lei*, sendo vedada a outorga de posições jurídicas favoráveis a indivíduos ou grupos, ainda que notória a sua posição de inferioridade no contexto sociopolítico. O liberalismo clássico ainda apresentava um especial modo de ver e entender a *"essência igualitária"*, legitimando, por exemplo, a discriminação racial e a discriminação de gênero, isto em razão de uma pseudo-superioridade do branco em relação ao negro e do homem em relação à mulher. A fórmula da igualdade geral, conquanto prevista pela ordem jurídica, era interpretada de modo a excluir certos grupos, como os negros e as mulheres. A Constituição brasileira de 1824 é um exemplo singular dessa igualdade seletiva, pois, num período em que a mulher estava sob o jugo do homem e o negro atado aos grilhões da senzala, o seu art. 179, XIII, com inegável plasticidade, dispunha que *"a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue"*.

A evolução da humanidade demonstrou o desacerto da tese de que certos grupos não seriam abrangidos pela fórmula da igualdade geral. Ocorre que a mera igualdade formal pouco a pouco se mostrou absolutamente inócua, já que incapaz de transpor o plano semântico e alcançar a realidade. Apesar de todos receberem o mesmo tratamento legal e o Estado não estar autorizado a introduzir discriminações arbitrárias, nem todos gozavam das mesmas oportunidades de inserção social. Assim, de modo correlato ao sentido clássico das discriminações, que assume contornos negativos ou de exclusão, assume indiscutível relevância o seu sentido positivo ou de inclusão, que se disseminou a partir da primeira metade do Século XX. Nesse período, o pensamento jurídico-político apercebeu-se que a simples igualdade perante a lei, sem discriminações atentatórias à dignidade humana, não seria apta, por si só, a estabelecer uma igualdade real. Em outras palavras, afirmar que o miserável é igual ao rico ou que, numa sociedade historicamente segregacionista, o negro, doravante, passaria a ser igual ao branco, não tem o condão de gerar qualquer benefício real para as pessoas que se encontrassem em situação de inferioridade. Significa, tão-somente, que, perante os olhos da lei, todos são iguais. Esse tipo de igualdade, no entanto, em nada influi sobre as forças sociais que traçam os contornos da realidade. Na conhecida crítica de Anatole France, *"a lei proíbe tanto o rico, como o pobre, de viver debaixo das pontes, de pedir nas ruas e de roubar"*.

A pura e simples inclusão, sob uma fórmula geral de igualdade, de grupos historicamente discriminados em decorrência de certos referenciais socioculturais, por si só, pode vir a refletir uma forma de discriminação. A partir dessa constatação, a doutrina norte-americana desenvolveu a *"doutrina do impacto desproporcional"* (*"disparate impact doctrine"*), construção teórica que busca demonstrar o impacto desproporcional que a norma geral pode ocasionar sobre certos grupos que não ostentam, de fato, uma posição de igualdade. A Suprema Corte encampou essa linha argumentativa no *leading case Griggs vs. Duke Power Co*[31]. A ação foi ajuizada por um grupo de pessoas negras em face da *Duke Power Co.*, empresa de energia elétrica que historicamente somente admitia os negros para o desempenho de funções subalternas, sendo argüida a ilicitude do "teste de inteligência" utilizado como critério de promoção. Argumentavam os autores da ação que esse requisito aparentemente igualitário, ao exigir a aprovação numa prova escrita, ao invés da tradicional apresentação de certificados escolares, terminaria por perpetuar o *status quo*, já que os negros, por terem estudado em escolas segregadas, não poderiam competir em igualdade de condições com os brancos. Em sua decisão, reconheceu a Corte que o *"teste de inteligência"*, conquanto lícito, não se harmonizava com um referencial de igualdade material, pois, estatisticamente, não se mostrava apto a indicar a maior eficiência profissional para fins de promoção, podendo *"'congelar' o status quo de práticas empregatícias discriminatórias do passado."*

Desenvolveu-se, assim, o entendimento de que a igualdade, como parte integrante e indissociável do ideal de justiça, somente seria alcançada com a adoção de medidas efetivas, não meramente formais, que permitissem a sua efetiva implementação, não mera contemplação. Seria necessário transitar da *igualdade formal* para a *igualdade material*. O artificialismo da igualdade formal entra em refluxo, o dogma da neutralidade estatal é repensado e o pensamento jurídico-filosófico passa a ser direcionado à materialização da igualdade substancial, ontologicamente calcada na inserção social, e ao oferecimento de oportunidades para o livre desenvolvimento da personalidade. É com esse objetivo que surgem e se desenvolvem as denominadas ações afirmativas, fruto do pensamento político norte-americano e que buscam eliminar, ou ao menos diminuir, as desigualdades sociais que assolam certos grupos (*v.g.*: as mulheres e os afrodescendentes).

5 – A *RATIO* DAS AÇÕES AFIRMATIVAS E A LEI MARIA DA PENHA

Situações de igualdade formal e de igualdade material estão normalmente articuladas com posições diametralmente opostas aos valores que apregoam. Numa sociedade capitalista, de contornos essencialmente liberais, em que a livre iniciativa e o sistema de mérito são levados a posições extremas, não será

31. 401 *U.S.* 424, 1971.

incomum constatarmos a presença, no plano jurídico, de uma igualdade formal, e, no plano fático, de uma flagrante desigualdade material. Iguais na lei, desiguais na realidade. Por outro lado, presente a preocupação com a igualdade material, será ela inevitavelmente acompanhada de uma desigualdade formal, já que a lei veiculará discriminações positivas com o objetivo de atenuar a real posição de inferioridade de certos grupos. Desiguais na lei, tendencialmente iguais na realidade. Fala-se em tendencialmente iguais na medida em que a lei, ainda que sistêmica e finalisticamente imbuída dos melhores propósitos, normalmente só terá êxito na atenuação das diferenças, não na sua total supressão.

Sobre o argumento de que as ações afirmativas terminariam por violar a cláusula de igual proteção (*equal protection clause*), observa RONALD DWORKIN[32] que essa cláusula não assegura que cada cidadão receba igual benefício de cada decisão política, mas, apenas, que será tratado como um igual, com igual interesse e respeito no processo político de deliberação. Essa linha argumentativa, apesar de ter objetivos opostos, apresenta certa semelhança com a construção de EDMUND BURKE (1729-1797), que defendia o direito de todo homem a uma porção justa de tudo o que a sociedade, a partir da combinação de sua força e habilidade, podia fazer em seu favor, acrescendo que *"nessa participação todos os homens têm iguais direitos, mas não a coisas iguais"*[33]. Em decorrência disso, ainda segundo BURKE, aqueles que contribuíssem mais deveriam receber mais: era a tônica do Estado Liberal.

Ao adotar uma política pública em benefício de um grupo específico, o Estado não promove qualquer afronta aos direitos dos demais membros da coletividade, isto porque não seria necessário disponibilizar-lhes aquilo que já possuíam ou estava ao seu alcance possuir. Violação à igualdade haveria se o mesmo benefício fosse oferecido aos que estão na posição 0 e na posição +1. À simplicidade dessa constatação, no entanto, contrapõe-se a premissa de que a atuação estatal é vocacionada à satisfação do bem-comum, e este nem sempre se confundirá com os interesses do grupo a que se atribuiu preeminência. A análise, assim, há de assumir proporções mais amplas, incursionando, igualmente, nos aspectos negativos da atuação estatal, mais especificamente nos efeitos que a priorização de uma dada política pública causará em relação aos interesses de outros grupos igualmente representativos. Em tempos de escassez, em que "escolhas trágicas" são uma constante, é necessário redobrado cuidado para que *"ações afirmativas"* não se transmudem em *"ações negativas"*.

A Lei nº 11.340/2006, como se constata pelo teor de sua ementa, *"cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de*

---

32. *Affirmative Action: Is it Fair?, in Sovereign Virtue, The Theory and Practice of Equality*, 4ª imp., Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 411.

33. *Reflexiones sobre la Revolución francesa* (1790), *in* Textos Políticos, México: Fondo de Cultura Econômica, 1996, p. 92.

Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências". São indicados, assim, (1) os objetivos, (2) os destinatários da proteção e (3) os fundamentos de justificação e de validade da lei.

Principiando pelos objetivos, observa-se a preocupação em criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar, providência salutar na medida em que contribui para a preservação da família, fator indispensável ao saudável desenvolvimento humano e à formação de um Estado forte e coeso. A primeira dificuldade, no entanto, reside na opção de manter adstrita às mulheres a proteção dispensada pela Lei nº 11.340/2006. Na medida em que a Constituição brasileira possui uma cláusula geral de igualdade de gênero[34] e a norma constitucional programática de coibição à violência doméstica não é direcionada exclusivamente à mulher[35], questiona-se: a Lei nº 11.340/2006 é constitucional?

A resposta a essa proposição inicial é especialmente relevante ao constatarmos que raras são as vozes que se insurgem contra a inconstitucionalidade da lei em sua totalidade, mas, tanto na doutrina, como na jurisprudência, múltiplas são aquelas que, com fundamento na cláusula geral de igualdade de gênero, advogam a inconstitucionalidade de algumas normas que atribuem uma posição jurídica desfavorável ao homem que pratica, nas relações familiares e domésticas, um ilícito contra a mulher. Essa constatação, como se percebe, bem demonstra a fragilidade da tese. Afinal, se a igualdade de gênero veda seja dispensado tratamento desfavorável ao homem que pratique um ilícito contra a mulher, por identidade de razões, haveria de ser vedada a edificação de um diploma normativo integralmente voltado à proteção da mulher, como sói ser a Lei nº 11.340/2006. Essa linha argumentativa, no entanto, não encontra maior ressonância nos críticos pela singela razão de que a mulher, historicamente, é discriminada pelas leis e pela sociedade, isto em razão da posição hegemônica mantida pelo homem. Como desdobramento dessas premissas, é possível afirmar que a inconstitucionalidade, acaso sustentada, há de se abeberar em fontes outras que não a cláusula geral de igualdade.

Uma norma de conduta, qualquer que seja ela, não é um corpo estranho à realidade. Pelo contrário, a norma, lembrando a metódica concretista de FRIEDRICH MÜLLER[36], é obtida a partir da interpretação do programa normativo (*rectius*: o texto) à luz do seu âmbito de aplicação (*rectius*: a realidade). A Lei nº 11.340/2006 é endereçada à mulher justamente por ser ela, como vítima prin-

---

34. CF/1988, art. 5º, I: *"homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"*.
35. CF/1988, art. 226, § 8º: *"O Estado assegurará a assistência na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações"*.
36. *Discours de la Méthode Juridique (Juristische Methodik)*, trad. de Olivier Jouanjan, Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 186 e segs.

cipal e quase que exclusiva da violência doméstica (lembre-se que os idosos, bem como as crianças e os adolescentes, já contam com proteção específica), a destinatária da norma resultante da interpretação do parágrafo 8º do art. 226 da Constituição de 1988.

Além de não destoar da ordem constitucional em seus aspectos mais gerais, únicos analisados até aqui, a Lei nº 11.340/2006 busca concretizar os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, mais especificamente na (1) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, de 1994[37]; e na já mencionada (2) Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, adotada em 1979 no âmbito da Organização das Nações Unidas. A última Convenção, como deflui de sua denominação, é essencialmente voltada à eliminação da discriminação contra a mulher, tanto no setor público, como no privado, ressaltando que "*a adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma estabelecida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como conseqüência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados*" (art. 4º). A Convenção Interamericana, por sua vez, dispõe que os Estados-Partes devem empenhar-se em "*tomar todas as medidas apropriadas, incluindo medidas de tipo legislativo, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes, ou para modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência ou a tolerância da violência contra a mulher*" (art. 7º, *d*). Essas convenções, como se percebe, demonstram uma efetiva preocupação com a alteração da realidade, não se contentando com a mera plasticidade formal de disposições normativas alegadamente igualitárias. A mulher deve ser igual ao homem e a violência praticada contra ela deve ser coibida, não apenas na lei, mas na realidade.

6. AS AÇÕES AFIRMATIVAS ADOTADAS PELA LEI MARIA DA PENHA

Principiando pela juridicidade das ações afirmativas, a primeira dificuldade reside em individualizar os grupos destinatários dessas discriminações positivas, o que exige reflexões em torno do contexto social e das razões históricas que contribuíram para a sua formação. Escolhas equivocadas, privilegiando aqueles que não deveriam ser privilegiados, podem redundar numa instabilidade social, deflagrando e institucionalizando desigualdades, não combatendo-as. Fatores econômicos e raciais são constantemente invocados, sendo reflexo da própria movimentação das forças sociais.

---

37. Aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 107, de 31/08/1995, e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º/10/1996.

As ações afirmativas fazem que a *igualdade inata*, presente pela só condição de ser humano, ceda lugar a uma *igualdade construída*, de modo a assegurar a sua materialização na realidade e a concretização de certos padrões de justiça material. Esses padrões, por sua vez, refletem os valores comuns à ordem constitucional, que direcionam qualquer processo de normatização ou de execução normativa. É o caso dos incisos I e III do art. 3º da Constituição de 1988, que dispõem serem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil "construir uma sociedade livre, justa e solidária", bem como *"erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"*. Esses preceitos podem ser considerados o epicentro axiológico de qualquer ação afirmativa promovida em território brasileiro, direcionando a adoção de políticas públicas aptas à consecução dos objetivos neles referidos. Especificamente em relação à mulher, tem-se uma sistemática constitucional sensível à sua histórica situação de dependência e subordinação, justificando os tratamentos diferenciados que ela diretamente contemplou e permitindo que o legislador infraconstitucional venha a ampliá-los, sempre pautado pela base axiológica que dá sustentação às medidas de proteção e inserção da mulher.

Individualizados os destinatários e o objetivo fundamental, devem ser escolhidos os instrumentos a serem utilizados para alcançá-lo. As discriminações positivas refletem a essência das ações afirmativas, que apresentam natureza e objetivos extremamente variáveis. Podem assumir natureza legislativa ou administrativa e normalmente têm por objetivo assegurar (1) a igualdade de oportunidades, permitindo que certos grupos tenham plena possibilidade de desenvolver suas aptidões (*v.g.*: reserva de vagas em universidades), (2) a concessão de prestações sociais mínimas e indispensáveis à preservação da dignidade humana (*v.g.*: saúde e educação básica) ou (3) a concessão, ampla e irrestrita, de forma igualitária, de todas as prestações sociais necessárias ao indivíduo (*v.g.*: direitos sociais nos antigos regimes socialistas). São exemplos corriqueiros a garantia de acesso a serviços e a bens considerados essenciais ao pleno desenvolvimento da personalidade ou à própria sobrevivência (*v.g.*: ingresso no ensino superior, programas assistenciais de distribuição de recursos e alimentos etc.). A medida dessas prestações, em regra, oscilará entre prestações mínimas, indispensáveis à existência digna, e prestações voltadas ao nivelamento social, de modo a igualar os membros da coletividade. Essa última possibilidade, no entanto, apresenta um acentuado colorido teórico, pois destoa de qualquer sistema baseado no livre desenvolvimento e no mérito pessoal, isto sem olvidar a notória escassez de recursos.

No direito brasileiro, são múltiplas as iniciativas voltadas à construção da igualdade material, sendo normalmente utilizados, como critérios de individualização dos destinatários, (1) a cor, (2) o sexo, (3) a deficiência física e (4) a deficiência econômica. Podem ser mencionados, no plano federal: a) o programa diversidade na universidade, que dispõe sobre a concessão de incentivos a organizações não-governamentais voltadas à preparação de jovens carentes para o vestibular (Lei nº 10.558/2002); b) o programa universidade para todos, que trata da concessão de bolsas de estudos no ensino superior (Lei nº 11.096/2005); c) a reserva de vagas aos portadores de

deficiência nos concursos públicos (CF/1988, art. 37, VIII; e Lei nº 8.112/1990, art. 5º, § 2º); e d) a reserva de vagas a candidatas do sexo feminino nas eleições (Lei nº 9.504/1997, art. 10, § 3º)[38].

Centrando nossa análise na Lei nº 11.340/2006, é possível visualizar a utilização de quatro ordens de medidas, que são as de (1) inserção, (2) prevenção, (3) proteção e (4) coibição.

As medidas de inserção, que, além de não constituírem o principal objetivo da lei, assumem contornos essencialmente programáticos, estando condicionadas à adoção de políticas públicas específicas, buscam assegurar oportunidades e facilidades à mulher, com a correlata garantia de direitos essenciais a uma vida digna[39].

As medidas de prevenção variam desde a integração operacional dos órgãos governamentais que atuam nos casos de violência doméstica (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Judiciária etc.), passando pela adoção de medidas que permitam monitorar a intensidade e freqüência com que os ilícitos são praticados (*v.g.*: com a realização de estudos estatísticos), até alcançar as providências voltadas à formação de uma nova identidade sociocultural para o povo brasileiro, com o efetivo respeito pela mulher[40].

No âmbito das medidas de proteção, tem-se (1) aquelas especificamente direcionadas à esfera jurídica da mulher, vítima da violência doméstica, que deve receber todo o auxílio necessário à garantia de sua integridade física e mental, sendo-lhe assegurado, quando necessário, proteção policial, e, dentre outros, o direito de ser acompanhada para a retirada dos seus pertences do local da ocorrência[41]; e (2) aquelas direcionadas à esfera jurídica do ofensor, isto com o objetivo de assegurar a proteção da ofendida, podendo assumir múltiplas formas, como o afastamento do lar e a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, medida drástica e que deve ser aplicada com muita cautela, isto em razão do seu potencial de desintegração da família[42].

Por último, temos as medidas de coibição, sendo enquadradas sob essa epígrafe aquelas que não ostentam cunho propriamente cautelar (*v.g.*: afastamento do lar) e que estão direta ou indiretamente relacionadas à punição do

---

38. No direito francês, deve ser mencionada a alteração dos arts. 3º e 4º da Constituição de 1958, promovida pela revisão de 08/07/1999, destinada a permitir a existência de cotas, de acordo com o sexo, para as candidaturas às eleições políticas. Com isto, contornou-se a decisão do Conselho Constitucional, de 18/11/1982, que entendeu inconstitucional norma que consagrava cotas dessa natureza para a composição das listas eleitorais (Decisão nº 82-146, *Recueil*, p. 66, *RJC*, p. I-134, *JO* de 19/11/1982, p. 3475). Cf. Jean-Pierre Camby, *Supra-constitutionnalité: la fin d'un mythe*, *in RDPSP* nº 3, maio-junho/2003, p. 671 (685).
39. Lei nº 11.340/2006, arts. 2º e 3º.
40. Lei nº 11.340/2006, arts. 8º e 38.
41. Lei nº 11.340/2006, arts. 11, 15, 18 a 21, 23 e 24.
42. Lei nº 11.340/2006, art. 22: "Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou

infrator pelo ilícito que praticou. Essas medidas têm sido objeto de alguma polêmica em relação à sua constitucionalidade, em especial aquelas contempladas nos arts. 17, 33, parágrafo único e 41 da Lei nº 11.340/2006. Eis o seu inteiro teor:

> "Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa."
>
> "Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.
>
> Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput."
>
> "Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995."

Á luz desses preceitos, constata-se uma evidente preocupação com a celeridade dos processos relativos à violência doméstica e a não incidência de algumas medidas despenalizadoras, em especial daquelas contempladas na Lei nº 9.099/1995, como a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89). Aqueles que apregoam a inconstitucionalidade desses preceitos argumentam com a violação à cláusula geral de igualdade na medida em que a mesma infração penal, pelo só fato de ter sido praticada contra a mulher, sujeitaria o agente a conseqüências jurídicas mais severas[43]. Trata-se, no entanto, de argumento superficial, que "*ao mais leve sopro se espalha e desvanece*", isto para lembrarmos as belas palavras de Raul Pompéia no monumental *O Ateneu*.

---

separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: *a*) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; *b*) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; *c*) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios."

43. Em prol da constitucionalidade, podem ser mencionadas as posições de BASTOS, Marcelo Lessa. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – Lei "Maria da Penha" – Alguns Comentários, *in* FREITAS, André Guilherme Tavares de. Estudos sobre as Novas Leis de Violência Doméstica

Inicialmente, observa-se que o estabelecimento de penalidades mais severas em razão da especial qualidade da vítima não é algo novo no direito brasileiro. Nesse sentido, nosso Código Penal, em sua versão original, de 1940, já previa, como circunstâncias agravantes, a prática de crime contra *"ascendente, descendente, irmão ou cônjuge"*, bem como contra *"criança, velho ou enfermo"* (art. 44, II, *f* e *i*). No primeiro caso, argumentava ANÍBAL BRUNO[44], a agravante decorria da *"grave manifestação de insensibilidade moral dada pelo agente"; no segundo, da "covardia e impiedade do autor, que agiu sem atenção à situação pessoal da vítima"*. ROBERTO LYRA[45], por sua vez, realçava que a qualidade das vítimas refletia, em relação ao autor, *"manifestações negativas da personalidade"*. A técnica, que já ornava o Código Criminal de 1890, foi preservada na nova Parte Geral, em vigor desde 1984 (art. 61, II, *e* e *h*). Embora atentos ao risco de nos alongarmos em questões de inegável obviedade, não devemos esquecer que a qualidade da vítima também tem sido considerada para a configuração de crime específico ou como causa especial de aumento de pena, como ocorre, de longa data, com os crimes praticados contra criança (art. 121, § 4°, parte final, e 129, § 7°, ambos do Código Penal) e, por força da Lei n° 11.340/2006 (art. 44), também em decorrência da violência doméstica (art. 129, § 9°, do Código Penal). Ao que sabemos, a inconstitucionalidade desses preceitos nunca foi suscitada ou, se foi, não auferiu maior publicidade.

---

contra a Mulher e de Tóxicos (Lei 11.340/06 e 11.343/06), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 125 (131/132); DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 107/108; PRADO, Geraldo. Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, org. por MELLO, Adriana Ramos de., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 87/89. Sustentando a inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n° 11.340/2006: TJMG , 1ª Câmara Criminal, Apelação n° 1.0672.07.244893-5/001(1), rel. Des. Judimar Biber, DJ de 14/08/2007; e GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, org. por MELLO, Adriana Ramos de Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 172/173. É importante frisar que a situação aqui analisada em nada se confunde com aquela gerada pela 10.259/2001. Em outras palavras, até a edição da Lei n° 11.313/2006, havia previsão formal de que somente seriam de competência dos Juizados Especiais Criminais aquelas infrações penais cuja a pena máxima não superasse 1 (um) ano. Com o advento da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, foi alterado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, passando a serem enquadradas sob tal epígrafe aquelas cuja pena máxima não fosse superior a dois anos de prisão, independentemente da natureza do rito processual a ser seguido na persecução penal, ou multa. Em que pese à existência de preceito expresso vedando a incidência da Lei nº 10.259/2001 na seara estadual (art. 20), era inconcebível que uma infração fosse, ou não, de menor potencial ofensivo, não em virtude de suas características intrínsecas, mas em razão do órgão jurisdicional que iria julgá-la. Tal restrição, além de irrazoável, importaria em flagrante afronta ao princípio da isonomia, já que o elastecimento do conceito deveria permitir a incidência das medidas despenalizadoras sobre aqueles que estavam em idêntica situação jurídica. Sendo idêntica a norma incriminadora em que se subsumiam as condutas, idênticas haveriam de ser as reprimendas ou os benefícios, ressalvando-se, unicamente, as peculiaridades de ordem pessoal inerentes aos sujeitos ativos.

---

44. Comentários ao Código Penal, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 113.
45. Comentários ao Código Penal, vol. II, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 303.

Do mesmo modo que a pena cominada pode ser exasperada, não vislumbramos qualquer óbice a que o legislador, lastreado em motivos harmônicos com a realidade e o sistema social, venha a restringir a aplicação de certos institutos processuais de modo a agravar a situação jurídica daqueles que pratiquem crimes contra pessoas que se encontrem em evidente situação de fragilidade no contexto social.

A violência doméstica praticada contra a mulher é fato que não pode ser desconsiderado e, muito menos, ignorado. Fruto de uma sociedade desenvolvida sobre alicerces patriarcais, a sua situação de inferioridade (fática), ainda presente em muitos rincões do nosso País, é justificativa não só plausível, como suficiente à defesa da legitimidade da técnica legislativa adotada. Ressalte-se, no entanto, que o tratamento diferenciado por razões de gênero somente deve ser admitido naqueles casos em que encontre ressonância em situações de discriminação pré-existentes, não como mola propulsora dessas discriminações. A Suprema Corte norte-americana, por exemplo, no caso *Mississippi University for Women vs. Hogan*[46], reconheceu a inconstitucionalidade da política de admissão de alunos praticada por Faculdade de Enfermagem, à época beneficiada por subsídios financeiros de origem pública, por só permitir o acesso de mulheres; isto porque a discriminação não buscava atender nenhum *"importante objetivo governamental"*.

Considerando que as ações afirmativas têm por objetivo reduzir ou suprimir as desigualdades sociais e regionais, que se manifestam entre pessoas do mesmo âmbito social ou entre sociedades de distintas regiões do País, é intuitivo que cessarão ou serão paulatinamente reduzidas tão logo as desigualdades sejam eliminadas ou atenuadas. Ressalvadas as hipóteses em que alicerçadas em situações de inferioridade inerentes à própria espécie humana, invariáveis e imutáveis, como se verifica com a fragilidade de crianças e idosos, as ações afirmativas sempre serão temporárias; isto sob pena de se inaugurar um novo quadro de desigualdade, com atores diversos, tão logo cesse a desigualdade que, de início, se buscava combater. Daí a relevância dos estudos e dados estatísticos referidos na Lei nº 11.340/2006, permitindo seja acompanhada a situação da mulher enquanto vítima de violência doméstica, o que pode justificar, ou não, a manutenção da sistemática inaugurada por esse diploma legal.

7. EPÍLOGO

O delineamento da igualdade passa pela (1) definição da igualdade formal do modo mais amplo possível, (2) contenção da discriminação, punindo-se as iniciativas que atentem contra a igualdade formal e (3) construção da igualdade material. Especificamente em relação à situação da mulher enquanto vítima da violência doméstica, a reversão desse quadro somente será alcançada com a alteração dos padrões histórico-culturais há muito sedimentados na sociedade brasileira, o que exigirá a implementação de políticas públicas voltadas ao esclarecimento e à formação das novas gerações. O grande desafio é evitar que a constatação de GERMAN PROVERB, ao afirmar que *"a única igualdade*

real está no cemitério", assuma ares de sacralidade e tenha sua imutabilidade reconhecida, terminando por manter a mulher na triste condição de estereótipo da violência doméstica.

O PODER REQUISITÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE A DADOS DE CARÁTER SIGILOSO

FABIANO GONÇALVES COSSERMELLI OLIVEIRA *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O direito fundamental à intimidade. 3. O poder requisitório do Ministério Público e os dados de caráter sigiloso. 4. Da quebra do sigilo bancário. 5. Da quebra de sigilo fiscal. 6. Da requisição de dados cadastrais a empresas de telefonia. 7. Conclusões. 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público foi alçado à condição de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, consoante dispõe expressamente seu artigo 127, *caput*, sendo inquestionável o progresso alcançado pelo *Parquet* diante desta nova ordem constitucional, firmando-se em caráter definitivo como o legítimo guardião dos interesses da coletividade.

Neste sentido, estabeleceu o constituinte originário, em rol meramente exemplificativo, vasta gama de atribuições ministeriais, dentre as quais o exercício privativo da ação penal pública, o zelo pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente previstos e a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a defesa de interesses transindividuais, nos termos do artigo 129, incisos I, II e III, da Magna Carta.

Ocorre que seria estéril a previsão de tão relevantes atribuições ao Ministério Público, acaso não fossem conferidos a seus membros os instrumentos necessários a seu efetivo desempenho, transformando o texto constitucional em meras palavras desprovidas de qualquer efetividade prática.

Visando garantir o pleno exercício das sobreditas funções, a própria Constituição Federal outorgou aos membros do *Parquet*, além de inúmeras garanti-

* Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

as e vedações, uma série de instrumentos, por vezes consubstanciados em atos de poder, rol dentro do qual se encontra a requisição de informações e documentos destinados a instruir os procedimentos administrativos de sua competência, previsão extraída de seu artigo 129, inciso VI.

Entretanto, não são raras as vezes em que as informações e documentos almejados pelo representante ministerial para a formação de sua convicção são acobertados por sigilo legal, como, por exemplo, os dados telefônicos, bancários e fiscais, sendo objeto do presente artigo a análise acerca da possibilidade jurídica ou não de requisição direta dos aludidos dados sigilosos pelo Ministério Público, independentemente de autorização judicial.

Registre-se que não ostentamos a pretensão de esgotar a discussão ora proposta através deste estudo, pois é certo que esta temática comporta imensurável desenvolvimento e aprofundamento, sendo o único escopo deste artigo conclamar a comunidade, em especial aquela afeta aos ramos do direito, a refletir acerca da questão acima mencionada, que apresenta imenso relevo para o desempenho das atividades ministeriais, o que reflete diretamente nos destinos de toda a sociedade, que cada vez mais se encontra assolada pelas crescentes criminalidade e corrupção.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE

Inspirado pelo valoroso sentimento de democracia, especialmente após o rompimento com o duradouro regime ditatorial que vigorou em nosso país por anos a fio, o constituinte de 1988 consagrou aos cidadãos inúmeras garantias individuais, em especial o direito à preservação de sua intimidade e vida privada, conforme preconizam os incisos X e XII do artigo 5 da Constituição Federal, *in verbis:*

> "X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> .....
>
> XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"

Diante da rígida redação conferida aos sobreditos dispositivos constitucionais, poder-se-ia sustentar a absoluta impossibilidade de se acessar dados e informações relativos à vida privada de qualquer cidadão, seja para que fim for, sob pena de desrespeito a direito individual fundamental, ressalvada apenas a quebra de sigilo telefônico por expressa determinação judicial.

Todavia, tanto a doutrina constitucionalista, quanto a jurisprudência pátria, pacificamente adotam a teoria da relatividade das liberdades públicas, segundo a qual nenhum direito, ainda que constitucionalmente previsto, pode

ser encarado de modo absoluto, havendo hipóteses em que haverá de ceder em favor da prevalência de outros direitos de idêntico *status*, que eventualmente venham se sobrepor àquele outro, após a realização de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, sob pena de se inviabilizar a coesão do sistema jurídico vigente.

Neste sentido leciona ALEXANDRE DE MORAES:

> "Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5 da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.
>
> Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Magna Carta (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*)"[1] .

Especificamente acerca do artigo 5 , inciso XII, da Constituição Federal, aduz EMERSON GARCIA:

> "Não obstante a redação aparentemente restritiva do art. 5 , XII, que somente se refere, de forma expressa, à possibilidade de quebra do sigilo telefônico, inexistem dúvidas de que o direito à intimidade é uma garantia meramente relativa- já que inadmissíveis direitos absolutos em um Estado de Direito eminentemente pluralista-, podendo ser afastado para a salvaguarda de outros bens jurídicos igualmente tutelados pela Constituição (*v.g.*: a persecução penal e a segurança pública)"[2].

Desta forma, afigura-se inquestionável a possibilidade de afastamento do direito individual à intimidade como óbice para acesso a dados personalíssimos, seja de que natureza for, sempre que interesse superior de ordem pública o exigir, incidindo na hipótese um juízo de proporcionalidade e razoabilidade que torne viável a coexistência de princípios distintos em um mesmo sistema jurídico.

Entretanto, a questão que se impõe como cerne deste estudo é a análise acerca da possibilidade de afastamento da sobredita garantia individual frente a interesse público superior diretamente pelo *Parquet*, o que será tratado nos próximos tópicos.

---

1. *Direito Constitucional*. 20ª edição. São Paulo, Atlas, 2006, p. 27/28.
2. *Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 2ª edição. Revista, ampliada e atualizada de acordo com a EC 47, de 5/7/2005. Rio de Janeiro, Lumen Iures, 2005, p. 354.

3. O PODER REQUISITÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OS DADOS DE CARÁTER SIGILOSO

A origem básica do poder requisitório do Ministério Público, consoante já asseverado em linhas anteriores, se encontra na própria Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso VI, *in verbis:*

> "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> .....
>
> VI — expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, *requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva*" (grifos nossos).

Saliente-se, desde já, que a límpida redação conferida ao sobredito dispositivo constitucional atribui ao *Parquet* o mais amplo poder requisitório, não restando consignada qualquer exceção a este, nem mesmo no que concerne a dados eventualmente acobertados por sigilo legal, o que poderia muito bem ter sido objeto de previsão expressa, caso fosse esta a vontade do constituinte.

Aliás, a nosso ver andou bem o constituinte ao estabelecer a prerrogativa em apreço da ampla forma que o fez, sem prever qualquer exceção, haja vista que se trata de instrumento imprescindível para assegurar ao *Parquet* o efetivo cumprimento de sua relevante missão constitucional, não havendo qualquer justificativa plausível para se limitar o acesso dos membros desta instituição a quaisquer informações, eis que estes agem em favor da coletividade, e não em seu interesse pessoal.

Prosseguindo-se na análise dos dispositivos legais que regulamentam o assunto em testilha, vislumbra-se a Lei Complementar n. 75/1993, denominada Lei Orgânica do Ministério Público da União, que, em estrito cumprimento ao dispositivo constitucional acima transcrito, dispôs em seu artigo 8 , incisos II, IV e VIII, e seu § 2 :

> "Art. 8 Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:
>
> .....
>
> II — requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da administração pública direta ou indireta;
>
> .....
>
> IV — requisitar informações e documentos a entidades privadas;
>
> .....
>
> VIII — ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
>
> .....
>
> § 2 *Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter*

sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido" (grifos nossos).

A Lei Complementar acima citada é por demais clara em garantir ao *Parquet* o mais amplo poder requisitório, inclusive expressamente sobre dados de caráter sigiloso, sendo que, conforme já afirmado, este preceito legal é decorrência direta do mandamento constitucional emanado do artigo 129, inciso VI, *in fine*, da Magna Carta.

Discorrendo sobre a questão da complementação de normas constitucionais por legislação inferior como fruto de determinação da Lei Maior, assim leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA:

> "(...) a discricionariedade do legislador diante das normas constitucionais de eficácia incompleta só se verifica quanto à iniciativa da lei integrativa; emitida esta (a preexistência a isso equivale), a questão passa a ser jurídico-constitucional, visto ter a lei aderido ao ditame da lei maior, com o que sua revogação pura e simples abre um vazio que não mais é permitido constitucionalmente (...)"[3].

Importante se registrar que a Lei Complementar mencionada aplica-se integralmente aos Ministérios Públicos Estaduais, por força do que dispõe o artigo 80 da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

Se não bastasse esta assertiva, também o artigo 26, incisos I, alínea *b*, e II, e seu § 2 , da Lei n. 8.625/93, dispõe acerca do poder requisitório do *Parquet* estadual, inclusive fazendo menção expressa às hipóteses envolvendo dados e informações sob sigilo legal:

> "Art. 26 No exercício de suas funções, o Ministério Publico poderá:
>
> — instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:
>
> .....
>
> *b*) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
>
> .....
>
> — requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processos em que oficie;
>
> .....
>
> § 2 O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, *inclusive nas hipóteses legais de sigilo*" (grifos nossos).

---

3. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 129/130.

Nesta mesma esteira dispõe o artigo 201, inciso VI, alíneas *b* e *c*, e seu § 4 , da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e o artigo 74, inciso V, alíneas *b* e *c*, da Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Por derradeiro, lembre-se a existência no âmbito do *Parquet* fluminense da Lei Complementar Estadual n. 106/03 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro), cujo artigo 35, incisos I, alíneas *b* e *d*, e XI, e seu § 2 , também estabelece o poder requisitório ministerial, inclusive sobre informações e dados sigilosos, em redação semelhante à contida nas normas federais acima transcritas.

Desta forma, diante do ordenamento jurídico em vigor, parece-nos inquestionável o poder atribuído aos membros do Ministério Público, seja da União ou dos Estados, de requisitar documentos e informações a quaisquer órgãos da administração pública direta ou indireta, ou mesmo de pessoas e entidades privadas, não se podendo opor exceção de sigilo legal, sendo certo que qualquer norma infraconstitucional que disponha em sentido contrário incidirá no vício da inconstitucionalidade material, por expressa afronta ao artigo 129, inciso VI, da Magna Carta.

Entretanto, imperioso se registrar a existência de exceção em que o membro do *Parquet* não poderá requisitar documento ou informação sem a devida autorização judicial, o que se dá nas hipóteses em que a própria Constituição Federal estabeleceu originariamente cláusula de reserva de jurisdição, eis que apenas a Lei Maior poderia fixar de modo válido exceção ao poder geral de requisição ministerial esculpido em seu artigo 129, inciso VI.

Assim, a título de exemplo, não poderá o Ministério Público determinar sem autorização judicial a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, ou mesmo a violação domiciliar, ressalvado neste último caso a ocorrência de desastre, flagrante delito ou para prestar socorro, eis que o artigo 5 , incisos XI e XII, da Constituição Federal, expressamente exige ordem judicial para estas situações, tratando-se de norma especial face àquela contida em seu já mencionado artigo 129, inciso VI.

A posição que ora sustentamos encontra eco em grande parcela da doutrina nacional.

Rogério Pacheco Alves apresenta o seguinte escólio:

> "Temos, assim, que o acesso por parte do Parquet a informações e documentos de qualquer espécie, mesmo que sigilosos (sigilo bancário, fiscal ou eleitoral), vai encontrar expresso respaldo constitucional, encartando-se numa de suas principais funções instrumentais"[4].

No mesmo sentido leciona Hugo Nigro Mazzilli:

> "Segundo dispõe a lei, autoridade alguma poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem

4. *Improbidade Administrativa*. 3ª edição. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2006. p. 567.

prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento. Confere-se hoje ao membro do Ministério Público acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública, sem prejuízo de sua responsabilidade civil e criminal pelo eventual uso indevido das informações e documentos sigilosos, aos quais teve acesso. *Isso significa que o Ministério Público tem acesso à informação, inclusive nos casos de sigilo legal, salvo, obviamente, nas hipóteses em que a Constituição exija autorização judicial para a quebra do sigilo*"[5] (grifos nossos).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, por sua vez, manifestam-se no seguinte sentido:

"Em nenhuma hipótese a requisição pode ser negada, sendo que o desatendimento pode caracterizar crime de prevaricação ou desobediência (RT 499/304), conforme o caso (Código Penal 319 e 330), ou ainda, para as requisições na área da infância e da juventude, o crime estatuído no ECA 236. A revogada LOMP, que vigorou até 14.2.1993, autorizava a requisição do Ministério Público, excetuando as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional (LC 40/81 15 I), como consta da norma sob comentário. A nova LOMP não repete a exceção (L 8625/93 26 I), de sorte que a restrição não mais existe, tendo o MP poder pleno de requisição (...)"[6]

Por fim, são estas as lições de Emerson Garcia:

"Considerando a amplitude da estrutura principiológica veiculada no art. 5 , X, da Constituição e a norma de exceção constante do inciso XII do mesmo preceito, não há dúvidas de que o direito à intimidade e, por via reflexa, o sigilo que dele seja projeção, tem estatura constitucional, o que, em princípio, restringiria o poder requisitório do Ministério Público. Apesar disso, considerando inexistirem direitos absolutos em um Estado de Direito, o que constitui um pressuposto necessário para a coexistência de múltiplos direitos de importância similar, *não poderá o Ministério Público realizar, no caso concreto, um juízo de ponderação, prestigiando um direito em detrimento de outro? A nosso ver, a resposta deve ser afirmativa, pois a própria* ratio essendi *do Ministério Público, como Instituição voltada à defesa da sociedade e essencial à consecução do ideal de justiça, acrescido do poder requisitório que a Constituição lhe outorgou, estão a autorizar esta conclusão. Além de estar autorizado a requisitar as informações que não estejam estrita e primordialmente relacionadas ao direito à intimidade, poderá o Ministério Público, indicando o fundamento de suas*

5. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 15ª edição. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 329/330.
6. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7ª edição. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1.333.

conclusões, realizar a ponderação dos valores envolvidos e ter acesso a informações consideradas sigilosas, desde que a Constituição não tenha limitado tal acesso ao Judiciário, *como no caso das comunicações telefônicas* (art. 5 , XII, da CF/1988) (...)"[7].

Após traçadas estas ligeiras linhas, concluindo-se pela possibilidade de requisição ministerial de quaisquer dados e informações, a quem quer que seja, ainda quando revestidas de caráter sigiloso, independentemente de autorização judicial, ressalvadas as hipóteses em que a própria Constituição Federal exigir a intervenção deste último Poder, passa-se em seguida a analisar algumas situações concretas, as quais usualmente têm sido trazidas ao Poder Judiciário, que a nosso ver, *data maxima venia*, nem sempre as têm apreciado em consonância com nossa Lei Maior.

4. DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

Seguindo a esteira do entendimento sustentado no tópico supra, quer nos parecer inexistir qualquer óbice à requisição diretamente formulada pelo Ministério Público a instituições financeiras, quer sejam pública, quer sejam privada, visando a obtenção de informações bancárias sigilosas a respeito de pessoa investigada, na medida em que a Constituição Federal não estabeleceu cláusula de reserva de jurisdição quanto a estes dados, podendo incidir, portanto, os termos do artigo 129, inciso VI, de nossa Lei Magna.

Desta forma, em que pese a regulamentação dispensada ao tema pela Lei Complementar n. 105/2001, que confere a prerrogativa de quebra de sigilo bancário ao Poder Judiciário e a tantas outras autoridades administrativas, inclusive aos agentes tributários e à Advocacia-Geral da União, respectivamente, no interesse da arrecadação fiscal e para instruir feitos em que for parte a União, deixando de prever expressamente a mesma prerrogativa ao Ministério Público, não nos parece esteja esta instituição impossibilitada de promover diretamente a quebra do sigilo bancário, na medida em que, consoante acima aduzido, a questão encontra tratamento em sede constitucional, não podendo o legislador ordinário estabelecer limitações não previstas na Lei Maior.

Ressalte-se, apenas a título de argumentação, que a mencionada Lei Complementar n. 105/2001 apresenta incoerência em seus dispositivos, pois se de um lado abstém-se de autorizar o *Parquet* a promover a quebra direta do sigilo bancário, de outro estabelece em seu artigo 9 , *caput*, a obrigatoriedade do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, no exercício de suas funções, de comunicar ao Ministério Público a ocorrência de crimes de ação penal pública, ou mesmo da existência de meros indícios a este respeito, fornecendo-o diretamente os documentos necessários à apuração ou

---

7. *Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 2ª edição. Revista, ampliada e atualizada de acordo com a EC 47, de 5/7/2005. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2005. p. 355.

comprovação dos fatos, não exigindo autorização judicial para o fornecimento dos referidos documentos sigilosos.

Ao se aplicar estritamente a sobredita disciplina infraconstitucional, estar-se-ia admitindo que o Ministério Público não poderia requisitar diretamente informações acobertadas pelo sigilo bancário, embora pudesse acessar estes mesmos documentos mediante o auxílio de outras autoridades administrativas, sem qualquer intervenção judicial, o que a nosso ver, com a devida vênia, não faz o menor sentido.

Ora, se tantas outras autoridades estranhas aos quadros do Poder Judiciário estão legitimadas por lei a promover diretamente a quebra do sigilo bancário, autoridades estas que sequer detém esta prerrogativa como fruto de previsão constitucional expressa, não tendo jamais sido questionada a constitucionalidade da Lei Complementar n. 105/2001, com maior razão há que se reconhecer idêntica possibilidade aos membros ministeriais, haja vista decorrer esta prerrogativa de previsão expressa na Constituição Federal.

Outrossim, embora, como tantas vezes afirmado, deva a presente discussão ser estabelecida em sede constitucional, não é demais lembrar que a Lei n 7.492/86, que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, expressamente autorizou o *Parquet* federal a promover diretamente a quebra de sigilo bancário, conforme seu artigo 29, *caput*, e parágrafo único, *in verbis:*

> "Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento, ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta Lei.
>
> Parágrafo único. *O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no caput deste artigo*" (grifos nossos).

Parcela considerável da doutrina pátria sustenta à saciedade a tese ora proposta, admitindo a quebra direta do sigilo bancário por requisição ministerial, independentemente de intervenção judicial.

Assim se manifesta Rogério Pacheco Alves:

> "Pensamos que a omissão da referida lei quanto ao acesso ao sigilo bancário por parte do Ministério Público não lhe afasta tal possibilidade uma vez que a base de sua atuação, em qualquer hipótese, vai repousar no texto constitucional. (...) tendo em vista, ainda, que a Constituição Federal comete ao Parquet a atribuição de instaurar o inquérito civil 'para a proteção do patrimônio público', não se poderia mesmo conceber que a sua atuação protetivo-reparadora se visse subordinada a uma decisão do Poder Judiciário, pois, como soa evidente, quem comete os fins (defesa do patrimônio público por intermédio do inquérito e da ação civil pública) deve, também, conferir os meios.
>
> (...)

Não obstante, não satisfeito com a enunciação genérica contida no art. 129, III, o legislador constituinte foi mais longe, estabelecendo no inciso VI do mesmo art. 129 o poder de requisição de 'informações e documentos' para instruir os procedimentos administrativos da atribuição do Ministério Público (cíveis ou criminais), não criando, como se extrai do texto, qualquer restrição. (...)

É relevante notar, por outro lado, que quando o legislador constituinte desejou reservar ao Poder Judiciário o monopólio de 'violação de privacidade' o fez expressamente, tal como se vê no art. 5 , XII, que possibilita a interceptação das conversações telefônicas somente por intermédio de ordem de autoridade judiciária (criminal) competente, bem assim no inciso XI do mesmo artigo, que, salvo nas situações de flagrância, desastre ou emergência, submete a possibilidade de violação do domicílio a prévia autorização judicial. Nada dizendo a respeito do sigilo bancário, que sequer conta com referência específica, ilegítimos os óbices geralmente levantados à atuação constitucionalmente arrimada do Parquet"[8].

No mesmo sentido leciona Carlos Roberto de Castro Jatahy, especificamente acerca da quebra de sigilo bancário:

"Com a promulgação da Constituição da República, tornou-se induvidosa a legitimidade do Parquet para a quebra direta do sigilo, corroborada pelo texto da Lei 8.625 de 1993, que em seu artigo 26, § 2 afirmava que 'inclusive nas hipóteses legais de sigilo o membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar'"[9].

Luiz Fernando Bellinetti, por sua vez, assim trata do tema:

"A nosso ver, somente uma alteração no texto constitucional poderia autorizar a proibição de requisição de informações bancárias diretamente pelo Ministério Público Estadual. Isto por estar ele devidamente autorizado por lei editada para dar aplicabilidade ao dispositivo constitucional do art. 129, inc. VI (n. 8.625/93)"[10].

Élcio D'Angelo e Suzi D'Angelo esboçam as seguintes lições acerca da questão em apreço:

"Constata-se, assim, que, de fato, o sigilo bancário não é um direito absoluto, caso contrário os ímprobos poderiam invocar em suas defesas, como já o fazem, a inviolabilidade de seu sigilo bancário.

---

8. *Improbidade Administrativa*. 3ª edição. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2006. p. 575/576.
9. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*. 2ª edição. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006. p. 215.
10. Limitações Legais ao Sigilo Bancário. *In Direito do Consumidor*. n. 18. p. 160/161.

Tal como ocorre com os magistrados, os promotores de justiça e procuradores são detentores das mesmas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, art. 128, inciso I, *a*, *b* e *c* da CF/88), logo, assim como aqueles, os membros do Ministério Público exercem suas funções com independência absoluta em relação a quaisquer interesses. *Por conseguinte, não vislumbramos óbices para o atendimento da quebra de sigilo bancário de iniciativa dos promotores e procuradores de justiça*"[11].

Por derradeiro, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY doutrinam: "As restrições da LC 105/2001 não alcançam o MP, que tem poder pleno de requisição, à vista da LOMP 26 I"[12].

Em que pese a argumentação acima esposada, lamentavelmente a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores tem negado ao *Parquet*, salvo uma única exceção abaixo analisada, a prerrogativa de requisitar diretamente documentos acobertados pelo sigilo bancário, aduzindo, em síntese: *a*) a inexistência de norma constitucional expressa autorizando o Ministério Público a promover a quebra do sigilo bancário; *b*) o artigo 5 , inciso XII, da Lei Maior estabelece que o sigilo de dados, rol dentro do qual se insere as informações bancárias, tão somente pode ser quebrado por determinação judicial; c) os membros do Ministério Público são parciais e, desta forma, não gozam da isenção necessária para ponderar no caso concreto se o acesso à informação bancária sigilosa efetivamente se mostra imprescindível a ponto de justificar a relativização do direito individual à intimidade.

Inicialmente, no que concerne ao primeiro argumento jurisprudencial, no sentido da inexistência de norma constitucional autorizando expressamente o *Parquet* a promover a quebra do sigilo bancário, o que afastaria da instituição esta prerrogativa, *data maxima venia*, não nos parece proceder, na medida em que, consoante tantas vezes asseverado em linhas anteriores, o constituinte efetivamente muniu o Ministério Público do mais amplo poder requisitório, não estabelecendo uma exceção sequer, nos termos do artigo 129, inciso VI, da Lei Maior.

Ao contrário do que sustentam nossos Tribunais, não seria necessário, nem mesmo possível, que o constituinte viesse a estabelecer expressamente cada informação que o Ministério Público teria o poder de requisitar para que assim pudesse o fazer, na medida em que os dados que eventualmente possam vir a interessar à investigação são ilimitados e imprevisíveis, não devendo a Constituição Federal descer a tantos pormenores. Ademais, ao se adotar o raciocínio jurisprudencial em questão, em muito pouco tempo a Lei Maior restaria obsoleta, eis que os mecanismos de investigação e os dados passíveis de requisição evoluem muito rápido no tempo.

---

11. *O Princípio da Probidade Administrativa e a Atuação do Ministério Público*. 2ª edição. Campinas: LZN, 2004. p. 25.
12. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7ª edição. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.333.

Portanto, lógico foi o mecanismo empregado em nossa Magna Carta, deferindo ao *Parquet* amplíssimo poder requisitório, estabelecendo expressamente apenas as hipóteses em que este não incidiria, fixando, nestes casos, a cláusula de reserva de jurisdição, como o fez, por exemplo, com relação ao sigilo de comunicações telefônicas, na forma de seu artigo 5 , inciso XII, *in fine*.

Sem embargo, no que tange ao segundo argumento defendido pela jurisprudência, no sentido de que a cláusula de reserva de jurisdição prevista no artigo 5 , inciso XII, *in fine*, da Constituição Federal também abarcaria o sigilo de dados, conferindo interpretação gramatical à expressão "último caso" contida no referido dispositivo, também não nos parece que esteja em consonância com a ordem constitucional vigente.

Com efeito, sobredita norma constitucional assim foi redigida:

> "Art. 5 (...)
>
> .....
>
> XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins *de investigação criminal ou instrução processual penal*"

A clareza da redação atribuída ao regramento em comento é suficiente para impedir a suscitação de dúvidas, sendo certo que a expressão "último caso" tão somente pode estar se referindo, por óbvio, à última situação antes prevista, a saber, o sigilo das comunicações telefônicas, não havendo como estendê-la ao sigilo dos dados. Se assim o pretendesse, o constituinte teria substituído a expressão acima transcrita por "nos últimos dois casos", medida que não adotou.

Ademais, acaso admitido como válida a interpretação conferida por parcela da jurisprudência ao dispositivo em testilha, ter-se-ia como letra morta a previsão contida no artigo 129, inciso VI, da Magna Carta, pois de nada adiantaria o poder requisitório conferido ao *Parquet* se todo e qualquer dado fosse acobertado por sigilo, apenas passível de quebra pelo Poder Judiciário, sendo certo que o hermeneuta deve sempre se afastar das interpretações que tornem sem sentido outras normas de idêntica envergadura.

Ainda neste sentido, conforme a tese ora rechaçada, seriam inconstitucionais todas as leis que estabelecessem poder de requisição a outras autoridades estranhas aos quadros do Poder Judiciário, como, por exemplo, aos Delegados de Polícia, que estariam impedidos de acessar qualquer dado no bojo de suas investigações sem prévia decisão judicial, inviabilizando-se por completo a atuação da polícia judiciária e de outras instituições constituídas.

Por fim, quanto à suposta parcialidade dos membros ministeriais, os quais, assim, não teriam condições de realizar um isento juízo de proporcionalidade, visando aferir no caso concreto a prevalência de interesses outros sobre o

direito à intimidade, o que autorizaria a quebra do sigilo bancário, também é certo, com a devida vênia, que não comporta acolhimento.

Embora seja inegável que o Ministério Público, via de regra, assuma posição efetiva de parte nas relações processuais, é certo que seus membros não atuam em causa própria, mas em favor da coletividade, não estando adstritos à conquista de um resultado pré-determinado, mas, pelo contrário, buscam exclusivamente a realização daquilo que acreditam ser o ideal de justiça, respaldando-se na mesma independência funcional conferida constitucionalmente aos magistrados.

À este respeito, trazemos à colação a posição de FERNANDO UGAZ ZEGARRA:

> *"Si se observa, la relación que surge en la dinámica procesal entre el órgano requirente y el imputado, no es de ninguna forma similar a la que ocurre en el derecho privado, pues por razón del principio de imparcialidad en que descansan sus actos, el Ministerio Público no antagoniza estricta y forzosamente con los intereses del procesado. Por eso, para evitar el contrasentido que resulta del calificativo de parte "imparcial" y en virtud de que el acusador estatal no ejerce derechos propios, en más exacto que se lo califique como un sujeto imparcial, o como parte en sentido formal y no material. Como un instrumento de justicia, inspirado en criterios objetivos, el Ministerio Público ha sido destinado tanto para procurar y requerir la condena del culpable como para procurar y requerir el sobreseimiento o la obsolución del inocente. Tiene el deber de proponer y ofrecer todas las pruebas que estime útiles para el esclarecimiento de la verdad, sean favorables o desfavorables al imputado; e, inclusive, por que no!, puede en un momento dado hasta recurrir de la sentencia que perjudique los intereses del imputado, cuando la considere contraria a derecho o solicitar su revisión. En fin, el órgano fiscal está condicionado por un interés público por excelencia y no por un interés subjetivo y personal. Su institucionalización ha obedecido a la necesidad histórica del Estado moderno de autolimitar su poder, para garantizar la imparcialidad del fallo judicial; he ahí su finalidad política, en tanto órgano público que investiga la verdad, para requerir luego la actuación justa del Derecho Penal, en razón de un interés estrictamente objetivo de justicia*[13]".

Desta forma, considerando a posição *sui generis* ocupada pelo *Parquet* nos feitos sob sua atribuição, na medida em que, embora defenda os interesses da coletividade, age vinculado exclusivamente à Constituição Federal, às leis vigentes e à sua própria consciência, não há porque lhe negar a capacidade de valorar no caso concreto a real necessidade de quebra de sigilo bancário, decidindo pelo afastamento do direito individual de intimidade em favor de outro interesse de maior relevo, em regra de natureza pública.

---

13. *El Principio de Imparcialid y el Ministerio Público*. Disponível em: *http://www.bibliotecal.org.pe/foro2/principio%20de%20imparcialidad.htm*.

Nesta mesma esteira leciona ROGÉRIO PACHECO ALVES:

> "O argumento comumente utilizado no sentido de que o Ministério Público não gozaria de imparcialidade suficiente a determinar a quebra do sigilo, data venia, não resiste a uma análise mais cuidadosa, pois transmite a falsa impressão de que ao instaurar o inquérito civil se lança o órgão investigatório numa cega e irrefreada 'caça às bruxas', como se não lhe incumbisse, também, a tutela das liberdades púbicas, a defesa da ordem jurídica, o resguardo, enfim, 'dos interesses sociais e individuais indisponíveis' (art. 127, *caput*), dos quais a tutela à privacidade participa"[14].

Portanto, reitera-se a posição acima sustentada, no sentido da plena possibilidade jurídica de quebra de sigilo bancário diretamente pelo Ministério Público, prerrogativa que lhe foi conferida pela Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso VI, a qual, por esta razão, jamais poderá sofrer qualquer limitação por normas infraconstitucionais.

Encerrando o presente tópico, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, em exceção a seu entendimento acima debatido, expressamente autorizou a quebra de sigilo bancário diretamente pelo Ministério Público nas hipóteses envolvendo verbas públicas, o que se deu nos termos da seguinte ementa:

> "1. Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8 , da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público- art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. *Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob*

14. *Improbidade Administrativa*. 3ª edição. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006, p. 576.

invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor de política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido"[15] (grifos nossos).

5. DA QUEBRA DE SIGILO FISCAL

No que tange ao sigilo fiscal, considerando a inexistência de norma constitucional expressa que reserve ao Poder Judiciário a prerrogativa de sua quebra, aplica-se *in casu* o mesmo raciocínio até o presente momento desenvolvido, no sentido da possibilidade de sua quebra também pelo Ministério Público, diretamente, valendo-se de seu poder requisitório previsto no artigo 129, inciso VI, da Lei Maior, regulamentado pelas normas legais já tratadas anteriormente.

Sem prejuízo, em nível infraconstitucional regulamenta a questão do sigilo fiscal o Código Tributário Nacional, na forma de seu artigo 198, *in verbis:*

"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1 Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I — requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II — *solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.*

§ 2 O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

---

15. STF- Tribunal Pleno. MS n 21.729-4-DF. Julgamento em 05/10/95. Publicação DJ 19/10/01, p. 33.

§ 3 Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I — representações fiscais para fins penais;

II — inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

II — parcelamento ou moratória" (grifos nossos).

A exceção ao sigilo fiscal prevista no parágrafo 1 , inciso II, do dispositivo legal acima transcrito se aplica com perfeição ao Ministério Público, conforme as lições de ROGÉRIO PACHECO ALVES, que mais uma vez trazemos à baila:

> "Por fim, ressalte-se que de acordo com o art. 198, § 1 , do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar n 104/01, os dados e informações em poder do Fisco podem ser disponibilizados não só ao atendimento de requisição judicial como também ao atendimento de solicitações de 'autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa' (inciso II), preceito que, por evidente, torna disponíveis à pessoa jurídica de direito público lesada e ao Ministério Público tais informações patrimoniais"[16].

Por derradeiro, apenas frise-se que, em que pese a indiscutível possibilidade de quebra de sigilo fiscal diretamente pelo *Parquet*, nos termos dos dispositivos constitucionais e legais acima referidos, é certo que também neste tópico, infelizmente, já se posicionou a jurisprudência de modo contrário ao entendimento ora proposto, proclamando nula a prova decorrente desta quebra sem intervenção judicial.

Nesta esteira vislumbra-se o seguinte trecho de acórdão emanado do Superior Tribunal de Justiça

> " I. A requisição de cópias das declarações de imposto de renda do investigado, feita de forma unilateral pelo Ministério Público, se constitui em inequívoca quebra de seu sigilo fiscal (...) II. A quebra do sigilo fiscal do investigado deve preceder da competente autorização judicial, pois atenta diretamente contra os direitos e garantias constitucionais da intimidade e da vida privada dos cidadãos. III. As prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, não compreendem a possibilidade de requisição de documentos fiscais sigilosos diretamente junto ao Fisco. (...)"[17].

---

16. Improbidade Administrativa. 3ª edição. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2006. p. 581.
17. STJ- RHC 20329-PR- 5ª Turma- Rel. Ministra Jane Silva- Julgado em 04/10/07- Publicado no DJ 22/10.07, p. 312.

Lamentavelmente se constata mais uma vez a existência de entendimento erigindo o sigilo de informações a caráter absoluto, inclusive como mecanismo de proteção de práticas ilícitas, desprestigiando a posição conferida ao Ministério Público pelo constituinte, o que não enfraquece apenas esta instituição, mas especialmente a sociedade por ela tutelada, dando azo ao crescimento da criminalidade e da corrupção face à impunidade.

6. DA REQUISIÇÃO DE DADOS CADASTRAIS A EMPRESAS DE TELEFONIA

Pretende-se analisar neste derradeiro tópico a questão da possibilidade de requisição direta pelo Ministério Público dos dados cadastrais de consumidores habilitados em empresas de telefonia, independentemente de intervenção judicial.

Com efeito, conforme já mencionado anteriormente, a Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 5 , inciso XII, parte final, o sigilo das comunicações telefônicas, prevendo expressamente que a sua quebra exclusivamente poderá ser deferida pelo Poder Judiciário, fixando a denominada cláusula de reserva de jurisdição.

Desta forma, resta evidente que o Ministério Público jamais poderá requisitar diretamente o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas, tanto no que concerne às conversas travadas entre os interlocutores, quanto no que tange a todo e qualquer dado diretamente relacionado a estes diálogos, sendo sempre imprescindível dirigir-se ao Poder Judiciário para o alcance destas informações.

Entretanto, hipótese absolutamente diversa é a requisição dirigida às empresas de telefonia visando obter acesso aos dados cadastrais dos usuários de seus serviços, tais como nome completo, endereço, número da linha, entre outros, já que não guardam qualquer relação com o sigilo das comunicações telefônicas, este sim tutelado pela Lei Maior, tratando-se aquelas informações de simples cadastro passível de encontro em tantos outros bancos de dados.

Quanto aos aludidos dados cadastrais, o poder requisitório ministerial é inquestionável, aplicando-se à espécie o famigerado artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal, bem como as normas legais dela decorrentes, sendo que eventual negativa por parte da empresa requisitada desafiará o ajuizamento de mandado de segurança pelo *Parquet*, visando assegurar o exercício pleno de suas prerrogativas, sem prejuízo da responsabilização penal e eventualmente civil do responsável pela negativa.

Neste sentido se posiciona Rogério Pacheco Alves:

> "A violação do sigilo das comunicações telefônicas e de seus dados, induvidosamente, se encontra sob reserva jurisdicional, sendo peremptório, a este respeito, o art. 5 , XII, da Constituição Federal ao admitir o excepcional conhecimento de tais comunicações

exclusivamente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Hipótese diversa diz respeito aos meros dados cadastrais dos usuários de linhas telefônicas (nome e endereço do assinante, local de instalação e 'propriedade' da linha etc), hipótese em que está o Ministério Púbico legitimado à obtenção de tais informações independentemente de qualquer intervenção jurisdicional (...)"[18] (grifos nossos).

Encerrando a presente discussão, saliente-se que também nesta esteira já se posicionou a jurisprudência pátria:

"(...) De ressaltar, ademais, que a informação acerca do nome do proprietário de determinado número de telefone não significa violação ao sigilo de dados, visto que, repita-se, as listas telefônicas são públicas, nelas constando o nome do proprietário do telefone, o número deste e o endereço onde está instalado. (...)"[19].

7. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, conclui-se:

a) Os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, previstos no artigo 5 , incisos X e XII, da Constituição Federal, assim como todos os outros direitos constitucionalmente previstos, apresentam caráter meramente relativo, aplicando-se a teoria da relatividade das liberdades públicas, segundo a qual nenhum direito deve ser compreendido como absoluto, havendo hipóteses em que haverá de ceder em favor da prevalência de outros direitos de idêntico *status*, que eventualmente venham se sobrepor àquele outro, após a realização de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, sob pena de se inviabilizar a coesão do sistema jurídico vigente;

b) O Ministério Público, visando a instrução dos procedimentos sob sua atribuição (cível ou criminal), é dotado do mais amplo poder requisitório, inclusive quanto a dados acobertados por sigilo legal, independentemente de autorização judicial, nos termos do artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal, regulamentado pelo artigo 8 , incisos II, IV e VIII, e § 2 , da Lei Complementar n 75/1993 (LOMPU), aplicável aos Ministérios Públicos Estaduais por força do artigo 80 da Lei n 8.625/93, além da regulamentação contida no artigo 26, incisos I, alínea *b*,e II, e seu § 2 , da Lei n 8.625/93 (LONMP), no artigo 201, inciso VI, alíneas *b* e *c*, e seu § 4 , da Lei n 8.069/90 (ECA), no artigo 74, inciso V, alíneas *b* e *c*, da Lei n 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e no

---

18. *Improbidade Administrativa*. 3ª edição. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2006. p. 17. STJ- RHC 20329-PR- 5ª Turma- Rel. Ministra Jane Silva- Julgado em 04/10/07- Publicado no DJ 22/10.07, p. 312.581.
19. STJ- RHC nº 6622-RJ- 5ª Turma- Rel. Ministro José Dantas- Julgado em 25/08/97.

artigo 35, incisos I, alínea *b* e *d*, e XI, e seu § 2 , da Lei Complementar Estadual n 106/03 (LOMPERJ);

c) O amplo poder requisitório ministerial referido na alínea anterior, exatamente por encontrar suas raízes na própria Constituição Federal, tão somente por ela pode ser excepcionado, e jamais por normas infraconstitucionais, o que se deu nas hipóteses em que a própria Lei Maior fixou cláusulas de reserva de jurisdição para o acesso a determinadas informações, como, por exemplo, na quebra do sigilo das comunicações telefônicas, nos termos de seu artigo 5 , inciso XII, *in fine*. Apenas nestes casos, deverá o *Parquet* obter os dados pretendidos por intermédio do Poder Judiciário;

d) Considerando que os dados sob sigilo bancário não se encontram sob a proteção constitucional de cláusula de reserva de jurisdição, afigura-se juridicamente possível sua requisição formulada diretamente pelo Ministério Público, independentemente de ordem judicial e da origem dos recursos financeiros em questão, não podendo a omissão contida a este respeito na Lei Complementar n. 105/2001, que disciplina o sigilo bancário, ser aplicada como óbice ao amplo poder ministerial decorrente do artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal;

e) Considerando que os dados sob sigilo fiscal também não se encontram sob a proteção constitucional de cláusula de reserva de jurisdição, afigura-se juridicamente possível sua requisição formulada diretamente pelo Ministério Público, independentemente de ordem judicial, nos termos do já mencionado artigo 129, inciso VI, da Lei Maior, bem como do artigo 198, § 1 , inciso II, do Código Tributário Nacional;

f) O sigilo das comunicações telefônicas, previsto no artigo 5 , inciso XII, *in fine*, da Constituição Federal, o qual se encontra sob a proteção de cláusula de reserva de jurisdição, tão somente abrange os dados relacionados especificamente às comunicações travadas entre os interlocutores via telefonia, seja sob a forma oral ou escrita, bem como os registros diretamente relacionados a aludidas comunicações. Desta forma, não há que se falar na necessidade de autorização judicial para se requisitar os dados cadastrais dos usuários das linhas telefônicas junto às respectivas empresas de telefonia, tais como nome completo, endereço, número e local de instalação da linha telefônica etc, podendo o Ministério Público requisitá-los diretamente, com fundamento nas normas elencadas na alínea *b* supra, na medida em que não se relacionam com qualquer comunicação telefônica;

g) A recusa ao fornecimento dos dados requisitados diretamente pelo Ministério Público com fundamento nas conclusões apontadas nas alíneas anteriores ter-se-á por ilegítima, devendo o membro ministerial valer-se da via do mandado de segurança para salvaguardar o regular desempenho de suas prerrogativas constitucionais e legais, sem prejuízo da responsabilização cível e criminal do responsável pela recusa, que eventualmente poderá incidir nas penas do artigo 10 da Lei n 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), ou dos artigos 319 ou 330 do Código Penal, ou, ainda, dos artigos 236 da Lei n 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente) ou 100, inciso V, da Lei n 10.741/03 (Estatuto do Idoso), conforme o caso concreto.

8. BIBLIOGRAFIA

ALVES, Rogério Pacheco. GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 3ª edição. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Limitações Legais ao Sigilo Bancário. In Direito do Consumidor*, n. 18.

D'ANGELO, Élcio. D'ANGELO, Suzi. *O Princípio da Probidade Administrativa e a Atuação do Ministério Público*. 2ª edição. Campinas: LZN, 2004.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 2ª edição. Revista, ampliada e atualizada de acordo com a EC 47, de 5/7/2005. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2005.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*. 2ª edição. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 15ª edição. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7ª edição. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

ZEGARRA, Fernando Ugaz. *El Principio de Imparcialid y el Ministerio Público*. Disponível em: *http://www.bibliotecal.org.pe/foro2/principio%20de%20imparcialidad.htm*.

AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

GIANPAOLO POGGIO SMANIO *

Diante de inúmeros casos polêmicos envolvendo crimes graves e/ou hediondos que alcançaram e ainda alcançam enorme repercussão social, como terrorismo, homicídio, corrupção, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, entre outros, inclusive com discussão sobre a necessidade ou não das prisões cautelares e da manutenção das garantias do cidadão, reputamos importante fazer uma análise sobre as funções que o Direito Penal pode ter para a sociedade.

O Direito Penal está inserido no chamado sistema de controle social, sendo uma de suas instituições. O que o diferencia das demais instituições sociais é a formalização do controle realizado por ele, liberando-o das surpresas, do conjunturalismo e da subjetividade das demais formas de controle.

A sociedade faz, a todo instante, julgamentos morais, políticos e sociais ao sabor das notícias, dos valores expressos pela mídia, enfim, do momento e das paixões. Esse tipo de controle não pode ser efetivado pelo Direito Penal.

O controle sócio-jurídico-penal é um controle normativo, ou seja, exercido por meio de um conjunto de normas criadas previamente. O princípio da legalidade ou da reserva legal demonstra esse formalismo necessário para a aplicação da lei penal.

A partir do Estado moderno, a pena passa a ser considerada monopólio estatal. No Estado liberal clássico, formou-se a expressão "Estado de Direito", posto que se buscava a limitação jurídica do poder punitivo. A pena era uma exigência de justiça, base da retribuição penal, fixada no ordenamento jurídico, sendo, então, um limite para o poder punitivo do Estado.

Com a aparição do Estado social, intervencionista, cuja finalidade é influir e modificar a realidade da sociedade, foi acentuada a luta contra a delinqüência, com atenção para a prevenção especial realizada sobre a pessoa do delinqüente. O Estado social, entretanto, trouxe consigo o risco dos sistemas políticos totalitários, os quais existiram historicamente no período entre as guerras mundiais, embora, ainda hoje, no mundo, sejam sentidos os seus efeitos.

---

* Promotor de Justiça, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Professor no Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

Surge, dessa forma, a necessidade de um Estado que, sem abandonar a intervenção na realidade social, tenha reforçados seus limites jurídicos em um sentido democrático. O Estado passa a ser visto como um Estado Social e Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, o Direito Penal passa a assumir as funções de proteção efetiva dos cidadãos e sua missão de prevenção ocorrerá na medida do necessário para aquela proteção, dentro dos limites fixados pelos princípios democráticos.

Falamos, então, que a prevenção realizada pelo Direito Penal é uma prevenção limitada, a qual permite combinar a necessidade de proteger a sociedade com as garantias oferecidas pelos princípios limitadores.

Afirmamos, portanto, que a norma penal tem dupla função: protetora e motivadora. São funções interdependentes, pois a proteção pressupõe a motivação e, somente dentro dos limites nos quais a motivação pode evitar determinados resultados, pode-se alcançar a proteção das condições elementares de convivência social.

A função do Direito Penal não se esgota na fixação da pena e da medida de segurança. O Direito Penal não é integrado apenas por normas que prevêem penas ou medidas de segurança (normas secundárias), mas também pelas normas as quais proíbem o crime aos cidadãos (normas primárias). Ao proibir os delitos, as normas primárias visam motivar o cidadão a não praticá-los. A função de prevenção geral do Direito Penal, assim, não tem concepção meramente intimidatória, mas o aspecto da prevenção geral positiva, a qual concilia a prevenção geral com a prevenção especial, atingindo diretamente a pessoa.

A sociedade atual demonstra uma necessidade de símbolos que mostrem que a vida é segura, o sistema funciona e o crime não compensa. Esse peso não pode ser atirado sobre o Direito Penal.

A atuação do sistema penal de controle social pressupõe prévia investigação, a qual traga elementos de prova sobre os fatos praticados e os seus autores. Pressupõe um sistema acusatório, no qual a pessoa possa saber a acusação que foi feita e ter a oportunidade de apresentar à sua defesa. E, por fim, um julgamento isento de valores morais, políticos e das paixões despertadas pelos fatos.

Esses pressupostos não impedem a efetiva aplicação da pena, mas, ao contrário, garantem a sua aplicação justa e adequada, afastando o arbítrio e a vontade daqueles que detenham o poder momentaneamente.

As demais formas de controle social devem ter os seus espaços respeitados e preservados. O julgamento político, moral ou social pode e deve ser feito livremente, de acordo com as características da sociedade, mas não pode afetar a atuação do Direito Penal.

O sistema de controle penal tem seu curso e tempo próprios, e assim deve ser, em um Estado que pretendemos Democrático e de Direito.

Junho/2008

OS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: RETROSPECTIVA, PERSPECTIVA E PROSPECTIVA

GUILHERME PEÑA DE MORAES *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Retrospectiva. 3. Perspectiva. 4. Prospectiva. 5. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

O artigo que ora vem a lume encerra uma proposta de sistematização dos avanços e retrocessos da dogmática constitucional durante os vinte anos de vigência do "Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia"[1].

Nesta ordem de idéias, o trabalho foi desenvolvido a partir de três enfoques: *a*) o retrospectivo, referente aos processos de mudança da Constituição no passado, *b*) o perspectivo, relativo às funções do Estado, isolada ou reciprocamente consideradas, no presente e *c*) o prospectivo, respeitante à teoria dos direitos fundamentais no futuro.

2. RETROSPECTIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil foi objeto de processos, formais e informais, de mudança.

---

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

1. GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, na Sessão solene de promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, *in Revista de Informação Legislativa*, n 100, 1988, p. 5.

Formalmente, seis Emendas foram elaboradas pela revisão constitucional, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, na forma do art. 3 , *in fine*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[2], sem prejuízo de cinqüenta e seis Emendas ultimadas pelo poder de reforma constitucional, pelo voto de três quintos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois turnos, nos termos do art. 60, § 2°, da Constituição da República[3]. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade, liminar ou definitivamente, do art. 2°, § 2°, da Emenda Constitucional n 3, de 17 de março de 1993, que permitia a cobrança do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira no mesmo exercício em que havia sido instituído[4], art. 5 , da Emenda Constitucional n 19, de 4 de junho de 1998, que dispunha sobre o regime jurídico único[5], art. 1 , da Emenda Constitucional n 21, de 18 de março de 1999, que autorizou a União a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos seriam destinados ao custeio da saúde e da previdência social, em montante equivalente ao produto da arrecadação da contribuição, prevista e não realizada em 1996[6], art. 4 , parágrafo único, incs. I e II, da Emenda Constitucional n 41, de 19 de dezembro de 2003, que estabeleceu tratamento discriminatório entre servidores públicos inativos e pensionistas da União, de um lado, e servidores públicos inativos e pensionistas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de outro lado, para efeito de contribuição previdenciária[7], art. 5°, § 1°, *in fine*, da Emenda Constitucional n 45, de 8 de dezembro de 2004, que possibilitava a indicação e escolha intempestivas dos nomes dos membros do Conselho Nacional ao Ministério Público da União[8], e art. 2 , da Emenda Constitucional n 52, de 8 de março de 2006, que afastou a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias na eleição que ocorreria a menos de um ano da data de sua vigência[9].

Informalmente, os processos de mudança da Constituição são reunidos sob a epígrafe "mutação constitucional"[10], "transição informal"[11] ou "vicissitude tácita"[12].

---

2. CORREIA, Inocêncio Serzedelo. *A Revisão Constitucional*. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1904, p. 13.
3. FERREIRA, Luiz Pinto. *O Poder de Reforma Constitucional*. Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1995, p. 7.
4. STF, ADIn n 939, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 15.12.1993, *DJU* 18.03.1994.
5. STF, ADIn n 2.135, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 02.08.2007, *DJU* 07.03.2008.
6. STF, ADIn n 2.031, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 03.10.2002, *DJU* 17.10.2003.
7. STF, ADIn n 3.105, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 18.08.2004, *DJU* 18.02.2005.
8. STF, ADIn n 3.472, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 28.04.2005, *DJU* 10.05.2005.
9. STF, ADIn n 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 22.03.2006, *DJU* 10.08.2006.
10. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25.
11. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.228.
12. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pp. 131-132.

Com efeito, a mutação constitucional é delineada como processo informal, no qual há a alteração do contexto, sem que o texto da Constituição seja modificado, a partir da constatação de que a norma constitucional, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente, em razão de nova percepção do Direito ou transformação da realidade de fato.

Demais disso, a transição informal, limitada pelas possibilidades semânticas do relato da norma e preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição, é instrumentalizada pela interpretação administrativa ou judicial, bem assim pela atividade legislativa e costumes, com vistas à superação da clássica antinomia entre a normatividade e a facticidade, imposta pelo positivismo jurídico.

Exemplo de vicissitude constitucional tácita reside no art. 52, inc. X, da Constituição do Brasil, que confere ao Senado Federal a atribuição de suspender, no todo ou em parte, a execução de norma legal cuja inconstitucionalidade tenha sido declarada por decisão definitiva da Excelsa Corte, de maneira a possibilitar que as declarações de inconstitucionalidade do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso-incidental, quando a validade de lei ou ato normativo houver sido discutida em tese, sejam revestidas de eficácia *erga omnes* e vinculante, independentemente da suspensão de execução da norma legal pelo Senado Federal. A doutrina de Luiz Flávio Gomes elucida que "a decisão da Suprema Corte, na prática, mesmo quando se dá num caso concreto, acaba produzindo efeito contra todos e possui eficácia vinculante, na medida em que a lei foi discutida em tese. O descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal, para além de retratar uma convicção ideológica conflitiva com o Estado constitucional e democrático de direito, dará ensejo à promoção de reclamação constitucional junto ao Excelso Tribunal"[13]. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 82.959, em que se discute a progressão do regime prisional nos crimes hediondos, é firmada no sentido da "possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade da norma legal não produzir conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela lei ou ato normativo declarado inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão de regime prisional"[14 e 15].

---

13. GOMES, Luiz Flávio. Efeitos do Controle de Constitucionalidade Difuso Abstrativizado, *in Consulex – Revista Jurídica*, nº 221, 2006, p. 47.
14. STF, HC nº 82:959, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.02.2006, *DJU* 01.09.2006.
15. Na legislação, a mutação constitucional de que foi objeto a norma veiculada pelo art. 52, inc. X, em razão de nova percepção do Direito Positivo submetido à interpretação doutrinária e judicial, foi traduzida pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, *in extenso*: "a pena por crime hediondo será cumprida inicialmente em regime fechado. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes hediondos, dar-se-á após o cumprimento de dois quintos da pena, se o apenado for primário, e de três quintos, se reincidente". Disponível em: *http://www.planalto.gov.br*. Acesso em: 10.04.2008.

3. PERSPECTIVA

O núcleo sobre o qual se debruça a moderna teoria do Direito Público gira em torno da redefinição do sistema de freios e contrapesos e, por via de conseqüência, do redimensionamento das funções do Estado, isolada ou reciprocamente consideradas[16].

Em si, as funções estatais são reformuladas pela adoção de um novo modelo de consensualidade e subsidiariedade do Estado, no qual a organização política é convertida em instrumento a ser conduzido e controlado pela sociedade, no sentido de reequilibrar a relação entre esta e aquele, com a conseqüente reestruturação da legislação, pela atribuição legal de poder normativo a agências reguladoras para o estabelecimento de diretrizes, em atenção ao marco regulatório definido em lei ordinária, da administração, pela transferência da execução de atividades públicas a entidades privadas, por via da qual se dá a redução do tamanho do Estado a dimensões adequadas para desempenhar as funções que lhe comete a sociedade, e da jurisdição, pelo uso de precedentes judiciais de aplicação obrigatória, tal como os enunciados ou verbetes da súmula da jurisprudência predominante com eficácia vinculante[17].

Entre si, as funções estatais são reformuladas pelo advento de um novo modelo de controle interorgânico, no qual há a sobreposição das atividades do Estado, com o conseqüente regime de colaboração de poderes, tal como o controle do processo legislativo pelo Poder Executivo, o controle da organização judiciária pelo Poder Legislativo e o controle das omissões administrativas pelo Poder Judiciário, de maneira que os Magistrados devem funcionar como agentes de mudanças sociais, na qualidade de co-responsáveis pela atividade providencial do Estado contemporâneo, sendo-lhes imposta a execução, e não a formulação, de políticas públicas[18 e 19].

---

16. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223.
17. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147.
18. GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27.
19. Na jurisprudência, a tutela específica de obrigação de fazer, simbolizada pela possibilidade de o Poder Judiciário impor a disponibilização orçamentária dos recursos necessários para a consecução das obrigações da Administração Pública ou, em casos urgentes, o remanejamento dos valores consignados para determinadas atividades, dentro dos limites do orçamento, foi admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, *in textus*: "outorga judicial de tutela específica de obrigação de fazer para que a Administração Pública destine do orçamento verba própria para cumpri-la", "a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas". STJ, REsp nº 429.570, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 11.11.2003, *DJU* 22.03.2004 e STJ, REsp nº 493.811, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 11.11.2003, *DJU* 15.03.2004. Disponível em: *http://www.stj.gov.br*. Acesso em: 05.07.2008.

4. PROSPECTIVA

As investigações científicas a respeito dos direitos fundamentais, à luz da teoria constitucional de ERHARD DENNINGER, serão jungidas à "segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade"[20].

A segurança não se coaduna com a definição tradicional de soberania, sendo certo que, na ordem interna, o Estado perde a capacidade de regular todas as condutas desenvolvidas nos limites do seu território, bem assim, na ordem externa, a superioridade bélica de algumas organizações políticas possibilita intervenções militares sobre as outras, que não dispõem de força para dissuadir pretensões externas[21].

A diversidade compreende a homossexualidade, troca de sexo e recusa a tratamentos médicos que levem à morte, tendo em vista que "o processo de diferenciação de um indivíduo em relação ao outro supõe um comportamento distinto do comportamento dos demais indivíduos, podendo, por isso, ser englobado sob o rótulo de 'direito a ser diferente'"[22].

O conceito de solidariedade não é uníssono, uma vez que cinco significados podem ser delineados. Fator social, dado que a solidariedade demarca a natureza fundamentalmente social da pessoa humana. Virtude ética, eis que a solidariedade denomina a obrigação de não fazer aos outros o que se não deseja que lhe seja feito, correlata à irmandade. Comunidade de interesses, já que a solidariedade denota que os interesses subjacentes são recobertos do mesmo valor no conjunto de pessoas, correlativa à lealdade. Comportamento pragmático, posto que a solidariedade descreve a conduta dirigida a evitar prejuízos pessoais e/ou institucionais a outrem, consentânea com a cooperação. Princípio jurídico, visto que a solidariedade designa a atuação de proteção da pessoa humana, pelo instrumento da justiça distributiva, com o desiderato de obter a igualdade material ou real, vedados os preconceitos de qualquer natureza [23] e [24].

---

20. DENNINGER, Erhard. Security, Diversity, Solidarity' instead of 'Freedom, Equality, Fraternity, *in Constellations*, n 7, 2000, p. 509. V., também, do mesmo autor: *Recht und rechtliche Verfahren als Klammer in einer multikulturellen Gesellschaft in Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, pp. 117-132.
21. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado e Direitos Fundamentais em face da Globalização, *in Arquivos de Direitos Humanos*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 101.
22. LORENZETTI, Ricardo Luís. A Proteção do Indivíduo através dos Direitos Fundamentais, *in Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais,1998, p. 154.
23. MORAES, Maria Celina de. O Princípio da Solidariedade, *in Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167.
24. Na doutrina, Paulo Castro Rangel adverte, *in verbis*: "num contexto de sociedade democrática, que não posterga, antes reafirma e louva, o postulado da dignidade humana, parece singularmente conseguida a formulação do programa constitucional alternativo adiantada por Erhard Denninger. Como alavanca temática desse programa, o Autor propõe uma nova trilogia democrática, não necessariamente contraditória com a anterior – diversidade, solidariedade, segurança, lá onde antes se proclamava liberdade, igualdade, fraternidade. Impõe-se, por isso,

esclarecer o sentido que, nesta 'reconstituição', se atribui a cada uma daqueles étimos. A diversidade garante a afirmação do direito dos diferentes sujeitos à sua identidade, à co-existência algum modo, para o bem e para o mal, chegou ao fim a era da igualdade. A compensação desta especial valorização da diversidade e da perda de relevância da igualdade acha-se naturalmente na consagração do princípio da solidariedade. A ideia, no fundo, de que aqueles que de nós se diferenciam, efetivamente e apesar disso (ou até por causa disso), contam para nós. A solidariedade é aqui herdeira direta da fraternidade. Finalmente, o mais difícil, a elevação da segurança a étimo democrático (lá onde antes figurava a liberdade). Quando fala em segurança, Denninger pensa essencialmente nas incertezas e ameaças da vida moderna, as tais da 'ordem do risco'. Por isso, individualizou a segurança contra os riscos tecnológicos (devassa informática, manipulação genética, falhanço de sistemas mecânicos ou técnicos de proteção, produtos farmacêuticos e químicos), autonomizou a segurança contra os riscos ambientais e, em matéria de direitos sociais, teorizou a segurança contra os riscos sociais (doença, invalidez, velhice, desemprego)". RANGEL, Paulo Castro. *Diversidade, Solidariedade e Segurança (notas em redor de um novo programa constitucional).* Disponível em: *http://www.oa.pt.* Acesso em: 20.09.2008.

5. BIBLIOGRAFIA

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CORREIA, Inocêncio Serzedelo. *A Revisão Constitucional*. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1904.

DENNINGER, Erhard. Security, Diversity, Solidarity' instead of 'Freedom, Equality, Fraternity, *in Constellations*, n 7, 2000.

_____. Recht und rechtliche Verfahren als Klammer in einer multikulturellen Gesellschaft, *in Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado e Direitos Fundamentais em face da Globalização, *in Arquivos de Direitos Humanos*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA, Luiz Pinto. *O Poder de Reforma Constitucional*. Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. Efeitos do Controle de Constitucionalidade Difuso Abstrativizado, *in Consulex – Revista Jurídica*, nº 221, 2006.

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

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, na Sessão solene de promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, *in Revista de Informação Legislativa*, n 100, 1988.

LORENZETTI, Ricardo Luís. A Proteção do Indivíduo através dos Direitos Fundamentais, *in Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais,1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Readequação Constitucional do Estado Moderno: transformações do conceito de Estado no Direito Constitucional do limiar do século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAES, Maria Celina de. O princípio da solidariedade, *in Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

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

RANGEL, Paulo Castro. *Diversidade, Solidariedade e Segurança (notas em redor de um novo programa constitucional)*. Disponível em: *http://www.oa.pt*. Acesso em: 20.09.2008.

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

LEI N. 11.596/2007: O LEGISLADOR E SEUS EQUÍVOCOS SEM FIM

JAYME WALMER DE FREITAS *

SUMÁRIO: 1. Panorama inicial. 2. Prescrição retroativa. 3. A Lei n. 11.596/2007. A intenção do legislador. Escola exegética. 4. A frustração eloqüente. A escola moderna. 5. O incremento do termo publicação. 6. Acórdãos e suas variantes. Casos de interrupção dos prazos prescricionais. Aplicação do art. 117, IV, do CP. 7. Conclusão.

1. PANORAMA INICIAL

O debate em alto nível é, salvo melhor juízo, a atividade mais fascinante e a principal tarefa do operador do Direito. Dos pensamentos conflitantes e da luta de idéias se constroem grandes questões, as quais, de regra, deságuam em uma solução respeitada por todos. É o exercício da dialética.

A doutrina é o centro maior das querelas, em que os escritores lavram as suas opiniões que, mais cedo ou mais tarde, serão objeto de aceitação ou crítica.

Nesse cenário, decidimos tecer algumas considerações sobre a mais nova edição do legislador penal, a Lei n. 11.596/2007, e ponderar que, a despeito de sua intenção, o objetivo colimado restou frustrado.

Objetivando criar uma nova causa interruptiva do lapso prescricional, o legislador, desinformado ou pouco informado sobre a linguagem técnica a adotar, não conseguiu transmitir ao texto legal sua real pretensão.

Convencera-se de que os inúmeros recursos interpostos pela defesa, com ênfase ao Especial e Extraordinário contra acórdão condenatório ou confirmatório de sentença condenatória, no mais das vezes, tinham caráter

---

* Juiz Criminal em Sorocaba, Mestre e Doutorando em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal na Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ), Professor de Direito Penal Especial e Processo Penal na FDDJ e Professor e Palestrante na Escola Paulista da Magistratura. Autor das obras *Prisão Temporária* e *Exame OAB – 2.ª Fase*: Área Penal, ambas pela Editora Saraiva.

protelatório, ou seja, quanto mais decurso de tempo melhor, até porque a prescrição sempre foi um dos primados para o advogado, uma vez que seu cliente não será afetado pelo *jus puniendi.*

Sabedor de que os poderosos jamais são alcançados pelas sanções da lei penal, mercê da competência de seus advogados, que vencem facilmente um Poder Judiciário moroso, anacrônico e desestruturado, vislumbrou que uma das saídas para o combate a essa impunidade crônica seria mudar a lei, inviabilizando ou reduzindo benesses construídas ao longo do tempo.

Não vislumbra, provavelmente, que um Poder Judiciário autônomo e independente – de fato – teria condições de melhor administrar seu acervo de processos e a sua realidade funcional. A efetividade à Emenda n. 45, no tópico atinente a custas e emolumentos, seria um grande e decisivo passo nessa seara (art. 98, § 2.°, da CF).

Respeitada a opção do legislador, entre os inúmeros projetos de lei sobre o tema prescrição, vamos nos deter naquele que pugna pelo fim da prescrição retroativa e na Lei n. 11.596/2007, objeto maior deste trabalho.

2. PRESCRIÇÃO RETROATIVA

O instituto da prescrição retroativa existe somente no Brasil. Foi inserto no Código Penal (CP), pela Lei n. 6.416/77, para pôr fim às divergências que emanavam da Súmula n. 146 do Supremo Tribunal Federal (STF).

Por ser anômalo, isolado no universo, deve ser visto com cautela e restrição. Fosse bem visto pela comunidade internacional e, certamente, estaria reproduzido nas codificações alienígenas.

O instituto pulsa contra um Estado Democrático de Direito, na medida em que retira o poder de punir do Estado, levando em conta momentos procedimentais que o próprio Estado já superou nas fases processuais.

Recorde-se de que se trata de instituto que se vale do momento presente – pena concreta – para retirar do Estado o jus puniendi por lapsos anteriores eventualmente ultrapassados. Ora, se não houve prescrição durante o inquérito e a ação penal, nos marcos prescricionais entre a data da consumação do fato e o recebimento da denúncia e deste à publicação da sentença, mostra-se incongruente o Estado ser punido porque chegou a uma pena adequada para o fato típico. A demora na instrução para a imposição de pena justa jamais poderia resultar em perda do *jus puniendi.* A pena justa é a exata medida da resposta estatal (Von Liszt)[1].

---

1. Neste momento, importante lembrar a lição do eminente Francisco de Assis Toledo no artigo Princípios que regem a aplicação da pena. *In: Revista CEJ*, n. 7, abr. 1999, *verbis*: "(...) a pena justa será somente a pena necessária (Von Liszt) e, não mais, dentro de um retributivismo kantiano superado, a pena compensação do mal pelo mal à luz de um pensamento que não esconde o velho princípio do talião. Ora, o conceito de pena necessária envolve não só a questão

Quadro atual: Se o réu está sendo processado por roubo simples (pena máxima abstratamente prevista igual a 10 anos, prazo prescricional de 16 anos – art. 109, II) e na sentença, desclassificado o crime para furto, chega-se a uma pena concreta de 1 ano (prazo prescricional de 4 anos – art. 109, V), caso menor de 21 anos na data do fato, o prazo é reduzido de metade (art. 115). Assim, prolatada a sentença e transitada em julgado para a acusação, basta aferir se, da data do fato ao recebimento da denúncia e deste à data da publicação da sentença, o referido prazo foi atingido ou superado. Em caso positivo, deu-se a prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, retirando do Estado o direito de punir aquele acusado.

Caso advenha o fim da prescrição retroativa, essa hipótese não mais existirá.

Cremos que seja o melhor caminho para um ajuste equânime, inclusive com o direito comparado. Assim, o "patinho feio" restará extirpado de nossa legislação.

Retornando à prescrição retroativa, seu fim vem assentado no Projeto de Lei n. 1.383/2003, de autoria do então Deputado Antonio Carlos Biscaia[2].

Leciona Damásio, fervorosamente, contra a abolição da prescrição retroativa, que o projeto prevê além do fim da prescrição retroativa pela revogação do art. 110, § 2º, também a elevação do patamar mínimo de dois para três anos e constante do art. 109, VI, do CP[3]. Com a redação a ser dada ao § 1º, o Tribunal não mais poderá se valer dos lapsos anteriores para reconhecer a prescrição.

---

do tipo de pena como o modo de sua execução. Assim, dentro de um rol de penas previstas, se uma certa pena apresentar-se como apta aos fins da prevenção e da preparação do infrator para o retorno ao convívio pacífico na comunidade de homens livres, não estará justificada a aplicação de outra pena mais grave, que resulte em maiores ônus para o condenado e para a sociedade. O mesmo se diga em relação à execução da pena. Se o cumprimento da pena em regime de semiliberdade for suficiente para aqueles fins de prevenção e de reintegração social, o regime fechado será um exagero e um ônus injustificado. Se, entretanto, o delinqüente se apresenta como ameaça à paz social e à tranqüilidade dos homens livres, o regime fechado em estabelecimento de segurança máxima estará a sua espera."

2. A Comissão Diretora apresenta a redação final da Emenda do Senado ao Projeto de Lei da Câmara n. 19, de 2007 (n. 1.383, de 2003, na Casa de origem), que altera os arts. 109 e 110 do Dec.-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do CP. De se anotar que houve uma emenda ao Projeto de Lei n. 1.383/2003, de modo que se impõe o retorno à Casa iniciadora (art. 65, parágrafo único, da CF).
A redação, ao menos por ora, ficou a seguinte:
Dê-se ao § 1.º do art. 110 do Dec.-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, alterado pelo art. 2.º do Projeto a seguinte redação:
"Art. 110 (...)
§ 1º A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória para acusação e defesa regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão.
§ 2.º (Revogado)."

3. JESUS, Damásio de. *Prescrição retroativa – a favor ou contra?* São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2008. Disponível em: *www.damasio.com.br.*

Somente lhe caberá, se for o caso, pela pena concreta, reconhecer a prescrição superveniente.

Se não concordamos com o grande e inefável mestre acerca do fim da prescrição retroativa, damos-lhe total razão quando se volta contra a majoração do prazo mínimo de dois para três anos. O Poder Judiciário é que necessita de melhor se aparelhar, como vem sucedendo no Estado do Rio de Janeiro, e enfrentar suas mazelas com mais competência.

O provável fim da prescrição retroativa tem na prescrição virtual uma contrapartida favorável à parte mais fraca na relação Estado-indivíduo. A lentidão nas varas permite que o Juízo se valha da causa extintiva, malgrado os Tribunais não a concebam. A prescrição antecipada é uma realidade nacional para os Magistrados de primeira instância.

O princípio da pena justa, em nossa ótica, é o que possibilita ao Magistrado optar pela aplicação dessa modalidade de prescrição. A pena justa – concreta ou em perspectiva – é a pedra de toque para a regulagem adequada dos prazos prescricionais. A prescrição há de ser decretada tendo em vista o decurso do tempo decorrido ou o decurso futuro que se mostrar ofensivo à economia processual e, conseqüentemente, à boa administração da Justiça. Jamais ser projetado para o passado.

Assim, durante o inquérito policial, a pedido do órgão ministerial – *dominus litis* –, o Juiz pode determinar o arquivamento decretando a extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva ou pela prescrição propriamente dita. Após o recebimento da denúncia, tem plena autoridade para adotar o mesmo procedimento, até de ofício, haja vista se tratar de matéria de ordem pública e sendo ele o *dominus processus*[4].

De lege ferenda, na esteira da reflexão lançada, os Tribunais somente poderiam decretar a prescrição superveniente, jamais a retroativa, baseando-se na pena concreta firmada em sentença ou em sede recursal.

3. A LEI N. 11.596/2007. A INTENÇÃO DO LEGISLADOR. ESCOLA EXEGÉTICA

No tocante à mitigação das facilidades que a prescrição superveniente propicia aos réus, depositou o legislador na Lei n. 11.596/2007 uma das soluções para pôr cobro à impunidade nacional.

---

4. Repise-se que o entendimento deste subscritor não encontra respaldo nas decisões dos Tribunais que são frontalmente contra a prescrição antecipada. A matéria, contudo, é de índole jurisdicional e fundada na Costituição (art. 5.°, LXXVIII), na qual se asseguram a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A economia processual é outro fundamento inquestionável a amparar este convencimento.

Naufragou, porém, em suas próprias águas. Debateu corretamente, apresentando dados, estatísticas, opiniões e julgados dos Tribunais nacionais e convenceu seus pares de que a solução seria a criação de um novo marco interruptivo, superando uma lacuna legal. Na redação final, o que se viu foi um desastre técnico-jurídico. Escreveu, mas nada modificou.

Vejamos o tramitar do projeto até a edição da malfadada lei.

Como dito, segundo a justificação exarada pelo Senador Magno Malta, no Projeto de Lei n. 401/2003, criar-se-ia uma nova causa de interrupção do prazo prescricional, isto é, um novo marco interruptivo, qual seja a publicação de acórdão confirmatório de sentença condenatória recorrível.

A justificativa exarada pelo Senador foi a seguinte: "sabemos que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem prevalecido o entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação de primeira instância não é causa interruptiva da prescrição justamente por conta da ausência de expressa previsão legal. A presente proposição, nesse sentido, contribuirá para dirimir os conflitos de interpretação, consolidando a posição, mais razoável, de que o acórdão confirmatório da sentença recorrível também interrompe a prescrição".

"Note-se bem que a interrupção da prescrição dar-se-á pela simples condenação em segundo grau, seja confirmando integralmente a decisão monocrática, seja reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. Assim, diminuir-se-ão as possibilidades de ocorrência da prescrição intercorrente pela estratégia de interposição dos Recursos Extraordinário e Especial, posto que a contagem do prazo prescricional será renovada a partir da publicação do acórdão condenatório, qualquer que seja a pena fixada pelo Tribunal."

A expressão contida no arrazoado é perfeita quanto ao fim colimado.

A lei é a única fonte formal do Direito Penal. Caso a interpretação do texto legal se desse pela Escola Exegética, que defende uma interpretação filosófico-histórica, na qual se busca a vontade do legislador, a redação final seria um mero detalhe. Equivale dizer, se o legislador quis uma causa interruptiva nos moldes evidenciados em sua Exposição de Motivos, sua vontade seria o ponto decisivo, malgrado outra interpretação adviesse. Como se sabe, no entanto, não é esse o verdadeiro e decisivo fundamento para se buscar o sentido de uma lei, mormente a penal, que tem que ver com a liberdade da pessoa humana.

4. A FRUSTRAÇÃO ELOQÜENTE. A ESCOLA MODERNA

Publicada a lei que altera o diploma penal, ouve-se ressoar em todo o território nacional opiniões e mais opiniões de juristas ponderando que o projeto convolado na Lei n. 11.596/2007 nada mudou.

Registrem-se entendimentos contrários, em especial de Paulo Queiroz, para quem o contido na motivação do projeto merece acatamento pleno[5].

Sentimos de modo diverso.

A redação final do art. 117, IV, ficou sendo a seguinte: Interrompe-se a prescrição pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

Muito se defenderá que *acórdão condenatório recorrível*, pelo caráter substitutivo à sentença, seja ela de que natureza for, interromperá o lapso prescricional seja após sentença condenatória recorrível, seja após sentença absolutória. Isso porque a vontade do legislador há de preponderar e a expressão acórdão condenatório recorrível é ampla e abarca as duas situações antecedentes. É induvidoso que a solução será dada pela Suprema Corte brasileira.

Não se pode olvidar, no entanto, que a lei penal, por ter caráter restritivo, há de ser interpretada restritivamente, sem alargamentos.

Outros argumentarão que, pela interpretação extensiva, atinge-se o fim colimado pelo legislador. Nas palavras de Carlos Maximiliano, "*A exegese extensiva, com extrair do texto mais do que as palavras parecem indicar, e a estrita, com atingir o contrário, menos do que a letra à primeira vista traduz: baseiam-se, uma e outra, em princípios definitivamente triunfantes, proclamadores da supremacia do espírito sobre o invólucro verbal das normas: (...) 'Nem tudo que está escrito prevalece como Direito; nem o que não está escrito deixa de constituir matéria jurídica. Anterior e superior à palavra é a idéia de quem preceitua.'*"[6] De se lembrar, contudo, que a interpretação extensiva é aplicável quando as expressões empregadas pelo legislador dizem *menos* que a *vontade da norma* (*minus dixit quam voluit*)[7].

Ainda se valerão outros de que a interpretação lógica ou teleológica soluciona a questão e a redação, tal qual posta, resulta em uma nova causa interruptiva. Recorde-se que a interpretação lógica busca a vontade da lei além de suas palavras, de modo a revelar o espírito nela contido. É a verdadeira interpretação, porquanto busca a *ratio legis*.

Aqui, meu ponto de vista torna-se aparentemente conflitante, porém o sistema penal, aliado à doutrina e à jurisprudência, aponta para a interpretação que se defende. Pelo elemento sistemático, os dispositivos penais existentes

---

5. Opinião encontrável no artigo "Acórdão condenatório e prescrição: a propósito da Lei n. 11.596/2007", para quem qualquer acórdão condenatório, confirmatório ou não, é causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva.
6. Repise-se que o entendimento deste subscritor não encontra respaldo nas decisões dos Tribunais que são frontalmente contra a prescrição antecipada. A matéria, contudo, é de índole jurisdicional e fundada na Costituição (art. 5.°, LXXVIII), na qual se asseguram a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A economia processual é outro fundamento inquestionável a amparar este convencimento.
7. Opinião encontrável no artigo "Acórdão condenatório e prescrição: a propósito da Lei n. 11.596/2007", para quem qualquer acórdão condenatório, confirmatório ou não, é causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva.

são relacionados em face do sistema, aproveitando as comparações entre as diversas disposições. Cada norma jurídica representa uma parcela do ordenamento jurídico. A fixação do princípio geral é indispensável para a exata interpretação da norma. Mediante o emprego do elemento sistemático, atingimos a verdadeira objetividade do tipo[8].

Pela Escola Moderna, o resultado produzido pelo parlamentar é o que importa e não a sua vontade. Equivale dizer, a ratio legis e não a ratio legislatoris é que deve vincular os cidadãos de uma nação. Como a interpretação visa ao desvendamento do sentido objetivo da lei em um dado momento da vida e não a vontade do legislador, de se concluir que a lei independe da vontade do legislador.

Acima de tudo, o sistema há de ser respeitado. A doutrina e jurisprudência nacionais sempre entenderam que a expressão *acórdão condenatório* representa a *reforma de sentença absolutória*.

Mais.

O diploma penal diferencia acórdão condenatório de acórdão confirmatório, tanto que preconiza em seu art. 117, II e III, respectivamente, que a prescrição se interrompe pela pronúncia e pela decisão confirmatória da pronúncia. No inc. IV, prevendo como causa interruptiva, verbis: pela sentença condenatória recorrível, convinha que o legislador, adotando a mesma técnica antecedente abraçada pela doutrina e jurisprudência dominantes, criasse um inciso para consignar como causa interruptiva: pelo acórdão condenatório ou confirmatório de sentença condenatória recorrível e realocasse os incisos seguintes. Não o fez. Assim, por ausência de previsão legal, o *acórdão confirmatório de sentença condenatória recorrível* não interrompe o lapso prescricional.

> "Acórdão confirmatório de sentença condenatória não interrompe o curso do prazo prescricional, já que o único julgado confirmatório, que produz esse efeito é o que mantém a sentença de pronúncia (art. 117, III, do CP). Precedente do STF (*RTJ* 134/1.208)" (STF, 1.ª T., HC n. 71.424-2/SP, rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* de 17.3.1995).

5. O INCREMENTO DO TERMO PUBLICAÇÃO

De todos os males, ao menos o termo publicação que inexistia no texto anterior foi agregado. E essa inserção é plenamente justificada, uma vez que a publicação é ato processual da maior relevância, por fixar o marco interruptivo, ou seja, por configurar o momento em que o Juiz torna pública a sentença ou o acórdão e a partir do qual é considerado interrompido o lapso prescricional.

---

8. *Ibidem*, p. 335.

Não obstante algumas divergências, a sentença considera-se publicada no momento em que o Juiz a entrega em mãos do escrivão para registro em livro próprio, independentemente de sua feitura.

> "A publicação da sentença ocorre quando o escrivão a recebe do Juiz (CPP, art. 389), independentemente de qualquer outra formalidade: a não-lavratura de termo nos autos implica considerar-se como data da publicação a do primeiro ato subseqüente; o registro no livro próprio é formalidade que se destina à sua conservação, não comprometendo a validade da sentença" (STF, 2.ª T., HC n. 73.242-9/GO, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* de 24.5.1996).

Quanto à publicação dos acórdãos, prepondera o entendimento de que esta se opera quando da sessão de julgamento, ainda que outro seja o dia da publicação na imprensa.

> "Nas condenações por Tribunal, a interrupção da prescrição se consuma na data em que foi realizado o julgamento, e não no dia em que publicado o acórdão" (STF, 2.ª T., HC n. 83.549/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 4.11.2003, *DJU* de 5.12.2003).

6. ACÓRDÃOS E SUAS VARIANTES. CASOS DE INTERRUPÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS. APLICAÇÃO DO ART. 117, IV, DO CP

Vejamos os vários assentamentos que permanecem sedimentados no contexto da redação atual que nada mais fez do que inserir o termo publicação:

a) O acórdão condenatório interrompe o prazo prescricional. A expressão *acórdão condenatório* pressupõe a reforma pelo Tribunal *ad quem* de uma sentença absolutória. Absolvido em primeiro grau, após recurso da acusação, sobrevém o provimento ao recurso e a condenação em segundo grau pelo Tribunal competente.

> "A condenação em segundo grau, por força de recurso da acusação, interrompe a prescrição na data do julgamento. O legislador, como proclamado pelo STF, utiliza-se da expressão "sentença condenatória" (art. 117, IV, do CP) no sentido de 'decisão', não havendo, portanto, diferença ontológica entre 'acórdão condenatório' e 'sentença condenatória', porque ambos estereotipam uma 'decisão'" (STJ, 6.ª T., REsp. n. 117.081/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* de 18.8.1997).

b) Acórdão confirmatório de condenação que majora a pena interrompe a prescrição da pretensão punitiva. Tendo sido o réu condenado em primeiro grau e, inconformado com o decisório, há recurso ministerial provido para que a pena imposta seja majorada.

> "Se, ao julgar a apelação, o Tribunal atribui ao delito qualificação mais grave e por isso altera a pena de multa para detenção, modificando, nesses pontos, a sentença de 1.º grau, que já fora condenatória, profere novo julgado condenatório, que implica nova interrupção do prazo

prescricional (art. 117, IV, do CP). Essa nova interrupção ocorre mesmo em se tratando de julgamento de apelação, com voto vencido, que propicia ao réu a apresentação de embargos infringentes" (STF, HC, rel. Min. Sydney Sanches, *RT* 689/423).

No mesmo sentido:

> "[...] 1. Consoante entendimento esposado por esta Corte, o acórdão que confirma sentença condenatória, sem agravamento da reprimenda imposta ao acusado, não tem o condão de interromper a fluência do prazo prescricional. Precedentes. [...]" (STJ, 6.ª T., REsp. n. 211835/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU* de 16.4.2001).

c) Acórdão confirmatório de condenação que reduz a pena imposta na sentença não interrompe o prazo prescricional. Se a pena privativa de liberdade imposta em primeiro grau é reduzida por recurso de qualquer das partes ou convolada em pecuniária, não há interrupção do lapso prescricional.

> "O acórdão que reduz a resposta penal não é causa interruptiva do prazo prescricional" (STJ, 5.ª T., ROHC n. 9.896, rel. Min. Felix Fischer, j. em 13.12.2000, DJU de 5.2.2001, p. 114).

d) Crimes de competência originária. Do mesmo modo, em processo e julgamento de infração penal de competência originária dos Tribunais, o acórdão condenatório recorrível também interromperá o prazo da prescrição da pretensão punitiva.

> "Prescrição: a interrupção pela decisão condenatória em processos de competência originária dos Tribunais ocorre na data do julgamento e não na data da publicação do acórdão: razões da solução diversa em relação à hipótese da sentença condenatória de primeiro grau, que não existe antes de sua publicação: precedentes" (STF, 1.ª T., HC n. 76.748-6/MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 17.3.1998, *DJU* de 17.4.1998).

7. CONCLUSÃO

Nas palavras de Luís Roberto Barroso: "Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, 'ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma'"[9].

---

9. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 83.

Acreditando que o projeto relativo à prescrição retroativa receba maior atenção do legislador, somente há que se lamentar o descompasso havido com a criação de um diploma legal que nada diz. Em outras palavras, foi sancionada uma lei que nada mudou, quase sem eficácia, uma vez que manteve inalterado o *statu quo ante*. Aguardemos o STF dar o seu veredicto.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

JOEL TOVIL *

SUMÁRIO: 1. Origem. 2. Conceito e natureza. 3. Partes. 4. Objeto. 5. Procedimento. 6. Efeitos da decisão. 7. Bibliografia.

1. ORIGEM

O mandado de segurança, como ressabido, é instituto tipicamente brasileiro, porém, confessadamente inspirado no chamado "recurso de amparo" do direito mexicano, previsto na Constituição de 1917 daquele país.

Foi pela primeira vez consagrado na Constituição de 1934 (art. 133, nº 33), nos seguintes termos:

> "Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes."

Passada a ditadura do chamado Estado Novo, que suprimiu o *mandamus* na carta outorgada de 1937, a garantia voltou a ganhar *status* constitucional no texto promulgado em 1946 (art. 141, § 24). Durante a vigência daquela Constituição, foi editada a sua lei regulamentadora, de nº 1.533/51, que vigora até hoje.

A atual Constituição Federal, manteve a garantia no art. 5º, LXIX, estabelecendo que "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

---

* Joel Tovil é Procurador de Justiça e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

2. CONCEITO E NATUREZA

O Mandado de Segurança , segundo a clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, "é ação civil de rito sumário, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem impeditiva ou corretiva da ilegalidade, ordem esta a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento da notificação judicial"[1].

Não se trata, porém, como adverte ADA PELLEGRINI GRINOVER, de uma ação qualquer, "reconduzível ao princípio de que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' (art. 5°, XXXV da Constituição vigente)"[2].

Ao revés cuida-se de remédio jurídico ao qual o constituinte atribui um *plus*, um reforço de eficiência.

Por isso é reputada ação de *eficácia potenciada*, vale dizer, compete ao intérprete, sempre, retirar do preceito constitucional garantidor "a maior carga possível de eficácia e efetividade", isto é, nunca limitando o seu alcance.

O mandado de segurança coletivo surgiu para solucionar um problema que ocorria com freqüência na prática forense: em numerosos casos, como lembra CELSO AGRÍCOLA BARBI, "*centenas ou até milhares de pessoas tinham necessidade de requerer mandado de segurança em defesa de direito subjetivo individual de cada um*"[3].

Evidentemente, tal sistema não funcionava a contento, pois era enorme a dificuldade, seja para lidar com as incontáveis demandas individuais semelhantes, seja para por em prática o litisconsórcio ativo facultativo com tantos litigantes, que teriam de ser todos qualificados e representados por um único advogado, a quem teriam de outorgar procurações.

Sensível ao problema, e seguindo a moderna tendência de conferir proteção mais efetiva aos interesses coletivos, o constituinte de 1988 fez inserir no texto constitucional o mandado de segurança coletivo no art. 5° LXX, que tem a seguinte redação:

> "LXX — o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
>
> *a*) partido político com representação no Congresso Nacional;
>
> *b*) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;"

---

1. MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança*, São Paulo, Malheiros, 24ª edição, 2002, p. 31.
2. GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legimação e objeto. *In Revista de Processo*, vol. 57, p. 97.
3. BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro, Forense, 10ª edição, 2002, p. 236, p. 236.

Para Luis Roberto Barroso o instituto não é "totalmente novo", pois "a Constituição somente ampliou o elenco dos legitimados à propositura do mandado de segurança tradicional (de cunho individual), para tanto utilizando a técnica da substituição processual"[4].

Cabe aqui, a propósito, algumas palavras sobre o conceito de "substituição processual".

Tal expressão, anota Aloisio Gonçalves de Castro Mendes, "tem sido utilizada, com freqüência, na doutrina e na vida forense, como sinônimo para a legitimação extraordinária".

Mas, a rigor, prossegue citando Barbosa Moreira, "a denominação parece unicamente adequada aos casos de legitimação extraordinária autônoma exclusiva: só nesses, com efeito, é que a lei na verdade substitui o legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, se por substituir se entende retirar coisa ou pessoa de determinado lugar e aí colocar outra".

Como explica Mendes, "quando a lei reserva, com exclusividade, ao legitimado extraordinário a atuação em juízo, privando, desse modo, o legitimado ordinário da possibilidade de figurar no processo como parte principal, restando-lhe a condição de parte acessória, denomina-se de legitimação extraordinária autônoma exclusiva"[5].

Em outras palavras, se a entidade age na defesa de seus interesses institucionais — proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes, p. ex. – *a legitimação seria ordinária* (*v.g.* a atuação do Ministério Público na ação civil pública); se atua no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos nem esteja compreendido em seus interesses institucionais, neste caso sim, haveria uma verdadeira substituição processual.

3. PARTES

A Constituição Federal conferiu legitimidade para manejar o *writ* coletivo, em primeiro lugar, *aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional.*

Preocupada com possíveis restrições que possam advir na prática judiciária, Ada Pellegrini Grinover adverte que "a legitimação é ampla e só pode sofrer a restrição decorrente do texto constitucional, consistente na falta de representação no Congresso Nacional".

---

4. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 6ª edição, 2002, p. 199.
5. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, São Paulo, RT, 2002, p. 242.

Assim, não se deve exigir, por exemplo, que figure no polo ativo da demanda o diretório nacional do partido como condição para o exercício da ação, como tem feito o STF em sede de ações de inconstitucionalidade.

Vale citar, a propósito, o seguinte aresto:

> "A representação partidária perante o Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas, constitui prerrogativa jurídico-processual do Diretório Nacional do Partido Político, que é — ressalvada deliberação em contrario dos estatutos partidários — o órgão de direção e de ação dessas entidades no plano nacional" (STF, ADI 779AgR/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 11.03.94, p. 4095, Ement. 1736-01/104).

Na alínea *b* foi prevista a legitimação da *organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano*, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Por organização sindical, hão de entender-se os sindicatos, claro, mas também as federações e confederações de trabalhadores.

Entidades de classe, para ADA PELLEGRINI GRINOVER, podem ser voluntárias ou compulsórias, como a OAB, e as associações podem ser regidas pela lei civil, por regras de direito administrativo ou mesmo por outras normas legais, como pode ocorrer, por exemplo, com associações de servidores[6].

De se notar, por oportuno, que a exigência constitucional da pré-constituição e funcionamento há mais de ano refere-se apenas às associações, não alcançando os sindicatos e as entidades de classe.

Nesse sentido, já decidiu a Suprema Corte:

> "Legitimidade do sindicato para a impetração de mandado de segurança coletivo independentemente da comprovação de um ano de constituição e funcionamento.
>
> *Acórdão que, interpretando desse modo a norma do art. 5º, LXX, da CF, não merece censura. Recurso não conhecido" (STF, RE 19899/DF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão,* DJU *de 24.09.99, p. 43, Ement. 1964-02/411).*

A propósito, discute-se na jurisprudência se a associação precisa de autorização expressa de seus filiados para ajuizar a demanda. Assim já decidiu o STJ, em aresto publicado na *RSTJ* 73/166, sustentando, em síntese, que, como a denegação da segurança seria oponível a todos os associados, estes deveriam ter a opção de opinar sobre a impetração, até porque cada qual poderia preferir ajuizar a sua própria demanda, escolhendo e sustentando os argumentos que entendesse mais relevantes.

---

6. Ob. cit., p. 97.

Prevalece, contudo, o entendimento advogado por HELY LOPES MEIRELLES, no sentido de que "não é necessária a autorização expressa em assembléia, bastando que a entidade impetrante se enquadre, por sua natureza e seus estatutos, como um dos legitimados pela alínea "b" do inciso LXX do art. 5° da Constituição"[7].

Registre-se, por oportuno, a flagrante inconstitucionalidade da disposição recentemente incluída na Lei n° 9494/97 pela M.P. n° 2.180-35/2001, que passou a impor exigência não prevista na Constituição Federal, *in verbis*:

> "Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços." (art. 2-A, parágrafo único)

Vale repisar, aqui, a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, para quem *"o intérprete, assim como o futuro legislador não podem estabelecer outros obstáculos à legitimação que não os decorrentes da Constituição"*[8].

4. OBJETO

Questão das mais tormentosas é a de estabelecer a natureza dos interesses passíveis de tutela através do mandado de segurança coletivo.

Num primeiro exame menos acurado, poderíamos afirmar sem dificuldades que o mandado de segurança coletivo destina-se, primordialmente, à defesa dos chamados *direitos subjetivos individuais* dos membros daquelas entidades elencadas na alínea *b* do inc. LXX do art. 5°, isto é, aqueles mesmos direitos que antes só poderiam ser reclamados individualmente por seus titulares, em dezenas e às vezes milhares de processos, e agora podem ser postulados conjuntamente.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já admitiu a legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil para intentar a ação constitucional em favor de todos os seus associados. O acórdão ficou assim ementado:

> "Recurso ordinário — Mandado de segurança coletivo – Concurso Publico — Cargo de Promotor de Justiça — Legitimidade da OAB/MT.
>
> 1. A seccional de Mato Grosso da Ordem dos Advogados do Brasil tem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo em favor

---

7. Nesse sentido, já decidiu o STF por acórdão publicado na Revista dos Tribunais n° 720, p. 310.
8. Ob. cit., p. 98.

de seus associados impugnando a limitação de idade no Concurso para o cargo de Promotor de Justiça.

2. Recurso provido para afastar a decretação de carência de ação" (STJ, RMS 1906/MT, 2° Turma, unânime, Rel. Min. Peçanha Campos, *DJU* de 25.10.93, p. 22.468).

Quanto aos *partidos políticos*, co-legitimados para impetração do *writ*, a doutrina tem defendido que eles podem agir na defesa de qualquer direito, seja ele de natureza eleitoral ou não, não se admitindo restrição alguma[9].

José Carlos Barbosa Moreira advoga posição intermediária, sustentado que os partidos somente estão legitimados quando se tratar de direitos de seus filiados ou quando as pessoas interessadas forem destinatárias de pontos do programa partidário[10].

Prevalece na jurisprudência, no entanto, entendimento mais restritivo possível, qual seja, o de que a legitimação dos partidos políticos é limitada à proteção dos direitos políticos de seus filiados.

Nesse sentido, a posição pacificada no STJ, nos termos do aresto a seguir transcrito:

"Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles" (STJ, MS 1197/DF, 1ª Seção, maioria, Rel. para acórdão Min. Garcia Vieira, *RSTJ* 12/215).

Finalmente, é de ser solucionada a seguinte questão: poderia o mandado de segurança coletivo ser utilizado para tutelar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos?

Parte da doutrina, logo após a promulgação da atual Constituição, respondeu negativamente a esta pergunta, aduzindo que o mandado de segurança coletivo só seria idôneo para proteger direitos subjetivos individuais que sejam do interesse de um grupo determinado ou coletividade como, por exemplo, os interesses dos usuários do transporte coletivo lesados por um aumento ilegal de tarifa. Assim pensam Athos Gusmão Carneiro e de Ernani Fidélis dos Santos[11].

---

9. Cf. lecionam Ada Pellegrini Grinover na ob. cit., p. 100, e Celso Agrícola Barbi na ob. cit., p. 255.
10. *Apud* BARBI, Celso Agrícola. Ob. cit., p. 255.
11. Segundo noticia Celso Agrícola Barbi, na ob. cit., p. 240.

A grande maioria, no entanto, sustenta, como LUIZ ROBERTO BARROSO, que "presentes os requisitos para a impetração do *writ* individual, o mandado de segurança coletivo poderá ser direcionado à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos"[12].

5. PROCEDIMENTO

Na falta de lei específica, deve a ação constitucional seguir o procedimento previsto na Lei nº 1.533/51.

6. EFEITOS DA DECISÃO

A sentença proferida no mandado de segurança coletivo atingirá, evidentemente, todos os substituídos pela entidade impetrante.

A disposição recentemente incluída na Lei nº 9494/97 pela M.P. nº 2.180-35/2001, de duvidosa constitucionalidade, restringiu o alcance do *decisum*, assim:

> "Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator."

Comentando o citado dispositivo legal, assim se manifesta, com contundência, o Prof. ALOISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES:

> "A inovação é manifestamente inconstitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal. A jurisdição não se confunde com competência. Todos os juízes são investidos na jurisdição, estando limitada tão somente a sua competência para conhecer, processar e julgar os processos. Por outro lado, jurisdição é um poder, decorrente diretamente da soberania, razão pela qual guarda aderência sobre o território nacional, ainda quando o órgão seja estadual. As regras de competência fixarão, sim, quem deva ser responsável pelo processo, não se prestando, portanto, para tolher a eficácia da decisão, principalmente sob o prisma territorial"[13].

De qualquer sorte, deve-se atentar para o estabelecido no art. 16 da Lei nº 1.533/51 e dele extrair as seguintes conclusões:

---

12. Ob. cit., p. 200.
13. Ob. cit., p. 265.

a) se a decisão definitiva concluir pela procedência da segurança coletiva, transitará em julgado, assim impedindo a rediscussão da matéria;

b) se a decisão denegar o *writ* em razão de deficiência das provas ofertadas pelo autor, não fará coisa julgada oponível *erga omnes*. Neste caso, a demanda poderá ser renovada, inclusive em caráter individual, se tratar de direito subjetivo;

c) se o *decisum* denegatório, no entanto, apreciou o mérito da demanda, concluindo que a pretensão autoral não era procedente, haverá coisa julgada material, impeditiva da reabertura da questão em outro processo.

7. BIBLIOGRAFIA

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado De Segurança*, Rio de Janeiro, Forense, 10ª edição, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 6ª edição, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação e objeto. *In Revista de Processo*, vol. 57, pp. 96-101.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança*, São Paulo, Malheiros, 24ª edição, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*, São Paulo, RT, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de, *Mandado de Segurança e Controle Jurisdicional*, São Paulo, RT, 3ª ed., 2001.

A DESAPROPRIAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desapropriação. 3. Princípios constitucionais. 4. Motivo e objeto expropriatórios. 5. Princípio da proporcionalidade. 6. Controle expropriatório e princípio da proporcionalidade. 7. Um caso emblemático. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A propriedade configura-se como um dos direitos fundamentais expressos na Constituição, e assim tem sido a partir do século XIX, quando surgiram as primeiras Constituições escritas, contemplando alguns dos direitos considerados por todos como naturais, básicos e inarredáveis. Não sem razão, os civilistas o consideram o mais amplo dos direitos reais, ou, como diziam os romanos, *"plena in re potestas"*[1].

Historicamente, o direito de propriedade assumiu foros de sacramentalidade. É compreensível, pois, que Lafayette, mesmo com a Assembléia sitiada por tropas reais, tenha lido a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em julho de 1789, em cujo art. 1° se afirmava: "todo homem nasce com direitos individuais inalienáveis e imprescritíveis (...) o direito de propriedade".

Em outros sistemas, a proteção ao direito tinha ainda maior densidade, como é o caso da Declaração de Direitos da Pensilvânia, em cujo bojo se consignava que, tratando-se de direito natural, essencial e inalienável, sequer poderia ser sujeito a desapropriação, ainda que mediante indenização[2].

---

* Mestre em Direito (UFRJ). Professor da UFF — Universidade Federal Fluminense (Curso de Pós-Graduação). Professor da UCAM — Universidade Cândido Mendes (Pós-Graduação). Professor da FDV — Faculdade de Direito de Vitória (Pós-Graduação). Professor da EMERJ — Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Membro do IBDA — Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Membro do IDAERJ — Instituto de Direiro Administrativo do Estado do Rio de Janeiro. Membro do IAB — Instituto dos Advogados Brasileiros. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Advogado e Consultor Jurídico.

1. ORLANDO GOMES, *Direitos Reais*, Forense, Tomo I, 1962, p. 118.
2. PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, vol. 1, 1989, p. 100.

A vigente Constituição garante, logo no *caput* do art. 5º, a inviolabilidade do direito de propriedade, colocando-o lado a lado com os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança. Aliás, observando-se estes outros direitos, pode bem ter-se a dimensão do direito de propriedade, na medida em que os ladeia no elenco dos direitos fundamentais.

No art. 5º, XXII, a Constituição anota de forma peremptória: "*é garantido o direito de propriedade*". Ao ter-se expressado dessa forma, o Constituinte pretendeu veicular a mensagem de que nenhuma lei poderia expungir tal direito do âmbito do ordenamento jurídico. Cuida-se, como bem acentuou José Afonso da Silva, de mandamento no qual transparece "a garantia de um conteúdo mínimo essencial"[3].

Entretanto, o individualismo exacerbado do direito de propriedade, no processo de sua evolução, foi sendo superado pela adoção da teoria do abuso de direito, que propiciou, de início, a criação de limitações negativas e, depois, de imposições positivas, deveres e ônus, permitindo a formação da idéia moderna de que a propriedade é uma função social[4].

A Constituição, curvando-se a essa tendência, registrou expressamente: "a propriedade atenderá a sua função social"[5]. Na verdade, os incisos XXII e XXIII do art. 5º da CF associam-se unitariamente num só preceito, constituído por período formado por uma afirmação e uma condição: "é garantido o direito de propriedade, desde que esta atenda a sua função social". A conjugação dessas idéias é suficiente para indicar que o direito de propriedade, longe de caracterizar-se como absoluto, traduz um direito relativo e condicionado, de modo que a garantia que se lhe assegura só tem como efetivar-se caso seja implementada a condição sob o influxo da qual o Constituinte instituiu a garantia.

Por força de tais elementos é que o direito de propriedade pode sofrer limitações, que lhe reduzem o conteúdo; restrições, que lhe condicionam o exercício[6]; e supressão, quando há um interesse público preponderante sobre o interesse particular que normalmente o caracteriza. Evidentemente, a supressão da propriedade é a mais rigorosa forma de atingir o direito: diante dela, não há mecanismo de proteção jurídica que assegure ao *dominus* a continuidade e a perenidade do direito.

O instrumento de supressão da propriedade é a *desapropriação*, cuja regra geral se abriga no art. 5º, XXIV, da Constituição, contendo esta, no entanto, outras normas pertinentes ao mesmo instituto. Sendo um instrumento de exceção, somente pode ser aplicado se estiverem presentes os pressupostos constitucionais que o autorizam. Ausente qualquer deles, a desapropriação estará despida de legitimidade.

---

3. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 20ª ed., 2002, p. 273.
4. JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., p. 271.
5. Art. 5º, XXIII.
6. Cite-se, como exemplo, a requisição, prevista no art. 5º, XXV, da CF.

Verifica-se, ao exame desses mandamentos constitucionais, uma evidente tensão entre os princípios da garantia do direito de propriedade e do interesse público, aquele assegurando ao proprietário o exercício de um direito fundamental (*"jus utendi et abutendi"*) e este protegendo interesses que pertencem à sociedade com a tutela do Estado. Tais princípios não se excluem em definitivo: convivem harmonicamente. A aplicação de um ou de outro depende da situação que a reclame; portanto, é pontual. E, mesmo quando aplicado um deles, o outro subsiste normalmente, podendo ser o aplicável em situação dotada de novos lineamentos.

Pretende-se, neste sucinto estudo, examinar alguns aspectos relativos àquele ponto de tensão, sobretudo perscrutando a legitimidade da desapropriação diante de alguns fatores impeditivos, que não raras vezes resultam escamoteados na situação que a mobiliza. Em outras palavras, tem-se o escopo de verificar se a desapropriação guarda consonância com os princípios constitucionais e, mais especificamente, com o *princípio da proporcionalidade* – axioma que não se admite seja relegado quando se trata da supressão da propriedade.

Com efeito, legitima-se a desapropriação com a presença dos pressupostos que lhe dão suporte, mas a legitimidade fica comprometida quando a ação estatal está divorciada do real conteúdo do instituto, e mais ainda quando os fatores que a cercam não se situam no exigível padrão de proporcionalidade.

2. DESAPROPRIAÇÃO

Desapropriação, como já tivemos a oportunidade de consignar, "é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização"[7].

O procedimento de direito público decorre da própria natureza do instituto: quem o deflagra, ou ao menos ampara, é o Estado. A transferência do bem é o objetivo da desapropriação: o bem é retirado da esfera jurídica do proprietário e ingressa no acervo estatal. Para que se processe legitimamente, cumpre demonstrar a utilidade pública ou o interesse social justificadores da execução do instituto. Por conseguinte, a desapropriação traduz um direito subjetivo público, ou seja, um direito estatal, a ser exercido com a rigorosa presença dos requisitos constitucionais.

Já assinalou corretamente CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que "o fundamento político da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis"[8]. A afirmação nos parece incensurável.

---

7. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, Lumen Juris, 20ª ed., 2008, p. 760.
8. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 25ª ed., 2008, p. 857.

Sem embargo das idéias de alguns novos juristas, segundo as quais estaria ultrapassado esse dogma, o certo é que sempre houve e sempre haverá tensão entre os interesses público e privado. Pode-se até mesmo oferecer uma ou outra solução diversa para situações especiais, mas é impossível não reconhecer que, ocorrendo a crise derivada daquela tensão, deve prelevar o interesse público. Sendo inerente ao Estado de Direito, referido postulado não pode ser desconstruído.

Há um dado que não pode ser relegado no estudo da desapropriação: sua legitimação se condiciona a fim público. Tal fim integra a própria essência do instituto, como se pode observar nas palavras de SAYAGUÉS LASO, para quem *"la expropriación es um instituto de derecho público mediante el cual la administración, para* el cumplimiento de fines públicos, *logra coactivamente la adquisición de bienes muebles o inmuebles..."* (grifamos)[9]. Não se trata, portanto, de ação sem causa e sem fim, mas, ao contrário, de um tipo de conduta que há de se amparar em determinada causa e de preordenar-se a determinado fim.

LAUBADÈRE também realça o elemento teleológico da desapropriação, averbando que esta não pode ser utilizada a não ser em face de determinado fim, consubstanciado pela expressão *"utilidade pública"*[10].

O cerne da desapropriação – repita-se — reside na transferência do bem, que se separa do patrimônio do titular da propriedade e passa a inserir-se no do expropriante. No entanto, podem variar os motivos específicos e os procedimentos para ultimar-se a desapropriação. Essa é a razão pela qual se podem vislumbrar diversos processos expropriatórios na Constituição.

A regra geral se consubstancia na *desapropriação ordinária* (ou *comum*), fundada na utilidade pública ou no interesse social e empregada quando o Poder Público precisa socorrer-se de bens privados, normalmente imóveis, para implementar determinadas metas administrativas[11].

Outra modalidade é a *desapropriação urbanística*, de caráter sancionatório, que visa à preservação da ordem urbana, contra a resistência do titular da propriedade[12]. A transferência da propriedade aqui tem linhas próprias. Por isso, já consignamos em outra oportunidade: "Vista de outro ângulo, essa modalidade de desapropriação constitui inegável instrumento de política urbana. Através dela, o Município instituirá e manterá a ordem urbanística da cidade com vistas à adequação do solo urbano e à compatibilização do imóvel com a função social que deve desempenhar no ordenamento urbano"[13].

---

9. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Daniel Martins, Tomo II, 3ª ed., 1974, p. 313.
10. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Manuel de Droit Administratif*, LGDF, Paris, 10ª ed., 1976, p. 328 (*"L'expropriation ne peut être utilisée qu'en vue d'un certain but, évoquée par l'expression 'utilité publique'"*).
11. Art. 5º, XXIV, CF.
12. Art. 182, § 4º, III, CF.
13. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Comentários ao Estatuto da Cidade*, 3ª ed., 2008, p. 103.

A *desapropriação rural* (ou *agrária*) tem o escopo de promover a reforma agrária, transformando latifúndios improdutivos em áreas de produção e socializando o instituto da propriedade, como forma de implementar políticas de justiça social[14]. Nesse tipo de desapropriação, sobreleva a questão atinente à função social da propriedade, propiciando a distribuição da grande quantidade de latifúndios entre famílias desconsideradas em virtude de sua exclusão social[15].

Finalmente, tem-se a *desapropriação confiscatória*, assim considerada pelo fato de não ensejar pagamento de indenização ao proprietário[16]. Essa modalidade aplica-se na hipótese de glebas utilizadas para a cultura ilegal de plantas psicotrópicas. Trata-se de instrumento de evidente cunho punitivo em face da grave ilegalidade cometida pelo proprietário, por intermédio das áreas de sua propriedade. Alguns estudiosos não a consideram espécie de desapropriação, mas verdadeiro confisco[17]. O fato, porém, é que o Estado (no caso, a União), promove a transferência coercitiva do imóvel invocando motivo de ordem pública, qual seja, a cessação do cometimento de ilícito penal.

Refoge à natureza deste trabalho um maior aprofundamento do instituto da desapropriação. Neste tópico, o que se pretende destacar é o fato de que a desapropriação constitui um duro golpe no direito de propriedade, atingindo-o em seu ponto nuclear. Levando-se em consideração que tal direito se configura como *direito fundamental expresso*, nunca deixará de ser necessário um exame acurado do processo expropriatório. Na verdade, é fácil perceber que nele pode o Estado dissimular arbítrios inaceitáveis e, por isso mesmo, suscetíveis de correção administrativa ou judicial.

Assim, cabe ao intérprete não limitar-se ao exame extrínseco e ostensivo de eventuais ilegalidades, mas, ao contrário, enveredar com firmeza pelo âmago da ação administrativa, inclusive naqueles aspectos mais facilmente escamoteáveis por administradores públicos inescrupulosos. Afinal, se a propriedade precisa atender a sua função social, não é menos verdade que continua sendo um direito fundamental. Sendo assim, os pratos da balança devem ficar equilibrados, sem pender nem para um nem para outro lado.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A estruturação das normas — catalogadas em *princípios* e *regras* — tem sido alvo de freqüentes estudos dos juristas modernos, todos calcados nas teorias desenvolvidas por estudiosos estrangeiros, com destaque, entre eles, para ALEXY e DWORKIN. A distinção entre princípios e regras tem auxiliado

---

14. Art. 184, CF.
15. KILDARE GONÇALVES CARVALHO, *Direito Constitucional Didático*, Del Rey, 3ª ed., 1994, p. 432.
16. Art. 243, CF.
17. É o caso de DIÓGENES GASPARINI, *Direito Administrativo*, Saraiva, 11ª ed., 2006, p. 759, e CARLOS ARI SUNDFELD, *Desapropriação*, RT, 1990, p. 55.

significativamente no campo da interpretação e aplicação das normas constitucionais, sem descurar, todavia, de normas legislativas comuns, usualmente transmissoras de subprincípios jurídicos.

Conquanto se reconheça a existência de vários critérios para definir a distinção, talvez o mais singelo seja aquele pelo qual as regras "descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar", ao passo que os princípios "estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para a obtenção desses fins"[18].

A Constituição, como é sabido, contém em seu bojo tanto princípios quanto regras. Com efeito, em algumas passagens o Constituinte procede ao delineamento de certa conduta, mas não realça os fins a que ela se destina, e nesse ponto institui uma regra. Em outras, oferece verdadeiros axiomas e confere coloração mais densa aos objetivos colimados na norma, dando-lhes maior importância do que às condutas que nela podem subsumir-se; aqui dá origem a um princípio.

Ostenta inegável relevância a função dos princípios constitucionais, e isso porque se lhes atribuem variadíssimas missões. Na verdade, como já acentuou reconhecida doutrina, tais princípios "expressam a axiologia normativa superior e unificadora do sistema jurídico" e, além disso, "dão coerência ao ordenamento legal"[19]. Por outro lado, fixam condições e limitações à atuação dos três Poderes da República, bem como estabelecem os parâmetros para a hermenêutica jurídica, tanto no terreno da interpretação, como no da aplicação das normas do direito positivo.

Tantos são os princípios contemplados na Constituição, que os estudiosos têm encetado ingentes esforços para classificá-los, considerando os mais diversos critérios para esse fim.

JORGE MIRANDA, por exemplo, os classifica em: *a*) *princípios axiológicos fundamentais*, aqueles que resultam da passagem do jusnaturalismo para o direito positivo; *b*) *princípios político-constitucionais*, que indicam as opções políticas fundamentais do Constituinte; e *c*) *princípios constitucionais instrumentais*, que alinhavam a estrutura racional e operacional do sistema adotado na Constituição[20].

De outro lado, é tradicional a classificação adotada por JOSÉ AFONSO DA SILVA para agrupar as normas constitucionais de acordo com a densidade de sua eficácia. Para o grande constitucionalista, a Carta inclui *normas de eficácia*

---

18. ANA PAULA DE BARCELLOS, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, Renovar, 2005, pp. 169/170.
19. É a correta observação de FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA, *Por uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade*, Lúmen Júris, 2003, p. 53.
20. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Tomo II, 4ª ed., 2000, pp. 232/233.

plena, *normas de eficácia contida* e *normas de eficácia limitada*, nestas últimas sendo alocados os princípios programáticos[21].

É imperioso reconhecer que toda tentativa de classificação é digna de aplausos: nela tenta o autor encontrar um sistema dentro do qual se identifiquem nitidamente as categorias classificadas. Não obstante, impõe-se também admitir que usualmente as classificações apresentam fatores de exceção, e estes, como é lógico, costumam retirar o nível de exatidão de que aquelas se revestem.

Todavia, parece adequado ao presente estudo invocar a conhecida classificação dos princípios (e das normas em geral) em *explícitos* e *implícitos*. Malgrado a diversidade de critérios distintivos, não é errôneo afirmar que explícitos são os princípios que se apresentam no texto constitucional com conteúdo próprio e ostensivo, enquanto que os implícitos são os que emanam do sistema normativo da Constituição por força de interpretação lógico-sistemática. O Constituinte, reconhecendo que os princípios explícitos não podem exaurir a sua tipologia, admitiu, no art. 5º, § 2º, que outros pudessem ser extraídos do contexto global da Constituição; esses é que constituem os princípios implícitos. Não é importante, *a priori*, que se aponte quais são eles; importante, de fato, é reconhecer-lhes a existência, a eficácia e a aplicabilidade.

Deparamos, no texto constitucional, princípios explícitos, porque transparecem da norma. Outros até se expressam por meio do vocábulo "*princípio*", como os do art. 37, *caput*, da CF. E, finalmente, outros que ressaem das entrelinhas constitucionais, dos bastidores da volição do Constituinte, e esses são os implícitos.

Embora lhe seja, mais adiante, destinado um tópico específico, merece ser antecipada a afirmação de que o princípio da proporcionalidade não se enquadra entre os princípios explícitos, considerando as linhas que o identificam. Resulta, contudo, do sistema constitucional e particularmente de alguns preceitos constitucionais de cunho fundamental, como, por exemplo, o relativo ao Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), aos direitos fundamentais (art. 5º) e a outros congêneres. Diversa, portanto, a *sedes materiae* do mencionado princípio[22].

4. MOTIVO E OBJETO EXPROPRIATÓRIOS

A desapropriação não pode ser implementada sem que o expropriante indique claramente as razões por que pretende fazê-lo (*motivo*). Atingindo diretamente o direito de propriedade, somente pode legitimar-se ante justificativas em função das quais se revele presente o interesse público. De outro

---

21. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Malheiros, 3ª ed., 1999, pp. 88/166.
22. FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA, ob. cit., pág. 109.

lado, cabe ao expropriante deixar registrado o objeto da desapropriação, ou seja, o que intenta fazer em decorrência da providência adotada (*objeto*).

No que concerne ao motivo da desapropriação, avulta examinar três aspectos. O primeiro deles consiste na existência do pressuposto constitucional: sem este a desapropriação padece de fundamento constitucional. O segundo corresponde à previsão legal. O último constitui as razões da medida administrativa a ser implementada em virtude de ter sido desapropriado o bem.

Os pressupostos constitucionais são aquelas situações genéricas apontadas na Constituição ante cuja ocorrência se permite a desapropriação. Trata-se de motivo traduzido por verdadeiros requisitos constitucionais, como sempre ensinou a doutrina clássica[23]. Para que se legitime a desapropriação ordinária, cumpre esteja presente situação de utilidade ou necessidade pública, ou de interesse social, como está expresso no art. 5°, XXIV, da CF. No caso da desapropriação urbanística sancionatória, urge que o Município já tenha adotado previamente algumas medidas urbanísticas e que o proprietário permaneça recalcitrante no cumprimento das obrigações urbanísticas que lhe foram impostas[24]. O mesmo sucede nas demais hipóteses expropriatórias: a Constituição sempre indica o motivo genérico, que, em última instância, significa a *causa remota* da desapropriação.

Não obstante, tendo em vista o cunho genérico dos pressupostos constitucionais, coube ao legislador definir, mais concretamente, as situações fáticas que neles poderiam enquadrar-se, e isso porque, a não ser assim, o espectro de possibilidades do administrador público ficaria muito além do círculo de sua competência[25]. Por tal razão, o art. 5°, XXIV, da CF, foi regulamentado pelo Dec.-lei 3.365/41, para os casos de utilidade pública (incluindo-se aí os de necessidade pública), e pela Lei n° 4.132/62, que enumerou os casos de interesse social.

Desse modo, quando se analisa o art. 5° do Dec.-lei 3.365/41, que relaciona os casos de utilidade pública para fins expropriatórios, pode concluir-se que o legislador preferiu limitar a opção do administrador público, vinculando-o especificamente às hipóteses que a lei *considerou* como de utilidade pública (*presunção legal*). Não resulta daí garantia integral para o proprietário, mas, sem dúvida, a relação serve para excluir situações fáticas que nela não são contempladas[26].

Ainda no que concerne ao motivo, será também necessário averiguar qual a *razão imediata* geradora da providência administrativa concreta que mobilizou o administrador a promover a desapropriação (motivo fático), vale

---

23. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 29ª ed., 2004, p. 584.
24. Art. 182, § 4°, III, CF.
25. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 9ª ed., 2008, p. 331.
26. JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, RT, 2ª ed., 1992, p. 124.

dizer, o que pretende edificar, ou que obra urbana deseja realizar, e assim por diante.

Infere-se, por conseguinte, que, ao investigar o *motivo* expropriatório, o intérprete precisa transportar-se por três planos nessa *cadeia causal*. Primeiramente, os pressupostos constitucionais, que são a causa remota. Depois, a situação que a lei contemplou. E, por último, a providência a ser tomada pela Administração. No caso, por exemplo, da abertura de uma rodovia, tem-se que identificar: 1°) a utilidade pública resultante da melhoria da malha rodoviária (*pressuposto constitucional*); 2°) a previsão legal da desapropriação, no caso *"a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos"* (*motivo legal*)[27]; 3°) as razões concretas para a abertura daquela rodovia programada, com todos os elementos descritivos, vale dizer, em tal lugar, com tal extensão (*motivo fático*).

Quanto ao objeto, que retrata a efetiva providência que a Administração pretende implementar após ser ultimada a desapropriação, é cabível que o intérprete e o operador do direito atentem para sua real necessidade ou utilidade, investigando se a referida providência se compatibiliza com o interesse público.

Nesse ponto, é fundamental o exame da *teoria da congruência*, segundo a qual a legitimidade dos atos e procedimentos administrativos reclama a inteira consonância entre as razões constitutivas do motivo, de um lado, e o objeto, ou seja, a providência almejada pela Administração, de outro. É inesquecível a lição de MARCELO CAETANO quanto a esse aspecto: ao tratar dos *motivos*, afirma que a fundamentação deve ser "congruente, isto é, os motivos devem aparecer como premissas donde se extraia logicamente a conclusão, que é a decisão", assentando que, se há contradição entre elas, "essa incongruência não pode deixar de influenciar na validade do ato"[28].

Pelo fato de atingir frontalmente direito fundamental, no caso o de propriedade, afigura-se indispensável que no acurado exame do processo expropriatório, seja examinada minuciosa e criteriosamente a *motivação* do administrador ou, em outras palavras, o que o terá impulsionado para promover a desapropriação. Logicamente, jamais servirá aceitar-se, como razão do processo, os atributos da *conveniência* e *oportunidade*, como já consignou reconhecida autoridade na matéria[29], e isso porque a fluidez e imprecisão que os caracteriza podem facilmente mascarar, em seu revestimento extrínseco, razões escusas e ilegítimas. Daí a importância de ser perscrutada a essência de tais razões.

De fato, não é fácil concretizar conceitos jurídicos indeterminados. Por serem indeterminados, propiciam condutas arbitrárias de alguns adminis-

---

27. Art. 5°, *i*, DL 3.365/41.
28. MARCELO CAETANO, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, Forense, 1977, p. 148.
29. JUAREZ FREITAS, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, Malheiros, 3ª ed., 2004, p. 261.

tradores públicos. Assim, cresce a tendência moderna de aferir o âmago da vontade administrativa, devendo buscar-se incessantemente os fins estatais que efetivamente se alojem no conceito de *utilidade pública*[30].

5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Toda a doutrina moderna tem estudado e desenvolvido a aplicação do princípio da proporcionalidade, não somente no Direito Administrativo, mas também nos demais ramos do direito. Sua configuração guardou perfeita harmonia com as tendências atuais de delimitar a atuação dos órgãos administrativos e impedir o cometimento de condutas abusivas, nem sempre facilmente identificáveis.

Entretanto, a necessidade de proporcionalizar causas e efeitos já era matéria examinada no âmbito do poder de polícia, e a respeito dela já registrava HELY LOPES MEIRELLES: "A *proporcionalidade* entre a restrição imposta pela Administração e o benefício social que se tem em vista, sim, constitui requisito específico para validade do ato de polícia...", rematando: "Sacrificar um direito ou uma liberdade do indivíduo sem vantagem para a coletividade invalida o fundamento social do ato de polícia, pela desproporcionalidade da medida"[31].

De nossa parte, endossamos tal orientação e, ao tratarmos do poder de coerção próprio do poder de polícia, consignamos: "Realmente, não se pode conceber que a coerção seja utilizada indevidamente pelos agentes administrativos, o que ocorreria, por exemplo, se usada onde não houvesse necessidade"[32].

Sem embargo das múltiplas definições oferecidas pelos estudiosos, cada um deles procurando realçar determinado vetor, pode afirmar-se, com singeleza, embora objetivamente, que o princípio da proporcionalidade é aquele que reclama um padrão médio de compatibilidade entre os motivos do agente público e o objeto de sua atuação, permitindo-se ao intérprete desconsiderar a conduta quando evidente e irrazoavelmente incompatível essa relação. A idéia central do princípio, pois, não apresenta qualquer mistério que afugente o exegeta.

O princípio decompõe-se em três aspectos (por alguns denominados de *subprincípios*) que formam seu lineamento. O primeiro deles é a *adequação*, pela qual se verifica se a conduta tem aptidão para alcançar os fins a que se destinou. O segundo é a *exigibilidade* (ou *necessidade*), significando que o Poder Público, entre várias alternativas para chegar ao resultado, deve optar pela

---

30. ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado*, cit., vol. II, p. 331.
31. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 139.
32. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual*, cit., p. 83.

menos gravosa para a pessoa. O último é a *proporcionalidade em sentido estrito*, pela qual se afere a relação custo-benefício da conduta, vale dizer, exige-se a verificação de que o gravame não é excessivo diante da vantagem obtida com o resultado[33].

Não há qualquer dúvida de que a aplicação do princípio da proporcionalidade reduz o âmbito de liberdade do administrador público no que toca à prática de atos administrativos, sobretudo aqueles em que a lei lhe confere o poder de discricionariedade. Observe-se, contudo, que não se trata de instrumento que oponha barreiras ao exercício da função administrativa, e nem poderia sê-lo, na medida em que ela é desempenhada em prol dos administrados. Seu escopo, ao contrário, é o de impedir que tal função seja exercida de forma abusiva e, o que é mais grave (e freqüente), com falso revestimento de legalidade. Configura-se, pois, como verdadeiro mecanismo de controle dos atos discricionários, exatamente aqueles em função dos quais foram cometidas irreparáveis arbitrariedades.

Por conseguinte, é acertada a observação de que "como algo mais do que vedação de excessos, exige, portanto, uma constante ponderação do administrador público e de quem controla seus atos, contratos e procedimentos"[34]. Significa que o administrador público nem pode conduzir-se com doloso desvio de finalidade, nem pode deixar de valorar sua conduta com os elementos que compõem o princípio da proporcionalidade. Isso demonstra que não pode atuar como mero autômato: na verdade, representa os interesses da coletividade e, sendo assim, cabe-lhe realmente adotar todas as providências para que sua conduta não sacrifique desnecessariamente direitos dos administrados.

Nunca é demais acentuar que os poderes administrativos são conferidos aos administradores públicos para a consecução dos fins constitucionais. "Portanto, suas prerrogativas", como já averbou, com razão, estudioso da matéria, "possuem uma característica dúplice: um caráter de império e um caráter de obrigação"[35]. Infere-se, desse modo, que jamais terá o administrador público inteira e total liberdade de desempenhar sua função; trata-se de situação que renderia ensejo à prática do arbítrio, com usual violação aos direitos dos administrados. Sua atuação, assim, há de desenvolver-se apenas dentro dos *standards* que corresponderem efetivamente aos poderes que a lei lhe conferiu. Essa é a legitimidade que se espera de sua atuação.

As linhas que demarcam o princípio da proporcionalidade, no entanto, não têm sido examinadas, como regra, em relação ao instituto da desapropriação. Não obstante, tal exame terá inteiro cabimento e pertinência, mormente porque a desapropriação representa a mais drástica arma empregada pelo

---

33. Vide a respeito DANIEL SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Lumen Juris, 2000, pp. 87/89.
34. JUAREZ FREITAS, *O Controle...* cit., p. 40.
35. É como anota FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA, *Por uma Teoria...*cit., p. 131.

Poder Público para atingir o direito de propriedade. E isso se faz mais necessário ainda, na medida em que o procedimento expropriatório é agasalhado na legislação como ensejador de soluções rápidas em favor do expropriante, quase sempre deixando o titular da propriedade sem meios para defender-se contra o Leviatã. Se é verdade que o proprietário, às vezes, usa de sua defesa para procrastinar o andamento de processos, não é menos verdadeiro que, em outras situações, a defesa pode demonstrar a ilegitimidade da ação estatal.

Daí a necessidade de, sucintamente, alinhavar-se algum comentário sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no que tange à desapropriação.

6. CONTROLE EXPROPRIATÓRIO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A se admitir que a Administração decline vagamente a existência de utilidade pública para fins de desapropriação e que, também vagamente, sinalize que o embasamento legal se situa, por exemplo, no art. 5º, *e*, do Dec.-lei 3.365/41 (criação e melhoramento de centros de população), nenhuma garantia seria atribuída ao proprietário. A razão é simples: por trás dessas justificativas bem pode haver arbitrariedade por parte do expropriante. Fica evidente, assim, a necessidade de o intérprete afastar-se dos *motivos genéricos* (*motivos de primeiro e de segundo planos*) para centrar-se no *motivo real*, ou seja, naquela justificativa que efetivamente mobilizou a intenção do administrador público de promover a desapropriação.

Não bastam, entretanto, os enquadramentos constitucional e legal. Por sua generalidade, são eles inidôneos para propiciar a busca da *verdade real* da Administração. Cabe então examinar a *providência administrativa concreta* a ser implementada após ultimada a desapropriação (*motivo de terceiro plano*). É a verificação desse motivo que permite a constatação do elemento impulsionador da vontade administrativa.

Toda essa análise encontra ressonância no próprio instituto da desapropriação. Longe estamos de admitir qualquer ingerência na atividade do administrador público. Pretende-se apenas impedir que aspectos meramente formais sirvam de valhacouto para condutas arbitrárias e ilegais da Administração, com prejuízos normalmente irreparáveis para o titular do domínio – o qual, como já se viu, também é alvo da tutela constitucional relativamente aos direitos fundamentais.

Aliás, mais do que pertinente é a lição do saudoso SEABRA FAGUNDES: "Em vista disso, o direito de desapropriação, do modo por que hoje se apresenta, rigorosamente delimitado pelo Direito Positivo, pode ser considerado, do ponto de vista histórico, como uma garantia assegurada ao direito privado de propriedade". Completa seu pensamento, com a afirmação: "Condicionando-se a subsistência da propriedade particular ao interesse coletivo, se lhe criam

restrições, mas, por outro lado, pondo-se limites à ação desapropriadora do Estado, se lhe assegura relativa intangibilidade"[36].

O controle expropriatório, todavia, não mais pode cingir-se à constatação da *veracidade administrativa*, isto é, à verificação da existência, ou não, de motivos verídicos, sejam eles próximos ou remotos. Se essa verificação se reveste de importância, idêntica importância revela-se, da mesma forma, a verificação da *proporcionalidade entre as causas e o objeto da desapropriação*. Não se trata meramente de investigar a *existência* do motivo; cuida-se de um *plus*: analisar se as causas que conduziram a vontade do administrador estão condizentes com a providência alvitrada pelo expropriante. Em outras palavras, cumpre examinar se estão presentes os elementos que compõem o princípio da proporcionalidade, dentro do processo expropriatório.

É preciso, pois, distinguir: o controle da *existência* e da *veracidade* do motivo e do objeto expropriatórios é uma coisa; o controle da *adequação* do processo de desapropriação aos fins desejados pelo Poder Público é outra inteiramente diversa. É justamente em relação a esta última hipótese que se afigura necessário aplicar-se o princípio da proporcionalidade. Na verdade, pode haver existência e veracidade dos motivos e do objeto, sem que esteja presente a proporcionalidade da conduta administrativa.

Reconhecida doutrina já assentou que, sob o influxo do princípio da proporcionalidade, o poder retrata o dever de agir e de impedir a omissão, "de maneira a universalizar a coexistência proporcional das múltiplas liberdades e propriedades"[37]. Resulta, pois, que, sendo suficiente a servidão administrativa, não há por que ser promovida a desapropriação.

Torna-se necessário, portanto, proceder à análise de forma pontual, vale dizer, à medida que surge a hipótese concreta sob apreciação. Cada hipótese tem suas linhas particulares, de modo que é à luz do que elas registram que o intérprete deve concentrar-se. Por esse motivo é que a razoabilidade (e também a proporcionalidade) só estará presente se houver um correto enquadramento dos motivos, exigindo-se sejam eles adequados às finalidades administrativas[38].

O controle expropriatório exercido pela aplicação do princípio da proporcionalidade reclamará o exame dos três elementos componentes do princípio.

Primeiramente, caberá ao intérprete verificar se a desapropriação condiz com o componente da *adequação*. Aqui é preciso analisar se o motivo da desapropriação guarda consonância com os fins almejados pela Administração. Um exemplo pode esclarecer essa forma de controle. Se o Poder Público apon-

---

36. M. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Forense, 5ª ed., 1979, p. 333.
37. JUAREZ FREITAS, *O Controle*...cit., p. 40.
38. INERE PATRÍCIA NOHARA, *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos*, Atlas, 2006, p. 157.

ta como motivo expropriatório a necessidade de dividir uma área em terrenos menores para oferecê-la a possuidores, sendo essa área incluída em região de proteção ambiental, ausente estará a adequação, porque o motivo invocado pelo administrador não se mostra adequado ao fim por ele pretendido. Desse modo, embora possa estar formalmente legitimada, a desapropriação, na referida hipótese, ofende o princípio da proporcionalidade, devendo ser anulada ou, se for o caso, interrompida.

O segundo aspecto a ser analisado é o relativo à *exigibilidade*, que, como visto acima, tem o sentido de considerar abusiva a conduta administrativa de caráter restritivo quando a restrição provocar maior gravame aos indivíduos do que a Administração precisaria para alcançar a sua finalidade. Em outras palavras, a meta administrativa deve ser perseguida com a menor densidade possível do ônus a ser imposto aos indivíduos. É nesse aspecto específico que se vislumbra a proporcionalidade reclamada na ação administrativa.

Sirva de exemplo para a ofensa ao princípio, no que tange ao componente da exigibilidade, a desapropriação processada com o objetivo de instalação de equipamentos técnicos para certo serviço público, quando para esse objetivo seria bastante a imposição de servidão administrativa. Este instrumento, cujo ônus para o proprietário tem menor densidade, seria suficiente para o fim administrativo, sendo, portanto, excessivo o recurso ao processo expropriatório. No fundo, pretende-se evitar que o emprego do poder administrativo traduza mero desprezo aos bens particulares afetados, numa conduta de total insensibilidade perante o direito dos administrados.

O último componente do princípio a ser verificado reside na *proporcionalidade em sentido estrito*, devendo ser observado se as vantagens a serem obtidas pela conduta administrativa superam efetivamente as desvantagens. De fato, a vantagem por si só não indica que tenha que ser conquistada de qualquer modo. Afinal, se, em certa ação, desvantagens têm maior densidade que as vantagens, estas acabam por converter-se naquelas. Nesse ponto, assiste razão a Canotilho: "Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim"[39].

Vulnerado estaria esse componente, por exemplo, se a desapropriação tivesse por alvo a instalação de equipamentos de diversão infantil em local ocupado por vários proprietários de baixa renda. As desvantagens relativas à perda desses proprietários em muito superariam as vantagens decorrentes do objetivo alvitrado pela Administração, sobretudo quando se pode supor que esse objetivo poderia ser alcançado em outros locais. Haveria, por conseguinte, nítida violação ao princípio da proporcionalidade.

---

39. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 3ª ed., 1998, p. 265.

Todos esses componentes (ou subprincípios) do princípio da proporcionalidade devem ser ponderados em qualquer desapropriação. Somente assim será relegado a segundo plano o revestimento meramente formal da desapropriação — elemento de grande poder indutivo — para ser levado em conta o outro direito protegido em sede constitucional: o direito de propriedade. Sem a ponderação de todos esses aspectos, estará o intérprete admitindo sempre a prevalência do direito estatal expropriatório em detrimento do direito de propriedade, esquecendo-se decerto que o primeiro representa a interface deste último.

É certo que a doutrina clássica nunca deixou de considerar a sindicabilidade do motivo e do objeto na desapropriação, bem como dos demais requisitos de validade dos atos administrativos em geral. Assim, era possível perscrutar-se a ilegalidade pelo exame do agente e da forma, e também do objeto, dos motivos e da finalidade[40]. Contudo, controle dessa natureza não abrange todos os elementos suscetíveis de ponderação. Essa é a razão por que se tem desenvolvido a aplicação do princípio da proporcionalidade: por meio dele é possível espiolhar todos os elementos do processo expropriatório e principalmente levar em consideração outros princípios com os quais o da desapropriação possa colidir.

Da mesma forma, é certo que os estudiosos antecipavam a eventualidade da prática de *desvio de finalidade*, este considerado o comportamento que, com aparência de legítimo, retrata a real intenção de favorecer ou prejudicar determinada pessoa. Merece endosso, pois, a advertência de VILLEGAS, segundo o qual esse desvio ocorre "*cuando resulta claro y manifesto que el Estado, so color del ejercício del poder expropriatório, lo que realmente hace es quitar a una persona la cosa de que es propietaria para dársela a otra, em su exclusivo provecho patrimonial, como dádiva, es decir, sin beneficio público alguno*"[41].

Entretanto, mesmo sendo reconhecido que o desvio de finalidade se revela por meros indícios denunciadores, e quase nunca por comprovação ostensiva, ainda assim o controle sobre tal ilegalidade tem menor amplitude do que o exercido pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Neste o foco não é o exame da legalidade estrita, mas sim da *legitimidade genérica*, por meio da qual não bastam os suportes fático-reais de análise, tendo o intérprete que socorrer-se da ponderação de valores, que permite o exame do âmago do ato, isto é, de seu centro vital[42].

Pode mesmo afirmar-se, sem medo de errar, que a aplicação do princípio se configura como poderoso instrumento de proteção a direitos e garantias fundamentais no confronto com as ações e os procedimentos da Administração Pública.

---

40. JOSÉ CRETELLA JUNIOR, *Comentários às Leis de Desapropriação*, José Bushatsky, 2ª ed., 1976, pp. 215/217.
41. A. WALTER VILLEGAS, *Régimen Jurídico de la Expropiación*, Depalma, B. Aires, 1973, pp. 46/47.
42. FÁBIO CORRÊA SOUZA DE OLIVEIRA, *Por uma Teoria*...cit., pp. 209/210.

7. UM CASO EMBLEMÁTICO

As idéias, como regra, consubstanciam-se no terreno das abstrações e, por isso mesmo, os casos concretos a serem nelas subsumidos não assumem expressiva relevância; apenas se estuda seu enquadramento ou não. Mas, em certas situações, não parece despiciendo mencioná-los, mormente quando altamente questionáveis e inusitados.

Necessitando ampliar os espaços para instalar seus órgãos, dado o crescimento de seus misteres legais, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, obviamente personalizada pelo respectivo ente federativo, ajuizou ação de desapropriação de um prédio comercial no centro urbano da cidade do Rio de Janeiro, prédio esse totalmente ocupado por instituições financeiras, estabelecimentos comerciais, profissionais de diversos setores de prestação de serviços (advogados, contadores, etc.) – alguns deles proprietários e outros locatários. Enfim, um prédio comercial dentre tantos outros situados no perímetro urbano[43].

Todos sabem que os expedientes adotados pelo Poder Público para ampliar os espaços de suas repartições são de variada natureza. Os órgãos estatais procuram fazer permutas, alugar espaços, firmar cessões de uso, postular a ocupação de salas, andares e prédios desativados, ou até mesmo construir prédios próprios para instalar seus serviços; no máximo, chegam à desapropriação de terrenos ou áreas livres. Entretanto, nunca (ou, ao menos, quase nunca) recorrem à desapropriação de prédios utilizados por pessoas profissionais do setor privado. Simples lógica explica o fato: desapropriação desse tipo produz gravames despropositados aos usuários do edifício comercial, além de denunciar atividade notoriamente egoística por parte do Poder Público.

Sobre esse fato, tivemos a oportunidade de consignar que não se pode dissociar a finalidade (no caso, a destinação do prédio) dos motivos que conduziram à decisão de desapropriar. Na verdade, seria necessário conhecer, de modo translúcido, qual a justificativa para a escolha exatamente *daquele edifício*. Aditamos, ainda, a particularidade de que, em casos como esse, há de exigir-se a *inversão da prova*, vale dizer, a imposição no sentido de que o expropriante esclareça qual a justificativa para que exatamente *aquele prédio* fosse o objeto da desapropriação[44].

Em nosso juízo, tal hipótese retrata abuso de poder e evidente ofensa ao princípio da proporcionalidade. Essa a razão de termos afirmado ser "absolutamente ilegítimo que, para expandir sua área administrativa, o Poder Público simplesmente faça recair sua escolha em edifício comercial no centro da

---

43. Proc. nº 2008.001.085808-2, da 3ª Vara de Fazenda da Capital do Rio de Janeiro.
44. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual* cit., p. 776.

cidade, cujos usuários e proprietários estejam em pleno exercício de suas atividades profissionais, sobretudo quando há solução menos gravosa para os administrados" – premissa que nos fez concluir ter sido realmente vulnerado o aludido princípio[45].

Com efeito, o problema a ser enfrentado nesse caso é o de que, formalmente, a desapropriação é escorreita: na verdade, presentes estão os motivos de três planos: o pressuposto constitucional, o enquadramento da lei expropriatória e a justificativa genérica da providência a ser adotada no edifício. Todavia, ao recorrer-se à aplicação do princípio da proporcionalidade, infere-se, com facilidade, ser totalmente ilegítima a desapropriação na hipótese.

Se analisarmos os subprincípios da proporcionalidade, apenas um deles poderá considerar-se presente: a *adequação*, com o sentido de que a desapropriação, em tese, constitui meio adequado para alcançar o fim administrativo, no caso a expansão dos espaços do órgão em foco.

Faltantes, porém, estarão os demais. Assim é que, para o fim alvitrado pelo Estado do Rio de Janeiro, o emprego ao instituto da desapropriação foi desproporcionalmente gravoso aos proprietários e usuários do edifício desapropriado, relativamente à meta de ampliar espaços administrativos. De fato, não há qualquer indício de bom-senso nesse tipo de ação. A conclusão, pois, é a de que não se encontra o componente da *exigibilidade*, que leva em consideração a dimensão do gravame imposto aos administrados.

Ademais, ausente também está o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, que resulta da ponderação entre as vantagens e desvantagens da ação administrativa. Ao sopesar-se os valores em jogo, qualquer intérprete terá por certo que as desvantagens decorrentes da desapropriação superam em muito as vantagens dela derivadas: se é importante ampliar espaços administrativos, muito mais o é resguardar-se o direito de proprietários em relação a sua propriedade e de profissionais em relação a seu trabalho – ambos valores de indiscutível fundamento constitucional.

Embora os prejudicados se tivessem insurgido contra semelhante processo, a verdade é que a desapropriação, em regra, traduz mecanismo pelo qual o Estado "atropela" os proprietários, ficando estes praticamente inermes diante do poderoso instrumental público, constantemente pleno de prerrogativas e quase despido de deveres, ônus e obrigações.

Isso sem contar com o precedente. Com efeito, seria de indagar-se que tipo de segurança podem ter os titulares do direito de propriedade e os profissionais em geral se o Estado decide, *aleatoriamente*, desapropriar outros edifícios comerciais ou residenciais, sem qualquer critério técnico ou administrativo, simplesmente porque a edificação se situa no centro urbano da cidade. Viveriam todos certamente sob a espada de Dâmocles...

---

45. Ob. e *loc. cit.*

O fato é que, analisada sob o manto do princípio da proporcionalidade, a hipótese ora referida estaria a desafiar a anulação da desapropriação ou, ao menos, a interrupção do processo expropriatório, o que resultaria, sem dúvida, da sindicabilidade judicial sobre a legitimidade da ação administrativa. Refoge ao presente trabalho estudar a forma de enfrentamento da desapropriação, mas o foco da ilegalidade (na essência, e não na forma) é o decreto expropriatório – ato pelo qual o Poder Público declara a utilidade pública ou o interesse social para a desapropriação. É nesse ato, que, por sua vez, emana de um processo administrativo — em cujos elementos pode deter-se o intérprete – que será encontrada decerto a prova da ofensa à proporcionalidade.

Avulta aqui tomar de empréstimo a lição de JUAREZ FREITAS: "Em país assimétrico, mostra-se vital que o Estado garanta a proteção efetiva ao núcleo dos direitos fundamentais de todas as gerações"[46]. Permitimo-nos acrescentar: é que, quando se protege o *núcleo*, protegem-se também as suas decorrências.

8. CONCLUSÃO

O presente trabalho firmou como premissa o fato de que a desapropriação, direito público estatal, pode conter abuso de poder, por excesso ou desvio, tanto de modo ostensivo, quanto de modo simulado.

Impõe-se, portanto, exercer controle rigoroso sobre todos os elementos expropriatórios, principalmente porque o princípio garantidor da desapropriação entra em rota de colisão com o princípio fundamental da garantia da propriedade.

Quando são ostensivos os vícios de legalidade, o controle é facilitado pela imediata localização dos elementos contaminados, de modo que haverá menos complexidade no que toca ao eventual desfecho anulatório.

Entretanto, esse controle não é suficiente, e escapa a algumas ilegalidades dissimuladas. Para se exercer controle eficiente sobre esse tipo de ilegalidade, cumpre recorrer ao princípio da proporcionalidade, que propicia a investigação da essência dos motivos e dos fins administrativos, adequando-os à realidade peculiar àquela situação específica.

Mediante a verificação dos componentes do princípio – adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito – pode o intérprete inferir que, malgrado a aparente legitimidade formal do processo expropriatório, o Poder Público poderá ter vulnerado a proporcionalidade e a ponderação de valores que se reclamam em todas as suas condutas, mormente quando em jogo direitos dos administrados.

---

46. JUAREZ FREITAS, *O Controle...*, cit., p. 41.

Ofende o princípio da proporcionalidade a desapropriação, por utilidade pública, de edifício comercial no centro urbano para ampliação de espaço destinado à instalação de órgãos administrativos, sem que a Administração indique, de forma clara, as razões da escolha *daquele* edifício e *daquela* rua, e isso porque a ação administrativa causa profundo gravame aos proprietários e usuários de salas e grupos de salas, todas estas ocupadas por profissionais dos mais diversos setores. Cabe à Administração apontar que vantagens podem superar as desvantagens desse imenso prejuízo aos administrados, pena de considerar-se ilegítima a desapropriação. Oportuno aqui o adágio romano: "*Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem*"[47].

Por fim, cabe lembrar que a desapropriação não pode remeter apenas à idéia do poder que se assegura ao Estado de suprimir o direito de propriedade; deve remeter também à garantia constitucional da propriedade – esta, na verdade, a interface do direito estatal.

47. "Por direito da natureza é justo que ninguém se locuplete com prejuízo e dano de outrem".

9. BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 3ª ed., 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20ª ed., 2008.

_____. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 1994.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários às Leis de Desapropriação*. Rio de Janeiro: José Bushatsky, 2ª ed., 1976.

FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed., 1979.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1989.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 9ª ed., 2008.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2006.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, Rio de Janeiro: Forense, tomo I, 1962.

LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevidéu: Daniel Martins, tomo II, 3ª ed., 1974.

LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*. Paris: LGDF, 10ª ed., 1976.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 29ª ed., 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 25ª ed., 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Univer. Católica Portuguesa, Tomo II, 4ª ed., 2000.

NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos.* São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à luz da Doutrina e da Jurisprudência.* São Paulo: RT, 2ª ed., 1992.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 20ª ed., 2002.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação.* São Paulo: RT, 1990.

VILLEGAS, A. Walter. *Régimen Jurídico de la Expropriación.* Buenos Aires: Depalma, 1973.

MODIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO SOBRE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO JUNTO AO CADE – A RECENTE ALTERAÇÃO DO ART. 53 DA LEI N. 8.884/94

JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA *

No processo administrativo para a verificação de infração à ordem econômica, prevê o art. 53 da Lei n. 8.884/94 a possibilidade de o investigado, em qualquer fase desse processo, celebrar com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ou com a Secretaria de Direito Econômico (SDE), *ad referendum* do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação. Esse compromisso não importa em confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

O objetivo do instituto é funcionar como um incentivo ao investigado (que deve comprometer-se a cessar a prática do ato em investigação) em não correr o risco de sofrer penalidade imposta pelo CADE por suposta violação da ordem econômica.

Com o advento da Lei n. 11.482, de 31 de maio de 2007, o art. 53 da Lei n. 8.884 ficou alterado para *permitir (e regular) a realização de termo de compromisso de cessação em caso de investigações de condutas consideradas mais lesivas, por produzir efeitos mais deletérios ao mercado. Assim, a nova redação do art. 53 da Lei n. 8.884/94 não mais impede a realização de termo de cessação de conduta em qualquer caso, como ocorria anteriormente para os processos de investigação de cartel, tida como a conduta mais grave de infração da ordem econômica.*

Desde então, é possível afirmar que, em qualquer das espécies de processo administrativo, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

A lei estabelece, ainda, que deverão constar os seguintes elementos do termo de compromisso:

---

* Advogado e Professor de Direito Comercial e de Direito Tributário no Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

a) especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos e obrigações que julgar cabíveis;

b) fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

c) fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, quando cabível.

Para o caso de investigação, contudo, da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incs. I ("fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços"), II ("obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes"), III ("dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários") ou VIII ("combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa") do *caput* do art. 21 da Lei n. 8.884/94 (ou seja, casos de cartel, repise-se, considerado como produtor dos efeitos mais sérios e deletérios ao mercado), entre os elementos citados, *figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 da Lei.*

Uma vez firmado o compromisso de cessação, enquanto as obrigações dele constantes forem cumpridas, o processo fica suspenso em relação ao representado que tenha firmado o compromisso. Atendidas todas as condições lá estabelecidas, o processo é arquivado.

A alteração legislativa em questão já produziu efeitos, pois o CADE, recentemente, celebrou dois compromissos de cessação em processos de investigação de cartel (denominados "cartel dos frigoríficos" e "cartel do cimento"), envolvendo um investigado em cada um desses processos.

Maio de 2008

PROCESSO PENAL E GESTÃO DA PROVA – OS NOVOS ARTs. 155 e 156 DO CÓDIGO REFORMADO (LEI nº 11.690/08)

MARCELO LESSA BASTOS *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Situando a discussão. 3. Os dispositivos em análise e sua interpretação. 3.1 A prova do estado das pessoas; 3.2 A formação do convencimento do Juiz a partir da prova produzida em contraditório; 3.3 Atuação de ofício do Juiz na produção de provas. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Sem maiores pretensões, registram-se, neste primeiro ensaio, as catecúmenas impressões tiradas dos novos arts. 155 e 156 do Código de Processo Penal, com a redação trazida pela Lei nº 11.690/08.

Uma breve análise dos mesmos e as repercussões que, segundo se imagina, irão produzir, é o que se pretende com este singelo trabalho, que se inicia situando os antecedentes das discussões doutrinárias que, felizmente, acabaram por não prevalecer, resultando na redação dos dispositivos que ora se comentam: tímida para aqueles que pretendiam ir extremamente longe na repartição da carga dinâmica da prova no curso do processo criminal; mas, no entanto, consoladora para aqueles que não pretendiam ver o Juiz do século XXI transformado em refém da atividade probatória das partes, preso à redoma de uma inércia levada às últimas conseqüências e amarrado em uma toga estilizada à moda "camisa de força".

---

* Doutorando em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho. Mestre em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito de Campos. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

2. SITUANDO A DISCUSSÃO

A Carta de 1988, ao redemocratizar o país, trouxe novas diretrizes no relacionamento do Estado para com o cidadão, diretrizes essas que hão de repercutir nas mais diversas esferas dessa relação, inclusive e, talvez principalmente, na relação processual, em especial de natureza penal.

Ensina RAYMUNDO FAORO, dissertando sobre a transição do capitalismo político para o que denomina capitalismo moderno:

> "O indivíduo, de súdito, passa a cidadão, com a correspondente mudança de converter-se o Estado, de senhor a servidor, guarda da autonomia do homem livre. A liberdade pessoal, que compreende o poder de dispor da propriedade, de comerciar e produzir, de contratar e contestar, assume o primeiro papel, dogma de direito natural ou da soberania popular, reduzindo o aparelhamento estatal a um mecanismo de garantia do indivíduo. Somente a Lei, como expressão da vontade geral institucionalizada, limitado o Estado a interferências estritamente previstas e mensuráveis na esfera individual, legitima as relações entre os dois setores agora rigidamente separados, controláveis pelas Leis e pelos Juízes"[1].

Costuma-se dizer que o processo penal é o "sismógrafo" da Constituição, sendo natural que, em períodos de exceção, pautados pelo autoritarismo típico das ditaduras, a preocupação com a efetividade a qualquer preço sacrifique as garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal, ao passo em que, em períodos de normalidade democrática, esses valores tendam a requerer certa primazia, ainda que, com isto, se possa sacrificar a aparente utilidade de um processo rápido e eficaz. O maior desafio do processualista dos dias atuais consiste em, exatamente, fazer a ponderação entre as garantias fundamentais inerentes a um processo penal democrático e a efetividade deste processo, não perdendo de vista que esta também é uma garantia fundamental, como componente do direito de acesso à Justiça e que, uma vez completamente sacrificada, pode conduzir a uma impunidade que, em última análise e a longo prazo, tende a comprometer a própria manutenção do regime democrático que se pretende preservar.

Obnubilados pela messiânica tarefa de tornar o processo penal livre de qualquer ranço de inquisitorialismo, pecado que permeou a Idade Média, muitas vozes se levantaram na Doutrina, no escopo de levar a inércia do Juiz às últimas conseqüências, propondo uma figura passiva, de mero expectador, refém de uma espécie de jogo privado de interesses; tudo a pretexto de não corromper sua imparcialidade. Assim, pretendia-se um Juiz absolutamente alheio à busca da verdade dos fatos que eram postos à sua análise, completa-

---

1. FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1987, v. 2, p. 734.

mente descompromissado com o retrato da vida que fosse representar a sua sentença, que não deveria passar de uma singela crítica literária a um roteiro escrito, protagonizado e dirigido pelas partes litigantes.

Neste sentido: JACINTO NÉLSON DE MIRANDA COUTINHO[2], GILSON BONATO[3], GERALDO PRADO[4], PAULO RANGEL[5], dentre outros, sob os auspícios do grande LUIGI FERRAJOLI:

> "Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos (...) É nessas atividades que se exprimem os diversos estilos processuais: desde o estilo acusatório, em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa, ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com a acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas (...) Igualmente os testemunhos, extorquidos pelo juiz e dotados de valor probatório legal na inquisição, são entregues no processo acusatório exclusivamente à interrogação pelas partes, submetidos ao seu exame cruzado, vinculados à espontaneidade e ao desinteresse das testemunhas, delimitados no objeto e na forma pelas proibições de perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízos de valor. De fato, representam resíduos inquisitórios o interrogatório (a oitiva) das testemunhas pelo juiz (...); a ditadura por parte dele nas atas de interrogatório; o poder ilimitado do juiz de admitir ou não admitir provas e, por fim, aquele substituto moderno da tortura, que é a advertência das testemunhas por meio de incriminação e condenação por falso testemunho ou por silenciarem, salvo retratações"[6].

Na linha do equilíbrio entre um processo garantista e, ao mesmo tempo, efetivo, tentou-se, sem embargo de dotá-lo do perfil de um processo penal de partes (o que implicaria na atribuição de encargos probatórios ao menos ao autor, eis que milita em favor do réu a presunção de não-culpabilidade[7]),

---

2. COUTINHO, Jacintho Nélson de Miranda. O papel do Novo Juiz no Processo Penal. Artigo publicado na obra coletiva *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.
3. BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
4. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
5. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
6. FERRAJOLI, Lugi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 489/490.
7. O estreito âmbito deste ensaio não permite aprofundar na discussão "não-culpabilidade" *x* "inocência", o que demandaria um trabalho específico.

resguardar ao Juiz a possibilidade de uma participação ativa, ainda que supletiva, mas com plenos e eficazes instrumentos para sair em busca da verdade dos fatos que lhes foram postos pelas partes, de modo que pudesse sobre eles pronunciar o direito realmente adequado à espécie (ao que efetivamente se imagina ter acontecido).

Do processo civil vem, aliás, a idéia de que a ação é exercida contra o Estado e este, na medida em que assume o monopólio da jurisdição, vedando que se faça justiça com as próprias mãos, se responsabiliza em prestar a jurisdição de forma satisfatória e efetiva. Não qualquer tipo de jurisdição (como parecem imaginar os messiânicos que querem um Juiz pudico, envolto em uma redoma para não se contaminar com as chagas das partes litigantes); mas aquela que se mostrar adequada à satisfação do direito material posto nas pretensões antagônicas que são submetidas à batuta do Juiz. Sem lhe conferir o poder de instruir o feito de modo a buscar formar seu convencimento o mais próximo possível da realidade dos fatos ocorridos, não se vê como se alcançar a expectativa de uma boa prestação jurisdicional, que do Juiz esperam as partes.

Tais idéias são assim sintetizadas por DARCI GUIMARÃES RIBEIRO:

> *"El monopolio de la jurisdicción es el resultado natural de la formación del Estado que trae consigo consecuencias tanto para los individuos como para el proprio Estado. Para los primeros, alejó definitivamente la possibilidad de reacciones inmediatas por parte de cualquier titular, consecuentemente ellos se encuentran impedidos de actuar privadamente para la realización de sus intereses. Para el segundo, el monopolio creó el deber de prestar la tutela jurisdiccional efetiva a cualquier persona que lo solicite. (El monopolio no crea para el Estado el deber de prestar cualquier tutela jurisdiccional, sino la tutela jurisdiccional apropiada al derecho material que la parte trae a juicio, es decir, el Estado que es titular de la potestad jurisdiccional debe colocar a disposición de los ciudadanos un instrumento (proceso) capaz de amoldarse a los intereses en conflicto, para poder así proporcionar justicia em un tiempo adecuado a los consumidores de los servicios jurisdiccionales, en la feliz óptica de Cappelleti, 'Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero')"*[8].

Não há porque afastar o processo penal das idéias acima delineadas, sendo falsa a percepção de que processo civil e processo penal são sistemas em mão e contra-mão, num dualismo que nega a existência de uma teoria geral do processo. Mão e contra-mão esta que já havia sido objeto de destaque por parte de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA[9]. Dele, aliás, a crítica mais contundente a esta "nova" linha de pensamento doutrinário que, parecendo propor uma espécie de releitura do "Antropocentrismo" em um viés processual ("*Reucentrismo Processual*"?), despreza valores de igual dignidade constituci-

---

8. RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva. Hacia una Teoría Procesal del Derecho*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, pp. 76/77.
9. *Cf.* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo Civil e Processo Penal: mão e contramão? Artigo publicado na *Revista Direito e Cidadania*, nº 7, jul/out 1999, pp. 69/81.

onal como a segurança pública, tutelável somente com um processo efetivo, que busque a verdade dos fatos, para absolver quando tiver que absolver e, da mesma forma e sem nenhuma cerimônia, punir quando tiver que punir:

> "Temos, no particular, a penosa impressão de ver materializar-se aos nossos olhos autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social, que supúnhamos exorcizado há muito tempo e em definitivo. Custa-nos crer que assombrações do gênero possam fazer boa companhia na marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada"[10].

Não havia, como efetivamente não há, a menor razão para se pretender imobilizar o Juiz no tocante à gestão da prova, papel que lhe há de ser reservado, senão como protagonista, ao menos como coadjuvante. Neste sentido, AFRÂNIO SILVA JARDIM[11] e ADA PELLEGRINI GRINOVER[12], esta última exorcizando, de forma magistral, o fantasma de que a busca da prova por parte do Juiz, ainda que subsidiariamente, poderia comprometer-lhe a imparcialidade, a partir do singelo, porém suficiente argumento, de que isto se trata de um grande equívoco, pelo simples fato de que ele, Juiz, não poderia adivinhar o resultado da prova que eventualmente mandou produzir.

A crença de que é possível um sistema acusatório que preserve os poderes do Juiz no que concerne à instrução probatória, inclusive como resultado de uma evolução desse próprio sistema acusatório ao longo do tempo, tem inspiração no magistério de GIOVANNI LEONE:

> *"El origen del sistema acusatorio se vincula a una concepción democrática, y tan es así, que fue adoptado por los antiguos regímenes democráticos y republicanos. Carmignani hace notar que el proceso acusatorio tuvo como 'causa natural e inmediata' el concepto de que en una democracia 'la autoridad soberana está en todos los miembros de la organización política'. (...) El advenimiento del Estado moderno y la necesidad cada vez más sentida de ajustar el proceso penal a la concepción del Estado de derecho, debían, efectivamente, llevar a separar en los dos precedentes sistemas la parte buena y todavía vital de la parte no ya aceptable; bosquejándose así, casi automáticamente, el sistema mixto, que se caracteriza por cualquier 'combinación entre los caracteres del acusatorio y los caracteres del inquisitorio, combinaciones que cabe realizar en los más variados modos' (...) El sistema mixto, que es el vigente, se construye sobre los principios siguientes: a) el proceso no puede nacer sin una acusación; pero ésta sólo puede provenir de un órgano estatal.*

---

10. *Id.*, A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas. Artigo publicado na *Revista Forense*, v. 337, jan/mar 1997, p. 134.
11. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2001; e *Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.
12. GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. Artigo publicado na *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 68, jan/jun 1999, pp. 13/25.

Del proceso acusatorio deriva la necesidad de la separación entre juez y acusador (y de ahí el principio ne procedat iudex ex officio); del proceso inquisitorio deriva la atribución del poder de acusación a un órgano estatal (ministerio público); b) el proceso, de ordinario, se despliega a través de dos fases correspondientes a los dos sistemas opuestos: instrucción, inspirada en el proceso inquisitorio (escritura y secreto); el juicio, inspirado, a su vez, en el proceso acusatorio (contradictorio, oralidad y publicidad); c) la selección de las pruebas, la adquisición y la crítica de ellas, quedan a la libre facultad del juez: nos hallamos, pues, en el campo del sistema inquisitorio"[13].

E total respaldo no grande FREDERICO MARQUES, que afasta categoricamente a preocupação de que conferir poderes instrutórios ao Juiz no curso do processo tenha o condão de comprometer o sistema acusatório:

> "Norteado "no sentido de obter o equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual" (exp. de motivos, nº XVIII), o código de 1941 teve o cuidado de atribuir ao juiz o poder de "determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante" (art. 156) – de esclarecer primeiro que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (art. 156); dessa forma, essa atribuição judiciária assume caráter apenas complementar e supletivo, conforme se lê logo no início do item VII, da exposição de motivos.
>
> Não importa que em seguida venha dito que, havendo "uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*": em face do art. 156, e, tendo em vista a prioridade das normas constitucionais relativas à plenitude da defesa, tal atribuição judiciária tem natureza indiscutivelmente supletiva, não chegando assim a infundir caráter inquisitório ao nosso procedimento"[14].

3. OS DISPOSITIVOS EM ANÁLISE E SUA INTERPRETAÇÃO

Assim ficaram os dispositivos:

> "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

---

13. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963, pp. 23 e 26/27.
14. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. São Paulo: Millennium, 2001, p. 25.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante[15].

A redação anterior, dos então arts. 155, 156 e 157 do Código de Processo Penal, deste modo dispunha:

"Art. 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova"[16].

Pode-se concluir, do cotejo entre a norma anterior e a atual, que as mudanças representaram, em primeiro lugar, uma frustração para os que pretendiam a equivocada "purificação" do sistema acusatório, tolhendo o Juiz de toda e qualquer atividade instrutória[17]. Ainda bem!

3.1 A PROVA DO ESTADO DAS PESSOAS

Lamenta-se a manutenção do primitivo art. 155, agora sob a forma de parágrafo único. Não se concebe, nem quanto ao estado das pessoas, opor restrições a uma prova lícita, o que parece contrariar o comando que, *a contrario sensu*, emerge do art. 5º, LVI, da Constituição Federal[18]. Ora, ainda que diga respeito ao estado das pessoas, desde que a prova produzida nos autos tenha

15. BRASIL, Código de Processo Penal, arts. 155 e 156, com redação determinada pela Lei nº 11.690/08.
16. BRASIL, Código de Processo Penal, em sua redação original.
17. *Cf.* COUTINHO, Jacintho Nélson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Artigo publicado no *IBCCrim*, Boletim nº 188, de julho/2008.
18. BRASIL, Constituição Federal, art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

sido obtida de forma lícita, não há porque se reportar a eventual fórmula prevista na Lei civil que, por sua vez, também não se afina à inteligência do preceito Constitucional em destaque. O dispositivo processual não deveria ter sido reproduzido, de modo a se banir um resquício do antigo e indesejado sistema da prova legal que ainda teima em assombrar o Código de Processo Penal, em afronta ao sistema do livre convencimento, que tinha que reinar absoluto.

3.2 A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUIZ A PARTIR DA PROVA PRODUZIDA EM CONTRADITÓRIO

Por outro lado, em boa hora declara o *caput* do art. 155 que somente a prova produzida em contraditório judicial pode servir para a formação do convencimento do Juiz. O texto que se segue, ao afirmar que o juiz não poderá fundamentar sua decisão "exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação", pode deixar algum clima de suspense no ar, abrindo a brecha para que se venha a sustentar que o fundamento da sentença do Juiz não poderia ser "exclusivo" nos elementos da investigação, como destaca a Lei, mas poder-se-ia buscar "reforço" à prova produzida em contraditório judicial nesses elementos. Tal conclusão, contudo, seria equivocada. Há de primar a primeira parte do dispositivo, que consagra a exclusividade da formação do convencimento do Juiz com base na prova colhida em contraditório judicial ("O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial"), com a única ressalva de somente poderá se valer, ainda que exclusivamente, das "provas cautelares, não repetíveis e antecipadas" produzidas no curso da investigação. Logo, as provas, por assim dizer, ordinariamente produzidas na investigação, que não tenham natureza cautelar, não sejam irrepetíveis e nem antecipadas, não podem servir nem mesmo de reforço à formação do convencimento do Juiz, sendo nula a fundamentação de qualquer sentença que delas se socorrer, ainda que à guisa de complemento da fundamentação calcada na prova colhida em contraditório judicial.

A esta conclusão se pode chegar, também, a partir da interpretação histórica do dispositivo que, na sua redação primitiva, limitava-se a declarar que o Juiz poderia formar sua convicção pela livre apreciação da prova, não especificando nada, sendo que, agora, especifica que prova é esta e quais as únicas ressalvas que são admitidas[19].

O ruim das reformas pontuais é que, quando parte delas entra em vigor e a outra parte não, sempre fica faltando um pedaço, como que numa colcha de retalhos. O art. 7º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, na redação

19. *Cf.* o atual art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, em confronto com o antigo art. 157 do mesmo Código, em sua redação primitiva.

proposta pelo Projeto de Lei nº 4.209/01[20], complementa o dispositivo em comento, de sorte a respaldar a linha aqui defendida, no sentido de que, em que pese o "exclusivamente" inserido de forma temerária ou pelo menos dúbia no novo art. 155 do Código de Processo Penal, certo é que a prova colhida na investigação, afora as ressalvas já apresentadas, jamais poderá servir de base à formação do convencimento do Juiz, ainda que venha somente a reforçar o convencimento já firmado com base na prova colhida no curso contraditório da instrução criminal. Do contrário, restaria arranhado o princípio constitucional do contraditório, evidentemente situado num plano muito superior ao que está situado o malfadado "exclusivamente".

E quais são essas ressalvas, em que se permite ao Juiz formar seu convencimento com base em provas colhidas no curso da investigação preliminar, muitas vezes sem a observância do princípio do contraditório?

São as provas cautelares – aí incluídas, dentre outras, as interceptações telefônicas, cuja colheita, por razões óbvias, não se compatibiliza com o princípio do contraditório em seu viés participativo[21], mas está expressamente ressalvada e portanto possibilitada pelo art. 5º, XII[22], da Constituição Federal, não havendo porque se questionar a validade como prova da conversa interceptada, apta, portanto, a formar o convencimento do Juiz, ainda que isoladamente considerada; as provas não repetíveis – aí incluídos os exames de corpo de delito ordenados durante a investigação, quando os vestígios documentados desaparecerem com o decurso do tempo, de sorte a não permitir que se possa pensar em repetir o exame[23]; e as provas antecipadas – aqui o legislador parece "chover no molhado", porque estas, as provas antecipadas, cuja previsão no Código é antiga (art. 225 do Código de Processo Penal, na redação primitiva ainda), já serão produzidas em contraditório judicial, aplicando-se

---

20. BRASIL, Projeto de Lei nº 4.209/01 – Art. 1º Os dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a seguir mencionados, passam a vigorar com as seguintes alterações: (...) "Art. 7º Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida estritamente necessária à formação do convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem autorizadas pelo juiz. Parágrafo único. Esses elementos não poderão constituir fundamento da sentença, ressalvadas as provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, que serão submetidas a posterior contraditório."
21. *Cf.* BASTOS, Marcelo Lessa, ORÇAI, Marcella Cordeiro. *Exame de Corpo de Delito – o art. 158 do Código de Processo Penal e um releitura à luz do princípio do contraditório e das novas regras do interrogatório (Lei nº 10.792/03). In* XVI Congresso do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI CONPEDI, 2007.
22. BRASIL, Constituição Federal, art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.
23. O que, de certa forma, não deixa de ser uma prova cautelar, ou pelo menos deveria ostentar esta natureza, para que pudesse se justificar como prova definitiva. *Cf.* nota 22 e, também, CORRÊA, Cristiane da Rocha. O Princípio do Contraditório e as Provas Irrepetíveis no Inquérito Policial. Artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 60. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

por analogia os arts. 846/851 do Código de Processo Civil, estando, portanto, perfeitamente compreendidas na primeira parte do novo art. 155 do Código de Processo Penal. Há de se combinar o art. 155, *caput*, parte final, no ponto em que se refere às provas antecipadas, com o art. 156, I, adiante examinado.

Da análise das ressalvas especificadas de forma taxativa no dispositivo em questão se permite concluir que o exame de corpo de delito, feito na fase de investigação, quando puder ser repetido, uma vez não tendo desaparecidos os vestígios deixados pela infração penal (por exemplo: um membro mutilado, uma coisa que ainda permanece quebrada em local preservado, ou mesmo uma arma ainda apreendida cuja eficácia para produzir disparos se questiona), haverá de sê-lo, em contraditório judicial, garantindo-se a plena atuação das partes na formação da prova (contraditório prévio, participativo[24]), inclusive com indicação de assistentes técnicos (art. 159, § 5º, II, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/08[25]), não servindo o primeiro exame para a formação do convencimento do Juiz.

3.3. ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ NA PRODUÇÃO DE PROVAS

O atual art. 156 do Código de Processo Penal apresenta-se de modo tal que somente uma interpretação consentânea com o sistema acusatório, que deriva da Constituição Federal, poderá livrar-lhe das críticas que já se ensaiam, precipitadamente, dirigir[26].

Em que pese o *caput* do dispositivo ("A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício") generalizar a possibilidade de o Juiz agir de ofício em ambas as situações que prevê – incisos I e II – parece evidente que, no caso do inciso I ("ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida"), o juiz só pode agir quando provocado pelo titular do direito de ação (Ministério Público ou querelante, conforme de iniciativa pública ou privada), no resguardo de uma prova pertinente e importante, que esteja em vias de perecer, tendo por parâmetro os já citados arts. 225 do próprio Código de Processo Penal e 846/851 do Código de Processo Civil. Assim se estabelece em complemento, como também já destacado, ao art. 155, *caput*, parte final, do Código de Processo Penal, no ponto em que ressalva as provas antecipadas, que são essas que o Juiz pode determinar antes de iniciada a ação penal (art. 156, I, do Código de Processo Penal), mas não de ofício, como parece pretender o *caput*, o que contrariaria, aí sim, o princípio da inércia, inerente ao sistema

---

24. *Cf.* GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. *In Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.
25. BRASIL, Código de Processo Penal, art. 159, § 5º – Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: (...) II - indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.
26. *Cf.* COUTINHO, Jacintho Nélson de Miranda. *Op. cit.*, nota 18.

acusatório, com o quê mostrar-se-ia incompatível, eis que ainda não iniciada a ação por quem de direito, não cabendo ao Juiz partir em busca da prova antes de ser exercido o direito de ação, posto que, se assim o fizesse, estaria investigando, adotando comportamento tipicamente inquisitivo (nos velhos moldes dos arcaicos Juizados de Instrução), o que lhe é vedado constitucionalmente. Sugere-se, pois, uma interpretação conforme a Constituição, de modo a, na hipótese do inciso I, não permitir que o Juiz aja de ofício, só podendo determinar a produção de prova antecipada se isto for requerido pela parte interessada.

Chove no molhado o legislador, mais uma vez, quando, no inciso I em comento, manda observar a "necessidade, adequação e proporcionalidade" da medida, noções que já estão contidas nos conceitos de *fumus boni juris* e *periculum in mora* que são inerentes a este tipo de medida de produção antecipada de provas, cautelar que é. Despicienda, pois, a preocupação do legislador que, no entanto, não atrapalha, mas reforça a questão.

O ponto principal dispositivo é o inciso II ("determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante"). Esta, sim, uma faculdade do Juiz, de ofício, como estabelece o *caput*, na busca da formação de seu convencimento, quando não julgar suficientes as provas produzidas pelas partes.

Tal atividade por parte do Juiz não macula sua imparcialidade, posto que, como já ressalvado, não pode ele adivinhar o resultado das diligências ou das provas que mandou produzir.

E muito menos compromete sua inércia, já que não está ele a propor fatos novos ou a trazer fatos novos o processo, mas, tão-somente, checar, com os instrumentos de que dispõe, a veracidade dos fatos trazidos e alegados pelas partes.

Não se pode conceber um Juiz desinteressado com o acerto de sua decisão. O caráter publicista do processo, *maxime* aqueles em que a ação penal é de iniciativa pública, portanto obrigatória e indisponível, não condiz com um Juiz completamente alheio ao jogo probatório.

O sistema acusatório não pressupõe, necessariamente, as partes como adversárias, livres para competirem segundo suas exclusivas expensas, ficando o Juiz numa posição de árbitro, passivo, à deriva da condução que as partes resolverem dar aos rumos da demanda, na posição clássica de "O Pensador" (*Le Penseur*) de AUGUSTE RONDIN. O sistema acusatório pode, perfeitamente, conviver com um processo de cunho publicista, tendo o Juiz uma postura ativa, de condutor do mesmo, agindo como timoneiro. É o *inquisitorial system*, em contraposição ao *adversarial system*, de que nos fala ADA PELLEGRINI GRINOVER[27], ambos plenamente compatíveis com o sistema acusatório, ficando a opção por um ou outro sistema no âmbito discricionário do Legislador.

---

27. *Cf.* GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, nota 13.

Uma vez posta a demanda, o Juiz, que preside o processo, não pode ser passivo, preguiçoso, nem se contentar com a dúvida ao primeiro sinal de sua manifestação, simplesmente porque a finalidade do processo não é produzir a dúvida na cabeça do julgador. A dúvida – e, por conseguinte, o *in dubio pro reu* – é uma conseqüência inevitável e um resultado invencível, não o objetivo do processo.

Assim, o Juiz pode e deve, usando seu poder instrutório supletivo, tentar vencer a dúvida e descobrir a verdade dos fatos postos em discussão. Somente se isto não for possível, é que deverá, por não poder presumir o réu culpado, absolvê-lo, declarando o *in dubio pro reu.*

É o princípio da busca da verdade real, que propõe uma releitura do velho princípio da verdade real de outrora, distorcido infelizmente no passado e usado como arma terrorista pelos messiânicos que querem um Juiz puritano. Ora, é evidente que, ao se falar em verdade real nos tempos atuais, nem de longe se está a defender o que se chegou em nome deste princípio outrora. Ninguém defende tortura, é lógico! O que se quer, no entanto, é não engessar o Juiz, não mumificar o Juiz, como pretendem alguns, de sorte a permitir que ele parta em busca da verdade dos fatos que foram submetidos ao seu conhecimento, evidentemente com os meios lícitos de que dispuser, respeitados os direitos de ambas as partes, notadamente do réu, que não é obrigado a provar sua inocência e, muito menos, colaborar para a colheita das provas que poderão contra ele ser utilizadas, o que todo mundo sabe e ninguém está a contestar.

Reconhece-se, no entanto, que a nova configuração processual, sobretudo em virtude da adoção do sistema do *cross examination* na coleta da prova oral, ante a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08 ao art. 212 do Código de Processo Penal[28], em substituição ao sistema presidencial de antes, tornou esta atividade instrutória do Juiz supletiva, subsidiária, "complementar" no dizer do parágrafo único do aludido dispositivo, cabendo às partes, inicialmente, se desincumbirem do ônus de provarem os fatos por elas alegados. Na verdade, cabendo ao autor o ônus desta prova, já que, como dito, para o réu, a prova é somente um direito, que pode exercer ou não, não lhe cabendo conferir nenhuma conseqüência negativa caso não se desincumba desta atividade, ou por não querer, ou por não poder.

Mas, pelo menos, a preservação do poder instrutório do Juiz no curso do processo, que já constava da redação primitiva do art. 156 do Código de Processo Penal, além de seu art. 502, dentre outros, é uma vitória daqueles que desejam compatibilizar o processo garantista com o processo efetivo, e lutam para que esses conceitos não se antagonizem, como parecem querer alguns tantos, mas se complementem.

---

28. BRASIL, Código de Processo Penal, art. 212: "As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição"

Méritos para a professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, grande responsável pela manutenção desta conquista de um processo justo.

4. CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se concluir que o novo regramento geral da prova no processo penal tirou o Juiz da posição de protagonista, mas o manteve na de coadjuvante na tarefa de instruir o feito rumo ao julgamento final.

Ante o que se pretendida e muitos ainda buscam – transformá-lo em refém, indefeso, frágil figura decorativa, Rainha da Inglaterra, "bobo da corte" – até que ficou de bom tamanho.

O sistema acusatório, da mesma forma que comporta um Juiz *Le Penseur*, comporta também um Juiz ativo, que conduza e instrua, ainda que subsidiariamente, os processos que vai decidir, observados, apenas, os limites fáticos impostos pelas partes (*naha me factum, dabo tibi jus*).

Antes de se criticarem eventuais posicionamentos assumidos pelo Legislador no uso de sua discricionariedade legislativa, é preciso que se tenha a humildade de reconhecer que nem todos os caminhos que contrariam determinados interesses são caminhos de pedra pelo simples fato de conduzirem a lugares que muitos não gostariam de ir. Afinal de contas, pela estrada ou pelo bosque, Chapeuzinho Vermelho conseguiu chegar na casa da Vovozinha, que foi salva do Lobo-Mau pelo valente Caçador.

Uma coisa é uma Lei desviar-se da Constituição e, por esta razão, dever-se pugnar pela sua não aplicação, em respeito à Magna Carta, desde que se dê ao trabalho de apontar, concretamente, qual o dispositivo constitucional com o qual a referida norma efetivamente conflita; outra, bem diferente, é não querer aplicar a Lei, leia-se não querer respeitar as decisões discricionárias do Legislador, pelo simples fato de com elas não se concordar, como se "Ser" ou "Não Ser" constitucional fosse atributo de afago aos predicados que julga o intérprete possuir.

5. BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas*. Artigo publicado na Revista Forense, v. 337, jan/mar de 1997, Rio de Janeiro.

_____. Processo Civil e Processo Penal: mão e contramão? Artigo publicado na *Revista Direito e Cidadania*, nº 7, jul/out de 1999, Rio de Janeiro.

BASTOS, Marcelo Lessa, ORÇAI, Marcella Cordeiro. *Exame de Corpo de Delito – o art. 158 do Código de Processo Penal e uma releitura à luz do princípio do contraditório e das novas regras do interrogatório (Lei nº 10.792/03). In* XVI Congresso do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI CONPEDI, 2007.

BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CORRÊA, Cristiane da Rocha. O Princípio do Contraditório e as Provas Irrepetíveis no Inquérito Policial. Artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 60. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

COUTINHO, Jacintho Nélson de Miranda. O papel do Novo Juiz no Processo Penal. Artigo publicado na obra coletiva *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

_____. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: segue o Princípio Inquisitivo. Artigo publicado no *IBCCrim*, Boletim nº 188, de julho/2008.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1987.

FERRAJOLI, Lugi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001;

_____. *Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *In Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. Artigo publicado na *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 68, jan/jun de 1999, São Paulo.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. São Paulo: Millennium, 2001.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva. Hacia una Teoría Procesal del Derecho.* Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004.

PRERROGATIVA DE FORO E SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

MARCUS VINÍCIUS AMORIM DE OLIVEIRA *

SUMÁRIO: 1. Introdução ao Tema. 2. Aspectos Relevantes da Teoria dos Sistemas. 3. Prerrogativa de Foro no Sistema de Justiça Criminal Brasileiro. 4. Considerações Finais. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

O texto que ora se apresenta é a compilação de uma palestra proferida, com o mesmo título, em novembro de 2007, no XIV Fórum de Ciência Penal, tradicional evento acadêmico promovido pela Procuradoria Geral de Justiça do Ceará[1].

Não se pode negar que o assunto guarda relevância, tanto social como científica, e atualidade. Lembre-se que a AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros tem-se empenhado numa campanha, denominada "Juízes contra a Corrupção", e que elegeu a extinção do foro privilegiado[2] uma de suas principais metas. De igual modo, a CONAMP – Associação Nacional do Ministério Público, já se posicionou pela abolição da prerrogativa de foro. Além disso, o recente episódio, na nossa Corte Suprema, do acolhimento da denúncia ofertada pela Procuradoria Geral da República contra 40 agentes envolvidos num esquema, apropriadamente batizado como "Mensalão", gerou na sociedade brasileira uma grande expectativa quanto à efetiva punição dos respon-

---

* Promotor de Justiça no Ceará. Professor na ESMP/CE – Escola Superior do Ministério Público do Ceará e na FANOR – Faculdades Nordeste.

1. O propósito de abordar essa delicada questão surgiu de conveniente instigação de um de seus organizadores, Professor Antônio Cerqueira, que pleiteava a explanação de um assunto relevante e atual. Naquela ocasião, o debate foi abundantemente enriquecido com a participação da professora e advogada criminalista Carla Brizzi e do colega de Ministério Público André Tabosa.
2. O instituto processual da prerrogativa de foro ou de função, em razão de suas distorções, passou a ser chamado também de foro privilegiado. O que era uma prerrogativa decorrente de uma função pública desempenhada por um agente se transformou, no Brasil, em privilégio descabido, tanto quanto, por exemplo, a "prisão especial", uma verdadeira salvaguarda para agentes públicos inescrupulosos, que encontraram na função pública um escudo para suas ações criminosas.

sáveis. A mera recepção da peça delatória, implicando a regular instauração da persecução criminal em sede judicial, teve o condão de alimentar a esperança de que a prerrogativa de foro não mais se constitua em sinônimo de impunidade e deboche de certas autoridades do Estado diante da opinião pública brasileira.

A impunidade, decerto, é o subproduto mais nefasto de um sistema de justiça criminal deficiente. Ela não representa a absolvição de um réu inocente, mas a própria ausência de resposta das agências do sistema em face de um fato criminal, o que inclui, portanto, a não responsabilização de sujeitos criminosos; é a abdicação do exercício legítimo do poder punitivo pelo Estado ou pelo menos da pretensão punitiva, com conseqüências danosas para a funcionalidade desse sistema e repercussão imediata em outros sistemas sociais que, de alguma maneira, mantêm vínculos com a justiça criminal. A impunidade provoca descrédito e deslegitimação das instâncias judiciais e semeia o destemor quanto à concreta, democrática, igualitária e justa aplicação da lei penal.

Assim, é o caso de avaliar em que medida a prerrogativa de foro traz implicações no funcionamento do sistema de justiça criminal e se guarda, de fato, alguma relação com o fenômeno da impunidade, isto é, se a campanha da AMB tem, então, sustentação na realidade ou se não seria apenas um esforço desnecessário e desviado contra um tradicional instituto jurídico-processual. Para atingir esse propósito, torna-se essencial conhecer as características de um sistema e identificar a justiça criminal brasileira como um subsistema localizado entre o jurídico e o social, a fim de tentar compreender o papel desempenhado pela prerrogativa de foro na sua estrutura e no seu funcionamento.

2. ASPECTOS RELEVANTES DA TEORIA DOS SISTEMAS

Não pretendemos esboçar um quadro geral da teoria sistêmica, tampouco analisar a fundo suas implicações na ciência jurídica, somente esboçar alguns traços de seus mais importantes conceitos, tendo em vista o que se nos apresenta mais adiante: a influência e a significação do instituto da prerrogativa de foro no funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro.

A idéia de sistema se sedimentou, nos idos de 1960, com o propósito de explicar as diferentes relações entre diversos fenômenos, e que a ciência moderna, em seu processo de compartimentalização dos saberes, tratou de separar, às vezes isolando-os. Ela encontra em suas origens a teoria da *Gestalt*, cuja sentença se condensa na máxima de que o todo é mais do que a soma das partes — e serve, por exemplo, para estudo da formação de grupos — além da cibernética e outros setores da ciência contemporânea, como a termodinâmica. Ela pode ser entendida como resultado da integração de algumas teorias clássicas, nas quais predominava o pensamento técnico, com as correntes de pensamento comportamental, que dão ênfase a uma abordagem dos fatores sociais na conduta do indivíduo. Numa perspectiva conceitual, a teoria dos sistemas

propicia a compreensão de que os elementos sistêmicos interagem e se influenciam mutuamente, a fim de que certos objetivos sejam alcançados. Dito de outro modo, a abordagem sistêmica remete à idéia de um sistema unificado e direcionado, composto de partes inter-relacionadas.

Desse modo, podemos, numa aproximação inicial, tentar definir sistema como um todo complexo e organizado, cujas partes são relacionadas entre si num contexto de dependência e funcionalidade, isto é, são destinadas a desempenhar uma determinada função ou objetivo.

Na ciência do Direito, as mais importantes influências nessa área vêm de CLAUS W. CANARIS e NIKLAS LUHMANN, este último com sua *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, verdadeiro tratado da sociedade como um sistema social. Para CAMPILONGO, "penetrar no cipoal de conceitos da teoria dos sistemas – seja pelas mãos de Talcott Parsons (seu grande formulador nos anos 50 e 60) seja pelas mãos de Luhmann (com seus desdobramentos e acréscimos, especialmente a partir dos anos 70) – está longe de ser missão singela. Ambos rompem com padrões conceituais estabilizados pelas ciências sociais"[3]. Entre os grandes divulgadores da teoria sistêmica, LUHMANN é aquele que, para os fins buscados neste ensaio, mais interessa.

Segundo MATHIS, "Luhmann interpreta a sociedade como um sistema, isto é, ela é observada através da distinção sistema/meio. Sendo assim, cabe inicialmente recorrer aos instrumentos da teoria geral dos sistemas, sobretudo às mudanças paradigmáticas que ocorreram nos anos 70 e 80, em função de novas descobertas nas ciências exatas e biológicas. A teoria geral dos sistemas apresenta-se hoje como teoria de sistemas auto-poiéticos, auto-referenciais e operacionalmente fechados"[4].

Neste trabalho, buscaremos analisar o sistema de justiça criminal como um subsistema dos sistemas jurídico e social, identificando nele as características comuns a qualquer outro sistema, dentro dos parâmetros conceituais desenvolvidos por LUHMANN para a sociedade, ou seja, a teoria geral dos sistemas sociais. Depois de estabelecida uma definição, o próximo passo consiste em reconhecer que um sistema possui certos elementos, a saber: organicidade, segmentação, estratificação e funcionalidade.

A organicidade significa que o sistema se apresenta como um corpo unitário, cujas partes não são dotadas de sentido senão enquanto um todo. O sentido, aqui, recebe uma importância especial, pois é o critério que regula os sistemas sociais e psíquicos, os sistemas nos quais, para Luhmann, se constitui o indivíduo. O sentido constrói limites ao sistema, na medida em que estabelece ordens de preferência daquilo que é fornecido pelo meio e passa a integrar o sistema, formando-o e dando-lhe a tal organicidade. O sistema de justiça criminal é orgânico, apesar de composto de outros sistemas, porque possui fronteiras de atuação, mesmo dentro do sistema jurídico, intervindo

3. Celso Fernandes Campilongo, *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, p.18.
4. Armin Mathis, *A Sociedade na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*, p. 2.

basicamente nas questões de interesse criminal e buscando a legitimação do exercício do poder punitivo pelo Estado.

A segmentação é a divisão interna do sistema em partes iguais entre si, mas que podem estar relacionadas no aspecto de centro-periferia. No sistema de justiça criminal, essa característica é observada na relação de paridade entre as polícias, o Ministério Público, o Judiciário e o sistema prisional, sem prejuízo de uma centralização das atividades da justiça penal, por óbvio, no aparelho judiciário. Essa centralidade no órgão judicial decorre da atribuição que lhe é dada pela lei, isto é, a tarefa de julgar, atrelada ao princípio constitucional do juízo natural, e assim, aplicar a sanção da lei penal sobre o infrator.

A estratificação cria uma diferenciação no sistema social mediante camadas, numa relação de hierarquia, isto é, dentro do sistema há partes com competências e objetivos superiores, em grau de importância, aos demais. No sistema de justiça criminal, constata-se que cada uma de suas agências segue um programa burocrático, assim entendido como uma divisão de tarefas entre seus componentes, de modo que cada um deles responde somente pelo que lhe cabe, e dessa maneira, o programa busca uma autojustificação. Há certos graus de estratificação nas polícias – sobremaneira nas militares e nos Ministérios Públicos, assim como no Judiciário. Neste caso, a hierarquização judiciária se revela através da competência recursal: Tribunais de instâncias superiores julgam recursos contra decisões dos órgãos de instância inferior. A estratificação é artificial, na medida em que pressupõe a existência de mecanismos de concentração da tomada de decisões em outros órgãos que, bem por isso, são chamados de superiores, em comparação com os demais.

Finalmente, tem-se a funcionalidade, elemento preponderante na configuração do sistema social. Ela significa que a sociedade se divide em sub-sistemas que assumem uma função específica na reprodução da sociedade e do seu meio. MATHIS explica que "na sociedade global, interpretada como sistema mais amplo de comunicações, diferenciação do sistema significa também, diferenciação da comunicação. Os sub-sistemas se diferenciam através da elaboração de uma estrutura própria para sua comunicação, usando para isso aquisições específicas da evolução: meios de comunicação simbolicamente generalizados e códigos binários. Podemos enumerar alguns sistemas funcionais e seus códigos binários: - a política que usa o código binário poder / não-poder ou governar / não-governar; - a ciência com o código binário verdade / não-verdade, - a economia com o código binário pagar / não-pagar ou propriedade / não-propriedade, - a arte com o código binário bonito / feio ou - direito com o código binário lícito / ilícito"[5]. No que diz respeito ao sistema de justiça criminal, o código binário pode ser compreendido na sentença crime/não-crime, mediante artifícios de comunicação expressos na legislação penal, na jurisprudência dos tribunais e no discurso doutrinário.

Os sistemas podem ser abertos (*alopoiesis*) ou fechados (*autopoiesis*). Os sistemas fechados, como a sociedade e o jurídico, na concepção de LUHMANN,

---

5. Aramis Mathis, *op.cit.*, p.15.

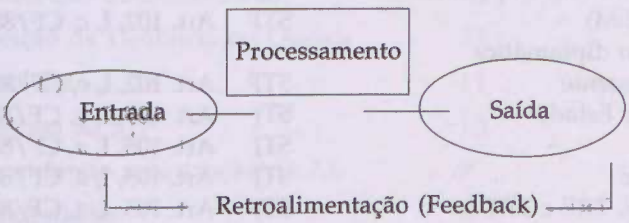
não trocam matéria ou energia com o ambiente onde estão inseridos. Já os sistemas abertos interagem com o ambiente onde estão colocados. Sob esses parâmetros, pode-se dizer que o sistema de justiça criminal, composto de outros sub-sistemas (polícias, Ministério Público, Judiciário, sistema prisional), é um sistema funcionalmente fechado, mas ao mesmo tempo, estruturalmente aberto, e nesse ponto, permuta energia com o meio, e é influenciado e influencia outros sistemas, com destaque para a sociedade civil e o Estado, que também é cliente do sistema.

No entanto, além das características inerentes a qualquer sistema, o sistema de justiça criminal apresenta a nota de seletividade. Entenda-se aqui seletividade, num primeiro momento, e de acordo com a teoria do *labeling approach*, como o processo de escolha ou opção em determinados momentos do funcionamento do sistema sob uma perspectiva de legal/ilegal, lícito/ilícito, criminal/não-criminal. A seletividade consiste na ação punitiva orientada para certas pessoas ou grupos de pessoas, é a atribuição de um certo *status* criminal (criminalização secundária)[6]. Há seletividade quando os problemas da vida real são trazidos ao conhecimento dos mecanismos e agentes do sistema, assim como as decisões daí advindas são conectadas à atuação de outros mecanismos e agentes do sistema.

É possível, pois, colocar a questão nos seguintes termos: na esteira de Luhmann, o sistema jurídico, e por conseguinte, um de seus sub-sistemas, o sistema de justiça criminal, é autopoiético, ou como explica CAMPILONGO, utiliza-se de uma estratégia autoreferencial, baseado numa linguagem comunicativa específica (lícito/ilícito), e assim, implementa programas condicionais (se/então) e desempenha uma função infungível, quer dizer, não compartilhada por outros sistemas (LUHMANN define o direito como uma generalização congruente de expectativas normativas). Ainda segundo CAMPILONGO: "O direito positivo deve resolver, de modo circular, tautológico e paradoxal, o problema de seu fundamento. O direito positivo não entende outras razões além daquelas traduzíveis nos termos de seu código, programas e função"[7].

O sistema de justiça criminal é um aparelho burocrático, isto é, lida com clientela, rotinas, fluxo de procedimentos, o que pode ser esquematizado da seguinte forma:

Na perspectiva de sua funcionalidade, observam-se relações dentro do sistema. Uma determinada informação ingressa no sistema (entrada) e lá é



processada (processamento). A saída (*output*) de uma etapa (agência) do sistema é a entrada (*input*) de outra, gerando a retroalimentação (*feedback*). Assim, qualquer mudança ou desfuncionalidade num ponto do sistema pode acarretar reações ou conseqüências em outro. Um inquérito policial parcamente recheado de elementos probatórios ou maculado por provas ilícitas, decerto, apresenta-se como empecilho ao exercício da ação penal pelo Ministério Público, e ainda que venha a ser o caso, obstaculiza o reconhecimento da pretensão punitiva em juízo. O atraso na apreciação judicial de um requerimento de prisão temporária de um suspeito numa investigação criminal, é provável, afetará o sucesso da empreitada policial, podendo prejudicar o desvendamento de um fato criminoso. De toda sorte, ocorre aqui o fenômeno da sinergia — o todo é mais do que a soma das partes. O resultado obtido através da condenação – ou absolvição – do acusado (réu), outrora selecionado para inclusão no sistema, é produto do esforço conjunto de todos os agentes que operaram no sistema, inclusive a defesa técnica.

3. PRERROGATIVA DE FORO NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

Chegamos, então, ao momento de analisar o instituto da prerrogativa de foro em matéria criminal, para buscar compreender como ele pode contribuir para a impunidade e se este, afinal, não é o papel que se espera (ou alguns esperam) dele. A lista de autoridades públicas que, no Brasil, contam com foro privilegiado, nos termos da Constituição Federal, é a seguinte:

AUTORIDADE	FORO	FUNDAMENTAÇÃO LEGAL
Presidente e Vice-Presidente da República	STF	Art.102, I, *b*, CF/88
Deputados Federais e Senadores	STF	Art. 102, I, *b*, CF/88
Ministros de Estado	STF	Art. 102, I, *b*, CF/88
Procurador-Geral da República	STF	Art. 102, I, *b*, CF/88
Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica	STF	Art. 102, I, *c*, CF/88
Membros do TCU	STF	Art. 102, I, *c*, CF/88
Membros dos Tribunais Superiores (STJ, TSE, TST, TSM)	STF	Art. 102, I, *c*, CF/88
Chefes de missão diplomática de caráter permanente	STF	Art. 102, I, *c*, CF/88
Governadores de Estado	STJ	Art. 105, I, *a*, CF/88
Membros dos TJ	STJ	Art. 105, I, *a*, CF/88
Membros do TCE	STJ	Art. 105, I, *a*, CF/88
Membros do TRF, TRE e TRT	STJ	Art. 105, I, *a*, CF/88
Membros do TCM	STJ	Art. 105, I, *a*, CF/88
Membros do MPU que oficiem		

perante os Tribunais	STJ	Art. 105, I, *a*, CF/88
Juízes Federais, Militares e do Trabalho	TRF	Art. 108, I, *a*, CF/88
Membros do MPU	TRF	Art. 108, I, *a*, CF/88
Prefeitos Municipais	TJ	Art. 29, X, CF/88
Juízes Estaduais	TJ	Art. 96, III, CF/88
Promotores e Procuradores de Justiça	TJ	Art. 96, III, CF/88

Vejamos, agora, o painel demonstrativo das causas, com foro privilegiado, apreciadas pelo STF a partir de 1988:

DECISÃO	QUANTIDADE	%
Em tramitação	52	40,00
Remessa a instância inferior	46	35,38
Extinção da punibilidade	13	10,00
Absolvição	6	4,62
Outros	13	10,00
Condenação	0	0,00
TOTAL	130	100,00

Fonte: *Juízes contra a Corrupção*, Brasília: AMB, 2006

Em paralelo, observemos o que tem acontecido no STJ, a contar de 1989:

DECISÃO	QUANTIDADE	%
Remessa a instância inferior	126	26,09
Em tramitação	81	16,77
Extinção da punibilidade (prescrição ou decadência)	71	14,70
Rejeição da Denúncia ou Queixa	74	15,32
Absolvição	11	2,28
Remessa ao STF	10	2,07
Aguardando autorização da AL	9	1,86
Condenação	5	1,04
Extinção da punibilidade (morte do réu)	5	1,04

Outros – Não disponível	91	18,84
TOTAL	483	100,00

Fonte: Juízes contra a Corrupção, Brasília: AMB, 2006

Os dados correspondem à atuação do STF e do STJ, a partir de 1988 e 1989, respectivamente, até 2006, em ações penais originárias, portanto, em processos criminais nos quais se observa a aplicação do instituto da prerrogativa de foro. Chama a atenção, de antemão, a quantidade de processos extintos sem julgamento do mérito, sobremaneira, em decorrência de prescrição ou decadência. No quadro do STF não há menção específica ao motivo da extinção da punibilidade, mas é razoável crer, considerando o que ocorre no STJ, que a prescrição seja, de fato, a principal razão para a perda do exercício do poder punitivo. Logo, o STF já extinguiu 13, num total de 130 (10%), enquanto que no STJ foram encerrados precocemente 76 processos, num total de 483 (15,74%). Tratam-se, como se vê, de índices bastante elevados, se levarmos em conta que essas Cortes funcionam como instância única ou a primeira de duas instâncias judiciais, ou seja, não são tão variadas as possibilidades de recursos ou impugnações diversas, a não ser aqueles previstos nos correspondentes regimentos internos.

Também é razoável supor que o panorama é semelhante nos demais Tribunais brasileiros. À exceção do TJRS, de onde vem a auspiciosa notícia de que ali se criou uma Câmara com competência exclusiva para as ações penais originárias, os Tribunais do resto do País apresentam estrutura funcional similar, visível no fato de que, em regra, eles não dispõem sequer de salas de audiência para realização da instrução dos feitos. Logo, os atos processuais tendem a ser realizados mediante carta de ordem, o que por si só também já demanda mais tempo.

Nesse cenário, constatamos que o foro privilegiado prejudica os *inputs* e o *feedback* do sistema. Encontram-se, enfim, maiores dificuldades para a inserção desses agentes no fluxo de operacionalização do sistema. Os organismos policiais esbarram em grandes entraves jurídicos e materiais para o indiciamento e a produção de provas em face desses agentes. O mero indiciamento pressupõe a autorização da instância judicial competente, algo que muitas vezes atrapalha as investigações. O alargado manancial de recursos para obstar a tramitação da ação penal, diante de Tribunais que sabidamente são congestionados, também contribui para a demora nesses processos. A realização de atos processuais disputa espaço na pauta dos magistrados com outros processos sob sua relatoria.

O foro privilegiado, então, torna-se um elemento da taxa de atrito no sistema (efeito funil), permitindo que, por razões várias, a ação penal não resulte em julgamento de mérito. Funciona como mecanismo potencializador das "válvulas de escape" do sistema, isto é, a demora no julgamento de eventuais recursos, o atraso na ultimação da instrução processual, a maior complexidade na realização de atos processuais (cartas de ordem), tudo isso ganha maior magnitude quando a causa se encontra em algum dos Tribunais brasileiros, já sufocados pelo acúmulo de processos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prerrogativa de foro é muito mais um privilégio, que permite maior taxa de atrito (efeito funil) no sistema. São elevados os números de processos atingidos pela prescrição ou quaisquer outras causas de extinção da punibilidade, bem como os feitos que ainda estão em tramitação, e desse modo, correm sério risco de receber a mesma decisão extintiva. Além disso, a inaptidão estrutural dos Tribunais corrobora para a maior morosidade dos processos criminais contra agentes públicos assistidos por essa prerrogativa.

A AMB agiu com correção ao associar a prerrogativa de foro à impunidade e à corrupção. Mas é certo que não somente o foro privilegiado se apresenta como um mecanismo facilitador da impunidade. A extinção da prerrogativa de foro contribuiria, todavia, não teria efeito decisivo sobre o fenômeno da impunidade. Como salientado, a impunidade, ainda que de forma ocasional ou excepcional, em maior ou menor grau, mas na medida em que guarda estreito vínculo com a característica da seletividade – isto, sim, um aspecto fundamental – constitui-se em elemento inerente ao sistema de justiça criminal, algo que então vem a ser reforçado pelo instituto da prerrogativa de foro. Em outras palavras: se para o criminoso de rua, que furta, rouba ou agride, as chances de se ver livre da ação do sistema de justiça criminal são altas, por motivos diversos, para aquele que desfruta da prerrogativa de foro e de outras regalias essas chances são ainda maiores.

Segundo a AMB: "É imperioso que a sociedade brasileira e os Poderes constituídos comecem a refletir e a discutir acerca da necessidade de extinção do foro privilegiado.

Longe de representar uma prerrogativa de defesa e preservação funcional da autoridade, objetivo para o qual foi originalmente concebido, o instituto do foro privilegiado, ao longo da história, tem se transfigurado em um inconcebível privilégio, vez que tem sido recorrentemente utilizado como instrumento de preservação da impunidade por agentes políticos e servidores públicos, em diferentes esferas e poderes do Estado (...).

Ao mesmo tempo, afigura-se como relevante e necessária a propositura imediata de uma PEC que ponha fim, imediatamente, ao foro privilegiado, em todas as suas instâncias e esferas".

Acreditamos que a extinção do foro privilegiado, ou pelo menos sua restrição, não surtiria, infelizmente, os efeitos desejados, pela AMB, CONAMP ou por variados segmentos da sociedade brasileira. A nota da seletividade, que induz à impunidade, e sem a qual o sistema não se operacionaliza — ou seja, o sistema necessita de um certo nível de impunidade para funcionar — abre caminhos para permitir, por si só, a exclusão de certas autoridades públicas — tanto porque são autoridades do Estado, mas também porque pertencentes a camadas sociais mais elevadas — do sistema de justiça criminal.

A funcionalidade do sistema de justiça criminal, no que pertine à efetiva punição dos agentes com foro privilegiado, finda por ser comprometida pelo

altíssimo grau de seletividade observado na criminalização da conduta dessas pessoas. Como, muitas vezes, estar-se-ia diante de episódios da chamada "criminalidade do colarinho branco", onde se incluem delitos como corrupção, prevaricação, desvio de verbas etc., e aqui retornamos ao *labeling approach*, é minimizado o processo de definição da conduta que poderia ser tida como desviante. No país onde qualquer alto executivo sabe que o "agrado" ao agente público, para usar uma expressão tipicamente nordestina, já está imbutido nos custos operacionais de qualquer negócio a ser celebrado com o estado, talvez o recebimento desse "agrado" nem seja considerado um desvio, senão uma praxe, um costume, uma tradição, um "caixa dois". Apesar do estardalhaço, nem sempre acompanhado de indignação popular, de recentes operações desencadeadas pela Polícia Federal, alcançando, inclusive, direta ou indiretamente, agentes com foro privilegiado, não houve repercussão imediata e eficaz na atuação do sistema de justiça criminal. Não é despropositado lembrar: o STF demandou dois anos para receber a denúncia contra os "mensaleiros".

5. BIBLIOGRAFIA

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, v.1 e 2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MATHIS, Armin. *A Sociedade na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. Obtido em *www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf*. Acessado em 13 de maio de 2008.

OLIVEIRA, Djalma P. R. *Sistemas, Organização e Métodos*, São Paulo: Atlas, 2001.

GROSNER, Marina Quezado. *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o Trancamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus*, São Paulo: IBCCrim, 2008.

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: REFLEXÕES E POLÊMICAS

MARCUS VINICIUS DA COSTA MORAES LEITE *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O âmbito de aplicação da Lei 9.296/96 – interceptação telefônica *vs.* gravação clandestina. A problemática do acesso aos *dados cadastrais* dos usuários de linhas telefônicas. 3. Requisitos para o deferimento do pleito de interceptação telefônica. 4. Juízo competente para o deferimento da medida. Ulterior declinação de competência em favor de outro órgão jurisdicional e licitude da prova já colhida. 5. Possibilidade de renovações sucessivas da interceptação telefônica. 6. (Im)prescindibilidade da transcrição integral do conteúdo apreendido mediante interceptação telefônica. Perícia. 7. Ampliação objetiva e subjetiva. Encontro fortuito de provas. Crimes apenados com detenção. 8. Outras questões relevantes à luz da jurisprudência. 9. Bibliografia.

"Enquanto vivermos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos transnacionais" (Jeffrey Robinson, *A Globalização do Crime*).

1. INTRODUÇÃO

Já o mais fugaz passar de olhos por sobre as manchetes estampadas nos jornais do país nos últimos tempos permite dimensionar, mesmo para o leigo, a importância das interceptações telefônicas como instrumento de investigação da mais variada gama de crimes.

O (benfazejo) incremento na utilização de tal instrumental na persecução criminal e seu correspondente sucesso na responsabilização de criminosos

* Marcus Vinicius da Costa Moraes Leite é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

integrantes de todos os credos e classes sociais vêm ensejando a submissão de inúmeros questionamentos relacionados ao tema à cognição do Poder Judiciário, o que, no entanto, de maneira nenhuma autoriza afirmar-se cristalizada a jurisprudência sobre eles versante – antes se devendo reconhecer tratar-se de matéria em notável ebulição, a demandar, por via de conseqüência, vigorosa atuação ministerial no sentido de fazer valer, junto à agência judicial, o vigor e a utilidade prática do instituto, não se permitindo em hipótese alguma sua atrofia (como querem muitos) em prol de interesses que, a toda evidência, se contrapõem irascivelmente aos legítimos anseios da sociedade.

O presente ensaio, longe de se pretender exaustivo da dogmática regente do instituto das interceptações telefônicas em nosso ordenamento jurídico, tem por escopo a abordagem pontual de alguns dos palpitantes tópicos a ele relacionados e objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência, visando a servir de substrato útil para reflexão e, assim se espera, como auxílio para o desempenho diário das atividades nas Promotorias de Justiça com atuação na área criminal.

2. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI 9.296/96 – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA *VS.* GRAVAÇÃO CLANDESTINA. A PROBLEMÁTICA DO ACESSO AOS *DADOS CADASTRAIS* DOS USUÁRIOS DE LINHAS TELEFÔNICAS

a) Como cediço, a Lei 9.296/96 tem por escopo a concretização da norma insculpida no inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, *verbis:* "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Baliza seu âmbito de aplicação a regra exsurgida de seu artigo 1º e parágrafo único, vertida nos seguintes termos:

> "Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática"[1].

Doutrina e jurisprudência já houveram por assentar os conceitos de *interceptação telefônica, escuta, gravação clandestina e gravação ambiental* – que, a toda evidência, não se confundem –, conquanto não sem um ou outro ponto de dissensão.

---

1. Para notável análise acerca da constitucionalidade da Lei 9.296/96 no que concerne à interceptação das comunicações em sistemas de informática e telemática – cujo tratamento no presente artigo refoge da proposta a que é visado – conferir a obra de Eugênio Pacelli de Oliveira, *Curso de Processo Penal*, 5ª Edição, Ed. Del Rey, pp. 295/298.

Assim é que ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *v.g.*, aduzem que "o que importa salientar, dado o diverso tratamento jurídico conferido às interceptações (telefônicas ou ambientais), é que a configuração destas exige sempre a intervenção de um terceiro (a *terzietà* dos italianos), ocorrendo a escuta e/ou gravação enquanto a conversa se desenvolve: até porque, etimologicamente (de *inter capio*), interceptar quer dizer colher durante a passagem a conversa dos outros. Não desfigura a natureza da interceptação o fato de um dos interlocutores saber que ela está ocorrendo. Mas, para distinguir a hipótese de interceptação sem o conhecimento dos interlocutores daquela feita com a anuência de um deles, pode-se reservar a denominação de interceptação *"stricto sensu"* à primeira, enquanto para segunda se pode falar em *escuta*"[2 e 3].

Não obstante, numerosos outros autores propugnam que a *escuta* (gravação das comunicações telefônicas por terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores) consubstancia figura *diversa* da da interceptação telefônica, o que carreia grandíssima diferenciação no que concerne à disciplina jurídica a que subsume cada uma delas[4]. Dessarte, o tratamento jurídico da escuta se desgarraria da sistemática prevista na Lei 9.296/96 e se aproximaria daquele deferido à recepção, como lícita, da prova angariada mediante gravação clandestina (vale dizer, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro).

Nesse último caso (gravação clandestina), em não se tratando de interceptação telefônica – assim se afastando as normas da Lei 9.296/96 como paradigma de averiguação da licitude da prova e, por via de conseqüência, de sua admissibilidade no processo –, vêm a doutrina e a jurisprudência pátrias adotando a *proporcionalidade* como critério de ponderação dos interesses em conflito (privacidade x abuso de direito x segurança, entre outros) na tecedura de juízo de valor acerca da liceidade, ou não, da prova angariada independentemente de autorização judicial.

Nessa esteira de pensamento, a gravação clandestina efetuada, *v.g.*, por vítima de extorsão mediante seqüestro mostrar-se-ia absolutamente lícita e admissível no processo penal como prova contra o réu, não se mostrando de qualquer valia eventuais alegações, pelo criminoso, de violação de sua intimi-

---

2. Ada Pellegrini Grinover, *et alii, As Nulidades no Processo Penal*, p. 175, 2001.
3. A despeito da diferenciação dogmática proposta pelos precitados autores, fato é que, vez por outra, a jurisprudência utiliza indistintamente o vocábulo *escuta* e a expressão *interceptação telefônica* como sinônimos.
4. Cite-se, por todos, José Paulo Baltazar Jr., para quem, na esteira do entendimento esposado por Damásio Evangelista de Jesus, "devem ser diferenciados os conceitos de *interceptação*, que é procedida por terceiro, sem o conhecimento dos falantes; de *escuta*, procedida por um terceiro com o conhecimento de um dos falantes e de *gravação*, feita por um dos comunicadores, sem o conhecimento do outro" (*in* Dez Anos da Lei de Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996). Interpretação Jurisprudencial e Anteprojeto de Mudança - *Revista da AJUFERGS*/03).

dade ou privacidade como fator impeditivo de sua admissão como substrato probatório na ação penal[5].

Observe-se, no entanto, que a aplicação do princípio da proporcionalidade como vetor de admissibilidade, no processo, da prova colhida mediante gravação clandestina está muito longe de se restringir às hipóteses em que é ela efetuada pela *vítima* de crime, mostrando-se também viável em inúmeras outras situações de relevância jurídica (por muitos denominada *justa causa*[6]).

Interessantíssimo – e irrespondível – ponto de vista acerca do tema é aquele verberado pelo promotor de Justiça do MPDFT Thiago André Pierobom de Ávila em sua obra *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*, no sentido de que:

> "Essa exceção tem aplicação não apenas quando o interlocutor que grava o diálogo é vítima de crime. É plenamente válida a gravação, realizada por um particular, da solicitação de vantagem indevida por um funcionário público, no exercício de suas funções (corrupção passiva). Nesse caso, o particular não é vítima de crime (como na concussão), mas apenas presencia o ilícito. Nessas situações de crimes cometidos por funcionários públicos no exercício da função, devem ser considerados também outros princípios na ponderação de interesses a

---

5. Confiram-se, a propósito, as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:
"Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime – é ela, por via de conseqüência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5°, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5°, X, da Carta Magna)." (STF - HC 74.678, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10.06.1997, *DJ* 15.08.1997).
"Habeas Corpus. Prova. Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. É lícita a gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação ao direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Ordem indeferida." (STF - HC 75.338, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 11.03.1998, *DJ* 25.09.1998).
"(...) A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, e difere da interceptação telefônica, esta sim, medida que imprescinde de autorização judicial (Precedentes do STF e do STJ). Recurso desprovido." (STJ – RHC 19.136/MG – Quinta Turma – Rel. Min. Felix Fischer – unânime – j. 20.03.2007, *DJ* 14.05.2007).
"(...) A gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada como prova lícita, não configurando interceptação telefônica, e serve como suporte para o oferecimento da denúncia, tanto no que tange à materialidade do delito como em relação aos indícios de autoria. Precedentes. (...) Recurso ordinário improvido." (STJ – RMS 19.785/RO – Quinta Turma – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – unânime – j. 10.10.2006, *DJ* 30.10.2006).
"(...) Não há confundir interceptação telefônica, para a qual se faz imprescindível a autorização judicial, com gravação não consentida, admitida na jurisprudência, independentemente da tutela do magistrado, quando o interlocutor é a própria vítima da atividade criminosa. Ordem denegada." (STJ – HC 28.467/SP – Sexta Turma – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – unânime – j. 14.02.2006, *DJ* 02.05.2006).
6. Tal figura é expressamente prevista, p. ex., no artigo 153 do Código Penal.

justificar a admissibilidade da prova: os princípios constitucionais da publicidade e da moralidade administrativa. Se os atos praticados por funcionários públicos devem ser públicos por imperativo constitucional, não pode o funcionário argüir privacidade de um diálogo praticado dentro da repartição pública, ou, ainda que fora dela, em razão da função pública. Assim, é possível identificar o "princípio da publicidade administrativa como hipótese material de caracterização do meio probatório como lícito, em razão de inexistir "vida privada" e, portanto, uma legítima expectativa de privacidade, no âmbito das ações da Administração Pública"[7].

Estabelecidas tais premissas acerca da diversidade do tratamento jurídico a que se sujeitam a interceptação telefônica, de um lado, e a gravação clandestina, de outro, reputamos que o fato de terceira pessoa que não um dos interlocutores da conversa telefônica proceder, com o conhecimento de um deles, à sua gravação *não* determina automaticamente que a escuta se subsuma à sistemática da Lei 9.296/96 (ou, dito de outro modo, se caracterize como *espécie* do *gênero* interceptação telefônica). Com efeito, se o interlocutor se encontra em situação que autorize o manejo do princípio da proporcionalidade como legitimador da admissibilidade da prova, é irrelevante que proceda ele próprio à gravação da conversação ou que peça ou determine a terceiro que o faça por ele, em qualquer dos casos se afastando, em razão da ponderação dos interesses em conflito, a pecha de ilícita da prova colacionada[8].

Por fim, é de se dizer que, por evidente, a *gravação ambiental não* se vê tutelada pela Lei 9.296/96 nem se relaciona ao âmbito de proteção de que cuida o inciso XII do artigo 5º da CF, antes guardando relação de pertinência com a norma do inciso X do mesmo dispositivo constitucional, que tutela o direito à intimidade. Conquanto não seja objeto do presente estudo, pensamos ser o melhor entendimento aquele segundo o qual se devem diferenciar as conseqüências de sua angariação em locais públicos ou externos (via pública, *shopping centers*, bares, restaurantes, etc.) e as de sua captação em lugares cuja índole seja iminentemente privada, como a residência do alvo (mormente quando se trata da utilização de meios técnicos de caráter invasivo, como microfones escondidos), mostrando-se necessária a prévia autorização do Poder Judiciário tão-somente no último caso.

---

7. *In Provas Ilícitas e Proporcionalidade*, Lumen Juris Editora, 2007, pp. 214 e 215.
8. Socorremo-nos, uma vez mais, da lição de *Pierobom de Ávila*, segundo a qual "não apenas a vítima pode gravar sua conversa. Se esta solicita a terceiro que grave sua conversa (escuta), também não haverá ilicitude na diligência. No julgamento do HC 74.678, o STF apreciou situação na qual uma pessoa estava sendo vítima de concussão por parte de servidor público (fiscal tributário ameaçava autuar a empresa indevidamente e exigia propina), avisou a polícia e foi orientada por esta a manter contato telefônico com o agente, tendo a polícia gravado a conversa com a autorização da vítima da concussão (escuta telefônica). Entendeu o STF que a gravação foi realizada em legítima defesa de terceiro, que não se tratava de interceptação mas de gravação com autorização do interlocutor e, portanto, havendo justa causa para a divulgação do direito de defesa, é valida a gravação como meio de prova. Com efeito, se o interlocutor pode ele mesmo gravar sua conversa e posteriormente utilizá-la como meio de prova, não há argumento sólido para impedir que o interlocutor solicite a terceiro que grave para si sua conversa telefônica e também a utilize como meio de prova" (*op. cit.*, pp. 213/214).

b) A labuta diária em órgãos de execução com atuação na área criminal permite atestar a existência de fortíssima, descabida e deveras perniciosa tendência de *"jurisdicionalização total"* da obtenção dos meios de prova, mesmo quando a Lei assim não o exige.

É precisamente o que ocorre, nos dias atuais, em relação aos *dados cadastrais* dos usuários de linhas telefônicas (só para se mencionar banco de dados concernente ao tema objeto do presente estudo), ao absoluto arrepio da sistemática legal vigente.

Com efeito, o objeto das normas previstas no artigo 5º, inciso XII da Constituição da República e na Lei 9.296/96 está muito longe de repousar em todo e qualquer dado concernente à utilização do sistema telefônico, restringindo-se seu âmbito de proteção às *comunicações* telefônicas (que absolutamente *não* se confundem com os *dados* do tomador do serviço registrados no cadastro da operadora de telefonia – conhecimento *estático*, portanto, e não *dinâmico*, como pressupõe ser a comunicação, já por exigência semântica [9, 10 e 11].

---

9. "Comunicação. [Do latim *communicatione.*]. 1. Ato ou efeito de comunicar(-se). 2. Ato ou efeito de *emitir, transmitir e receber* mensagens por meio de métodos e/ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer de outros sinais, signos ou símbolos, quer de aparelhamento técnico especializado, sonoro e/ou visual" (o grifo é nosso) (*Novo Aurélio – O Dicionário da Língua Portuguesa*, Ed. Nova Fronteira).
10. Tanto é assim que, anualmente, promovem as operadoras de telefonia fixa a publicação de listas telefônicas com nomes e endereços de seus clientes, sem que sofram sanções por suposta "invasão de privacidade" ou coisa que o valha.
11. Menos pior do que o, *d.v.*, absurdo entendimento de que a obtenção dos dados cadastrais dos usuários de telefonia se submete à sistemática prevista pela Lei 9.296/96 por se incluir no conceito de "comunicação telefônica" (o que conduziria a descalabros como o da impossibilidade do deferimento da providência para fins de investigação de crimes apenados com detenção, por exemplo) é aquele segundo o qual a autorização judicial seria necessária como consectário da proteção conferida pelo inciso X do artigo 5º da Constituição da República (o que, a nosso sentir, consubstancia rematado exagero na fixação do alcance da norma). Nesse sentido, vale trazer à colação excerto do acórdão proferido na reclamação nº 2006.077.00062 pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *verbis:* "Reclamação. Sítio de relacionamento Orkut. Investigação Policial. Comunidade "Eu sei Dirigir Bêbado" e "Sou Menor mas Adoro Dirigir". Recusa do representante legal da empresa que administra o sítio de relacionamentos na Internet em prestar informações sobre os membros e criadores das referidas comunidades. (...) Indeferimento pelo Juízo Criminal de pedido de requisições de informações e dados cadastrais de membros e criadores das comunidades, sob o fundamento de que a Lei n. 9.296 não autoriza a quebra do sigilo para apuração de crime apenado com detenção. Distinção entre comunicações telefônicas e telemáticas e dados registrais respectivos, estes equiparados a documentos, cuja quebra de sigilo não tem como base a Lei n. 9.296/96, mas sim o Código de Processo Penal. Necessidade da medida. Informações imprescindíveis à investigação. Ponderação de interesses. Proporcionalidade e razoabilidade da medida. Benefícios à coletividade superiores ao desconforto de alguns membros das comunidades investigadas. O direito à intimidade não se presta a impedir a apuração de crime, sob pena de converter-se em garantidor da impunidade. Os princípios constitucionais delimitam a forma e a extensão do controle dos atos pelo Poder Público, estabelecendo o equilíbrio de armas entre a defesa e a acusação, mas não impedem a atuação estatal legítima e legal de investigar e punir contrárias à lei penal. Procedência da reclamação" (rel. Des. Marco Aurélio Belizze, j. em 21.12.2006).

Assim é que, a nosso sentir, não há qualquer óbice a que o membro do Ministério Público[12] (com arrimo nas prescrições exsurgidas do artigo 129, VI, VIII e IX da CF, do artigo 8°, incisos II, III, IV e, principalmente, VII e § 2° da Lei Complementar 75/93 e dos artigos 26, incisos I, *b* e II e 80 da Lei 8.625/93) requisite *diretamente* às concessionárias de telefonia, para fins de instrução de inquérito policial ou de procedimento investigatório, os dados cadastrais dos usuários dos serviços telefônicos[13 e 14], sob pena de cometimento, pelo agente recalcitrante, do crime de desobediência, eis que tais informações *não* encontram abrigo, sob qualquer prisma, no âmbito da reserva constitucional de jurisdição.

Com arrimo nos mesmíssimos argumentos – e, ainda com muito mais razão, nos casos de práticas criminosas em andamento, como os chamados "seqüestros-relâmpago" –, deve-se afirmar inconcebível a recusa em se fornecer à autoridade policial ou ao Ministério Público a indicação da localização, se necessário em tempo real, das estações rádio-base (ERBs) em cujas áreas

---

12. O mesmo se aplica, a nosso juízo, à autoridade policial, no regular exercício de suas funções.
13. O entendimento aqui esposado é também prestigiado pelo juiz federal José Paulo Baltazar Jr, que o externou no alentado e já citado trabalho publicado na Revista da AJUFERGS/03, *verbis:* "Há posição minoritária, que nos parece acertada, no sentido de que, não havendo lei que imponha manifestação judicial prévia, tais dados poderiam ser fornecidos pelas empresas telefônicas diretamente à autoridade policial, submetendo-se tal prova a verificação posterior de sua legalidade. Neste sentido o precedente que segue, defendendo, minoritariamente, a desnecessidade de autorização judicial: (...) *'1. Havendo inquérito policial regularmente instaurado e existindo necessidade de acesso a dados cadastrais de cliente de operadora de telefonia móvel, sem qualquer indagação quanto ao teor das conversas, tal pedido prescinde de autorização judicial.* 2. Há uma necessária distinção entre a interceptação (escuta) das comunicações telefônicas, inteiramente submetida ao princípio constitucional da reserva da jurisdição (CF, art. 5°, XII) de um lado, e o fornecimento dos dados (registros) telefônicos, de outro. (...) Não havendo violação ao direito de segredo das comunicações, inexiste direito líquido e certoa ser protegido, bem como não há qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade apontada como coatora' *(TRF 4,* AMS 200471000228112/RS, 7ª T, v.u., 7.6.05)". No mesmo sentido posiciona-se o processualista e membro do MP paulista Eduardo Araújo da Silva, para quem "uma questão que tem ensejado dúvidas no plano prático refere-se à possibilidade de acesso aos registros das comunicações telefônicas – interceptação telefônica – independentemente de ordem judicial. Uma interpretação do texto constitucional (art. 5°, XII) pode conduzir à conclusão de que como a vedação não abrange o sigilo dos registros das comunicações telefônicas realizadas pelo investigado – pois o legislador constituinte se referiu apenas às "comunicações telefônicas" –, haveria a possibilidade de solicitação dessas informações pela Autoridade Policial e pelo representante do Ministério Público, independentemente de prévia autorização judicial. Todavia, o registro das ligações telefônicas, embora não esteja compreendido na tutela das comunicações telefônicas, é resguardado pelo direito à intimidade e à vida privada (art. 5°, inciso X, da Constituição da República), pois qualquer violação nesse sentido pode revelar atos da privacidade do investigado que não interessam ao Estado, impondo-se, portanto, tratamento análogo ao previsto na Lei 9.296/96. *Na verdade, quem não está coberto pelo sigilo são os dados cadastrais (nome, qualificação e endereço do titular da linha telefônica), podendo a eles ter acesso o representante do Ministério Público, como a autoridade policial"* (os grifos são nossos) (*in Crime Organizado: Procedimento Probatório*, São Paulo: Atlas, 2003, pp. 96/97).
14. Observe-se que a legalidade de tal requisição será, como de resto, avaliada pelo Poder Judiciário em momento *posterior*, responsabilizando-se a autoridade policial ou o membro do Ministério Público, na forma da lei, por eventuais abusos cometidos.

determinado aparelho de telefonia celular vem sendo utilizado, não apenas porquanto a prestação de tal informação decerto não implica o desvelo da listagem dos números telefônicos contatados ou qualquer outra violação a sigilo constitucional ou legalmente assegurado, como também porque, como parece óbvio, o imperativo de segurança (e de proteção a bens jurídicos penalmente tutelados de titularidade do cidadão de bem – vida, integridade física, etc.) há necessariamente de suplantar, como afirmado alhures, pretenso "direito à intimidade" do perpetrador da conduta delituosa que se busca estancar.

3. REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DO PLEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Passo primordial para a listagem dos requisitos legitimadores da autorização para a interceptação de comunicações telefônicas será, por evidente, a análise da norma constitucional que cuida especificamente da matéria – o supra transcrito inciso XII do artigo 5º da Constituição da República. Já de uma perfunctória leitura de tal dispositivo se depreende que o deferimento da interceptação – admitida como exceção ao sigilo das comunicações telefônicas constitucionalmente assegurado – se operará *a)* unicamente por meio de ordem judicial, *b)* para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e *c)* na conformidade do que disposto em lei integrativa que cuide da matéria – hoje, a Lei 9.296/96.

Dita lei de regência, esmiuçando o alcance da norma constitucional, impõe outros tantos requisitos para o deferimento da interceptação telefônica, que podem ser assim sinteticamente elencados:

a) existência de indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal (artigo 2º, inciso I)[15];

b) indispensabilidade da utilização do mecanismo para o prosseguimento útil das investigações (artigo 2º, inciso II, c/c o artigo 4º, *caput, in limine*)[16 e 17];

---

15. Parte da doutrina a tal requisito se refere como *causa provável*.

16. Consubstancia gravíssimo equívoco o indiscriminado indeferimento de pedidos de interceptação telefônica ao argumento de que eventual considerável lapso temporal decorrido desde a prática do crime investigado haveria tornado, por si só, a medida despicienda, porquanto inapta à consecução do fim a que se preordena. Isso porque, muitas vezes, o crime investigado é provado pela reiteração, pelo(s) investigado(s), às vezes por longuíssimos períodos de tempo, de outros crimes de idêntica natureza (ex: corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, etc.). De outras vezes, o próprio revolvimento das investigações (ex: a intimação para comparecimento em sede policial ou ao órgão ministerial) acaba por intranqüilizar os artífices do delito que se busca investigar, fazendo com que o assunto, a despeito do tempo passado, volte à baila entre eles – assim se viabilizando a angariação da tão perseguida prova necessária à sua justa, ainda que tardia, responsabilização penal.

17. Por evidente, tal juízo de valor deve ser levado a cabo à vista dos elementos disponíveis e conhecidos à época da apreciação do pedido formulado, não se concebendo cogitar-se de invalidação retroativa da prova colhida pelo ulterior descobrimento da existência, então, de outras linhas

c) o(s) crime(s) cuja prova de autoria ou de materialidade se busque por intermédio da interceptação telefônica seja(m) sancionado(s), no mínimo[18], com pena de reclusão (artigo 2°, inciso III);

d) descrição da situação objeto da investigação (artigo 2°, parágrafo único, *in limine*)[19];

e) indicação e qualificação dos investigados, salvo justificada impossibilidade (artigo 2°, parágrafo único, *in fine*);

f) formulação do pedido por escrito, como regra – admitindo-se, no entanto, de maneira excepcional, o pleito verbal (artigo 4°, §1°)[20];

g) indicação dos meios a serem empregados na operacionalização da interceptação (artigo 4°, *caput, in fine*)[21].

4. JUÍZO COMPETENTE PARA O DEFERIMENTO DA MEDIDA. ULTERIOR DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA EM FAVOR DE OUTRO ÓRGÃO JURISDICIONAL E LICITUDE DA PROVA JÁ COLHIDA

Como já asseverado, reza o artigo 1° da Lei 9.296/96, em seu *caput*, que *"a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em in-*

---

investigativas aptas a ensejar sua angariação, como alertam Ada Pelegrini Grinover ***et alii***, *verbis:* "Mas poderão surgir dúvidas, na praxis, quando a interceptação tiver sido autorizada por considerá-la o magistrado, no juízo de admissibilidade, o único meio possível de colheita da prova, demonstrando-se após que outros existiam. Parece-nos que, nesse caso, a interceptação não poderá ser considerada ilícita (*rectius*: ilegítima), por configurar a exigência do inc. II do art. 2° requisito necessário à autorização, mas não à validade da prova. Se, naquele momento, à cognição sumária do juiz, a quebra do sigilo pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido legal e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios" (*op. cit.*, p. 186).

18. Como consabido, prevê o Código Penal Militar diversas hipóteses em que a pena de reclusão somente será aplicável quando não se impingir ao réu a pena máxima, de *morte* (*v.g.*, traição, informação ou auxílio ao inimigo, rendição ou capitulação), aplicável em caso de guerra declarada (artigo 5°, inciso XLVII, letra *a* da CF). Tais infrações penais, por evidente, autorizariam o manejo da interceptação telefônica, se assim se fizesse necessário.
19. As infindáveis polêmicas relacionadas à delimitação do âmbito da investigação serão objeto de tópico em separado, *infra*.
20. Salienta José Paulo Baltazar Jr. que "o dispositivo tem por finalidade conferir agilidade aos casos urgentes, quanto o tempo de elaboração de um dispositivo escrito poderá significar a perda da prova. Embora a lei não o diga, o pedido oral ou por correio eletrônico poderá ser admitido, também, em casos de prorrogação ou acréscimo de novos números, até porque um expediente comumente utilizado por investigados é a constante troca dos aparelhos utilizados. (...) Melhor seria, aliás, se a lei brasileira permitisse que a interceptação, em casos urgentes, fosse realizada por iniciativa da polícia ou do Ministério Público, sendo posteriormente comunicada ao Juiz, como dispõe o art. 267.2 do CPP italiano." (*op. cit.*, pp. 132/133).
21. Nesse pormenor, mostra-se de vital importância, *v.g.*, a indicação do órgão para o qual as companhias telefônicas deverão redirecionar as chamadas telefônicas a serem interceptadas,

vestigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, *sob segredo de justiça*" (grifo nosso).

Nenhuma dificuldade se verifica na interpretação e na aplicação de tal norma nos casos em que a interceptação telefônica é postulada *no curso do processo*, mostrando-se evidente que ao juiz que o preside é que competirá dizer acerca do pleito formulado.

Não obstante, no que diz respeito à medida cautelar de interceptação telefônica pretendida na *fase pré-processual*, vale dizer, ainda na de investigações penais, o alcance de tal regra há de ser auferido por meio do estabelecimento de necessária diferenciação entre situações que, a toda evidência, não se confundem e que, por isso mesmo, devem carrear conseqüências de ordens absolutamente distintas no que concerne à admissibilidade da prova obtida em decorrência de cada uma delas. Assim é que não se podem pretender idênticas as conseqüências da autorização de quebra de sigilo das comunicações telefônicas: *a*) por órgão jurisdicional cuja pretensa competência para a apreciação do pedido não encontre arrimo, *prima facie*, em qualquer circunstância fática (normalmente extraível dos autos que consubstanciam supedâneo ao pedido de interceptação telefônica) que então se faça apresentar; e, de outro lado, *b*) por Juízo que, diante da análise conjuntural dos elementos de cognição disponíveis no momento da apreciação do requerimento, *parecia ser* o competente para o processo e julgamento da ação principal (e, por força da norma em exame, para a autorização da interceptação) – conquanto, ao depois, tal quadro se visse infirmado por circunstâncias outras que determinassem ser diverso o órgão judicial efetivamente competente.

Nesse sentido, imperioso é trazer-se à colação excerto de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC nº 81.260/ES, da relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no qual se assentou que, *verbis*:

"IV. Interceptação telefônica: exigência de autorização do "juiz competente da ação principal" (L. 9296/96, art. 1º): inteligência. 1. Se se cuida de obter a autorização para a interceptação telefônica no curso de processo penal, não suscita dúvidas a regra de competência do art. 1º da L. 9296/96: só ao juiz da ação penal condenatória — e que dirige toda a instrução -, caberá deferir a medida cautelar incidente. 2. *Quando, no entanto, a interceptação telefônica constituir medida cautelar preventiva, ainda no curso das investigações criminais, a mesma norma de competência há de ser entendida e aplicada com temperamentos, para não resultar em absurdos patentes: aí, o ponto de partida à determinação da competência para a ordem judicial de interceptação — não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia, eventual e futura, precisará -, haverá de ser o fato suspeitado, objeto dos procedimentos investigatórios em curso. 3. Não induz à ilicitude da prova resultante da interceptação telefônica que a autorização provenha de Juiz Federal — aparentemente competente, à vista do objeto das investigações policiais em curso, ao tempo da*

---

monitoradas e gravadas. No Estado do Rio de Janeiro, é comum que tal mister seja desempenhado pela Sub-Secretaria de Inteligência da Secretaria de Estado de Segurança Pública ou pelo CISPEN (Coordenadoria de Inteligência do Sistema Penitenciário), conforme o caso.

decisão — que, posteriormente, se haja declarado incompetente, à vista do andamento delas" (STF, Pleno, maioria, *DJ* 19.04.2002)[22].

Tal orientação, a nosso sentir irrepreensível, permite que a operação de formulação de pedido de afastamento do sigilo das comunicações telefônicas não se assente em bases outras que não as que ordinariamente norteiam a produção das medidas cautelares em geral – tomadas *rebus sic stantibus* –, evitando sua transformação em impossível e nefasto "exercício de futurologia" em relação às circunstâncias definidoras da fixação da competência para o processamento e julgamento da *vindoura* ação penal[23].

---

22. Deveras pertinente o voto proferido, na mesma ocasião, pelo *Ministro Néri da Silveira*, para quem "(...) numa situação como essa, temos que distinguir: a autorização para escuta telefônica há de resultar de Juiz competente para a ação principal; agora, se a incompetência para essa ação era *ab initio*, não há dúvida de que a autorização é inválida e há de ser declarada nula; mas, se ela somente se definiu posteriormente, não poderíamos deixar de reconhecer uma aparente competência do Juiz quando houve o pedido de autorização telefônica. Essa escuta, assim autorizada, é um elemento de todo o complexo de provas apuradas até o momento em que o Juiz veio a declarar e reconhecer sua incompetência diante dos fatos apurados". Nesse julgamento, o eminente ministro diferençou a hipótese em exame daquela que ensejou a decisão proferida no RHC 80.197/GO, em sentido oposto, assentando as razões da divergência de soluções precisamente no cotejo da incompetência verificável *ab initio* daqueloutra por ele cognominada "superveniente".

23. Conferir também:

STF: "A Turma iniciou julgamento de habeas corpus em que se pretende o trancamento de ação penal instaurada contra magistrado, denunciado, com base em investigações procedidas na denominada "Operação Anaconda", pela suposta prática dos crimes de falsidade ideológica (CP, art. 299) e interceptação telefônica ilegal (Lei 9.296/96). Alega-se a atipicidade das condutas imputadas ao paciente e a nulidade das interceptações telefônicas que deram sustentação à denúncia, haja vista o excesso de prazo em sua renovação. Inicialmente, o Min. Joaquim Barbosa, relator, afastou a alegada nulidade das interceptações por entender não haver óbice à renovação do pedido por mais de uma vez, já que presentes os pressupostos que conduziram à decretação das mesmas e a devida fundamentação judicial. (...) *Da mesma forma, ainda no que tange à apontada ilicitude da prova produzida,não acatou a tese de nulidade das escutas telefônicas por incompetência do juízo federal de Alagoas para investigar magistrados de São Paulo, porquanto, diante da suspeita de envolvimento de juízes, o procedimento investigatório foram imediatamente encaminhado ao juízo competente, o TRF da 3ª Região, que prosseguira com as investigações, aproveitando as provas até então produzidas*" (HC 84.388/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 26.10.2004 – informativo 367). Obs: grifo nosso.

"(...) O Tribunal, da mesma forma, afastou todas as preliminares levantadas pelos advogados dos denunciados referentes à: (...) d) nulidade das decisões proferidas na 1ª instância, pois, quando da atuação do magistrado de 1º grau, no sentido da quebra do sigilo bancário e fiscal, não havia indício da participação de nenhum agente político ou autoridade detentora de prerrogativa de foro nos fatos que foram objeto da investigação policial; e) ilicitude de provas existentes nos autos, já que todas legalmente colhidas"(Inq. 2.245 (*Mensalão*) – Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28.08.2007, *Informativo* 477)

STJ: "(...) IV. Não é ilícita a interceptação telefônica autorizado por juízo diverso do competente para a ação principal, quando deferida como medida cautelar, realizada no curso da investigação criminal (precedentes)" (RHC 20026/SP - 5ª Turma – rel. Min. Felix Fischer – *DJ* 26.02.2007)

"I. Hipótese em que foi dado início à investigação criminal tendente à apuração de eventuais delitos de formação de quadrilha, roubo e receptação, na comarca de Viamão/RS, tendo sido solicitada a interceptação de comunicações telefônicas de alguns aparelhos, devidamente autorizada pelo Juízo local. *(...) V. Verificada a ocorrência de roubos na comarca de Porto Alegre/RS, os autos do inquérito policial foram para lá remetidos. Essa declinação de competência não tem o condão de invalidar*

5. POSSIBILIDADE DE RENOVAÇÕES SUCESSIVAS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Dos temas relacionados às interceptações telefônicas, um dos que menos controvérsia parece produzir é o relacionado à possibilidade de múltiplas renovações da autorização da quebra do sigilo das comunicações, ainda que a redação do artigo 5º da Lei 9.296/96 (*"A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova"*) permita a lucubração de entendimentos no sentido de sua inviabilidade no ordenamento jurídico pátrio[24].

Com efeito, a maioria *esmagadora* da doutrina[25] e da jurisprudência admite a prorrogação da ordem de interceptação telefônica por *sucessivos prazos de quinze dias, tantas vezes quanto necessário* aos fins a que se preordena, desde que ainda se mostrem presentes os pressupostos que legitimaram a concessão da ordem originária.

---

as interceptações requeridas pelo Juízo anterior, pois na fase em que a medida foi autorizada, nada se sabia a respeito de eventuais delitos ocorridos em outra Comarca" (grifo nosso) (RHC 19789/RS, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 05.02.2007).

"(...) a incompetência do Juízo que determinou a interceptação, por si só, não macula o procedimento, pois os atos praticados antecedem o contraditório e são tidos, naturalmente, na linha da atividade administrativa, portanto, não sujeitos ao rigor processual, sem esquecer-se de que os fatos desenrolados em varias localidades as tornam aptas, de início, à persecução apuratória. Recurso desprovido" (RHC 15491/MG – 5ª Turma – rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – *DJ* 13.09.2005).

TJ/RJ: "(...) É certo que somente o Juiz competente para a ação penal condenatória cabe deferir medida cautelar incidente, estando incluída nela a interceptação telefônica, conforme art. 1º da lei 9.269/96. Todavia, quando esta medida faz-se necessária no curso da investigação criminal, a norma de competência deve ser aplicada com temperamento para não resultar em absurdo, por isso que poderá a interceptação telefônica revelar crimes muito mais graves praticados em diversos lugares e até descobrir outras pessoas integrantes da quadrilha ou colaboradora da pessoa investigada. Nestas hipóteses prevalecerá a regra contida no art. 82 do CPP: Se, não obstante a conexão ou continência forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros Juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva. (...)" (HC 2006.059.05568, 3ª Câmara Criminal, Des. Valmir de Oliveira Silva, j. 24.10.2006)

---

24. Cite-se, por exemplo, o magistrado *Geraldo Prado*, para quem a prorrogação da ordem autorizativa da interceptação telefônica só pode ocorrer *uma única vez*, não importa quão grave o crime investigado ou a absoluta inexistência de linha investigativa outra que não o "grampo" para a arregimentação do suporte probatório necessário à consecução da Justiça, perfazendo-se, assim, para a implementação da medida, o prazo *máximo* de 30 dias, em cotejo com o disposto na CRFB acerca do estado de defesa (*in Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Lúmen Juris, 2006*, pp. 19/46).

25. "A lei não diz expressamente se, após a primeira prorrogação, outra será possível, mas também aqui o juiz deverá guiar-se pelo bom senso e pelo direito comparado, sendo possíveis tantas prorrogações quantas necessárias, desde que continuem presentes os pressupostos de admissibilidade da ordem de interceptação" (Grinover, Ada Pellegrini *et*, *As Nulidades no Processo Penal*, 7ª edição. Revista dos Tribunais, 2001).

Nem poderia ser diferente: é mais do que evidente que a apriorística limitação temporal da efetivação da interceptação telefônica ao exíguo prazo total de trinta dias, sem a possibilidade de se considerarem as peculiaridades de cada caso concreto, teria como inarredável, iníqua e catastrófica conseqüência, em última análise, a vitória da criminalidade sobre o Estado, cujos instrumentos de atuação não se mostrariam à altura da árdua tarefa do provimento à segurança do cidadão (art. 5º, *caput* da CF).

Tal assertiva se revela especialmente pertinente quando se considera que, a cada dia, e na justa medida da inesgotável criatividade humana (não raro posta a mau serviço), as organizações criminosas vêm-se tornando entidades cada vez mais complexas e ramificadas, com o fito precípuo de dificultar sua perscrutação por aqueles que têm como tarefa combatê-las e levar seus responsáveis à barra da Justiça. Daí se infere, sem qualquer dificuldade, que, em um sem-número de vezes, o completo desvelo das engrenagens de máquina delituosa de tal estirpe demandará que a interceptação telefônica legitimamente deferida se estenda por prazo muitíssimo superior àqueles tais trinta dias, o que, repita-se, nenhuma mácula carreia quer à lei de regência, quer à Constituição da República.

Transcreva-se, por todos, voto vencedor proferido no Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 83.515/RS, aquele o qual se assentou nas seguintes premissas, *verbis:*

> "O presente HABEAS se funda em cinco alegações: 1. de que não teria sido respeitado o prazo de 15 (quinze) dias de interceptação telefônica, conforme estabelece o art. 5º, da Lei 9.296/96; (...) Vejamos cada argumento. 1. O ARGUMENTO DO EXCESSO DE PRAZO NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (art. 5º, *caput*, da Lei 9.296/96). O impetrante alega: "... Se a Lei nº 9.296/96 estabeleceu o prazo de 15 dias, renováveis por mais 15 dias, fica evidente que a renovação judicial, por longos 7 meses, infringe os ditames legais, devendo ser considerada não só ilegal como, também, inconstitucional. Houvesse mesmo a possibilidade de inúmeras renovações da interceptação telefônica, não haveria qualquer razão para a existência do art. 5º da Lei nº 9.296/96. ..." (fls. 17). Da análise dos autos, verifica-se que não houve a autorização de uma interceptação telefônica por um período dilatado. O que ocorreu foi a renovação pelo juízo federal, diante dos relatórios trazidos pela polícia, da interceptação telefônica diante dos indícios e de seu livre convencimento acerca da necessidade daquela diligência. A renovação da autorização da interceptação telefônica, longe de ser proibida pelo art. 5º da Lei 9.296/96, é permitida. Ressalte-se que se trata de fatos complexos, que envolvem a investigação do relacionamento entre indivíduos e que acabou por resultar em denúncia de uma pluralidade de tipos e réus. Somente uma investigação diferenciada, não-pontual e de acompanhamento contínuo poderia produzir prova suficiente a sustentar uma denúncia desse porte. O juízo acerca da necessidade na

renovação das autorizações de interceptação telefônica deve levar em conta a natureza dos fatos e dos crimes e das circunstâncias que envolvem o caso. A denúncia (fls. 101/127), com a indicação de 13 (treze) réus, que se pauta em um conjunto complexo de relações e fatos, com a acusação de diversos crimes, dentre os quais a evasão de divisas, a formação de quadrilha, a lavagem de dinheiro e configuração de organização criminosa, não poderia ser viabilizada senão por meio de uma investigação contínua e dilatada a exigir a interceptação telefônica ao longo de diversos períodos de 15 dias. A possibilidade de renovação da interceptação telefônica por mais de um período de 15 (quinze) dias é amplamente aceita na doutrina. Leio VICENTE GRECO FILHO: "... A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas forem necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo... A leitura rápida do art. 5º, poderia levar à idéia de que a prorrogação somente poderia ser autorizada uma vez. Não é assim: 'uma vez', no texto da lei, não é adjunto adverbial, é preposição. É óbvio que se existisse uma vírgula após a palavra 'tempo', o entendimento seria mais fácil. ..." Com o mesmo entendimento, cito ANTONIO SCARANCE FERNANDES :".... A decisão deve indicar a forma de execução da diligência (art. 5º). Diz a lei que a diligência não poderá exceder o prazo de quinze dias, 'renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova'. Pode-se, assim, permitir a renovação da interceptação, pelo mesmo prazo, por outras vezes, desde que, contudo, fique demonstrada a sua indispensabilidade, ou, como dizia o Projeto Miro Teixeira, quando permaneçam os pressupostos que permitem a sua autorização. ..." Ainda no mesmo sentido, DAMÁSIO DE JESUS e LUIZ FLÁVIO GOMES. Diante do exposto, são legais as sucessivas prorrogações de prazo para a interceptação telefônica em virtude da necessidade de apuração de fatos complexos — que, inclusive, foi objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito no Rio Grande do Sul -, crimes que se configuraram no tempo e pluralidade de réus e, conseqüentemente, de relações e contados que deveriam ser investigados. Não está configurado desrespeito ao art. 5º, *caput*, da Lei 9.296/96" (STF – HC 83.515/RS – Pleno – Rel. Min. Nelson Jobim – j. 16.09.2004 – DJ 04.03.2005 – *Informativo* 365).

No mesmo julgamento, o Ministro JOAQUIM BARBOSA, de maneira absolutamente irrepreensível, aduziu que:

"A meu ver, o prazo previsto no art. 5º da Lei 9.296/96 não constitui óbice à renovação do pedido de interceptação telefônica por mais de uma vez. Isso porque, persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica e estando as prorrogações devidamente fundamentadas pelo magistrado, não há

obstáculos para a renovação, de modo que as provas derivadas do procedimento não são maculadas de ilicitude. Tal raciocínio é corroborado por parte substancial da doutrina. A questão há de ser examinada sob o ângulo da razoabilidade. Uma autorização judicial com o restrito prazo de 30 dias (na hipótese de se admitir uma única renovação) não teria efetividade alguma em nosso país. Sobretudo porque existe todo um trâmite a ser superado a fim de que a decisão jurisdicional seja cumprida a contento. Não seria razoável, portanto, a limitação das escutas telefônicas a apenas 30 dias, pois isso conduziria à total ineficácia da medida em certos casos, como o presente."

À autoridade policial ou ao órgão ministerial que capitanear a operação de interceptação telefônica que se pretenda prorrogar compete, pois, expor ao juiz, por ocasião da confecção do auto circunstanciado de que cuida o artigo 6°, § 2° da Lei 9.296/96, a persistência dos motivos legitimadores da concessão primeira da medida. A maneira de se desincumbir de tal tarefa é objeto de discussão no item "a" do tópico *(Im)prescindibilidade da transcrição integral do conteúdo apreendido mediante interceptação telefônica, infra.*

6. (IM)PRESCINDIBILIDADE DA TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DO CONTEÚDO APREENDIDO MEDIANTE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PERÍCIA

Questão indiscutivelmente tormentosa é a concernente à imprescindibilidade, ou não, da transcrição (vocábulo por vezes substituído pelo neologismo *degravação*) de *todo* o conteúdo das ligações telefônicas interceptadas, em oposição à realização do procedimento tão-somente em relação àqueles registros tidos como pertinentes ao objeto da investigação ou da ação penal, à vista do disposto no artigo 6°, § 1° da Lei 9.296/96.

a) De início, é de bom alvitre afirmar-se que não há de se cogitar da transcrição integral, *ainda no curso da realização da operação de interceptação*[26], das comunicações interceptadas *como requisito da admissibilidade de sua eventual prorrogação* (ou, pior, como causa de ilicitude da prova ou de nulidade de eventual ação penal que a tome por supedâneo). Exige a lei, tão-somente, a apresentação de "auto circunstanciado, *que deverá conter o resumo das operações*" (art. 6°, § 2° da Lei 9.296/96, grifo nosso) – até porque, se assim não fosse, mostrar-se-ia inviabilizado o prosseguimento útil da maior parte das investigações, que, a toda evidência, não podem prescindir da rapidez e da agilidade necessárias à apreensão de provas no mais das vezes fugidias. O auto circunstanciado deve ser confeccionado de tal modo que possa o juiz avaliar, a partir de sua

26. Ou, mesmo, por ocasião da deflagração da ação penal, como se verá adiante.

leitura, a existência ou não dos requisitos legitimadores do deferimento de eventual prorrogação (a saber, os mesmos que houveram originariamente autorizado a realização da interceptação telefônica que se busca renovar), para tanto se mostrando absolutamente possível a transcrição apenas dos diálogos (ou, mesmo, de parte deles) que se mostrem aptos a revelar materializados os ditos requisitos[27] e [28].

b) A questão se mostra um tanto mais complexa, no entanto, no que diz respeito à imprescindibilidade da transcrição integral, *no âmbito da ação penal*, das conversas apreendidas mediante interceptação telefônica.

A despeito da respeitabilidade das opiniões em sentido oposto, pensamos não haver qualquer razão para que se exija que o *conteúdo integral* do produto da interceptação telefônica venha a ser vertido para a forma de documento escrito e ulteriormente juntado aos autos. A referida providência há de ser levada a cabo tão-somente em relação ao *conteúdo juridicamente relevante para a resolução da causa submetida ao crivo do Estado-juiz por meio da ação penal, i.e.*, há de necessariamente ter por objeto tão-somente as conversas reputadas necessárias à prova do fato alegado (ou à sua refutação, se for o caso).

E assim é por uma série de razões.

---

27. Em verdade, pensamos ser possível (e mesmo recomendável, em certos casos) que o auto circunstanciado não carreie transcrição de qualquer dos diálogos colhidos durante a interceptação, desde que seu *conteúdo* seja sinteticamente reproduzido e levado a conhecimento da agência judicial, o que viabilizaria a tecedura, pelo magistrado, do juízo de valor que precede o deferimento da renovação da medida sem que a investigação viesse a ser prejudicada pelo "vazamento" de informações sensíveis.

28. STJ: "(...) IV. Não se pode exigir que o deferimento das prorrogações (ou renovações) seja sempre precedido da completa transcrição das conversas, sob pena de frustrar-se a rapidez na obtenção da prova. V. Não se faz necessária a transcrição das conversas a cada pedido de renovação da escuta telefônica, pois o que importa, para a renovação, é que o juiz tenha conhecimento do que está sendo investigado, justificando a continuidade das interceptações, mediante a demonstração de sua necessidade. (...)" (RHC 13.274/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, unanimidade, *DJ* 29.09.2003)

STF: "(...) 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6°, § 2°, da L. 9.296/96). (...)" (HC 83.515/RS – Pleno – Rel. Min. Nelson Jobim – maioria – *DJ* 04.03.2005)

STF: "EMENTA: HABEAS CORPUS. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE LIMINAR PARA GARANTIR À DEFESA DO PACIENTE O ACESSO À TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS REALIZADAS NO INQUÉRITO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5°, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): INOCORRÊNCIA: LIMINAR INDEFERIDA. 1. É desnecessária a juntada do conteúdo integral das degravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois bastam que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5°, inc. LV, da Constituição da República). 2. Liminar indeferida" (HC-MC 91.207/RJ, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, maioria, *DJ* 21.09.2007)

A primeira delas reside já na indispensável obediência aos comandos constitucionais que tutelam a intimidade e a honra de qualquer indivíduo (*v.g.*, art. 5º, inciso X da CF: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"), sendo certo que não há qualquer justificativa plausível para que fatos íntimos que nenhuma correlação guardam com o objeto da lide penal (ex: infidelidades conjugais, preferências e perversões sexuais, segredos de família etc.) sejam desfraldados em forma escrita no processo, *mormente porquanto nem sempre dizem respeito (apenas) ao titular da linha telefônica interceptada, mas a terceiras pessoas absolutamente estranhas à relação processual-penal.* A transcrição de diálogos de tal naipe só tem o condão de expor ao desnecessário vilipêndio bens jurídicos constitucionalmente tutelados, sem que, em contrapartida, se veja auferido qualquer benefício para os fins visados na ação penal[29] – em relação aos quais se mostra absolutamente inútil e irrelevante.

De outro tanto, reputamos equivocado, *d.v.*, o entendimento segundo o qual a *transcrição* das gravações das ligações telefônicas interceptadas é que materializaria, no processo, o *meio de prova* em cujo seio se fundaria eventual pretensão condenatória nele verberada. Com efeito, também (e mesmo antes) o é a *mídia* em que as conversas interceptadas foram gravadas[30], a qual há de necessariamente instruir os autos e se ver disponibilizada para ciência e manifestação de qualquer das partes, bem como para escrutínio do Juízo.

Assim é que, uma vez procedida à juntada, aos autos do processo, da mídia que contém as gravações das conversações telefônicas interceptadas – por evidente em sua absoluta integralidade –, e garantido à defesa o necessário acesso a seu conteúdo, sobre o qual poderá se manifestar e requerer o que entender de direito, perfeitamente prestigiados mostrar-se-ão os princípios da ampla defesa e do contraditório, sem que os possa macular a não-transposição *integral* de tal conteúdo para a forma escrita[31].

Nem se diga que a aceitação da transcrição apenas parcial do conteúdo gravado se preordenaria a eventual alteração do contexto em que as conversas foram estabelecidas, em prejuízo do(s) interlocutor(es) e com resultados catastróficos para a resolução justa da causa. A uma, porque é absolutamente

---

29. O prestígio ao atendimento de tais fins é que, em última análise, anima a exceção, prevista no inciso XII do mesmo artigo 5º da CF e legitimadora da interceptação das comunicações telefônicas, à proteção constitucional da intimidade.

30. Como alertam Ada Pellegrini Grinover *et alii*, "o resultado da interceptação deve revestir-se de forma documental. Normalmente, vem ela acompanhada de gravação da conversa telefônica, com a finalidade de se dispor de uma reprodução sonora, que permita a escuta. Tal gravação, de per si, já constitui documento (...)" (*in As Nulidades no Processo Penal*, Ed. Revista dos Tribunais, 7ª edição, p. 176).

31. Diga-se, aliás, que a oitiva do *áudio* das ligações interceptadas providencia experiência muito mais enriquecedora no que concerne à correta apreensão de seu significado que a mera leitura de sua fria transcrição no papel.

evidente que o caráter parcial da transcrição tem como referencial o *conjunto* de ligações telefônicas apreendido mediante interceptação, nunca determinada conversa em particular[32]. A duas porquanto, como dantes afirmado, a *totalidade* da prova angariada por meio da interceptação *já se vê carreada ao processo*, materializada que se encontra na mídia na qual as ligações telefônicas se vêem gravadas (e cujo imutável conteúdo há de ser livremente franqueado à cognição e à manifestação das partes, como já se ressaltou), o que torna virtualmente impossível a ocorrência da nefasta conseqüência em apreço.

Saliente-se que a Lei 9.296/96 *não* exige expressamente que a transcrição das gravações produto da interceptação telefônica ocorra de maneira integral (art. 6°, § 1°). Em verdade, pensamos que uma análise sistemática de seus dispositivos se presta mesmo à sustentação do entendimento oposto, ora defendido.

Com efeito, reza o *caput* do artigo 9° do precitado diploma legal que *"a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada"*. Tal dispositivo tem por escopo justamente preservar a intimidade das pessoas cujas conversas foram legitimamente interceptadas ao cingir a utilização, no processo, tão-somente da parcela das comunicações apreendidas que interessem à prova, ou seja, que potencialmente guardem relação de relevância com o julgamento da causa versada na ação penal, descartando-se todas as outras que, por inúteis à consecução de tal desiderato, não precisam jazer expostas nos autos.

Verifica-se, no entanto, que o artigo em exame nada menciona acerca da inutilização também *da transcrição* da gravação que não interessar à prova. Ora, de absolutamente nada adiantaria, para os fins a que o referido dispositivo legal se preordena, a destruição tão-somente do *áudio* das conversas interceptadas, se seu conteúdo se visse escancarado no processo na forma da correspondente *degravação*.

Nem se argumente que o dispositivo demandaria *interpretação extensiva* a fim de que açambarcasse também a *degravação* do conteúdo apreendido na interceptação telefônica. Isto porque a ausência, nele, de menção à transcrição da gravação a toda evidência *não* pode ser reputada como inconsciente lapso do legislador, que, quando quis, *expressamente mencionou tanto a gravação quanto sua correspondente transcrição* (artigo 8°, *caput*: "a interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações *e transcrições respectivas*" – grifo nosso), motivo porque aquele exercício exegético se mostra de todo descabido.

---

32. Por exemplo: se o conteúdo de determinada operação de interceptação telefônica se materializa em *dez* ligações, das quais apenas *duas* guardam correlação com o objeto da investigação/ação penal, nenhum óbice há que a transcrição recaia tão-somente sobre estas últimas (daí porque o adjetivo *parcial*). Cada uma dessas duas ligações telefônicas pertinentes ao deslinde do mérito da causa, no entanto, deverá ser *integralmente transcrita*, por evidente, assim se evitando eventuais erros na cognição e/ou na interpretação do contexto em que se desenvolveram.

O que se pode validamente extrair do cotejo de tais normas legais é que *nem toda gravação das interceptações telefônicas deverá ser vertida para documento escrito, apenas devendo o ser aquela que se mostre útil à solução da causa penal.* Se assim não fosse, imperioso seria admitir-se que a norma insculpida no *caput* do artigo 9° da Lei 9.296/96 consagra *fragorosa e irrefutável inutilidade*, porquanto a gravação a ser inutilizada não seria o único documento carreado aos autos a conter material imprestável à prova e apto a vilipendiar a intimidade dos personagens envolvidos, sem que o interesse público legitimador da ingerência estatal em tal aspecto da personalidade se visse minimamente prestigiado com tal fato – o que, por óbvio, não se pode conceber.

Por fim, deve-se rememorar que a pretensão de transcrição integral do conteúdo das interceptações telefônicas – que muitas vezes se estende por lapso temporal considerável e produz portentoso volume de informações – representa rematado e injustificável ataque ao *princípio constitucional da eficiência*, previsto no artigo[33], *caput* da Constituição da República e aplicável a toda a Administração Pública, na medida em que demanda o empenho de grandes contingentes de recursos públicos, material e humano, no desenvolvimento de tarefa cuja utilidade para a solução da causa examinada no processo é absolutamente nenhuma.

A nosso juízo, os argumentos acima expendidos são plenamente capazes de consubstanciar supedâneo sólido ao entendimento que ora se defende, que encontra eco, *v. g.*, no Superior Tribunal de Justiça[33]. De se ver, no entanto, que a matéria está longe de se encontrar pacificada, demandando atento acompanhamento, pelo operador do Direito, das decisões a serem proferidas, sobre ela, pelas cortes do país[34].

c) De outro tanto, não desafia tamanha complexidade a questão relativa à necessidade, ou não, de *perícia* das gravações obtidas mediante interceptação telefônica, seja considerando-se como tal sua transcrição por peritos oficiais, seja tomando-a como análise das vozes gravadas.

Com efeito, em nenhum momento erigiu a Lei 9.296/96 como condição de validade da prova angariada que sua transcrição (que, como visto nos tópicos acima, não precisa tomar por objeto a integralidade das gravações) seja efetuada por peritos oficiais, nem, muito menos, que se proceda à realização da

---

33. STJ: *"Interceptação telefônica. Art. 6°, §§ 1° e 2°, da Lei 9.296/96. Desnecessidade de redução a termo de todo o conteúdo das conversas interceptadas, uma vez que as partes tiveram acesso à integralidade das gravações. Inobservância de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa Ordem denegada."* (HC 37.227/SP – Quinta Turma – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – unanimidade – julg. 19.10.2004). O inteiro teor do acórdão e, principalmente, o esclarecedor voto do ínclito Ministro-relator José Arnaldo da Fonseca pode ser acessado na *internet* e consultado no seguinte endereço: *https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Docu-mento.asp?sSeq=506414&sReg=200401067760&sData.*

34. O tema consubstancia o cerne, por exemplo, do HC 91.207/RJ, relativo à chamada *Operação Hurricane*, a ser julgado em breve pelo Supremo Tribunal Federal. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela *rejeição da ordem* no dia 26.10.2007.

chamada *perícia de voz*, a fim de que se ateste, pelo precitado meio técnico, que a voz captada por meio da interceptação telefônica e gravada na mídia que instruirá o feito pertença efetivamente a quem se indique pertencer. Tal perícia, no entanto, poderá ser requerida ao Juízo pelo réu, se assim reputar conveniente, devendo ela ordinariamente ser deferida, a fim de que se evitem ulteriores alegações de violação ao direito à ampla defesa[35]. Não obstante, é de se salientar que, em determinadas ocasiões – como as de manifesta extemporaneidade e de postulação inequivocamente preordenada à indevida procrastinação do trâmite do processo (em evidente *abuso* do direito de defesa) –, a jurisprudência vem consagrando a possibilidade do *indeferimento* da perícia, sem que por isso se inquine de nulidade o feito[36].

---

35. É evidente que, em casos tais, não poderá o réu/requerente que eventualmente se encontre preso postular o relaxamento de sua custódia sob a alegação de pretenso constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo na conclusão do processo, devendo assim suportar eventual delonga necessária à realização da perícia por ele propugnada.

36. Conferir, nesse sentido, os seguintes acórdãos:

STF: "EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E DO ACÓRDÃO QUE JULGOU A APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO-PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL: NÃO-OCORRÊNCIA. SENTENÇA FUNDADA EM OUTROS MEIOS DE PROVAS: IDONEIDADE: PRECEDENTES. ACÓRDÃO QUE MAJOROU A PENA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA: AGRAVAMENTO FUNDADO NAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS AOS RECORRENTES: POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não se sustentam, juridicamente, os argumentos apresentados pelos Recorrentes, para se desfazerem as decisões de Primeiro e Segundo Graus referentes à condenação a eles imposta, pois a sentença condenatória está fundada em elementos concretos, demonstrando e identificando, por outros meios de provas, a participação dos Recorrentes nos fatos criminosos a eles imputados. Inocorrência de cerceamento de defesa decorrente da não-produção da perícia técnica tida pelos Recorrentes como imprescindível ao deslinde da causa: Precedentes. 2. Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que majorou a pena imposta pelo Juízo de Primeiro Grau, devidamente fundamentado nas circunstâncias desfavoráveis aos Recorrentes, sendo compreensível o agravamento das reprimendas: Precedentes. 3. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido" (RHC 91.162/RJ – Primeira Turma – Rel. Min. Cármen Lúcia – j. 26.06.2007 – *DJ* 10.08.2007).

STJ: "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS TERMOS DA LEI N.° 9.296/96. PERÍCIA PARA O RECONHECIMENTO DAS VOZES DOS ACUSADOS. PRECLUSÃO. INOBSERVÂNCIA DO RITO. PROCEDIMENTO ESTABELECIDO PELA LEI N.°10.409/02. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. É válida a prova obtida por meio de interceptação de comunicação telefônica, quando a autoridade policial observa todos os requisitos exigidos pela Lei n.° 9.269/96, que, ressalte-se, não determina que a degravação das conversas interceptadas seja feita por peritos oficias. 2. Se a Defesa não impugna no momento oportuno a autenticidade da voz do Paciente, preclusa a alegação de nulidade desta prova, sobretudo em sede de habeas corpus, estranha ao reexame da matéria fático-probatória." (HC 66967/SC – Quinta Turma – Rel. Min. Laurita Vaz – j. 14.11.2006 – *DJ* 11.12.2006)

STJ: "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12 E ART. 14, AMBOS DA LEI 6.368/76. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PERÍCIA. I. Não há que se invalidar o resultado obtido em decorrência de interceptações telefônicas realizadas mediante autorização judicial, nos termos da Lei n.° 9.269/96. II. Verificado no presente caso que a condenação imposta baseou-se em outras provas que não o resultado obtido em razão das interceptações telefônicas realizadas, mais uma razão exsurge para não se vislumbrar qualquer nulidade no feito. III. Não há, na Lei

7. AMPLIAÇÃO OBJETIVA E SUBJETIVA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. CRIMES APENADOS COM DETENÇÃO

Campo fértil para inconciliáveis (des)entendimentos, como já asseverado (nota de rodapé nº 18), é o concernente ao âmbito no qual se mostrariam válidas a admissão e a ulterior valoração da prova colhida mediante interceptação telefônica.

O balizamento primevo a ser considerado é, por evidente, aquele traçado na Constituição da República, segundo a qual a exceção ao sigilo das comunicações telefônicas só se justifica *"para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"*. Há quem entenda que tal prescrição virtualmente inviabiliza o aproveitamento da prova em processos não-penais[37], conquanto outros tantos doutrinadores não enxerguem no dispositivo constitucional em comento o invocado óbice, desde que observadas determinadas premissas[38] –

9.296/96, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida a perícia adicional.(Precedente). Ordem denegada" (HC 57870/RJ – Quinta Turma – Rel. Min. Felix Fischer – j. 12.09.2006 – *DJ* 04.12.2006) .

TRF4: " (...) 9. O fato da degravação propriamente dita não ter sido realizada por servidores públicos titulares do cargo de perito, não enseja qualquer prejuízo ao resultado obtido uma vez que os servidores que atuavam estavam sob a responsabilidade da Seção de Criminalística da própria Polícia Federal, que entendia que tal atividade, consistente na oitiva de infindáveis horas de gravações e respectivas transcrições, poderia ser desenvolvida por servidores desprovidos de habilitação técnica específica, o que aliás já foi admitido pela 8ª Turma deste TRF: "(...)7. Desnecessário que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação.(...)" *(ACR nº 2000.71.04.003642-3/RS, 8T, Rel. Des. Federal Amir Sarti, DJ 16.01.2002, p. 1.396). (...)"* (AC 2000.04.01.127488-8 – 7ª Turma – Rel. Des. Fábio Rosa – unânime – j. 22.10.2002 – *DJU* 27.11.2002).

TJ/RJ: "APELAÇÃO CRIMINAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA PARA TRÁFICO DE ENTORPECENTES, HOMICÍDIOS E OUTROS DELITOS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR ILEGALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PROVA FIRME E COESA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOSIMETRIA CORRETA. Embora a Defesa tivesse, em todo momento, acesso aos cd's com as gravações, não requereu a realização da perícia no momento processual oportuno, o que não caracteriza o vício na prova, já que devidamente autorizada a interceptação telefônica, nos moldes da Lei 9296/96. Se a interceptação telefônica necessitasse de prova pericial para ser considerada no processo, ela seria obrigatória e não dependeria do pedido da parte, que poderia facilmente criar causa de nulidade e se beneficiar com isso. Materialidade e autoria devidamente comprovadas, sendo desnecessária a perícia das gravações para concluir-se que o Réu era interlocutor de vários diálogos, já que citado seu nome e apelido por diversas vezes (...)"(Apelação nº 2007.050.03778 – Primeira Câmara Criminal – Rel. Des. Paulo César Salomão – j. 25.09.2007) .

---

37. É o caso, por exemplo, de Geraldo Prado (*op. cit*, pp. 57/59) e de Paulo Rangel (*in Direito Processual Penal*, 7ª edição, Ed. Lumen Juris, pp. 893/894)..

38. Ada Pelegrini Grinover *et alii*, por exemplo, condicionam o aproveitamento da chamada prova emprestada em processo não-penal à circunstância de haver sido ela originariamente colhida *"em processo penal desenvolvido entre as mesmas partes"* (*op. cit.*, p. 196), enquanto que Nelson Nery Jr. o admite, desde que pelo menos se verifique identidade entre a parte contra quem se manejou a interceptação telefônica no processo penal e aquela contra quem se pretenda empregá-la no processo cível (*in Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição, pp. 159/160).

não necessariamente pertinentes[39]. Isso porque percebem, com acerto, que o que proíbe a CF é a *autorização* originária da efetuação da interceptação telefônica para fins não-penais, e não, assim, o ulterior aproveitamento da prova decorrente da interceptação regularmente determinada no curso de investigação ou de processo criminal em procedimentos ou processos de natureza diversa[40].

Não obstante, a controvérsia está longe de imperar tão-somente em relação à possibilidade, ou não, de transposição da prova entre processos de natureza díspar. Acerba polêmica também viceja quanto à viabilidade da *extensão objetiva e/ou subjetiva* do âmbito de validade probatória do resultado de interceptação telefônica, mormente em casos de *descoberta fortuita* de prova de infrações penais outras que não aquela(s) determinante(s) do deferimento da medida.

Juristas há, pois, que, tomando a ferro e fogo a prescrição insculpida no artigo 2°, parágrafo único da Lei 9.296/96, afirmam que o encontro fortuito (*Zufallsfunden*) não pode ser admitido como prova em nenhuma hipótese[41], ao argumento de que *"a prova obtida pela interceptação deve corresponder ao fundamento apresentado e que serviu de base para a autorização judicial"*[42] – entendimento esse que, a nosso sentir, consubstancia rematado despautério, ao se prestar

---

39. Com efeito, as exigências mencionadas na nota de rodapé anterior têm como fundamento a proteção ao princípio constitucional do contraditório. Porém, como destaca Pierobom de Ávila, *"não há contraditório sobre a formação das provas documentais. Estas apenas registram uma situação tal qual ocorreu. O contraditório sobre as interceptações telefônicas é diferido, para o futuro, e recairá sobre os requisitos para a autorização (se estavam preenchidos) e sobre o conteúdo das gravações (autenticidade e significado dos diálogos). Sendo posterior o contraditório sobre as gravações, não há qualquer antinomia entre a prova emprestada de interceptação telefônica e o princípio do contraditório, já que no processo de destino poderá a parte interessada validamente discutir se foram preenchidos os requisitos de autorização da medida no processo de origem, bem como se manifestar sobre a autenticidade e significado dos diálogos. (...) Não há violação ao contraditório"* (*op. cit.*, p. 225).

40. Observe-se que, em recente decisão proferida em questão de ordem suscitada no Inq. 2424/RJ (relativo à chamada *Operação Hurricane*), decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria (vencido o Min. Marco Aurélio), que não há qualquer impedimento à utilização de prova colhida mediante interceptações telefônicas e gravações ambientais como prova emprestada em procedimento não-penal, *mesmo que as pessoas contra quem se pretende utilizar dita prova sejam diversas daquelas contra as quais foi originariamente produzida, verbis:*
STF: "EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5°, inc. XII, da CF, e do art. 1° da Lei federal n° 9.296/96. Precedente. Voto vencido. *Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova."* (Questão de Ordem – IP 2424/RJ – Rel. Min. Cezar Peluzo – Tribunal Pleno – maioria – j. 20.06.2007 – *DJ* 24.08.2007).

41. Citem-se, por todos, Damásio E. de Jesus e Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha.

42. Camargo Aranha, *in Da Prova no Processo Penal*, Ed. Saraiva, 7ª edição, pp. 355/356.

ao aplauso e à legitimação da impunidade com base no sofisma segundo o qual, durante as investigações, seria possível, de antemão e cirurgicamente, delimitar os contornos exatos do objeto (a ser) investigado[43].

De outro tanto, corrente doutrinária menos extremada propugna que a casual descoberta da prática de crimes outros que não aquele que se investiga (e que determinou o deferimento do pedido de interceptação telefônica) pode, sim, se prestar validamente à persecução penal, porém não como prova de pronto utilizável contra seu(s) perpetrador(es), mas como *indício da perpetração do delito* fortuitamente desvelado, a demandar ulterior investigação para sua cabal comprovação e, por via de conseqüência, para a responsabilização penal de seu(s) artífice(s)[44 e 45].

Mas não é só: tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça ora parecem inclinar-se à adoção de ainda outro entendimento, segundo o qual o encontro fortuito será válido desde logo como prova, desde que referente a crimes *conexos – ou ao menos relacionados* – com os que determinaram a autorização da realização da interceptação telefônica e *mesmo que sancionados tão-somente com pena de detenção:*

STF: "HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO

---

43. Com sensatez alerta Baltazar Jr. que "de início é possível afirmar que, no momento da investigação, não há uma delimitação completa e exata do objeto, não havendo como exigir os rigores do princípio da correlação entre denúncia e sentença. Investiga-se, com base em uma hipótese, mas sem uma definição totalmente precisa dos contornos do fato, o que é próprio da denúncia." (*op. cit.*, p. 142).

44. Compactua com tal entendimento, por exemplo, ***Lênio Luiz Streck***, para quem "em sendo a interceptação decorrente de ordem judicial e, através dela, for descoberto, por exemplo, um homicídio (fora da cadeia de fatos e autores investigados), não parece que esta prova, de pronto, possa ser inquinada como ilícita. Nesse caso, é evidente que o autor desse homicídio não poderá ser processado com base nessa prova. Será ela, tão somente, conformador de um indício (fumus boni iuris) para, por exemplo, fundamentar um (novo) pedido de interceptação que diga respeito a esse fato. (...) Exige-se, enfim, a prova da prova!" (*in As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição – Cidadania – Violência*". Ed. Livraria do Advogado, *1997*).

45. Tal orientação se vê prestigiada, por exemplo, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no voto do relator Des. Marco Aurélio Belizze por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 2007.050.02745, *verbis:* "(...). Observa-se, portanto, que no curso da captação da comunicação telefônica de investigação relativa ao detento Robertinho, surgiu outro fato penalmente relevante, distinto daquele que estava sendo objeto de investigação, relativo ao planejamento de um possível crime, situação que a doutrina denomina de encontro fortuito. É bem verdade que, nestas hipóteses, a interceptação telefônica não assume relevância como meio probatório único e isolado, eis que autorizada para a investigação de outros fatos. No entanto, no saco dos autos, o encontro fortuito vale como verdadeira notícia crime, que ensejou novas e independentes providências com relação à investigação dos fatos dos presentes autos, razão pela qual não há que se cogitar de ilegalidade, pois a interceptação, lícita, não foi usada como prova, mas sim como elemento deflagrador de providências da autoridade policial relativa a crime diverso. Assim, a preliminar suscitada merece rejeição, uma vez que a origem da descoberta fortuita do crime objeto da presente ação penal decorreu de interceptação telefônica lícita. (...)" (TJ/RJ, Terceira Câmara Criminal, AC nº 2007.050.02745, unânime, j. 24.07.2007).

MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. *(...) 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação.* Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido." (STF, HC 83515/RS, Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 16.09.2004, *DJ* 04.03.2005).

STJ: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DOS PACIENTES BASEADA EM MATERIAL COLHIDO DURANTE A REALIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PARA APURAR A PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONEXÃO ENTRE O CRIME INICIALMENTE INVESTIGADO E AQUELE FORTUITAMENTE DESCOBERTO. I — Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática *futura* de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. II — A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal *pretérita*, porquanto no que concerne às infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminosa. Habeas corpus denegado" (STJ, RHC 69.552/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, j. 06.02.2007, *DJ* 14.05.2007).

STJ: "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. PERDA DO OBJETO. PROVA. ESCUTA TELEFÔNICA. ILICITUDE. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. *(...) 2. É lícita a prova de crime diverso, obtida*

por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial da escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação" (STJ, HC 33.553/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, unânime, j. 17.03.2005, *DJ* 11.04.2005). (Obs: em todos os acórdãos, o grifo é nosso).

A nosso juízo, todas as questões tratadas no presente item hão de ser resolvidas à vista do fato insofismável de que a violação da privacidade e da intimidade necessariamente levada a cabo por ocasião da implementação de uma operação de interceptação telefônica é realizada de maneira *lícita*, diante do permissivo excepcional insculpido na própria Constituição da República, em nome de princípio fundamental no mínimo tão relevante quanto os que tutelam aqueles direitos, a saber, o da *proteção penal eficiente* – à míngua de cuja observância mostrar-se-ia impossível cogitar-se da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, em última análise. Assim, afastada *justificadamente* a proteção que ordinariamente se confere a determinados direitos e/ou garantias, não há porque negar validade (ou, por via de conseqüência, sua admissibilidade em processo relacionado a outros fatos ou pessoas) à prova decorrente de tal afastamento, porquanto angariada sob o signo da absoluta conformação com a ordem legal e constitucional vigente. Sua força probatória, no entanto, há de ser verificada em cada caso concreto, sob o prudente arbítrio do juiz e mediante contraposição/superposição aos vários outros elementos de prova eventualmente carreados ao processo.

Nessa ordem de idéias, vale consignar o pensamento de ilustrados autores que, com rara maestria, abordaram, sob um ou outro prisma, o tema em apreço, consagrando entendimento que se presta não apenas a promover a necessária salvaguarda dos direitos fundamentais do indivíduo, de um lado, mas, também, por outro, a viabilizar que o Estado possa se desincumbir da dificílima e inescusável tarefa de ofertar, à coletividade, *tutela penal efetiva*, sem que soçobre refém do extremado, indevido e absolutamente pernicioso inchaço do alcance das normas garantidoras daqueles direitos:

> "Assim, por exemplo, quando, no curso de determinada investigação criminal, é autorizada judicialmente a interceptação telefônica em certo local, com a conseqüente violação da intimidade das pessoas que ali se encontram, não vemos por que recusar a prova ou a informação relativa a outro crime ali obtida. (...) Em tal situação, se até as conversações mais íntimas e pessoais dos investigados e das pessoas que ali se encontrassem estariam ao alcance do conhecimento policial, por que não o estaria a notícia referente à prática de outras infrações penais? (...). Na linha do aqui sustentado, com ligeira variação, quanto à identidade dos fatos, é ver julgamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a licitude da prova de outro crime, diverso daquele investigado, obtida por meio de interceptação telefônica autorizada, de início, para a apuração de crime punido com reclusão. Argumentou-se, então, que a conexão entre os fatos e os crimes justificaria a licitude e o aproveitamento da prova (HC 83.515/RS, Rel. Min. Nelson

Jobim, Informativo 361). Ora, não é a conexão que justifica a licitude da prova. O fato, de todo relevante, é que, uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão. É que, uma coisa é a justificação para autorização da quebra de sigilo; tratando-se de violação à intimidade, haveria mesmo que se acenar com a gravidade do crime. Entretanto, outra coisa é o aproveitamento do conteúdo da interceptação autorizada. Tratando-se de material relativo à prova de crime – qualquer crime – não se pode mais argumentar com a justificação da medida (interceptação telefônica), e, sim, com a aplicação da Lei" (Eugênio Pacelli de Oliveira, *op. cit.*, pp. 308/309).

"Utilização da interceptação telefônica contra terceiro: parece-nos viável. Conforme já expusemos na nota 5-E ao Capítulo I, Título VII, Livro I, do nosso Código de Processo Penal cometendo, é possível que, durante, uma interceptação telefônica, captando-se a conversa entre "A" e "B", com autorização judicial, surja prova do cometimento de crime por "C", terceira pessoa. Pensamos ser lícito utilizar a gravação realizada para investigar o agente criminoso que surgiu de onde menos se esperava. Mais uma vez, é fundamental destacar que o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de duas pessoas, com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita. Descoberto um outro crime, ainda que não haja conexão entre este e a infração que se está investigando, é preciso apurá-lo, mormente se de ação pública incondicionada" (Guilherme de Souza Nucci, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pp. 355/356).

"Em conclusão, não há arbitrariedade nos conhecimentos fortuitos em interceptações telefônicas, sejam eles relativos a crimes não conexos, terceiros interlocutores ou referidos, sendo admissível sua utilização como prova em relação a outros fatos, contra terceiros não mencionados na autorização judicial inicial, bem como em processos cíveis ou administrativos por fatos que também constituam crime. A exceção de boa-fé justifica a prova, ante a ausência de adequação da restrição ao direito à prova. O problema, nesses casos, deverá ser de correta avaliação da prova, não de inadmissibilidade" (Thiago André Pierobom de Ávila, *op. cit.*, p. 227).

8. OUTRAS QUESTÕES RELEVANTES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

a) Meios de impugnação da decisão judicial que indefere o pedido de interceptação telefônica formulado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público

Como se sabe, não prevê a Lei 9.296/96 recurso da decisão judicial que

indefere o pleito de autorização de realização de interceptação telefônica, o que, por evidente, não torna o magistrado que a prolatou senhor supremo dos rumos da investigação ou da instrução penal, conforme o caso. É praxe que, em casos tais, o órgão insurgente (normalmente o Ministério Público) impetre *mandado de segurança* contra o ato do juiz, ao argumento de que possui direito líquido e certo ao deferimento do pedido de interceptação formulado no regular exercício de suas funções de persecução criminal, mostrando-se presentes, no caso concreto, os requisitos legitimadores da concessão da autorização judicial (artigos 2° e 4° da Lei 9.296/96). Ressalte-se, não obstante, que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem também admitindo, em casos tais, o manejo da *reclamação* (artigo 219: "São suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte ou de órgão do Ministério Público, as omissões do juiz e os despachos irrecorríveis por ele proferidos, que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder" – e seguintes do CODJERJ) como remédio apto a combater a decisão tida por tumultuária ou abusiva, quando menos à luz do princípio da fungibilidade das formas:

> "Saliente-se, de início, o cabimento da reclamação oferecida pelo Ministério Público para a insurgência contra a decisão judicial impugnada. É verdade que alguns intérpretes da lei enxergariam no mandado de segurança o remédio adequado para o combate à decisão do Juízo monocrático. De outro lado, a reclamação tem sido considerada a via idônea para superar impasses concernentes ao indeferimento injustificado de requerimentos formulados pelo Ministério Público objetivando instruir inquéritos e ações penais com elementos de apuração e comprovação de ilícitos penais. O fato é que o exame da matéria controvertida sob as lentes da reclamação não conduzem a qualquer aberração ou prejuízo, mas sim a prevalência do conteúdo meritório sobre o formalismo ultrapassado, em prestígio ao princípio constitucional da efetividade do processo, assim como ao seu corolário lógico, o princípio da instrumentalidade das formas" (TJ/RJ, Terceira Câmara Criminal, Reclamação n° 2006.077.00062, excerto do voto vencedor do Des. relator Marco Aurélio Bellizze, j. 21.12.2006).
>
> "Reclamação. Requerimento do Ministério Público de interceptação telefônica. A investigação policial sobre organização criminosa de tráfico de drogas e outros crimes, que tantos danos causam à sociedade, reclama celeridade e pronta colaboração de todas as autoridades envolvidas. De todos é conhecido que a comunicação entre os traficantes é realizada através de telefones celulares, que são fácil e rapidamente substituídos, ante a simplicidade com que opera o mercado de telefonia celular, o que termina sendo um verdadeiro impedimento à investigação policial. Em conflito princípios constitucionais — no caso o da intimidade e privacidade e o da segurança pública -, há o magistrado de fazer uso da ponderação de interesses. Medida pleiteada

que se vê amparada na prova produzida quando da prisão em flagrante de um traficante, tudo levando a crer pertencer a outro meliante o número de telefone registrado nos documentos apreendidos. Recurso provido" (TJ/RJ, Quinta Câmara Criminal, Reclamação nº 2007.077.00009, Rel. Des. Luiza Bottrel Souza, j. 17. 04.2007).

b) (Im)possibilidade de autorização de interceptação telefônica para fins de cumprimento de mandado de prisão

Por ocasião da análise de pleito formulado nos autos do pedido de extradição nº 1021/STF, entendeu o ministro relator, Celso de Mello, se mostrar impossível, em nosso ordenamento jurídico, o deferimento de interceptação telefônica cujo objetivo único seja a localização de indivíduo para o cumprimento de mandado de prisão contra si expedido (no caso concreto, pelo próprio STF), haja vista que tal medida não se preordenaria à angariação de prova em investigação penal ou em instrução processual penal, assim desbordando da previsão constitucional e legal que legitima a autorização judicial de tal medida (*Informativo STF* nº 458).

Observe-se, contudo, a existência de interessante – conquanto questionável – precedente em sentido contrário Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul segundo o qual, ponderando-se bens jurídicos constitucionais contrapostos, se reputou possível a determinação da interceptação telefônica para o fim de cumprir mandado de prisão expedido contra devedor de alimentos, como *ultima ratio* à consecução do objetivo precípuo da segregação:

> "EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. CABIMENTO. Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido." (TJ/RS, Sétima Câmara Cível, Agravo de instrumento nº 70018683508, Rel. Des. Maria Berenice Dias, unanimidade, j. 28.03.2007).

c) *Acesso às informações gravadas na memória de aparelho de telefonia celular apreendido*

Não raro, investigações penais ou prisões em flagrante delito dão azo à apreensão de aparelhos de telefonia celular, que permitem acesso ao registro

das chamadas recebidas e efetuadas pela linha telefônica neles instalada. Desde que a apreensão se haja procedido de maneira regular, nenhum óbice há a que se consultem tais registros gravados na memória do aparelho, por evidente não se havendo de cogitar da prévia postulação de autorização judicial para a legitimação dessa operação:

> "(...) O fato de ter sido verificado o registro das últimas chamadas efetuadas e recebidas pelos dois celulares apreendidos em poder do coréu, cujos registros se encontravam gravados nos próprios aparelhos, não configura quebra do sigilo telefônico, pois não houve requerimento à empresa responsável pelas linhas telefônicas, no tocante à lista geral das chamadas originadas e recebidas, tampouco conhecimento do conteúdo das conversas efetuadas por meio destas linhas. É dever da autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato, o que, no presente caso, significava saber se os dados constantes da agenda dos aparelhos celulares teriam alguma relação com a ocorrência investigada" (STJ, Quinta Turma, HC 66368/PA, Rel. Min. Gilson Dipp, unanimidade, j. 05.06.2007, *DJ* 29.06.2007).

> "A simples verificação dos números das últimas chamadas feitas e recebidas constantes na memória do telefone celular não significa, por si só, violação ao sigilo telefônico desde que a apreensão do aparelho seja legítima. A garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas se refere à vedação das escutas clandestinas, a qual não se configura com a simples checagem dos últimos números registrados na memória do aparelho, ainda que esta seja realizada por outra pessoa que não o proprietário" (TRF 4ª Região, Sétima Turma, AC nº 2002.04.01.029123-1/PR, Rel. Des. Fábio Rosa, unanimidade, *DJ* 21.05.2003).

d) Admissibilidade da decretação da interceptação telefônica mesmo antes *da instauração do inquérito policial ou do procedimento investigatório*

Conquanto mais comumente utilizada no curso do inquérito policial ou procedimento investigatório, nada impede que a interceptação telefônica, em casos excepcionais, seja decretada mesmo *antes* de sua instauração (podendo ser postulada, inclusive, de forma *verbal*, consoante dicção do artigo 4º, § 1º da Lei 9.296/96):

> "Criminal. HC. Extorsão mediante seqüestro. Interceptação telefônica. Irregularidades. Ausência de prejuízo. Nulidade. Não ocorrência. Legalidade da prova. (...). 1. A interceptação telefônica para fins de investigação criminal pode se efetivar antes mesmo da instauração do inquérito policial, pois nada impede que as investigações precedam esse procedimento. A providência pode ser determinada para a investigação criminal (até antes, portanto, de formalmente instaurado o inquérito) e para a instrução criminal, depois de instaurada a ação

penal" (STJ, Quinta Turma, HC 43234/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, unanimidade, j. 03.11.2005, *DJ* 21.11.2005).

"Não se pode condicionar a quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático à instauração prévia do procedimento investigatório, devendo-se exigir, apenas, que a necessidade de sua realização para a apuração da infração penal seja demonstrada, em consonância com os indícios de autoria ou participação no ilícito e desde que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis. A legislação fala em 'investigação criminal', não prevendo, para a interceptação telefônica, a instalação prévia de inquérito policial" (STJ, Quinta Turma, HC 20087/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, unanimidade, j. 19.08.2003, *DJ* 29.09.2003).

e) *Acesso do advogado aos autos do inquérito policial em que autorizada a interceptação das comunicações telefônicas*

Por ocasião do julgamento do *HC 82.354/PR* (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.08.2004, *DJ* 24.09.2004), decidiu o Supremo Tribunal Federal que não é possível impedir que o advogado do indiciado tenha acesso aos autos do inquérito policial – mesmo que, em relação a tal tipo de procedimento, de índole inquisitorial, não sejam oponíveis os princípios do contraditório e da ampla defesa – por conta da "existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio" (o que não deixa de ser um contra-senso, *d.v.*). Entendeu-se, pois, que a prerrogativa insculpida no artigo 7°, inciso XIV da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) haveria de suplantar até mesmo o sigilo especialmente imposto a determinada investigação em razão do interesse público, haja vista que "do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado — interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7°, XIV), da qual — ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas — não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade." O Superior Tribunal de Justiça acabou por sucumbir, algum tempo depois, à nova orientação preconizada pelo STF.

Advirta-se, no entanto, que nem mesmo as tendências liberalizantes ora em voga no e. Supremo Tribunal Federal ousaram preordenar que tal prerrogativa se estendesse irrestritamente a todo e qualquer conteúdo do inquérito policial, de modo que "*o direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito*, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências)", dispondo "a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes

que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório"[46] e [47].

Assim é que, desde que o sigilo se mostre indispensável à salvaguarda da eficácia das investigações levadas a cabo em determinado procedimento inquisitório (como é inexoravelmente – conquanto não exclusivamente – o caso da interceptação telefônica), mostra-se absolutamente legítima a restrição de acesso do advogado ou do próprio indiciado ao conteúdo dos autos cujo segredo se repute fundamental ao sucesso da persecução penal (por exemplo, os autos apartados de que cuida o artigo 8° da Lei 9.296/96), como se depreende não apenas do precedente do STF em exame, mas também, *v.g.*, dos seguintes arestos:

> TJ/RJ: "HABEAS CORPUS. Tráfico e associação para o tráfico de substâncias entorpecentes. Interceptação de comunicações telefônicas e prisão temporária. Ilegalidade. Não ocorrência. Nenhuma ilegalidade existe na negativa de acesso dos advogados da pessoa investigada aos autos da interceptação de comunicações telefônicas, tendo em vista o sigilo exigido pela natureza das investigações em andamento; aliás, o sigilo da interceptação é, à evidência, requisito indispensável ao sucesso das investigações; o que é disponibilizado para consulta do advogado do investigado é a documentação das diligências já realizadas. Não há que se cogitar de constrangimento ilegal, se a decisão de segregação cautelar temporária do paciente está suficientemente fundamentada e se presentes se encontram os pressupostos autorizadores da mesma. Ordem denegada" (HC 2006.059.07511, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Moacir Pessoa de Araújo, j. 23.01.2007)[48].

> TJ/RJ: "Habeas Corpus objetivando o seguinte: a) relaxamento da prisão, sob alegação de que a segunda via do mandado de prisão temporária não foi entregue ao preso; b) deferir ao advogado do preso vista do inquérito, inclusive podendo extrair cópias de suas peças. A prisão temporária do paciente foi decretada por suposta infração aos artigos 33 e 35 da Lei n° 11.343/06, após ser identificado nas interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, diligências estas que ainda estão em curso. Não havendo notícia de que foram degravadas e instrumentalizadas nos autos do inquérito, estão cobertas pelo sigilo previsto no artigo 8° da Lei n° 9.296/96. Entretanto, o advogado constituído pelo paciente poderá ter acesso aos autos do

---

46. As citações constantes deste item são excertos da ementa do acórdão proferido no HC 82.354/PR.
47. A decisão em questão se tornou paradigma naquela Corte (cf. HC 87.827/RJ e HC 90.232/AM).
48. Do mesmíssimo teor são as decisões proferidas nos HCs 2006.059.07636 e 2006.059.07557, da própria Primeira Câmara Criminal do e. TJ/RJ.

inquérito — com a ressalva dos autos apartados referentes às interceptações telefônicas -, o que lhe é assegurado pelo artigo 7º, inciso XV, da Lei nº 8.906/94, observando-se que, o item 1, do § 1º, do mesmo artigo 7º, ressalva que tal direito não se aplica aos processos sob regime de segredo de justiça. Não está comprovado que a segunda via do mandado de prisão temporária não foi entregue ao preso, e, mesmo na hipótese de que tal omissão tivesse ocorrido, constituiria mera irregularidade, que não ensejaria o relaxamento da custódia.Ordem parcialmente concedida" (HC 2007.059.07574, Oitava Câmara Criminal, Rel. Des. Marcus Quaresma, j. 13.12.2007).

STJ: "O entendimento inicialmente firmado por esta Corte orientava-se no sentido de que, em se tratando de inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação, não se aplicariam os regramentos constitucionais concernentes ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Acolhendo a recente orientação jurisprudencial da Suprema Corte, este Superior Tribunal de Justiça decidiu ser possível o acesso de advogado constituído aos autos de inquérito policial em observância ao direito de informação do indiciado e ao Estatuto da Advocacia, resguardando os garantias constitucionais *e com a ressalva dos procedimentos que, por sua própria natureza, não dispensam o sigilo, sob pena de ineficácia da diligência investigatória.* Precedentes do STJ e do STF" (HC 64.290/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19.06.200, *DJ* 06.08.2007).

9. BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade.* Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BALTAZAR JR, José Paulo. *Dez Anos da Lei de Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996). Interpretação Jurisprudencial e Anteprojeto de Mudança.* Revista da AJUFERGS/03.

CARDOSO, Francisco de Assis Machado. *Interceptação Telefônica – Aspectos Controvertidos in* Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 24, 2006.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica – Lei 9.296, de 24.07.96".* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal.* Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 5ª edição, 2005.

PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado: Procedimento Probatório.* São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

STRECK, LENIO LUIZ. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição – Cidadania – Violência".* Ed. Livraria do Advogado, 1997.

O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

MARIA HELENA RAMOS DE FREITAS *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A dignidade da pessoa humana. 3. O princípio da prioridade absoluta. 4. O controle jurisdicional das omissões administrativas. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

"Há um desassosego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu" (Boaventura de Souza Santos, 2000, p. 41).

1. INTRODUÇÃO

A entrada em vigor da atual Constituição da República significou larga ruptura com o modelo de Estado Autoritário que vigorava até então e a reconquista plena dos direitos fundamentais, inaugurando-se um novo modelo de Estado denominado "Estado Democrático de Direito", fundado em valores democráticos e que consagra a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos.

No que concerne às crianças e adolescentes, a Carta Constitucional estabeleceu o Princípio da Prioridade Absoluta representado pela prevalência e especialidade de seus direitos e garantias, considerando sua situação peculiar de pessoa em fase de desenvolvimento.

É neste contexto de valorização dos direitos fundamentais, no caso em exame, dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, dentre os quais os direitos sociais, que se coloca o tema da imposição de condutas ao Estado-Administração com o objetivo de concretizá-los principalmente no que concerneà formulação de políticas públicas, exsurgindo, por conseqüência, a

* Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

possibilidade de controle judicial na hipótese de sua omissão, sem que isto implique em ofensa à discricionariedade administrativa ou ao Princípio da Separação de Poderes.

É justamente nesse último aspecto que se situa o objeto do presente estudo. O que se pretende demonstrar é que o Judiciário, ao efetuar o controle das omissões administrativas não estará infringindo a harmonia e a separação entre os poderes, mas, sim, cumprindo com seu relevante papel de determinar a realização prática dos preceitos constitucionais, mormente quanto à obediência à dignidade da pessoa humana como valor supremo e ao princípio da prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A entrada em vigor da atual Constituição significou o abandono da Ordem Jurídica anterior, cuja nota predominante era o total descompromisso com os direitos e garantias individuais, bem como o descompasso com os valores democráticos.

A dignidade da pessoa humana, consoante dispõe o artigo 1° da Carta Maior, constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso III) e corresponde ao respeito aos significados da democracia.

Em que pese os diversos significados atribuídos ao mencionado conceito no decorrer da história, atualmente e sob o enfoque do presente estudo, ver-se-á o conteúdo jurídico da dignidade a partir de sua relação com os chamados direitos fundamentais ou humanos, sendo certo que terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados.

Nesta linha de raciocínio, crianças e adolescentes terão respeitada sua dignidade quando seus direitos fundamentais forem observados e realizados de forma prioritária, consoante determinação do art. 227 do referido Diploma Maior.

3. O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O denominado Princípio da Prioridade Absoluta encontra fundamento no art. 227 da Carta Constitucional, que preconiza ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O referido Princípio, que trata, portanto, da dignidade da pessoa humana criança e adolescente, foi esmiuçado no artigo 4° do da Lei 8.069/90, *verbis*:

"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) *a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;*

b) *a precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;*

c) *preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;*

d) *destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude".*

Como salienta MARCHESAN, "a soma dos vocábulos já nos indicia o sentido do princípio: qualificação dada aos direitos assegurados à população infanto-juvenil, a fim de que sejam inseridos na ordem-do-dia com primazia sobre quaisquer outros".

Nas palavras de GONÇALVES, o princípio da prioridade absoluta é "a concretização dos direitos fundamentais, a afirmação do pleno exercício da cidadania social do cidadão Criança e Adolescente" (2002, p. 31).

Certo é, ainda, que o mencionado Princípio da Prioridade Absoluta não contém conteúdo meramente programático, configurando-se, na verdade, como norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, na medida em que traz em seu bojo todos os elementos imprescindíveis à possibilidade de produção imediata dos efeitos previstos (artigo 5°, § 1°, da CF/88).

Importa considerar, ainda, a tese da máxima efetividade consagrada na doutrina para fins de sua interpretação, no sentido de sua implementação concreta, sua eficácia social, que merece inteira adesão principalmente quando o que se cuida é a prioridade constitucional ao atendimento dos direitos infanto-juvenis.

Segundo GOUVÊA:

> *"(..)a tese da máxima efetividade é um desdobramento do reconhecimento da força normativa da Constituição. Partindo do pressuposto de que tudo na Constituição é norma, e norma suprema, seus cultores passaram a enfatizar uma atuação que tivesse em vista não apenas a eficácia jurídica, dever ser considerando em si mesmo, mas principalmente a efetividade, a formulação de estratégias jurídicas para a transformação do dever ser em realidade"* (2003, p. 42).

O Direito da Infância e da Juventude conta com a peculiariedade de ser o que mais se preocupa com a máxima efetividade, vez que minudencia, com a

precisão possível, o conteúdo das prestações devidas pelo Estado nesta seara, além de enfatizar o cabimento de toda e qualquer ação pertinente para a tutela dos direitos que enumera (art. 212 da Lei 8.069/90), alargar a legitimidade do Ministério Público para a adoção das providências judiciais e extrajudiciais necessárias à proteção de crianças e adolescentes e, finalmente, prever a possibilidade de dedução do imposto de renda dos valores doados em favor dos Conselhos de Direitos (art. 260 da mesma Lei) (*ibidem*, p. 88).

4. O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Para a implementação da Doutrina da Proteção Integral na sua inteireza, ou melhor, para a observância de alguns direitos contidos no art. 227 da Carta Constitucional, mormente no que concerne aos direitos sociais, necessária a ação positiva estatal[1].

Conforme Gouvêa (*ibidem*, p. 85), extraem-se possíveis direitos prestacionais à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização e à cultura, assumindo os demais direitos forma, nos mais das vezes, de direitos de defesa (vida, liberdade) e de proteção (como, p. ex, contra a negligência e a violência).

Assim é que os referidos direitos necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e políticas públicas para serem concretizados.

As políticas públicas devem ser vistas como um processo que culmina na escolha racional ou coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito (Bucci, 2002:264).

Conforme José Eduardo Faria (*apud* Port, 2004:164):

> "Ao contrário dos direitos individuais, civis e políticos e das garantias individuais desenvolvidos pelo liberalismo burguês com base no positivismo normativista, cuja eficácia requer apenas que o Estado jamais permita sua violação, os 'direitos sociais'não podem simplesmente ser 'atribuídos'aos cidadãos. Como não são *self-executing* nem muito menos fruíveis ou exeqüíveis individualmente, esses direitos têm sua efetividade dependentes de um *welfare commitment*. Em outras palavras, necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade; políticas e programas especialmente formulados, implementados e executados com o objetivo de concretizar

1. A ação positiva estatal pode ser vista como dever que se contrapõe ao direito prestacional, entendido este como sendo "qualquer dos direitos a prestações materiais (excluídas portanto as prestações normativas) do estado" conforme definiu Gouvêa (Marcos Maselli, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003, p.11).

esses direitos e atender às expectativas por eles geradas em sua positivação. A inexistência dessas políticas e desses programas, é evidente, acaba implicando automaticamente a denegação desses direitos (...)".

Se as ditas políticas públicas, a cargo do Administrador, representam os instrumentos para o cumprimento das tarefas e programas estabelecidos na Constituição, bem como instituem novas diretrizes e metas, todas de caráter cogente, não há como deixar de reconhecer a limitação do grau de discricionariedade em sua implementação, que é ainda maior no trato dos direitos da infância e da juventude, em razão de sua prioridade absoluta.

A discricionariedade que pode ser reservada ao administrador, conforme PORT, *"não se refere ao 'se', nem ao 'quando' da implementação das políticas públicas, mas tão-somente ao 'como', vale dizer, à forma, meio ou maneira pelas quais são implementadas as políticas públicas. Muitas vezes mesmo os meios, bem como as respectivas fontes de custeio, já se encontram previamente determinados, como no caso já referido da política pública de assistência social"* (2004, p. 186).

O Chefe do Poder Executivo normalmente usa como argumento para a omissão na implementação dos direitos sociais o choque entre as despesas necessárias para fazer frente a estes interesses. Como bem salientou GOUVÊA , "na hipótese dos direitos previstos no art. 227, a cláusula da *prioridade absoluta* vem definitivamente bitolar o juízo político do legislador e do administrador público. Havendo duas prestações a serem exercitadas e recursos financeiros hábeis a satisfazer apenas uma delas, deverá ser eleita a que disser respeito ao atendimento infanto-juvenil" (2003, p. 85).

Como é cediço, a discricionariedade atualmente deve ser vista como um poder limitado pela Lei, e que, de há muito deixou de ser insuscetível de controle jurisdicional, mesmo porque a regra inserta no art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é de imposição obrigatória.

Entendemos, tal como PALU, que "o controle da legalidade ampla sobre o governo e administração – e a omissão destes – são não somente admissíveis *mas conseqüência natural do Estado Democrático Direito, em que o controle da legalidade transforma-se em controle de conformidade na tutela de direitos fundamentais*, com as técnicas da garantia dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, etc. havendo hoje uma 'administração de prestações' ('Estado Providência'), em que a violação dos direitos, inclusive direitos fundamentais, que são aplicáveis independentemente de lei formal – art. 5º, § 1º, da Constituição, se faz mais pela desigualdade de tratamento, pela omissão, que pela violação direta das liberdades clássicas" (2004, p. 337).

O que tem ocorrido é que "as dificuldades em entender onde termina a legalidade e onde começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido "mérito" da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei" (DI PIETRO, 2001, p. 38).

Assim é que os nossos Tribunais, de modo geral, vem entendendo que caberia somente ao Administrador Público, no uso da discricionariedade administrativa, definir a implementação das políticas públicas, não podendo o Judiciário imiscuir-se na determinação de tais políticas ou no asseguramento dos direitos que ela visa garantir, sob pena de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

São usados outros fundamentos, tais como o da ausência de previsão e os a seguir expostos, listados por BARCELLOS, tais como:

> "(...)
>
> (ii) apenas o Executivo e o Legislativo gozariam de legitimidade democrática para fixar políticas públicas, destinar recursos, etc., atributo que não caberia ao Judiciário;
>
> (iii) a decisão sobre como e onde investir e que bens materiais oferecer seria eminentemente política, já que há recursos limitados e o espaço do Judiciário é jurídico e não político;
>
> (iv) o judiciário não teria condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre a estrutura do Estado como um todo, mesmo porque não teria capacitação técnica para fazê-lo, dispondo de uma perspectiva apenas casuística e não global dos problemas, etc." (2002, p. 208).

No que concerne ao fundamento das decisões judiciais de ausência de recursos financeiros para a implementação da Doutrina da Proteção Integral, por absoluta pertinência pede-se *venia* para trazer à baila o entendimento de GOUVÊA:

> "Ora, de nada adiantariam tantos cuidados se os direitos de crianças e adolescentes permanecessem dependentes da discricionariedade da Administração, no momento de definir onde se dará a alocação dos recursos financeiros de que dispõe. A cláusula da prioridade absoluta objetiva, precisamente, restringir a discricionariedade do administrador, evitando que se tornem inócua todas as prerrogativas e garantias listadas acima. (...).
>
> De acordo com o princípio da unidade, não existe norma hierarquicamente superior ao art. 227 da Constituição a afirmar que tais investimentos podem ser postergados em função de despesas com pagamento da dívida pública, por exemplo, ou com investimentos em outras áreas. Contrariamente ao que alegam os críticos dos direitos prestacionais, o juiz que acolhe a reserva do.possível[2] é que está se

2. A reserva do possível, em termos gerais, pode ser entendida como a efetiva disponibilidade de recursos para que se faça viável o efetivo cumprimento da prestação requerida (Port,2004, p. 99). Canotilho, *apud* Port (*ibidem*, p. 99), sobre o tema: "Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia contitucional platónica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidade financeiras por parte do Estado. Por isso,

imiscuindo numa consideração macroeconômica que não é de sua alçada, desprestigiando com isso as normas jurídicas que determinam a primazia da infância e da juventude. Para que o não-reconhecimento do direito prestacional seja legítimo, deve o juiz basear-se não em uma dificuldade presumida, mas sim na comprovação cabal da absoluta insuficiência do Erário" (*ibid*, 2003, p. 88).

O Poder Judiciário, ao efetuar o controle das omissões administrativas não estará infringindo a harmonia e a separação entre os poderes, mas, sim, em verdade, cumprindo com seu relevante papel de determinar a realização prática dos preceitos constitucionais que foram denegados pelo Administrador, mormente quanto à obediência à dignidade da pessoa humana como valor supremo e ao princípio da prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes.

5. CONCLUSÃO

Em conclusão, podemos afirmar que o singelo estudo teve por desiderato contribuir para uma nova postura do Poder Judiciário a partir do controle das omissões públicas de forma a conferir real eficácia ao Princípio da Prioridade Absoluta, mormente quanto ao núcleo de seus direitos sociais os quais demandam prestações positivas por parte do Estado.

Para tanto, entendemos que o Judiciário pode e deve efetuar o referido controle quando acionado, sem que esteja invadindo a seara discricionária do Administrador e o Princípio da Separação de Poderes, afastando-se, ainda, da aplicação do fundamento da reserva do possível e do argumento da inexistência de recursos destinados à tutela dos interesses infanto-juvenis, senão quando isto estiver absolutamente comprovado.

Em assim o fazendo, não estará senão reconhecendo a máxima efetividade aos direitos das crianças e adolescentes, cumprindo, portanto, com seu relevante papel de determinar a realização prática dos preceitos constitucionais, fazendo com que os mesmos não se traduzam em meras exortações e intenções para o futuro.

Impõe-se uma visão clara dos institutos tratados a fim de que o Princípio da Prioridade Absoluta não se torne letra morta, vez que oprimir sua eficácia "é condenar seus destinatários à marginalidade, à opressão, ao descaso. É fazer de um diploma que se pretenda revolucionário, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumento de acomodação" (MARCHESAN, *ibid*, p. 25).

---

rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Moglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica (...)".

6. BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002.

GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. *Proteção integral: paradigma multidisciplinar do direito pós-moderno.* Porto Alegre, Alcance, 2002.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle das omissões administrativas – Novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa.* Igualdade, Curitiba, v.6, n. 21, p.01-35, out/dez 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo.* 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional.* 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo,* 12ª ed. São Paulo: Atlas, 1993.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública.* São Paulo: RCS Editora, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência.* 2ª edição, São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SHREIBER, Elizabeth. *Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar.* Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

DO ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR AOS EX-COMBATENTES: UMA SUCESSÃO DE EQUÍVOCOS

REIS FRIEDE *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do conceito jurídico de "ex-combatente". 3. Dos pedidos autorais de assistência médico-hospitalar gratuita relativa a ex-combatentes (incluindo pensionistas e dependentes). 4. Dos benefícios (excepcionais) concedidos aos ex-combatentes. 4.1. Da auto-aplicabilidade do regramento normativo-constitucional esculpido no art. 53 do ADCT. 5. Dos conceitos básicos relacionados à assistência médico-hospitalar prestada aos militares e seus dependentes. 5.1. Do estatuto dos militares. 5.2. Do Decreto nº 92.512/86. 5.3. Da Lei nº 5.315/67. 6. Da síntese legislativa pertinente à matéria. 7. Dos benefícios concedidos aos "combatentes". 7.1. Dos recursos financeiros. 8. Da umbilical relação entre os recursos financeiros orçamentários e extra-orçamentários. 9. Da necessária efetividade das decisões sentenciais do Poder Judiciário. 10. Da síntese conclusiva.

1. INTRODUÇÃO

Um dos mais sérios e persistentes equívocos jurisprudenciais construídos pelo Poder Judiciário, em nosso particular entender, tem sido, data máxima vênia, o persistente tratamento jurídico *anti-isonômico* e, mesmo *ileqal* (no que concerne à correta hermenêutica normativa), que as mais variadas instâncias do Judiciário Federal insistem em outorgar aos denominados *ex-combatentes* da Segunda Grande Guerra (incluindo seus dependentes e pensionistas), em notório descompasso interpretativo em relação à correta exegese dos dispositivos constitucionais (e também infraconstitucionais) que regulam a matéria *sub examen*.

---

* Reis Friede, Mestre e Doutor em Direito, é Desembargador Federal e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Autor de trinta e quatro livros jurídicos e de segurança internacional, destacando-se *Curso de Ciência Política e de Teoria Geral do Estado*, 3ª ed., FU, RJ, 2006.

2. DO CONCEITO JURÍDICO DE "EX-COMBATENTE"

Para a melhor compreensão do assunto epigrafado, - permitindo a necessária reflexão de tão importante tema -, oportuno se faz esclarecer, inicialmente, que três diferentes categorias de cidadãos brasileiros tiveram o privilégio de lutar pela defesa da liberdade (bem como da dignidade humana relativa à cidadania), representando o Brasil nos campos de batalha, na Europa, por ocasião da Segunda Guerra Mundial:

a) militares de carreira que já ostentavam tal condição, anteriormente à eclosão do conflito bélico;

b) civis que, convocados para a defesa da Pátria, no contexto da aliança democrática ocidental, resolveram, ao término das operações, *permanecer nas Forcas Armadas*, tornando-se *militares* para todos os efeitos legais; e

c) civis que, igualmente convocados para a sublime missão de proteger os interesses nacionais no exterior, retornaram à vida civil, imediatamente após a vitória aliada nos campos de batalha.

As duas primeiras categorias constituem-se no que se convencionou definir por "*combatentes*" (no primeiro caso, combatentes *oriqinários* e, na segunda hipótese, *combatentes derivados*), considerando, sobretudo, o fato de que, - mesmo após o término das hostilidades -, esses brasileiros continuaram à disposição do Estado (e, por conseqüência, da sociedade brasileira) para pronto-emprego em eventuais novos conflitos bélicos, ao passo que a terceira categoria de cidadãos brasileiros é definida como *ex-combatentes*, sendo certo, por obra do óbvio, que apenas esta específica parcela de cidadãos pode corretamente ser enquadrada na precisa (e restritiva) definição técnico-jurídica de *ex-combatentes*.

Destarte, apenas e tão-somente esta mencionada terceira categoria de patrícios, denominada *ex-combatentes*, pode, assim considerada, ser enquadrada no contexto restritivo dos excepcionais direitos conferidos pelo art. 53 do ADCT da CF/88, considerando, particularmente, que a correta hermenêutica constitucional preleciona a insuperável impossibilidade de se conferir interpretação extensiva a regras que estipulam direitos especiais e excepcionais.

Tal observação se faz necessária, porquanto diversos Julgadores, e mesmo alguns TrIbunais, vêm, *data maxima venia*, aplicando o mencionado dispositivo constitucional, outorgante de direitos especiais aos *ex-combatentes*, para também beneficiar os chamados *combatentes derivados*, ou seja, os cidadãos civis que, convocados e participantes efetivos das operações bélicas em solo italiano, resolveram permanecer nas fileiras das Forças Armadas até a sua correspondente passagem para a reserva remunerada e posterior reforma.

Ainda que tais decisões estejam sendo rapidamente reformadas pelas instâncias superiores, como demonstram os mais diversos julgados, *verbis:*

> "(...) *O ADCT/88. art. 53,* caput, *não conceitua o ex-combatente. deixando para a Lei 5.315/67 defini-lo.* É na Lei 5.315/67, portanto, que se

deve buscar o conceito de ex-combatente que fará jus aos benefícios inscritos nos incisos do citado art. 53, ADCT. A questão, pois, de índole infraconstitucional, não integra o contencioso constitucional. (...)" (STF, Al-AgR/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 03/12/2004).

"(...) Nos termos do artigo 1 da Lei 5.315, de 12 de setembro de 1967, *o militar insere-se no conceito de ex-combatente para fins de percepção da pensão especial* tão-somente na hipótese em que tenha licenciado do serviço ativo e retomado à vida civil de forma definitiva. *Se permaneceu na vida castrense, seguindo carreira até a reserva remunerada, não há direito ao benefício previsto no art. 53, inciso II do ADCT*" (STJ, 58 Turma, REsp 628.314/RS, Rel. Min. Felix Fisher, unânime, *DJ* 28.06.2004, p. 416).

"(...) Nos termos do artigo 1 da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1997. *o militar insere-se no conceito de ex-combatente* para fins de percepção da pensão especial *tão-somente na hipótese em que tenha licenciado do serviço ativo e retomado à vida civil de forma definitiva;* caso tenha permanecido na vida castrense, seguindo carreira até a reserva remunerada, não há direito ao benefício previsto no art. 53, inciso II do ADCT.

Ademais, os artigos 1 e 6 da Lei nº 288, de 8 de Junho de 1948, com redação dada pela Lei nº 616/49, por si só, já justificariam a impossibilidade do recebimento de pensão especial de ex-combatente por militares e pensionistas de militares que não retomaram definitivamente à vida civil após o término da Segunda Guerra Mundial, pois, quando de sua transferência para a reserva remunerada ou de sua reforma, os mesmos têm direito aos benefícios garantidos nos artigos acima transcritos. (..)" (TRF 2ª Região, AGT 47795/RJ, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Sergio Schwaitzer, *DJ* de 15/10/2007).

"(...) Nos termos do artigo 1 da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1997, *o militar insere-se no conceito de ex-combatente para fins de percepção da pensão especial, tão-somente na hipótese em que tenha licenciado do serviço ativo e retomado à vida civil de forma definitiva*" (TRF 4a Região, EIAC 200672000005997/SC, Segunda Seção, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DJ* de 28/09/2007).

O fato por si só demonstra claramente a reduzida compreensão, pelos diversos órgãos julgadores da Justiça Federal, quanto aos inerentes meandros e, mesmo, complexidades associados à temática militar (ou ainda indiretamente relacionada com esta), permitindo, por vias transversas, constituir direitos não previstos pelo legislador constitucional ou infraconstitucional ou, em outros termos, também determinar a aplicação de reconhecidos direitos com equivocado direcionamento no que concerne ao' suporte dos ônus jurídico-financeiros, como é exatamente o caso da efetivação prática da outorga do direito, aos *ex-combatentes*, quanto à plena gratuidade de atendimento médico-hospitalar (aos mesmos e seus dependentes) em hospitais e policlínicas das Forças Armadas.

Neste especial aspecto, resta fundamental consignar, de forma inequívoca, que as diversas conclusões sentenciais que julgaram favoravelmente as correspondentes pretensões autorais merecem ser plenamente *confirmadas;* todavia, resta esclarecer, - necessariamente -, sob fundamento diverso, com o intuito de aclarar de modo derradeiro, segundo abordado em sede dos mais variados recursos eventualmente interpostos, a responsabilidade última (e seu conseqüente suporte econômico-financeiro) pelo custeio da assistência médico-hospitalar gratuita, expressa pelo art. 53, inciso IV, do ADCT.

3. DOS PEDIDOS AUTORAIS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR GRATUITA RELATIVA A EX-COMBATENTES (INCLUINDO PENSIONISTAS E DEPENDENTES)

Não obstante a aparente simplicidade da questão, posto que jurisprudencialmente assentada em nossos Tribunais, imperativo se faz, entretanto, pontuar algumas especificidades - e mesmo complexidades inerentes à questão, que tem sido, *data maxima venia,* ao longo do tempo, deixadas de ser enfrentadas, em sinérgico prejuízo à necessária preservação da exata exegese interpretativa dos ditames legais envolvidos no deslinde das mais diversas lides (relativas ao tema) ainda *sub judice.*

4. DOS BENEFÍCIOS (EXCEPCIONAIS) CONCEDIDOS AOS EX-COMBATENTES

Preliminarmente, uma detalhada e aprofundada análise do art. 53, inciso IV, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88, se faz imprescindível *para uma correta e precisa compreensão dos excepcionais benefícios concedidos aos cidadãos brasileiros categorizados juridicamente como ex-combatentes, verbis:*

> "Art. 53. Ao ex-combatente *que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial,* nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:
>
> I - aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade;
>
> II - pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção;
>
> III - em caso de morte, pensão à viúva ou companheira ou dependente, de forma proporcional, de valor igual à do inciso anterior;
>
> *IV - assistência médica, hospitalar e educacional gratuita, extensiva aos dependentes;*

V - aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, em qualquer regime jurídico;

VI - prioridade na aquisição da casa própria, para os que não a possuam ou para suas viúvas ou companheiras.

Parágrafo único. A concessão da pensão especial do Inciso II substitui, para todos os efeitos legais qualquer outra pensão já concedida ao ex-combatente" (grifos nossos).

Desta forma, verifica-se, à luz da cristalina interpretação do mencionado dispositivo constitucional combinado com o art. 1 da Lei nº 5.315/1967, que a intenção do legislador brasileiro foi, em última análise, *"buscar recompensar quem, enfrentando o perigo de guerra, expôs a vida em homenagem à Pátria"* (STJ - 6ª T. Recurso Especial nº 87.511/PE, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ*, Seção I, 17 fev.1997, p. 2.179). Desta análise, sem muito esforço, conclui-se que o Constituinte de 1988 (mais do que os legisladores pretéritos) contemplou *os ex-combatentes e seus dependentes* com uma série de *benefícios excepcionais* que só a eles podem e devem ser aplicados, sendo certo que dentre tais benefícios, se inclui, inexoravelmente, *a concessão de assistência médica, hospitalar e educacional gratuita*, cujas duas primeiras concessões são objeto das mais variadas ações judiciais em curso nas diversas instâncias do Poder Judiciário Federal.

Antes de qualquer decisão precipitada, contudo, mister se faz oportuno pontuar que, da correta interpretação dos dispositivos suscitados em análise, emerge necessariamente uma conseqüência lógica e insuperável, - também -, que advinda, vale ressaltar, da mesma aplicação do mencionado diploma legal se traduz, em última instância, pela insuperável *vinculação do pagamento da aludida pensão especial ao correspondente recurso orçamentário destinado ao Ministério da Defesa*. Na prática, resta concluir, esta ação resultou na indireta vinculação da categoria especial de cidadão denominada ex-combatente, *categoria composta por não militares* -, às Forças Armadas.

Vale frisar, em necessária adição, que esta *vinculação* ensejou, inicialmente, uma compreensão conclusiva, apressada e superficial, segundo a qual os *ex-combatentes*, seus dependentes e pensionistas *ostentavam efetivo direito ao benefício da assistência médico-hospitalar, quando. atendidos nos hospitais e policlínicas militares* e, especialmente, *de forma plena e absolutamente gratuita*. Ou seja, *ensejou um direito que nem os militares, e tampouco os seus dependentes, possuem originariamente*. Este benefício, por via de conseqüência, aplicado aos ex-combatentes, seus dependentes e pensionistas, como não poderia deixar de ser, *ocasionou, e continua a ocasionar, irreversível impacto negativo aos serviços de saúde prestados aos militares*, seus dependentes e pensionistas (além de outros beneficiários legais), os quais, frise-se, foram criados originariamente para atender a estas pessoas, exclusivamente.

O primeiro aspecto a ser levantado para o perfeito entendimento da sinérgica negatividade deste impacto, no tênue equilíbrio orçamentário do próprio planejamento do serviço, diz respeito à definição de *"beneficiários dos fundos de saúde"*. Por esta definição, o direito à gratuidade à assistência médico-hospitalar não torna os ex-combatentes e seus dependentes automaticamente

"beneficiários" da prestação do serviço. É óbvio que o espírito da lei foi outorgar uma merecida recompensa àqueles que, convocados à defesa da Pátria, responderam prontamente a este chamado cívico. Todavia, ao conceder o benefício da gratuidade a este universo (sem a necessária' contraprestação, ainda que parcial), os custos da assistência médico-hospitalar resultantes *passaram a ser implicitamente repassados (de modo absolutamente desproporcional) para todos os usuários considerados beneficiários legais (e tradicionais) dos Fundos de Saúde das Forças Armadas.*

É certo, por outro prisma, que o art. 53, inciso IV, dos ADCT, por seu turno, determina, de forma imperativa, *a gratuidade da assistência médica e hospitalar*, sem que qualquer outro ato legislativo indique a fonte dos recursos destinados ao custeio dos serviços advindos de tal gratuidade, o que nos remete ao segundo aspecto a ser necessariamente observado.

Este segundo aspecto, resume-se, em última instância, na perceptível ausência de expressa e inequívoca previsão de dotação orçamentária (ou, mesmo, de receita extra-orçamentária) para custear os casos de atendimento aos ex-combatentes, seus dependentes e pensionistas, ainda mais quando se considera a existência de crescente demanda para a inclusão de todo universo de ex-combatentes, dependentes e pensionistas.

Para ampliar a perspectiva de necessária justiça e isonomia sobre a questão, o precitado benefício deve ser, igualmente, *comparado* aos benefícios concedidos aos militares, que também tenham *efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial e optado, após o fim das hostilidades, por seguirem na carreira militar*, categoria esta, como já mencionado, denominada *"combatentes derivados"*.

Ainda que reste indiscutível, - no atual estágio de desenvolvimento jurisprudencial sobre a questão -, *a auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional*, concessivo de direito à *gratuidade especial* epigrafada, não se pode deixar de ter em mente que é condição insuperável da própria *eficácia jurídica sentencial* que o Poder Judiciário aponte, - em respeito à própria normatividade relativa ao tema, as exatas fontes de custeio, no sentido de se permitir tornar *sinérgica realidade* as eventuais condenações sentenciais que, de outra forma, poderão vir a representar tão somente (e de forma indesejável) uma *"simples declaração genérica de direitos"*.

4.1. DA AUTO-APLICABILIDADE DO REGRAMENTO NORMATIVO-CONSTITUCIONAL ESCULPIDO NO ART. 53 DO ADCT

O dispositivo constitucional previsto no art. 53 do ADCT constitui-se em *norma de eficácia plena*, conforme já decidiram (e vem decidindo à unanimidade) nossos Tribunais:

> "(...) Auto-aplicabilidade do art. 53, IV da Constituição. *Concessão de assistência médico-hospitalar gratuita prevista no Dispositivo Transitório. a dependentes de ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial.* (...) O art. 53, IV, do

ADCT, *é norma de eficácia plena* e aplicabilidade imediata" (STF, RE-AgR 417871/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 11/03/2005)

> "(...) *Não há se falar em eficácia limitada do art. 53, IV, do ADCT* da Constituição de 1988, eis que se trata de *norma auto-aplicável, de eficácia plena e aplicabilidade imediata*, pois o constituinte não condicionou sua aplicabilidade a legislação superveniente, consoante entendimento pacificado nos Tribunais.

Também, em nenhum momento *ficou estabelecido na Lei Maior que a utilização do sistema de saúde* da Marinha do Brasil *pelo ex-combatente e seus dependentes dependeria de qualquer prévia contribuição pecuniária dos mesmos*, até porque se trata de retribuição pelos serviços já prestados por aquele.

Inolvide-se que, embora o art. 53, IV, do ADCT da CF/88 não mencione expressamente que a assistência médica e hospitalar gratuita se dará nas instituições militares, tal assistência gratuita deve ser prestada pelo hospital militar ao qual se vincula o ex-combatente, haja vista a natureza militar dos serviços prestados por ele à Pátria durante a Segunda Guerra Mundial.

Assim, não limitou o constituinte a espécie de unidade hospitalar em que o beneficiário obterá a efetivação do seu direito nem estipulou qualquer contraprestação por parte do beneficiário para ser a assistência em tela auferida, de modo que *a gratuidade desse tratamento de caráter especial e diferenciado não se confunde com a regra geral de gratuidade daquele atendimento médico, deferida a qualquer pessoa, através do Sistema Único de Saúde - SUS*, garantido pela Constituição em seus arts. 6 , 194 e 196" (TRF 2ª Região, AMS 66217/RJ, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Sergio Schwaitzer, *DJ* de 08/03/2007).

> "(...) O art. 17 da Lei nº 8059/90, garante aos pensionistas beneficiados com o Art. 30 da Lei nº 4242/63, de 17 de julho de 1963, que não se encontrarem entre os beneficiários da pensão especial de que trata esta Lei, a continuidade do percebimento dos benefícios assegurados pelo art. 30 da Lei n 4242/63, até sua extinção, sendo vedada a transmissão".

A Portaria Interministerial nº 2826/94, (PRT/Interministerial 2826/94), não tem o condão de afastar a auto-aplicabilidade do art. 40, § 5º da CF/88 e as diferenças porventura existentes, deverão ser calculadas a partir da vigência daquela norma constitucional" (TRF 4ª Região, AC 9704097379/SC, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Luiza Dias Cassales, *DJ* de 03/03/1999);

Sendo certo, portanto, que não há mais espaço, na jurisprudência pátria, para se rediscutir a matéria vertente, relativa à *auto-aplicabilidade* (ou não) do Regramento constitucional (e mesmo infraconstitucional) relativo à concessão *de direito* à *gratuidade de atendimento médico-hospitalar* aos *ex-combatentes* e seus dependentes.

Ainda que tal entendimento, - já consolidado pela Suprema Corte (Precedentes: RE-AgR 414.256/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, *DJ* 20/05/2005 p. 26; e RE-AgR 417.871/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, *DJ* 11/03/2005, p. 31) -, possa ser, *data maxima venia*, objeto de eventuais críticas

(particularmente doutrinárias), tendo em vista que o dispositivo constitucional ao conceder a mencionada gratuidade, não expressamente apontou, -conforme já afirmado -, as fontes de recursos para seu pleno atendimento, - ensejando a aparente necessidade de expedição de lei complementar esclarecedora da questão -, forçoso concluir que, superada a controvérsia vertente, é obrigação indelegável do Poder Judiciário *apontar*, em suas decisões sentenciais condenatórias, e com absoluta precisão, *exatamente de que forma (e por quem) serão suportadas as despesas* decorrentes da sinérgica aplicação do preceito legal-constitucional, uma vez que resta impossível, fática e juridicamente, por insuperável vício de ilegalidade e mesmo de inconstitucionalidade, que *verbas privadas e de destinação específica, oriundas de contribuições individuais de militares, para os respectivos Fundos de Saúde das Forças Armadas, possam ser legitimamente utilizadas para custear despesas de cidadãos* (*ex-combatentes* ou qualquer outra categoria de brasileiros) *estranhos ao conceito jurídico de dependentes diretos dos militares contribuintes da ativa ou da inatividade*, mormente em um momento temporal específico em que tais despesas apresentam-se em patamares agigantados, conforme bem esclarece, - ainda que a guisa de exemplificação para a hipótese -, o Exército Brasileiro, através do Ofício nº 70 - A.2.3, de 15 de fevereiro de 2008, dirigido à Presidência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2a Região, que, de forma taxativa, consigna expressamente que o Sistema de Saúde do Exército abriga 132.546 militares da ativa, 60.000 inativos, 61.022 militares do efetivo variável, 15.163 alunos de Tiros de Guerra e 366.977 dependentes e pensionistas, sendo que atualmente os valores básicos unitários do Fator de Custos de Atendimento Médico-Hospitalar citado são de R$ 229,63 por militar e de R$ 92,41 por dependente e pensionista, o que ensejaria a necessidade de um aporte no valor aproximando de *R$ 95.621.045,00* (noventa e cinco milhões, seiscentos e vinte e um mil e quarenta e cinco reais). Este montante representa apertado orçamento para atender os contribuintes, sendo, portanto, absolutamente *insuficiente para suportar o universo de ex-combatentes e seus dependentes de forma plenamente gratuita, conforme insuperável determinação legal-constitucional*, sob a ótica jurisprudencial interpretativa praticamente unânime na atualidade.

5. DOS CONCEITOS BÁSICOS RELACIONADOS À ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR PRESTADA AOS MILITARES E SEUS DEPENDENTES

A esta altura, resta, a toda evidência, imperativo expor, de forma precisa e detalhada, portanto, as definições legais pertinentes à resolução da questão em análise, principalmente os conceitos utilizados no cotidiano da vida militar, que, muitas vezes, não se apresentam perfeitamente compreendidos em todos os seus inerentes detalhes, e mesmo amplitude, no âmbito civil e, particularmente, por parte de expressiva parcela de integrantes do Poder Judiciário.

Portanto, imperiosa se faz uma detida análise do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), do Decreto Regulamentador da Remuneração dos Militares

(Decreto nº 92.512/86), bem como da Lei dos ex-combatentes (Lei nº 5.315/67), com o propósito último de que se compreenda plenamente os meandros associados ao tema e, especialmente, o âmago da questão.

5.1. DO ESTATUTO DOS MILITARES

O Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980) apresenta em seu art. 50, inciso IV, alínea *e*, a exata (e restritiva) descrição legal de um dos *direitos expressos dos militares e seus dependentes* que se constitui, desta feita, em uma primeira referência conceitual atinente à presente análise, *verbis:*

> "Art.. 50. *São direitos dos militares*:
>
> (...)
>
> IV - *nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas*:
>
> (...)
>
> e) *a assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes*, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários" (grifos nossos).

Desta feita, pode-se, inicialmente e sem maiores dificuldades hermenêuticas, inferir, de forma incontestável, que a mencionada Lei estabelece, expressa e inequivocadamente, que *os militares e seus dependentes* têm inconteste direito *à assistência médico-hospitalar* nos hospitais e policlínicas militares, ainda que, - frise-se -, *não estabeleça. de igual forma, qualquer gratuidade (plena) relacionada à mencionada assistência.* Por efeito conseqüente, - e considerando, sobretudo, que tal dispositivo legal não foi revogado pela edição posterior do Regramento constitucional de 1988 (uma vez que perfeitamente compatível com o mesmo) -, resta absolutamente lícito concluir pela reconhecida existência de insuperáveis requisitos para a plena observância e efetiva aplicação deste direito.

5.2. DO DECRETO Nº 92.512/86

Da imperiosa necessidade pretérita de regular o contido no precitado art. 50 do Estatuto dos Militares, resta oportuno consignar, que foi editado, posteriormente àquela normatividade legal, o Decreto nº 92.512, de 02 de abril de 1986, que expressamente "Estabelece normas, condições de atendimento e *indenizações para a assistência médico-hospitalar ao militar e seus dependentes*, e dá outras providências". O citado ato administrativo regulamentar apresenta,

dentre outras, importante conceituação para o melhor entendimento deste complexo tema, notadamente nos incisos de seu art. 3 , *verbis:*

"Art. 3 Para os efeitos deste decreto, serão adotadas as seguintes conceituações:

(...)

III - *Assistência Médico-Hospitalar* - é o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção de doenças, com a conservação ou recuperação da saúde e com a reabilitação dos pacientes, abrangendo os serviços profissionais médicos, odontológicos e farmacêuticos, o fornecimento e a aplicação de meios, os cuidados e os demais atos médicos e paramédicos necessários;

(...)

V - *Beneficiários da Assistência Médico-Hospitalar são os militares da ativa ou na inatividade,* bem como seus respectivos dependentes definidos no Estatuto dos Militares;

VI - *Beneficiários dos Fundos de Saúde* - são os beneficiários da assistência médico-hospitalar que *contribuem para os Fundos de Saúde* e os dependentes dos militares que, a critério de cada Força, sejam enquadrados nos regulamentos dos respectivos Fundos;

(...)

X - *Contribuintes - são os militares da ativa, na inatividade e os pensionistas que contribuem para os Fundos de Saúde das respectivas Forças;*

(...)

XIX - *Fator de Custos de Atendimento Médico-Hospitalar é o valor estipulado por militar das Forças Armadas da ativa ou da inatividade e por dependente dos militares,* fixado pelo Ministro-Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, que servirá de base para o cálculo de dotação orçamentária destinada à assistência médico-hospitalar;

XX - *Fundo de Saúde* - é o *recurso extra-orçamentário* oriundo de *contribuições obrigatórias dos militares,* da *ativa e na inatividade, e dos pensionistas dos militares, destinado a cobrir parte das despesas* com a assistência médico-hospitalar dos beneficiários do Fundo, segundo regulamentação específica de cada Força Singular,"

(...)

XXXIV - *Usuários* - são os beneficiários da assistência médico-hospitalar" (grifos nossos).

Conclui-se, assim, sem muito esforço, as seguintes premissas lógico-jurídicas:

a) O *Fundo de Saúde* das Forças Armadas traduz-se, necessariamente, por se constituir em um *recurso extra-orçamentário*, destinado a cobrir parte das despesas com a assistência médico-hospitalar dos beneficiários do aludido Fundo;

b) O mencionado *Fundo de Saúde* é formado pelas *contribuições obrigatórias, individuais - e de natureza privada -, dos militares*, da ativa e na inatividade, e dos pensionistas dos militares. Por conseguinte, todos os militares e pensionistas, - sem qualquer exceção -, são contribuintes, necessários e compulsórios do Fundo epigrafado;

c) Apenas porque todos os militares e pensionistas são contribuintes obrigatórios do Fundo, - em umbilical relação lógica de causa e conseqüência -, todos são, igualmente, beneficiários necessários do Fundo de Saúde e, também, pelas mesmas razões, beneficiários da correspondente assistência médico-hospitalar;

d) A *indispensável efetividade*, bem como a necessária qualidade, *da assistência médico-hospitalar* em questão *dependem diretamente das receitas provenientes do Fundo*, considerando, sobremaneira, que estas são responsáveis pela cobertura, ainda que parcial, das despesas decorrentes da prestação do serviço de assistência médico-hospitalar dos militares, seus dependentes e pensionistas.

Por efeito conclusivo, é lícito afirmar, em tom de sublime advertência, que *a contribuição obrigatória, - de natureza individual e privada -, para os Fundos de Saúde das Forças Armadas revela-se como inafastável requisito necessário aos militares e seus pensionistas para que os mesmos possam usufruir*, plenamente, o seu correspondente direito à saúde, consoante estabelecido pelo art. 50, inciso IV, alínea *e*, traduzindo-se, neste sentido, na qualidade de inafastável e insuperável condição impositiva.

5.3. DA LEI Nº 5.315/67

Para a melhor compreensão do assunto *sub examen*, também se faz necessário interpretar o disposto no art. 10 da Lei na 5.315, de 12 de setembro de 1967, que, em sua redação original, regulamentava anterior regramento constitucional previsto no art. 178 da Constituição Federal de 1967, *verbis:*

> "Art. 1° Considera-se *ex-combatente*, para efeito da aplicação do artigo 178 da . Constituição do Brasil, *todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas*, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante, e que, *no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retomado à vida civil definitivamente*" (grifos nossos).

Da leitura do precitado art. 1°, - que se encontra em perfeita harmonia com a nova ordem político-jurídica inaugurada com o advento da Constituição de

1988 -, conclui-se, sem muito esforço, que *o universo de ex-combatentes é composto por civis e militares*, ainda que, no caso dos militares, inexoravelmente, limitados àqueles que, ao fim da Guerra, tenham sido licenciados do serviço ativo e retornado à vida civil definitivamente. Por via de conseqüência, o universo jurídico que se convencionou denominar de *excombatentes* é, na realidade, formado exclusivamente por uma categoria de cidadãos que não podem ser classificados, para efeito de aplicação do Decreto na 92.512/86, como verdadeiros militares, posto que, por óbvias razões, *militares*, sob a específica ótica jurídica, são todos aqueles *combatentes*, que, envolvidos ou não em operações bélicas ao longo de suas carreiras, permaneceram nesta insuperável condição, mesmo que após a passagem para a reserva e até a posterior reforma.

Destarte, do conceito de *ex-combatente*, expresso no dispositivo supra, emerge óbvia conclusão de que, por não serem militares, os *ex-combatentes e seus pensionistas não contribuem para os Fundos de Saúde das Forças Armadas*, (ainda que não estejam legalmente impedidos de fazê-lo), não satisfazendo, por conseguinte, a insuperável condição necessária para, - pelo menos em tese -, poder usufruir, plenamente, do direito à saúde, por intransponíveis obstáculos no que concerne à disciplina expressamente estabelecida no Estatuto dos Militares.

6. DA SÍNTESE LEGISLATIVA PERTINENTE À MATÉRIA

Da precisa análise das três legislações comentadas, verifica-se, à evidência, portanto, que o *ex-combatente* enquadra-se, - sem maiores possibilidades de razoáveis dúvidas -, em uma categoria *sui qeneris*. considerando tratar-se de um *civil* que, em uma situação atípica, foi alçado a uma condição, excepcional e temporária, de *combatente*, passando, desta feita, a se enquadrar em uma terceira categoria (especial e excepcional) de *cidadão civil com pensão militar*.

Neste diapasão analítico, o ordenamento constitucional vigente em suas disposições transitórias (ADCT), bem como a Lei n 5.315/67, - como não poderia deixar de ser -, buscaram definir, por inexorável necessidade jurídica, esta nova categoria especial de cidadãos que percebem *pensão militar* e, igualmente, ostentam vantagens excepcionais (constitucionalmente impostas), absolutamente divorciadas daqueles direitos usualmente assegurados aos cidadãos civis e militares de modo geral.

7. DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS AOS "COMBATENTES"

Consoante exposto, e buscando suprir a inafastável necessidade quanto à perfeita compreensão da amplitude dos benefícios concedidos aos chamados *ex-combatentes*, imperativa se faz analisar, conforme já consignado, os benefícios também concedidos a um conjunto de pessoas enquadradas como *militares*, as quais, com o objetivo de facilitar o raciocínio, no caso concreto, serão denominadas simplesmente como *combatentes*.

Assim, é cediço inferir, como já assinalado, a denominação de *militar combatente* a todo aquele que participou das atividades inerentes à Segunda Guerra Mundial e, com o fim do conflito bélico, *optou por permanecer na vida ativa, no posto/graduação que lhe cabia, cumprindo os deveres inerentes à atividade militar.*

Destarte, é importante ter-se em mente que, do universo de cidadãos brasileiros participantes da Segunda Guerra Mundial e que, portanto, viveram as mesmas situações de perigo ou iminência de ataque inimigo, *uma substancial parcela resolveu retomar à vida civil definitivamente,* sendo agora conhecidas como *ex-combatentes,* ao passo que uma *outra resolveu, de forma diversa, permanecer no serviço ativo das Forças Armadas.* Esta parcela de brasileiros, ao optar por permanecer nas fileiras das Forças Armadas, como não podia deixar de ser, continuou categorizada como *militar,* mantendo-se, conseqüentemente, sobre a égide do Estatuto dos Militares, sendo promovida em conformidade com a lei, e *realizando as contribuições pertinentes.*

A determinação legal quanto a essas mencionadas contribuições encontra-se abrigada expressamente na Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, que "dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas, altera as Leis nº 3.765, de 4 de maio de 1960 e 6.880, de 9 de dezembro de 1980, e dá outras providências", apresentando em seus arts. 14,15 e 16, definições fundamentais para o melhor entendimento relativo ao tema, *verbis:*

> "Art. 14. *Descontos são os abatimentos que podem sofrer a remuneração ou os proventos do militar para cumprimento de obrigações assumidas ou impostas em virtude de disposição de lei ou de regulamento.*
>
> § 1º Os descontos podem ser obrigatórios ou autorizados.
>
> § 2º Os descontos obrigatórios têm prioridade sobre os autorizados.
>
> § 3º Na aplicação dos descontos, o militar não pode receber quantia inferior a trinta por cento da sua remuneração ou proventos.
>
> Art. 15. *São descontos obrigatórios do militar*:
>
> I - contribuição para a pensão militar;
>
> II - *contribuição para a assistência médico-hospitalar* e social do militar;
>
> III - *indenização pela prestação de assistência médico-hospitalar, por intermédio de organização militar;*
>
> IV - impostos incidentes sobre a remuneração ou os proventos, de acordo com a lei;
>
> V - indenização à Fazenda Nacional em decorrência de dívida;
>
> VI - pensão alimentícia ou judicial;
>
> VII - taxa de uso por ocupação de próprio nacional residencial, conforme regulamentação;

VIII - multa por ocupação irregular de próprio nacional residencial, conforme regulamentação.

Art. 16. Descontos autorizados são os efetuados em favor de entidades consignatárias ou de terceiros, conforme regulamentação de cada Força" (grifos nossos).

Como facilmente, pode-se depreender, o art. 14 e seus incisos conceituam os *descontos*, determinando quais são *obrigatórios* e quais são autorizados. Contudo, é a expressa menção do art. 15, principalmente nos incisos II e III, que preconiza, de forma imperativa e insuperável, que, apesar do *militar* e seus dependentes terem direito à saúde e assistência médica providas pelas Forças Armadas (art. 50, inciso IV, alínea *e* do Estatuto dos Militares), este deve, obrigatoriamente, *contribuir para a assistência médico-hospitalar.*

Ademais, o legislador também especificou a destinação da contribuição prevista no inciso II do art. 15, da mencionada Medida Provisória. Tal destinação é, como já mencionado, o denominado *Fundo de Saúde* (art. 3 , inciso XX, do Decreto nº 92.512/86) da respectiva Força Armada Singular. Desta forma, *os militares* que contribuem para o Fundo de Saúde, sejam do Exército, da Aeronáutica ou da Marinha, *arcam, - na qualidade de indivíduos e de forma privada -, com substancial parcela das despesas resultantes da assistência médico-hospitalar a que têm direito.*

Por via de conseqüência, os convocados que, ao término da .Segunda Guerra Mundial, optaram por permanecer na vida ativa, na qualidade de militares (combatentes), continuaram sendo regidos pelas precitadas leis, tendo como conseqüência *os descontos obrigatórios em suas remunerações.* Ou, em outros termos, sem qualquer usufruto relativo aos benefícios atribuídos aos *ex-combatentes.* nos exatos termos do art. 53 e respectivos incisos do ADCT, especialmente no que concerne à gratuidade (plena e absoluta) à assistência médico-hospitalar.

A título de oportuno reforço a todos os argumentos já expedidos, vale também registrar, - seja pela simplicidade elucidativa do texto, seja pelo caráter didático-pedagógico do mesmo -, as *informações* prestadas pela Marinha do Brasil nos Autos do Mandado de Segurança nº 2007.51.01.0176711 (fls 24/27), as quais a 7ª Turma Especializada, do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, do qual este Autor é membro titular, considerou, em sua apertada síntese, julgando, ao final, à unanimidade, a imperiosa e inafastável necessidade de *contraprestacão financeira* (repasse da União Federal para com as Forças Armadas) como condição lógica de inclusão plena dos ex-combatentes e dependentes no sistema de saúde das Forças Armadas, *verbis:*

" - *o Sistema de Saúde da Marinha é custeado, em parte. pelos próprios militares e inativos, por meio de desconto obriqatório* em bilhete de pagamento, correspondente a 1,8% do rendimento bruto, por militar, mais 0,15% para cada dependente até um total máximo de 3,5%;

- *este desconto é denominado de contribuição para assistência médico-hospitalar e social do militar,* conforme disposto nos arts. 15, inciso II e

art. 25 da Medida Provisória nº 2215-10, de 31 de agosto de 2001, e suas sucessivas reedições regulamentado, no âmbito da Marinha do Brasil, por meio da Portaria, nº 181, de 16 de julho de 2001;

(...)

- em que pese o desconto, *os beneficiários do FUSMA ainda indenizam 20% das despesas com a assistência médico-hospitalar que por ventura venham a utilizar junto ao Sistema de Saúde da Marinha.* como por exemplo, atendimentos médicos, para médicos ou de outra natureza;

- a Marinha do Brasil, por intermédio de seus órgãos, procura administrar os recursos humanos e financeiros existentes da melhor forma, de modo a fornecer ao seu pessoal a melhor assistência médico-hospitalar possível; recursos estes que, infelizmente, não correspondem a todas as expectativas, mas que, basicamente, sustentam o Sistema.

- pelo dito até então, *pode-se afirmar que a inclusão de ex-Combatentes e dependentes no Sistema de Saúde da Marinha, sem a devida contraprestação Financeira estaria comprometendo a eficácia do referido Sistema"* (grifos nossos).

Por efeito conclusivo, a correta interpretação jurisprudencial quanto à absoluta e irrestrita gratuidade do atendimento médico-hospitalar para os *ex-combatentes*, - sem qualquer contraprestação pecuniária -, inaugura, em nosso ordenamento jurídico, em última análise, duas situações distintas para um mesmo fato gerador, ou seja, dois indivíduos, o *ex-combatente* e o *combatente*, recebem tratamento diverso para situações absolutamente idênticas, ensejando, por conseqüência, *inexorável violação ao princípio da isonomia*, pelo que imperativo se faz necessário, - a esta altura -, que o *Poder Judiciário*, responsável último pelas determinações sentenciais, aponte a exata fonte econômico-financeira que terá que, necessariamente, suportar o ônus derivado de tal *excepcionalidade* constitucional anti-isonômica, já consagrada jurisprudencialmente ao longo dos últimos 15 (quinze) anos.

7.1. DOS RECURSOS FINANCEIROS

Resta evidente, por outro lado, que o espírito da lei que buscou recompensar o *ex-combatente*, também não esqueceu a importância do *combatente*.

Por esta razão, imprescindível se apresenta a análise da questão orçamentária, ou, em outros termos, dos recursos financeiros destinados a concretizar o direito à saúde, que abriga tanto os *militares*, estejam eles no serviço ativo ou na inatividade, quanto os seus *dependentes e pensionistas*.

Nesse sentido, é a própria Constituição Federal, no contexto de seus dispositivos normativos, que expressamente determina a necessidade do Poder Público zelar pelo *direito à saúde*, mormente em seus arts. 196 e seguintes. Para tanto, todavia, a ação deste Poder necessita, em primeiro lugar, *prover recursos*

que materializem tal direito. As Forças Armadas, neste diapasão analítico, não se constituem em qualquer exceção, visto que o Poder Público necessariamente precisa especificar a origem dos recursos financeiros destinados à assistência médico-hospitalar dos seus integrantes e dependentes.

Para o caso em comento, o art. 11 do Decreto nº 92.512/96 não apenas confirma este pressuposto, como igualmente o consolida como regra normativa impositiva, *ver bis:*

> "Art. 11. Os Ministérios Militares contarão, para a assistência médico-hospitalar aos militares e seus dependentes, com recursos financeiros oriundos de:
>
> I - *Dotações orçamentárias, consignadas no Orçamento da União* através de propostas anuais dos Ministérios Militares, constituídas de:
>
> *a*) recursos financeiros previstos com base no produto do fator de custos de atendimento médico-hospitalar pelo número de militares, da ativa e na inatividade, e de seus dependentes;
>
> *b*) recursos financeiros específicos para o custeio de convênios e contratos;
>
> *c*) outros recursos que visem à assistência médicohospitalar.
>
> II — *Receitas extra-orçamentárias provenientes de*:
>
> *a*) *contribuições mensais para os fundos de saúde;*
>
> b) *indenizações de atos médicos. paramédicos e serviços afins;*
>
> c) *receitas provenientes da prestação de serviços médico-hospitalares através de convênios e/ou contratos;*
>
> d) *receitas provenientes de outras fontes.*
>
> Parágrafo único. Os recursos financeiros, consignados anualmente no Orçamento da União para cada Ministério Militar, destinados a atender às despesas *correntes e de capital das organizações de saúde, independem das dotações orçamentárias especificadas neste artigo e não constituem objeto deste decreto"* (grifos nossos).

Por conseguinte, é fato incontestável que *"as contribuições mensais para os Fundos de Saúde"* das Forças Armadas, como também (e de igual forma) *"as indenizações de atos médicos, paramédicos e serviços afins"* compõem a *receita extra-orçamentária,* assim considerada como indispensável recurso financeiro necessário para cobrir parte das despesas com a assistência médico-hospitalar em questão. Em outras palavras, *as contribuições mensais e as indenizações* dos diversos serviços prestados *são advindas do próprio usuário do benefício, dentre eles, o denominado combatente.*

Observa-se, por outro lado, que a *dotação orçamentária, cujos recursos provêm especificamente da União,* restringem-se, por força de imperativo legal, na qualidade de previsão financeiro-valorativa, *apenas e tão somente ao quantitativo de militares, da ativa e da inatividade, e seus dependentes.*

Parece claro, portanto, que os *ex-combatentes* e seus dependentes não pertencem a este conjunto estrutural, propiciando, - de forma insuperável -, um efetivo (e insustentável ao longo do tempo) *desequilíbrio* no que concerne ao *produto do fator de custos de atendimento médico-hospitalar pelo número de pessoas* contidas no precitado universo em relação à dotação orçamentária - prevista que, desta feita, sempre ficará aquém do necessário para cobrir as despesas advindas do atendimento pleno a esse novo universo, sinergicamente ampliado com a adição dos *ex-combatentes*. Tal situação não só acarretará, como sabidamente vem acarretando, indesejável *queda na qualidade do atendimento e na própria eficácia do serviço prestado*, como ainda, invencível diminuição dos insumos necessários, comprometendo, por fim, a própria efetividade do mandamento constitucional relativo ao atendimento médico-hospitalar dos ex-combatentes e de seus dependentes.

8. DA UMBILICAL RELAÇÃO ENTRE OS RECURSOS FINANCEIROS ORÇAMENTÁRIOS E EXTRA-ORÇAMENTÁRIOS

Outro ponto nevrálgico a ressaltar, - em necessária adição reforçativa a todos os argumentos já expedidos -, encontra-se numa característica singular do Sistema de Saúde Militar que consiste no direcionamento da aplicação dos recursos originários do Fator de Custos e do Fundo de Saúde das Forças Armadas.

Com efeito, apesar de existir uma fonte mista de custeio, os recursos orçamentários (Fator de Custos) são direcionados aos não beneficiários/não contribuintes (militares do Efetivo Variável, Serviço Militar Inicial e Acidentes em Serviço).

Portanto, na verdade. os beneficiários contribuintes do Sistema de Saúde Militar sofrem duplo revés, que é o de contribuírem e indenizarem o Sistema e o de não serem atendidos com os recursos originários da União, pois se faz necessário cobrir as despesas daqueles que não contribuem (especificamente, os ex-combatentes). Ainda que se possa afirmar que o Fator de Custos - FC - é que arcaria com essas despesas extras, a verdade é que os atuais valores orçamentários nem ao menos asseguram o mínimo previsto aos beneficiários especiais não contribuintes e seus dependentes.

Some-se a isso o fato de que o total de *ex-combatentes* e pensionistas enquadrados na Lei nº 5.315, de 12 de novembro de 1967, - apenas no Exército, a título de exemplificação -, é de 27.785 cidadãos. Estimando-se que o número de dependentes gire em torno de 1,5 por ex-combatente ou pensionista, *temos que o total de novos beneficiários especiais (não contribuintes) estaria em torno de 41.677* indivíduos a serem absorvidos pela estrutura de apoio à saúde do Exército, em particular. Extrapolando para o contexto das três Forças Singulares (Marinha, Exército e Força Aérea), temos simplesmente uma realidade insustentável sob o aspecto econômico-financeiro que, em curto espaço de tempo, irá comprometer a própria eficácia sentencial de todos os Pronunciamentos Judiciais que apenas limitam-se a determinar (sem uma maior e neces-

sária reflexão de seus efeitos práticos) a imediata inclusão dos ex-combatentes e de seus dependentes no sistema de saúde das Forças Armadas.

Importante, ainda, salientar que esse acréscimo é representado, na sua maioria, por um grupo relativamente homogêneo de cidadãos, todos pertencentes a uma faixa etária bastante elevada que, por conseguinte, se utiliza com maior freqüência do Sistema de Saúde.

Convém reafirmar, em tom de necessária ênfase, que os denominados *combatentes* possuem o direito à saúde, a ser prestado pelos Hospitais e Policlínicas das Forças Armadas, *condicionalmente* à necessária e imprescindível *contraprestação dos descontos obrigatórios* inseridos em seus vencimentos ou pensões. Estes descontos constituem parte integrante (e indispensável) dos *recursos financeiros* que sustentam a assistência médicohospitalar e, caso não haja a contribuição por parte do *combatente*, este *perde (resta oportuno frisar) a condição de beneficiário dos fundos de saúde e é, conseqüentemente, impedido de usufruir a assistência médico-hospitalar.*

Desta feita e considerando os fatos apresentados, pode-se facilmente concluir que a atual dotação orçamentária para o Sistema de Saúde dos Militares não tem sido suficiente nem para cobrir os custos relativos aos atuais beneficiários do Sistema de Saúde Militar, *o que permite antever que a inclusão gratuita de mais beneficiários (sem uma correspondente fonte de custeio) acarretaria inúmeras conseqüências indesejáveis, uma vez que as despesas dos ex-combatentes e seus dependentes, na prática deixariam de ser suportadas pelo Tesouro Nacional e passariam a ser responsabilidade, quase que total, dos atuais militares e pensionistas contribuintes para com os Fundos de . Saúde das Forças Armadas, o que redundaria numa flagrante inconstitucionalidade, pois a União estaria. na prática efetiva. apenas repassando um ônus para determinado grupo de cidadãos. em uma situação que visivelmente afronta o próprio direito e sua correta exegese.*

Esta condição legal e factual, resta registrar, por si só, invalida qualquer tese jurídica a sustentar *a absoluta e inconteste gratuidade na prestação de idênticos serviços aos ex-combatentes*, seja pela insuperável questão financeira, seja pelo insustentável desafio ao preceito constitucional da isonomia, exceto se tal direito especial, excepcionalmente concedido, possua fonte própria de custeio e que tal fonte seja suportada, exclusivamente, com verbas de natureza rigorosamente pública (o que à toda evidência excluiria as verbas extra-orçamentárias dos Fundos de Saúde das Forças Armadas que possuem inconteste natureza individual privada).

9. DA NECESSÁRIA EFETIVIDADE DAS DECISÕES SENTENCIAIS DO PODER JUDICIÁRIO

Por efeito conclusivo, - e a par de todas as detalhadas considerações expostas -, apenas dois possíveis raciocínios lógico-jurídicos podem legitimamente emergir, em nosso particular entendimento, sobre o tema vertente.

O primeiro criaria um direito de opção aos *ex-combatentes*. Determinarse-ia

aos ex-combatentes ou pensionistas que optassem por contribuir com o Sistema de Saúde da Força Armada a que estiver vinculado, sob as mesmas condições dos militares da ativa, inatividade e pensionistas, nos termos do art. 15, incisos II e III da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, através da aplicação do fenômeno jurídico hermenêutico da *analogia integrativa* -, com o pressuposto de que estes sejam considerados *"beneficiários dos Fundos de Saúde"* nos idênticos termos do Decreto nº 92.512 de 02 de abril de 1986, e, em não optando pela contribuição, sejam, sumariamente, excluídos, em definitivo, do Sistema de Saúde, a idêntico exemplo do que ocorre, por imperativo legal, com os' militares da ativa e da inatividade.

O segundo raciocínio simplesmente *obrigaria a União Federal a criar uma dotação orçamentária (contraprestação financeira)*, a fim de se determinar que haja o imprescindível repasse das verbas que custeiem a assistência médico-hospitalar dos ex-combatentes e pensionistas, aos Fundos de Saúde das Forças Armadas.

A mencionada determinação imporia, neste caso, a manutenção dos *ex-combatentes* e pensionistas incluídos no Sistema de Saúde das Forças Armadas, gozando da *gratuidade absoluta (especial e excepcional)* constitucionalmente assegurada (segundo entendimento jurisprudencial já consagrado). Esta gratuidade seria custeada pela União Federal, sem que se impusesse, aos ex-combatentes e pensionistas, a opção a uma individual e privada contraprestação pecuniária (ainda que parcial). Desta sorte, mantê-los-ia como beneficiários do Sistema -, como determina a jurisprudência pacificada a propósito do tema -, mas com o *conseqüente e necessário repasse dos recursos - demonstradamente despendidos pelo Sistema de Saúde das Forças Armadas - pela União Federal.* Com isto, a inadmissível lacuna decorrente da fonte de custeio seria suprida, viabilizando, inclusive no sentido prático-efetivo, e ao longo do tempo, a gratuidade absoluta que a Constituição supostamente outorgou aos *ex-combatentes.*

Como a efetivação do primeiro raciocínio não nos parece ser mais possível de ser aplicada, face a consolidação jurisprudencial já mencionada (e também factual pelo transcurso do tempo), resta imperativo que se consolide a segunda vertente hermenêutica para que, de fato, o direito especial e excepcional concedido aos *ex-combatentes*, possa ser plenamente satisfeito, sem qualquer prejuízo de qualidade aos próprios ou a terceiros e, igualmente, sem os riscos de inviabilização futura do próprio Sistema de Saúde das Forças Armadas, conforme já decidiu esta 7ª Turma Especializada deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, da qual este autor é membro titular, *verbis:*

> "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR GRATUITA A PENSIONISTA DE EX-COMBA TENTE. ANÁLISE DO ART. 53, INCISO IV, DO ADCT. DECRETO N 92.512/86. LEI N 5.315/67. ESTATUTO DOS MILITARES. BENEFÍCIOS EXCEPCIONAIS CONCEDIDOS AOS EX-COMBATENTES.

NECESSIDADE DE FONTE DE CUSTEIO. RESPONSABILIDADE PELO REPASSE DA UNIÃO FEDERAL. SENTENÇA MANTIDA POR FUNDAMENTO DIVERSO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDAS.

1. O ADCT da CRFB/88 concedeu excepcionais benefícios aos cidadãos brasileiros categorizados juridicamente como *ex-combatentes*. A cristalina interpretação do art. 53, do ADCT combinado com o art. 1 da Lei nº 5.315/1967, demonstra a intenção do legislador de *"buscar recompensar quem, enfrentando o perigo de guerra, expôs a vida em homenagem à Pátria"* (STJ - 6ª T. Recurso Especial nº 87.511/PE, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJ*, Seção I, 17 fev.1997, p. 2.179).

2. Os conceitos básicos relacionados à assistência médico-hospitalar prestada aos militares e seus dependentes estão determinados no art. 50, inciso IV, alínea *e* da Lei nº 6.880/80; no art. 3 do Decreto nº 92.512/86 e, ainda, na Lei nº 5.315/67. Da precisa análise das três legislações comentadas, verifica-se, que o *ex-combatente* enquadra-se, em uma categoria *sui generis*, considerando tratar-se de um *civil* que, em uma situação atípica, foi alçado a uma condição, excepcional e temporária, de *combatente*, passando, ao final da guerra, a se enquadrar em uma terceira categoria (especial e excepcional) de *cidadão civil com pensão militar*. Trata-se de nova categoria especial de cidadãos que percebem *pensão militar* e, igualmente, ostentam vantagens excepcionais (constitucionalmente impostas), absolutamente divorciadas daqueles direitos usualmente assegurados aos cidadãos civis e militares de modo geral.

3. Como conseqüência, deve ser provida a manutenção dos ex-combatentes como beneficiários do Sistema, mas com o *conseqüente e necessário repasse dos recursos necessários realizados pela União Federal direto aos Fundos de Saúde das Forças Armadas*. Com isto, a lacuna decorrente da inexistência de fonte de custeio seria suprida, viabilizando, inclusive no sentido prático-efetivo, a gratuidade absoluta que a Constituição outorgou excepcionalmente aos *ex-combatentes*.

4. *Remessa Necessária e Apelação em Mandado de Segurança interposta pela União Federal desprovidas* (TRF/2ª R; 7ª Turma Esp., Mandado de Segurança nº 2007.51.01.017671-1, Relator Des. Fed. Reis Friede. Julgado em 04.06.08)

10. DA SÍNTESE CONCLUSIVA

Esperemos, portanto, que os mais diversos Julgadores, com competência jurisdicional para o deslinde dessas questões relativas aos *ex-combatentes*, possam, no presente e no futuro, melhor refletir sobre a ampla complexidade do tema, evitando que, através de persistentes decisões condenatórias "genéricas", acabem por inviabilizar o próprio sistema de saúde das Forças Armadas, tornando-o, em última análise, totalmente ineficaz, sob a ótica econômico-financeira, e igualmente efetiva para o seu fim precípuo, ou seja, a prestação do atendimento médico-hospitalar, não somente para os próprios

militares da ativa e da inatividade (seus pensionistas e dependentes), mas como bem assim para os próprios *ex-combatentes* e seus respectivos pensionistas e dependentes, em prejuízo final de toda a Sociedade brasileira.

INOVAÇÕES REFERENTES A PROCEDIMENTOS PENAIS (LEI 11.719/2008, DE 20.06.08)

RODRIGO DE ABREU FUDOLI *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Providências adotadas pelo juiz na sentença condenatória. 3. Função do Ministério Público no processo penal. 4. Sanção ao defensor omisso e substituição de defensor. 5. Citação com hora certa. 6. Suspensão do processo decorrente de citação por edital. 7. *"Emendatio libelli"*. 8. *"Mutatio libelli"*. 9. Mudanças nos procedimentos. 10. Procedimento ordinário. 11. Procedimento sumário. 12. Revogação expressa de dispositivos.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de mais uma lei editada a partir da discussão e aprovação dos projetos de lei apresentados (no caso, o projeto de Lei n. 4.207/01) por comissão composta por ADA PELLEGRINI GRINOVER, PETRÔNIO CALMON FILHO, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, LUIZ FLÁVIO GOMES, MIGUEL REALE JÚNIOR, NILZARDO CARNEIRO LEÃO, RENÉ ARIEL DOTTI, ROGÉRIO LAURIA TUCCI E SIDNEI AGOSTINHO BENETI, proposições estas submetidas ao Ministério da Justiça e, posteriormente, remetidas pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional.

Outras leis derivadas dos referidos projetos foram sancionadas e publicadas, em 10.06.08 (com vigência a partir de 09.08.08), versando sobre o Tribunal do Júri (Lei n. 11.689/08) e sobre regras referentes à prova penal (Lei n. 11.690/08).

A Lei n. 11.719/08 introduziu mudanças relacionadas com a suspensão do processo, a citação, a *"emendatio libelli"*, a *"mutatio libelli"* e os procedimentos, sendo publicada em 23.06.08, entrando em vigor em 60 dias após a publicação, ou seja, em 22.08.08, conforme dispõe seu art. 2º [1].

---

* Promotor de Justiça do MPDFT e Mestre em Ciências Penais pela UFMG.

1. Segundo o art. 8º, § 1 , da Lei Complementar n. 95/98: "A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subseqüente à sua consumação integral."

As normas em questão têm natureza exclusivamente processual penal, não versando sobre crimes e penas. Por essa razão, é desnecessário seja feita distinção, por ocasião da análise das novas normas, entre aquelas mais benéficas e aquelas mais gravosas ao réu, para se saber sobre sua aplicação no tempo. É o caso, aqui, de sua aplicação imediata, mesmo aos processos já em curso, nos termos do art. 2º do CPP (princípio do efeito imediato da norma processual penal). Segue-se a regra de que a norma processual tem aplicação para o futuro, respeitados os atos processuais já praticados[2].

2. PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO JUIZ NA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Foi acrescentado parágrafo único ao art. 63 do CPP (que trata da reparação do dano causado pelo delito), determinando-se que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a execução pode ser efetuada pelo valor fixado pelo juiz na sentença, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. Com isso, o autor (Ministério Público ou querelante) deverá se preocupar em produzir prova, não só em relação à autoria, materialidade, tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade, mas também em relação ao dano experimentado pela vítima.

Alterou-se o inciso IV ao art. 387, do CPP, que trata das providências que devem ser adotadas pelo juiz na sentença condenatória, determinando-se que o juiz, em tal ocasião, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. O inciso IV, na redação original, tratava da "periculosidade real" para fins de imposição de medida de segurança (regra que datava do tempo do sistema do duplo binário, em que se admitia a imposição cumulativa de pena e medida de segurança ao condenado, sistema esse que foi revogado com a Reforma Penal de 1984). Como se depreende da redação da lei, o valor a ser fixado na sentença a título de reparação de danos é mínimo e não impede que a vítima ajuíze ação cível própria para complementação do ressarcimento por parte do autor do crime. Precisa haver pedido específico na denúncia a respeito da fixação da indenização? Não, assim como na denúncia nunca houve necessidade de formulação de pedido de perda de bens em favor da União (art. 91, II, do Código Penal), ou de destruição da arma apreendida (art. 25 da Lei n. 10.826/03), ou de fixação de prestação pecuniária (pena restritiva de direitos em caso de crimes de trânsito, art. 297 da Lei n. 9.503/97) em prol da vítima, porque todas essas providências – e também agora a indenização em favor da vítima – são determinadas pela própria lei, sendo decorrência automática da condenação. Aliás, disposição idêntica à do novo art. 387, IV, do CPP, já existia na Lei n. 9.605/98 (crimes ambientais): "Art. 20. A sentença penal, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela in-

2. Nesse sentido, vide TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. SP: Saraiva, 2003, pp. 109-115.

fração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá efetuar-se pelo valor fixado nos termos do *caput*, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido".

Incluiu-se parágrafo único no art. 387, determinando-se que "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta". Quanto à referência a "outra medida cautelar" (diversa da prisão cautelar), depende-se aqui da eventual aprovação do projeto de Lei n. 4.208/01, estabelecendo medidas cautelares diversas da prisão[3], embora a Lei n. 11.340/06 ("Lei Maria da Penha") já tenha consagrado várias dessas medidas cautelares (protetivas), sendo de se destacar que a jurisprudência vem admitindo, com base no poder geral de cautela do juiz e na ponderação de interesses, a determinação de medidas cautelares como o afastamento do cargo público ocupado pelo réu e a retenção de seu passaporte (*vide* STF – 2ª Turma – HC 94.147 – Rel. Min. Ellen Gracie – j. 27.05.08).

Na prática, essa importante modificação necessidade de o juiz decidir fundamentadamente sobre a imposição de prisão preventiva sepultou a chamada "prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível", pois, agora, para que o réu condenado em primeira instância seja preso (ou mantido preso), o juiz deverá aquilatar concretamente a necessidade da prisão preventiva, não se cogitando mais de mero sopesamento dos maus antecedentes ou da reincidência, para a prisão (ou manutenção na prisão) do réu, ou da primariedade e bons antecedentes, para a soltura (ou manutenção em liberdade) do réu. Para deixar clara essa opção, o legislador revogou expressamente o art. 594 do CPP (cujo texto era: *"O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto"*).

Conseqüentemente, fica revogado tacitamente também o art. 393, I, do CPP ("São efeitos da sentença condenatória recorrível: (...) I – ser o réu preso ou

3. Eis as medidas cautelares previstas no referido projeto: comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar justificar atividades; proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoas determinadas quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou a instrução; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a 2 anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais; internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 e parágrafo único do CP) e houver risco de reiteração; fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial.

conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis, enquanto não prestar fiança").

Além disso, o art. 595, do Código de Processo Penal, que trata da deserção do réu que apelou e depois fugiu, e o art. 585 do mesmo Código, que impede o recurso contra decisão de pronúncia se o réu não for preso, recebem sua pá de cal, pois a nova lei estabelece expressamente que, independentemente da prisão do réu condenado em primeira instância, seu recurso será conhecido[4].

Outras duas alterações são de mera atualização legislativa. A primeira, prevista no art. 387, II, CPP, apenas para atualizar o CPP, cuja redação original é de 1941 (à época vigia a parte geral do CP em sua redação original) à Nova Parte Geral do CP, de 1984: agora, faz-se menção aos arts. 59 (circunstâncias judiciais) e 60 (parâmetros para fixação da pena de multa) do CP na dosagem da pena (anteriormente, era feita menção aos arts. 42 e 43 do CP). A segunda, também meramente de atualização, consiste na eliminação da menção às penas acessórias, que eram a perda da função pública, a publicação da sentença e a interdição de direitos hoje, tratam-se de efeitos da sentença penal condenatória, mas que já não existem desde a Reforma Penal de 1984 como penas (art. 387, III, CPP), mencionando-se agora que o juiz "aplicará as penas", sem distinção entre principais e acessórias.

3. FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PENAL

A redação do art. 257 do CPP foi alterada para destacar, claramente, as duas funções principais do Ministério Público no processo penal, a saber, a promoção privativa da ação penal pública (inciso I) e a fiscalização da execução da lei (inciso III). Isso porque o Ministério Público é parte e, ao mesmo tempo, tem atuação objetiva. Se o Ministério Público fosse somente parte, não faria sentido pedir absolvição por falta de provas; se fosse só fiscal da lei, a importância da presença do advogado seria reduzida ao mínimo. Sabe-se, no entanto, que o Ministério Público tem ainda outras funções relevantes no processo penal, como o exercício do controle externo da atividade policial e da função de garante dos direitos humanos, mas ambas as funções são, de alguma forma, relacionadas com a fiscalização do cumprimento da lei e com o exercício da ação penal pública.

---

4. Jurisprudência recente, embora não pacífica, do STF e do STJ já vinha, no entanto, considerando que os referidos arts. 585 e 595 do CPP são incompatíveis com o princípio da presunção de não culpabilidade e do contraditório. O STJ editou a Súmula 347, com o seguinte teor: "o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão". Posição idêntica vinha sendo assumida pelo STF: 1ª Turma – HC 88.420 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *DJ* 08.06.07, embora o Pleno ainda não tivesse se manifestado de forma definitiva sobre o tema (objeto do HC 85.961 – Rel. Min. Marco Aurélio, pendente de apreciação).

4. SANÇÃO AO DEFENSOR OMISSO E SUBSTITUIÇÃO DE DEFENSOR

Alterou-se o art. 265, *caput*, do CPP, substituindo-se a sanção de multa de cem a quinhentos réis por sanção de multa de 10 a 100 salários mínimos, para o defensor que abandona a causa, sem motivo imperioso. Trata-se apenas de atualização monetária. O parágrafo único do art. 265 foi desdobrado nos §§ 1° e 2°, prevendo-se agora que, antes de designar defensor para o ato (*ad hoc*), o juiz deve aguardar, até o início da audiência, a apresentação da justificativa pelo advogado que não compareceu a ele, previsão que não existia antes – a ausência do defensor, ainda que motivada, ensejava a substituição por outro defensor, para o ato. Prestigia-se, com a mudança, a defesa do réu pelo defensor de sua escolha. Somente se o defensor se ausentar sem apresentar justificativa até o início da audiência é que haverá a substituição do defensor.

Como se vê, por mais que o réu queira ser defendido por esse ou aquele advogado, por confiar nele, se for apurado que sua atuação é desidiosa e contrária aos interesses do réu, o juiz poderá lhe nomear outro defensor, ainda que contra a vontade desse réu.

5. CITAÇÃO COM HORA CERTA

No caso de ocultação do réu para não ser citado, ao invés de se promover a citação por edital, com prazo de 5 dias, como ocorria antes, agora, por força da redação do art. 362, *caput*, CPP, será procedida a citação com hora certa, na forma estabelecida pelo CPC (arts. 227 a 229)[5]. Em se tratando de processo de natureza penal, será nomeado defensor dativo ao réu que, citado com hora certa, não comparecer (parágrafo único) – no caso de processo de natureza não-penal, nomeia-se curador ao réu citado com hora certa (art. 9°, II, parte final, do CPC, e Súmula n. 196 do STJ: "Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos"). A citação com hora certa contribui para a diminuição da impunidade decorrente da citação por edital, que impli-

---

5. CPC: "Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Art. 228. No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência. § 1°. Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando tenha se ocultado em outra comarca.

Art. 229. Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência".

ca em suspensão do processo se o réu não comparecer ao interrogatório. A medida já era defendida na doutrina, dentre outros por ROGÉRIO SCHIETTI[6].

A citação com hora certa não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição da República), nem o art. 8º, 4, do Pacto de São José da Costa Rica ("comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada").

Isso porque, em primeiro lugar, a citação com hora certa não se fará de forma arbitrária, mas somente naquelas situações em que há suspeitas fundadas de que o citando se oculta para não ser chamado ao processo; nesses casos, a má-fé do citando justifica a citação indireta e ficta, preocupando-se o legislador, não obstante essa má-fé, em determinar a entrega, por oficial de justiça (que tem fé pública), do mandado de citação a um vizinho ou parente do citando, para que, ainda que contra a vontade do denunciado ou querelado de má-fé, aumentem as chances de que ele seja comunicado efetivamente sobre a imputação que lhe foi feita. Em segundo lugar, a citação com hora certa implica confirmação do endereço do citando, diferentemente do que ocorre na citação por edital, quando não se sabe do paradeiro do citando e, por isso, não é razoável presumir que ele tenha tomado ciência da acusação. E, finalmente, o réu citado com hora certa terá defensor dativo, que zelará por seus interesses jurídicos, podendo o defensor entrar em contato com o réu na residência deste (que é conhecida), para obter elementos que subsidiem a defesa em juízo. Se, eventualmente, o réu citado com hora certa resolver se ocultar do próprio advogado, trata-se de opção que resultará na perda das chances processuais de defesa, o que ficará a critério do réu, sendo desarrazoado ver nisso inconstitucionalidade.

No caso de citação com hora certa, não se suspendem o processo ou o curso do prazo prescricional.

Como a norma que instituiu a citação com hora certa no Processo Penal fez alusão expressa às regras legais do Processo Civil sobre a matéria, as orientações da lei, da jurisprudência e da doutrina do Processo Civil socorrerão o intérprete do art. 362, *caput*, do CPP. São elas:

a) a citação com hora certa tem dois requisitos: o objetivo (procura do citando pelo oficial de justiça, em três oportunidades, em sua residência ou local de trabalho) e o subjetivo (suspeita de ocultação) – art. 227 do CPC[7];

---

6. "Será que a citação com hora certa forma de citação que, se não atende plenamente à certeza do chamamento, confere uma dose razoável de probabilidade do atingimento do fim daquele ato, infinitamente maior da que decorre de um edital publicado, em pequenas letras, na imprensa escrita não constituiria um caminho alternativo para compatibilizar os interesses do réu com os da sociedade, naquelas específicas situações em que aquele se oculta para não ser citado, ou que foge para não ser alcançado pela Justiça?" (CRUZ, Rogério Schietti Machado. "A citação editalícia e a eficiência do processo". *Boletim do IBCCrim*, n. 43, julho de 1996).
7. Quanto à classificação dos requisitos (objetivo e subjetivo), vide THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 47. ed. RJ: Forense, 2007, p. 300.

b) a citação com hora certa é forma de citação indireta (não é feita ao réu propriamente) e ficta (não se tem certeza de que o réu a tenha recebido);

c) a procura do réu pelo oficial de justiça deve se dar em datas diferentes, devendo o oficial de justiça ter o cuidado de realizar o ato em horários em que o réu costuma estar no local procurado, tudo para ficar bem caracterizada a suspeita de ocultação;

d) constatada a ocultação, o oficial de justiça notifica qualquer pessoa da família do citando, ou, em sua falta, algum vizinho ou pessoa próxima, como colega de trabalho, de que voltará no dia imediato (dia seguinte) para citar o réu, na hora designada, ficando a pessoa notificada incumbida de alertar o citando da hora indicada (art. 227 do CPC);

e) no dia (e hora) designado, o oficial de justiça retorna e, se o réu estiver presente, realiza-se a citação pessoal; caso negativo, o oficial, constatando a ocultação, dá por feita a citação (art. 228, *caput* e § 1° do CPC);

f) a contra-fé da citação é entregue à pessoa notificada na véspera ou a outra pessoa, caso a primeira esteja ausente (art. 228, § 2°, do CPC);

g) na certidão, o oficial de justiça deve informar as ocasiões (dias e horários) em que procurou o réu, sob pena de nulidade[8], bem como o porquê da desconfiança de ocultação, igualmente sob pena de nulidade[9];

h) após, o oficial lavra certidão, e o juízo ainda enviará ao réu carta ou telegrama dando-lhe ciência de tudo (art. 229 do CPC)[10]. Embora a lei não diga isso, é óbvio que a expedição dessa comunicação – mas não o seu efetivo recebimento pelo citando (afinal, o citando já deu mostras de que se esconde da Justiça) – é indispensável para a validade da citação[11];

i) o juiz verificará se essa desconfiança é ou não fundada, podendo determinar a renovação do ato citatório, se o caso;

j) a contagem do prazo (para apresentação de resposta à acusação) se faz a partir da juntada aos autos do mandado de citação (art. 241, II, do CPC)[12] ou da data fixada pelo oficial de justiça, ou seja, da data da citação (art. 798, § 5°, *a*, do CPP, que alude à intimação, mas que também seria aplicável à citação)? Como o art. 362, *caput*, do CPP, faz menção expressa à adoção das regras dos arts. 227 a 229 do CPC para o regramento da citação com hora certa no Processo Penal, entendemos que o prazo se contará a partir da juntada aos autos do mandado de citação cumprido. A reforçar tal entendimento, tenha-se em vista que o § 5° do art. 798 do CPP deixa claro que, *"salvo os casos expressos"* (e o caso ora estudado é um caso expresso em sentido diverso) é que se adotarão as regras das alíneas *a*, *b* e *c* do referido parágrafo;

---

8. STJ – 3ª Turma – RESP 468.249 – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 05.08.03.
9. STJ – 3ª Turma – RESP 473.080 – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 21.11.02.
10. Essa expedição deve se dar no prazo da resposta, sob pena de nulidade (STJ – 5ª Turma – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. 17.05.01).
11. STJ – 3ª Turma – RESP 687.115 – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 28.06.07.
12. No mesmo sentido: STJ – RESP 180.917 – 3ª Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – j. 06.02.03.

l) se o prazo de resposta passar em branco, nomeia-se defensor dativo ao réu (art. 362, parágrafo único, CPP).

E se for o caso de intimação ou notificação de um réu já citado, e houver suspeitas de que ele se oculta para não receber a comunicação processual? Como, no Processo Civil, as regras da citação se aplicam à intimação (STJ – 3ª Turma – RESP 779.860 – Rel. Min. Castro Filho – j. 13.06.08), o mesmo raciocínio deve valer para o Processo Penal. Ou seja, poderá haver também intimação ou notificação com hora certa, em caso de suspeita de ocultação do réu.

Não se fala mais na hipótese de citação por edital do réu quando se tratar de pessoa "incerta" (antigo art. 363, II, CPP, revogado), justamente porque não se pode falar em denúncia contra pessoa incerta, mas, no máximo, contra pessoa cujo nome ou endereço precisos se desconhece.

Segundo o texto aprovado pelo Congresso Nacional, a citação do réu que estiver em local inacessível em virtude força maior (antigo art. 363, I, do CPP, com prazo de 15/90 dias) passaria a ser prevista agora no art. 366, *caput*, do CPP, sem alteração quanto ao prazo do edital. Ocorre que o Presidente da República vetou o dispositivo. Analisando a razões para o veto[13], não se compreende, pelo menos nesse primeiro momento, o porquê da atitude tomada, pois sequer haveria alteração substancial na redação do dispositivo, mas apenas renumeração de artigos.

O antigo art. 361, CPP, passa a ser o novo art. 363, § 1º, CPP, com ligeiras alterações redacionais, mas sem modificação de sentido, determinando-se que o réu que não for encontrado será citado por edital.

6. SUSPENSÃO DO PROCESSO DECORRENTE DE CITAÇÃO POR EDITAL

A previsão anteriormente contida no art. 366, *caput* (redação dada pela Lei n. 9.271/96), de que o curso do processo e da prescrição serão suspensos, podendo ser determinada a produção antecipada de provas, bem como decretada a prisão preventiva, quando o réu citado por edital não comparece para interrogatório nem nomeia defensor, foi mantida.

O Poder Legislativo chegou a aprovar alterações importantes na sistemática da suspensão, da prisão preventiva e da produção antecipada de provas,

---

13. "Cumpre observar, outrossim, que se impõe ainda, por interesse público, o veto à redação pretendida para o art. 366, a fim de se assegurar vigência ao comando legal atual, qual seja, a suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese do réu citado por edital que não comparecer e tampouco indicar defensor. Ademais, a nova redação do art. 366 não inovaria substancialmente no ordenamento jurídico pátrio, pois a proposta de citação por edital, quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu, reproduz o procedimento já previsto no Código de Processo Civil e já extensamente aplicado, por analogia, no Processo Penal pelas cortes nacionais" (Mensagem n. 421, de 20.06.08).

em caso de citação por edital. Entretanto, as modificações (previstas nos §§ 2º e 3º do art. 363 do CPP) foram vetadas pelo Presidente da República, porque o legislador previu a suspensão do prazo prescricional, mas se esqueceu de mencionar a suspensão do curso do processo, em caso de citação por edital, visualizando o Chefe do Poder Executivo lesão aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade (Mensagem de Veto n. 421, de 20.06.08)[14].

As alterações vetadas foram as seguintes:

a) a suspensão do curso do prazo prescricional passaria a se dar "pelo tempo correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação (art. 109 do Código Penal) findo o qual, recomeçará a fluir" (art. 363, § 2º, I), prestigiando-se orientação seguida por parte da jurisprudência. Com o veto, permanece a polêmica sobre se deve haver fixação de um prazo máximo para a suspensão do processo após a citação por edital ou se o prazo de suspensão é indeterminado[15];

---

14. Eis o teor da mensagem do veto: "(...) A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo projeto de lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2º do art. 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer, nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório. Em virtude da redação do § 3º do referido dispositivo remeter ao texto do § 2º há também que se indicar o veto daquele. (...)"

15. Quanto a isso, eis as posições principais:
a) STF (1ª Turma – RE 460971 – rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 13.02.07, decisão unânime): nada impede que a suspensão do prazo prescricional se dê por tempo indeterminado, não havendo nisso qualquer violação direta ou oblíqua às regras sobre imprescritibilidade previstas no texto constitucional. Ementa: "(...)II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado C.Pr.Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C.Pr.Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, "do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão." 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição."
b) STJ: o prazo da suspensão teria que se limitar ao prazo da prescrição da pena cominada abstratamente ao crime, voltando a fluir após o decurso desse prazo. Vide, por todos, o seguinte julgado do STJ: *1. O entendimento pacificado nesta Corte é no sentido de que, diante do silêncio do art. 366 do Código de Processo Penal e da impossibilidade de tornar imprescritíveis crimes assim não definidos, quando o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, devem ser utilizados os parâmetros do art. 109 do Código Penal para determinar o período de suspensão do prazo prescricional. (...) 3. Ordem concedida"* (6ª Turma – HC 24.986 – Rel. Min. Paulo Gallotti – j. 09.02.06).

b) a produção antecipada de provas poderia se dar de ofício ou a requerimento da parte (art. 363, § 2°, II, CPP). O veto a esse dispositivo não alterou em nada a realidade, pois, com essa regra expressa ou não, já se entendia que o juiz podia determinar de ofício a produção antecipada de provas;

c) a produção antecipada de provas poderia se dar não apenas nos casos de "urgência" (exemplo: risco de desaparecimento), mas também de "relevância" (exemplo: qualquer prova testemunha, independentemente do risco de desaparecimento), "observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida" (art. 363, § 2°, II, CPP). Se o texto aprovado não tivesse sido vetado, possivelmente seria modificada a orientação jurisprudencial do STF e do STF, segundo a qual somente em casos excepcionais se fará a inquirição da vítima e das testemunhas em sede de produção antecipada de provas. Com o veto, mantém-se o entendimento de que a produção antecipada de provas é medida excepcional, devendo-se demonstrar concretamente o risco de desaparecimento da prova. Perdeu-se, aqui, oportunidade de preservação da prova oral, por meio de sua produção antecipada, sempre que ela se fizer necessária, pois se trata de prova "relevante" e que se encaixaria perfeitamente ao novo parâmetro para que o juiz decidisse pela produção antecipada;

d) ao tratar da prisão preventiva, passar-se-ia a fazer referência, no art. 363, § 2°, III, CPP, aos arts. 312 e 313 do CPP, mencionando-se, assim, de forma completa, as hipóteses autorizadoras, os pressupostos e as condições de admissibilidade da prisão preventiva. Com o veto, mantém-se a menção apenas ao art. 312 do CPP (que trata das hipóteses autorizadoras e dos pressupostos da prisão preventiva, mas não das condições de admissibilidade), perdendo-se a oportunidade da prevalência de um texto legislativo mais técnico;

e) a produção antecipada de provas se faria "com prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor público ou defensor dativo designado para o ato" (art. 363, § 3°, CPP). Com o veto, a produção antecipada de provas permanecerá sendo feita apenas "na presença" do Ministério Público e do defensor dativo (art. 366, § 1°, CPP, redação antiga). Na prática, porém, aqui não haverá prejuízo para as partes, pois é evidente que ambas serão notificadas previamente para a audiência em que serão colhidas as provas.

Ainda quanto ao tema, foi aprovada (e sancionada, sem veto), a regra segundo a qual, comparecendo o réu citado por edital, o processo prossegue (antigo art. 366, § 2°, CPP, e novo art. 363, § 4°, CPP). A lei, na redação antiga, mencionava que, neste caso, *"ter-se-á por citado pessoalmente"* o réu; a lei nova, acertadamente, não estabelece a necessidade de se considerar citado o réu, pois a relação processual já se completou anteriormente com a citação editalícia, sendo desnecessária nova citação ("citação pessoal").

7. *"EMENDATIO LIBELLI"*

O art. 383, CPP, redação original, foi modificado, passando a ter *caput* e dois parágrafos. Quanto ao *caput*, que tem o mesmo sentido do anterior art.

383, eis o teor: "O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave".

Em relação à redação anterior, inclui-se a expressão "sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa". Isso quer dizer que o juiz deverá ficar vinculado à descrição típica feita na denúncia ou queixa, o que é decorrência lógica do princípio da correlação entre a imputação e a sentença. Acrescentou-se § 1°, para abrigar construção jurisprudencial (Súmula 337 do STJ: "É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva"). Assim, doravante, "Se, em conseqüência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei". E, em se tratando de infração de competência de outro Juízo, a este serão encaminhados os autos (novo art. 383, § 2°, CPP).

Continua não existindo necessidade de aditamento da denúncia, no caso da "*emendatio libelli*", porque, em tal caso, o réu pôde se defender adequadamente dos fatos a ele imputados.

8. "*MUTATIO LIBELLI*"

A principal modificação sofrida pelo art. 384 do CPP diz respeito à necessidade de aditamento sempre que surgir prova nova a respeito do fato, independentemente de a nova definição jurídica do fato implicar aplicação de pena mais ou menos grave ao réu.

Anteriormente, somente nos casos em que a pena cominada ao novo crime fosse mais grave é que o aditamento se impunha.

Trata-se de mudança relevante e que prestigia os princípios do contraditório e da ampla defesa, porque, no sistema antigo, era possível que o réu tivesse se defendido durante a instrução de um determinado fato (por exemplo, da imputação referente a ter subtraído, para si, coisa alheia móvel) e posteriormente condenado por fato diverso (por exemplo, por ter obtido, mediante fraude, vantagem ilícita em prejuízo de outrem), o que surpreendia a defesa, enfraquecendo os referidos princípios constitucionais.

Outra modificação importante e saudável, pois compatível com a imparcialidade que deve revestir a atuação judicial, consiste na eliminação da menção à possibilidade de o juiz provocar o Ministério Público a aditar a peça acusatória (a lei antiga, art. 384, parágrafo único, estipulava que o juiz "baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa"). A nova lei menciona que o aditamento será feito pelo Ministério Público "encerrada a instrução probatória", no prazo de 5 dias, mas é evidente que a qualquer tempo o Ministério Público pode aditar a peça acusatória, não precisando aguardar o encerramento da instrução.

Possibilitou-se ao Ministério Público arrolar até 3 testemunhas por ocasião do aditamento com esse fundamento (novo art. 384, § 4°, CPP), o que é novidade.

Esclareceu-se ainda que o Ministério Público só poderá aditar a queixa se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação penal pública (a lei quis fazer referência, aqui, ao caso de ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, prevista na Constituição da República art. 5º, LIX, e no CPP art. 29). Naturalmente, o Ministério Público não podia (e continua não podendo) aditar a queixa, em se tratando de ação penal de iniciativa privada própria, pois não possui legitimidade para tal.

Eliminou-se ainda a expressão "baixar" os autos, eis que não se trata de medida tomada "de cima para baixo", não havendo hierarquia entre juiz e Ministério Público. A expressão "baixa" só tem sentido quando se trata de remessa dos autos do processo a instância judicial inferior, pelo Tribunal, para cumprimento de decisão.

A expressão "denúncia ou queixa" foi substituída por "acusação" (sem mudança de sentido).

No novo § 1º do art. 384, a nova lei previu que, não procedendo o Ministério Público ao aditamento, o juiz aplica o art. 28 do CPP, ou seja, remete os autos ao Procurador-Geral de Justiça (no âmbito da União, os autos serão remetidos antes disso à Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Criminal do Ministério Público Federal ou do Distrito Federal e Territórios — Lei Complementar n. 75/93), para que o Chefe da Instituição mantenha a acusação, nos termos postos pelo membro do Ministério Público com atuação na primeira instância, ou para que adite a inicial, ou ainda para que designe outro membro do Ministério Público para fazê-lo. Há, aqui, na aplicação do art. 28 do CPP, ingerência indevida por parte do juiz que e órgão imparcial na atividade da acusação, o que fere o princípio acusatório (separação nítida entre as funções de acusar e julgar), inclusive desequilibrando os pratos da balança em desfavor do réu. De fato, mesmo que atue com a melhor das intenções, com qual isenção o juiz que aplicar o art. 28 do CPP em relação ao aditamento à peça acusatória irá posteriormente sentenciar o réu? No mínimo, o juiz que atuar desta forma deve ser considerado impedido de prolatar a sentença. A solução tecnicamente correta, à luz do sistema acusatório, seria o juiz absolver o réu, caso perceba, ao sentenciar, haver discrepância entre os fatos narrados na acusação e os fatos ocorridos no mundo real. Superada a questão da possível violação ao princípio acusatório, e se o Procurador-Geral de Justiça mantiver a mesma posição do promotor de justiça ou procurador da República? Não restará alternativa ao juiz senão a de absolver o réu, caso entenda que a imputação inicial não foi provada.

O prazo para manifestação da defesa, após o aditamento, passa a ser de 5 dias, podendo arrolar a defesa até 3 testemunhas (art. 384, §§ 2º e 4º, CPP, nova redação) anteriormente, o número máximo de testemunhas era o mesmo, mas o prazo para manifestação da defesa era de 3 dias art. 384, parágrafo único, CPP, redação antiga).

Depois do aditamento à acusação, da manifestação da defesa e do recebimento do aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará data para continuação da audiência (reabre-se, pois, a instrução criminal), inquirindo-se as testemunhas indicadas pelas partes (aqui, sem novidades),

realizando-se novo interrogatório (aqui está uma novidade), seguindo-se os debates e o julgamento art. 384, § 2°, CPP, redação nova (conforme se explicitará adiante, a nova lei prevê colheita de provas, debates orais e julgamento na mesma ocasião, seja o procedimento ordinário, sumário ou sumaríssimo, podendo, no entanto, haver conversão dos debates orais em alegações escritas e, em tal hipótese, prolação de sentença escrita). A reabertura da instrução criminal, em virtude do aditamento, nem sempre será necessária. Assim, se não houver requerimento das partes, ela não ocorrerá. O novo interrogatório será desnecessário quando o réu, defendendo-se da imputação original, ao dar sua versão pessoal para os fatos no primeiro interrogatório, já tenha abordado o fato tratado na nova imputação. Por exemplo, a imputação original era de furto e, no interrogatório, o réu confessou a prática de subtração de coisa alheia, mediante violência; aditada a denúncia, que passará a narrar o roubo, não haveria utilidade de novo interrogatório. De qualquer forma, para se evitar alegação de cerceamento ao contraditório, é prudente que o juiz sempre permita a realização de novo interrogatório do réu, se houver pedido fundamentado da defesa.

Havendo aditamento, o juiz fica, na sentença, adstrito aos seus termos (art. 384, § 4°, CPP), ou seja, não mais poderá condenar o réu pelo crime inicialmente narrado, medida esta que prestigia o sistema acusatório (o juiz não pode, ainda que de forma reflexa, ter iniciativa na persecução criminal).

Também no caso da "*mutatio libelli*", assim como se previu em relação à "*emendatio libelli*", se o juiz verificar que o novo delito comporta suspensão condicional do processo, adotará as medidas legais (no caso, encaminhamento dos autos ao Ministério Público ou ao querelante, para que se manifeste fundamentadamente sobre o cabimento de suspensão condicional do processo) e, se verificar que o novo delito é de alçada de outro Juízo, remeterá os autos a tal Juízo (art. 384, § 3°, c/c art. 383, §§ 1° e 2°, CPP, redação nova).

Finalmente, não recebido o aditamento, o processo prosseguirá (art. 384, § 5°, CPP, nova redação), cabendo recurso em sentido estrito dessa decisão, com fundamento no art. 581, I, do CPP, pois o aditamento não deixa de ser uma denúncia, acrescida ou modificada[16].

9. MUDANÇAS NOS PROCEDIMENTOS

O procedimento será comum ou especial (art. 394, *caput*).

O procedimento comum é aplicável a todos os processos, salvo disposições em contrário do CPP ou de leis extravagantes art. 394, § 2°, CPP. Nos processos de competência do Júri, por exemplo, o procedimento será o especi-

16. Nesse sentido, vide, por todos, o seguinte julgado do STJ: "PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ADITAMENTO À DENÚNCIA. REJEIÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. É cabível o recurso *stricto sensu* da decisão que indefere o aditamento da denúncia. Inteligência do art. 581, I, CPP. Recurso especial conhecido e provido" (RESP 435.256 – 5ª Turma – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. 15.04.03).

al previsto nos arts. 406-497 do Código (com profundas alterações advindas da Lei n. 11.689/08), e não o procedimento comum.

O procedimento comum poderá ser:

a) ordinário (art. 394, § 1°, I): quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 anos de pena privativa de liberdade;

b) sumário (art. 394, § 1°, II): quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 anos de pena privativa de liberdade; ou

c) sumaríssimo (art. 394, § 1°, III): para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei. A lei, no caso, é a Lei n. 9.099/95, que assim define as infrações penais de menor potencial ofensivo: todas as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não supere o patamar de dois anos (art. 61 da Lei n. 9.099/95, com a redação dada pela Lei n. 11.313/06). O procedimento sumaríssimo está disciplinado nos arts. 77-81 da Lei n. 9.099/95.

Como se vê, já não se distinguirá o procedimento conforme a infração penal seja apenada com reclusão ou com detenção. A definição do procedimento levará em conta, doravante, a pena máxima cominada à infração penal. Se houver concurso de crimes, cuja pena máxima cominada, isoladamente, não supera 4 anos, ultrapassando-se tal patamar, no entanto, em caso de soma das penas (ex: posse irregular de arma de fogo pena: 1 a 3 anos; e ocultação de cadáver pena: 1 a 3 anos), o procedimento será o ordinário.

A distinção entre procedimento ordinário e sumário, operada pelo legislador com base na pena máxima cominada ao delito, era desnecessária. A impressão que fica é a de que o legislador supôs – equivocadamente, por sinal – que a apuração de crime com pena máxima igual ou superior a 4 anos (por exemplo, o porte ilegal de arma de fogo do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03) é menos complexa do que a apuração de crime com pena máxima inferior a 4 anos (por exemplo, a posse irregular de arma de fogo do art. 12, da Lei n. 10.826/03).

Também antes do exame de cada um dos procedimentos, deve-se atentar para questão que pode suscitar controvérsia diz respeito aos procedimentos já em curso em 22.08.08, quando entrou em vigor a Lei n. 11.719/08. Quanto a isso:

a) se o réu já havia sido interrogado, com defesa prévia (antigo art. 395 do CPP) apresentada, basta realizar os atos processuais restantes de acordo com a nova lei: oitiva do ofendido, testemunhas e peritos, debates orais (ou diligências seguidas de alegações escritas) e sentença, sem necessidade de novo interrogatório após a colheita da prova oral. Veja-se que, neste caso, já houve a superação da fase do interrogatório (o ato processual já praticado sob a vigência da lei anterior é respeitado) e já houve oportunidade à defesa de arrolar testemunhas e argüir exceções;

b) se o réu já havia sido interrogado, sem abertura de prazo para defesa prévia, ou com tal prazo ainda em curso, convém adotar uma das seguintes providências: ou permitir a apresentação de rol de testemunhas, com se esti-

vesse em vigor ainda o art. 395 do CPP, ou então abrir prazo para resposta à acusação (porque não houve ainda oportunidade para arrolamento de testemunhas e argüição de exceções) e, se não houver absolvição sumária, basta passar à audiência una, com colheita da prova oral, debates e sentença, também aqui sem necessidade de novo interrogatório;

c) se o réu já havia sido denunciado, mas ainda não citado, ou se havia sido citado, mas não interrogado, deve-se notificá-lo para apresentação de resposta à acusação, seguindo-se o novo procedimento inteiramente, a partir daí, inclusive com realização de interrogatório após a produção da prova oral (preservam-se, aqui, somente o recebimento da acusação e a citação, atos realizados sob a vigência da lei anterior);

d) se o réu já havia sido interrogado e, em seguida, havia obtido a suspensão condicional do processo, com posterior descumprimento e revogação do benefício, deve-se notificar o réu para resposta à acusação e, se não houver absolvição sumária, basta ouvir ofendido, testemunhas e peritos, seguindo-se debates orais e sentença (sem necessidade de novo interrogatório). No entanto, naturalmente, se o réu, por ocasião da obtenção da suspensão condicional do processo, não havia sido interrogado, em caso de revogação do benefício, com retomada do curso do processo, ele será interrogado ao final da audiência;

e) se o réu havia sido citado por edital, com suspensão do processo, produzindo-se a prova antecipadamente (art. 366 do CPP), e o réu comparece posteriormente ao processo, as partes devem ser consultadas sobre se ratificam ou não a prova já produzida (se não a ratificarem, justificadamente, a prova deve ser refeita) e, em seguida, realiza-se o interrogatório, após o que virão os debates e a sentença.

10. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

O procedimento ordinário é o procedimento padrão, e suas disposições normativas se aplicarão, subsidiariamente, aos procedimentos especiais e aos procedimentos sumário e sumaríssimo (art. 394, § 5º, CPP).

Algumas das novas regras (precisamente as contidas nos arts. 395-397 do CPP)[17] serão aplicáveis a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no CPP (é o caso do procedimento para apuração de crimes de entorpecentes Lei n. 11.343/06).

Então, o procedimento ordinário se inicia com o oferecimento de denúncia ou queixa. A peça acusatória poderá ser rejeitada se:

a) manifestamente inepta (art. 395, I, CPP). A inépcia se caracterizará pela

17. Rejeição ou recebimento da acusação; citação para resposta à acusação; apresentação de resposta à acusação, com possibilidade de argüição de preliminares, juntada de documentos, especificação de provas e arrolamento de testemunhas; e possibilidade de absolvição sumária.

falta dos requisitos da inicial. Os requisitos da inicial são a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias; a qualificação do acusado; a classificação do crime e, quando o caso, o rol de testemunhas (art. 41 do CPP), além de outros exigidos pela doutrina, como endereçamento ao juízo competente; assinatura do membro do Ministério Público ou do advogado do querelante (munido com procuração com poderes especiais – art. 44 do CPP); pedido de condenação; e redação em vernáculo;

b) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, II, CPP): os pressupostos processuais são a demanda judicial (veiculada pela denúncia ou queixa); a jurisdição (competência e imparcialidade do Juízo); a existência de partes que possam estar em Juízo (capacidade processual e de ser parte); e a originalidade (ausência de litispendência ou coisa julgada). As condições da ação são a tipicidade em tese da conduta descrita na peça acusatória; a legitimidade ativa e passiva; o interesse de agir; e a justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III, CPP), ou seja, o lastro probatório mínimo que torna idônea a acusação[18].

Com isso, não se diferenciam mais os casos de não-recebimento (por falta dos requisitos da inicial) dos casos de rejeição da denúncia ou queixa (por falta de condição da ação), para fins de juízo de admissibilidade negativo da acusação. Antes, era cabível recurso em sentido estrito contra a decisão que não recebia a denúncia ou queixa (art. 581, I, CPP), e nada dizia a lei sobre os casos de rejeição (falta de condições da ação). Mas se entendia cabível o recurso em sentido estrito em ambas as situações. Possivelmente não haverá alteração na interpretação dessa hipótese de cabimento recursal.

Feito juízo de admissibilidade positivo (recebimento da denúncia ou queixa, ou seja, se o juiz "não a rejeitar liminarmente"), o juiz receberá a inicial e ordenará a citação do acusado, para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias (art. 396 *caput*). Não se alegue que a citação é feita somente após a apresentação da resposta à acusação. A lei é clara em relação ao fato de que o recebimento (jurídico, e não apenas físico) da peça acusatória se faz, se presentes os requisitos da inicial e as condições da ação, logo após oferecida a denúncia ou queixa.

Se o juiz já designar a audiência una de plano (no mesmo despacho de recebimento da peça acusatória), o oficial de justiça cita o réu e, concomitantemente, notifica-o para apresentação de resposta à acusação e para comparecimento à referida audiência.

No caso de citação pessoal, o prazo se conta a partir do efetivo cumprimento do mandado (art. 406, § 1º, do CPP, que trata do procedimento de apuração dos crimes dolosos contra a vida, aplicável por analogia). Em caso de citação

---

18. A respeito, vide AFRÂNIO SILVA JARDIM, "Estudo sobre os pressupostos processuais: processo penal". Em: *Direito processual penal*. 9. ed. RJ: Forense, 2000, p. 54. A "justa causa" já havia sido prevista na Lei n. 11.409/02 (lei de entorpecentes), expressamente como condição da ação. Entretanto, a nova lei de entorpecentes (Lei n. 11.343/06) não fez alusão à citada condição da ação, que agora volta a ser prestigiada em texto legislativo.

por edital, o prazo para defesa começa a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído (art. 396, parágrafo único).

Como a resposta se dará após o recebimento da denúncia ou queixa, seu objetivo fica parcialmente esvaziado.

Essa fase apenas teria real sentido se pudesse influenciar no juízo de admissibilidade da peça acusatória. Para quê se instaurar o processo penal, com todas as conseqüências nefastas disso, para só depois se permitir a resposta à inicial?

Na prática, para não adiantar sua tese defensiva, com o que ficaria facilitada a tarefa da acusação, a tendência é a defesa se limitar a arrolar testemunhas e a afirmar que apresentará seus argumentos por ocasião das alegações finais. É verdade, no entanto, que, na resposta, o réu poderá tentar convencer o juiz a absolvê-lo sumariamente, conforme se verá adiante, razão pela qual essa fase não é completamente inútil.

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

Como se vê, o arrolamento das testemunhas da defesa agora se faz nessa fase, e não mais na extinta "defesa prévia". Com isso, o advogado deverá ter postura ativa e procurar se entrevistar com o seu cliente na prisão em que eventualmente se encontre ou, se solto, onde for possível, pois o prazo para apresentação de rol de testemunhas fluirá antes mesmo da audiência judicial se realizar, diferentemente do que ocorria antes da inovação legislativa, quando o advogado muitas vezes aguardava o interrogatório do réu para ter com ele o primeiro contato com seu cliente, colhendo assim os nomes das testemunhas interessantes à defesa.

Observe-se que a apresentação de resposta à acusação será obrigatória, e não facultativa como a antiga "defesa prévia" (art. 395 do CPP). Não basta a notificação ao réu para que apresente a defesa. A reforçar esse entendimento existe a previsão de nomeação de defensor dativo, caso o réu deixe de apresentar a resposta à acusação.

Será nomeado defensor, concedendo-se-lhe vista dos autos por 10 dias, para apresentar a resposta em duas situações (art. 396-A, § 2°, CPP):

a) caso não seja apresentada a resposta no prazo legal; ou

b) se o acusado, citado, não constituir defensor.

Em caso de alegações, na resposta à acusação, que possam levar o réu à absolvição sumária, é conveniente a oitiva do autor, para exercício do direito ao contraditório, antes da apreciação judicial do tema.

Eventuais exceções (de litispendência, de coisa julgada, de incompetência do juízo ou de ilegitimidade de parte art. 95-112 do CPP) serão processadas em apartado (art. 396-A, § 1°).

A finalidade desta resposta após a citação acaba sendo a de proporcionar ao acusado a possibilidade de trazer aos autos argumentos que possam levá-lo à absolvição sumária. A absolvição sumária trata-se de forma de julgamento antecipado da lide, e só existia no procedimento do júri. Agora, estende-se também aos procedimentos comuns.

O acusado será absolvido sumariamente quando o juiz verificar (art. 397):

a) a existência manifesta (acima de dúvida razoável) de causa excludente da ilicitude do fato (inciso I). Se o juiz tiver dúvida em relação à caracterização da causa de exclusão da ilicitude, não poderá absolver sumariamente o réu;

b) a existência manifesta (acima de dúvida razoável) de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade (inciso II). Da mesma forma, se o juiz tiver dúvida em relação à causa de exclusão da culpabilidade, o processo deve prosseguir. Interessante notar que, ainda que provada causa de exclusão da culpabilidade pela inimputabilidade do réu, não se dará a absolvição sumária. Isso porque, em tal situação, o acusado receberia medida de segurança (tratar-se-ia de absolvição imprópria), o que lhe pode ser mais desfavorável juridicamente do que conseguir, adiante, no desfecho do procedimento, a absolvição pura e simples, sem imposição de medida de segurança[19];

c) que o fato narrado evidentemente não constitui crime: a atipicidade evidente da conduta descrita na denúncia ou queixa enseja a absolvição sumária (inciso III);

d) que está extinta a punibilidade do agente (inciso IV): como se vê, a extinção da punibilidade agora é causa de absolvição sumária, se a denúncia ou queixa tiver sido proposta. Antes do oferecimento da denúncia, no entanto, a extinção da punibilidade ensejará promoção de arquivamento do Ministério Público, caso em que o juiz se limitará a homologar o arquivamento (não absolvendo o indiciado, portanto).

O recurso cabível contra a absolvição sumária é a apelação (art. 593, I, do CPP).

---

19. Em interessante julgado, o STF (1ª Turma – HC 87.614 – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 03.04.07) debateu sobre se o réu considerado inimputável deveria ser absolvido sumariamente (impondo-se-lhe, conseqüentemente, a sanção penal denominada medida de segurança), ou se deveria ser remetido a julgamento pelo Júri popular (para que tivesse a chance de ser absolvido de forma plena, o que lhe é juridicamente mais vantajoso do que a imposição de medida de segurança). Houve empate na votação, tendo os Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Britto votado no sentido de que o juiz sumariante pode absolver sumariamente o réu inimputável por doença mental e impor-lhe medida de segurança, e tendo os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski entendido que a conjugação da absolvição sumária com a imposição de medida de segurança feriria a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, Juízo natural da causa. Prevaleceu o voto mais favorável ao réu, o que, no caso em tela, redundou no encaminhamento do réu para julgamento popular. O legislador parece ter se inspirado nessa polêmica para decidir que o Juízo criminal não absolverá sumariamente o réu inimputável, devendo seguir o feito até seu desfecho regular.

Se o juiz receber a denúncia ou queixa, designará, desde já, dia e hora para a audiência (diante da redação do art. 399 do CPP, pode-se entender também que a designação de audiência ocorrerá apenas após a resposta à acusação), ordenando a intimação (o termo técnico mais preciso seria notificação, pois se trata de comunicação processual para ato futuro) do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente (art. 399, *caput*, do CPP). Assim, ao receber a denúncia ou queixa, deverá o juiz fazer três comunicações ao réu:

a) citação, para que tome conhecimento da imputação que lhe pesa sobre os ombros e para que apresente defesa resposta à acusação;

b) intimação (notificação) para que apresente defesa (resposta à acusação); e

c) intimação (notificação) para comparecimento à audiência (caso já seja designada de imediato), ocasião em que inclusive será interrogado.

Então será preciso que o juiz, ao fixar a data para a audiência, leve em conta o tempo necessário para que o réu seja citado e apresente resposta à acusação, e ainda para que eventual exceção oposta pelo réu seja analisada, o que pode tomar mais de um mês. Se o acusado estiver preso, será – além de ser citado e notificado – requisitado para comparecer à audiência, no âmbito da qual será realizado, dentre outros atos, o interrogatório (art. 399, § 1°, CPP).

Ao menos em teoria, inovação realmente interessante é a vinculação do juiz que presidiu a instrução ao julgamento da causa: "o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença" (art. 399, § 2°, CPP). Antes da lei sob análise, a jurisprudência brasileira era pacífica no sentido de que não havia, no Processo Penal, o princípio da identidade física do juiz, e, por isso, não se anulava sentença que foi proferida por juiz que não acompanhou a instrução criminal (por todos, vide STJ – 5ª Turma – HC 72.043 – Rel. Min. Laurita Vaz – j. 13.12.07). Trata-se agora de estender ao processo penal a regra do processo civil (princípio da identidade física do juiz – materializado no art. 132 do CPC).

No Processo Civil, o princípio da identidade física não é absoluto, pois "o juiz convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado não fica vinculado ao feito" (art. 132, *caput*, do CPC), ficando fragilizado, tantas são as exceções consagradas na lei e na jurisprudência do STJ. De fato, interpretando a lei processual civil, o STJ entende que não ficam vinculados ao feito os juízes de férias[20], removidos[21] ou com designação cessada para atuar na vara como cooperadores, auxiliares ou substitutos[22].

---

20. STJ – 3ª Turma – RESP 134.678 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 02.03.98. Ali, entendeu-se que férias são modalidade de afastamento – art. 102, I, da Lei n. 8.112/90.
21. STJ – 4ª Turma – RESP 121.362 – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – *DJ* 19.12.97.
22. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*. 2. ed. SP: RT, p. 557, nota n. 4 ao art. 132 do CPC.

Como a nova norma processual penal não fez remissão à lei processual civil (diferentemente do que ocorreu com a citação com hora certa, pois, ali, o legislador determinou expressamente a aplicação dos arts. 227 a 229 do CPC), entendemos que, para a fixação do alcance do princípio da identidade física do juiz, agora introduzido no Processo Penal, pode até o intérprete se valer, inicialmente, das lições já consolidadas da lei, doutrina e jurisprudência do Processo Civil. No entanto, deve-se buscar uma eficácia mais significativa do tal princípio (em contraste com o seu amesquinhamento no Processo Civil), observando-se ainda as peculiaridades existentes quando a pretensão veiculada no processo tem cunho penal. Isso porque diferenças há, bastando citar duas: a possibilidade de o réu estar preso e a possibilidade de prescrição de prescrição da pretensão punitiva estatal.

Com base nesses critérios, a nosso ver as exceções ao princípio da identidade física do juiz, no Processo Penal, em nosso entendimento, devem ser as seguintes:

a) juiz que presidiu a instrução e, antes da sentença, foi promovido a desembargador ou ministro de tribunal, e assume o cargo, antes da sentença, não fica vinculado ao feito, porque passa a atuar em outra esfera hierárquica da jurisdição;

b) juiz que presidiu a instrução e, antes da sentença, aposentou-se, exonerou-se ou perdeu o cargo não fica vinculado ao feito, porque os casos acima citados constituem hipóteses de perda da jurisdição;

c) no caso de réu preso, juiz que presidiu a instrução e, no período de suas férias ou outro afastamento, os autos são feitos conclusos para sentença, não fica vinculado ao feito, devendo a sentença ser proferida pelo juiz substituto (caso contrário, o processo, com réu preso, ficaria parado, por até 30 dias, ou mais, em caso de afastamento mais prolongado, aguardando o retorno do juiz que colheu a prova);

d) no caso de pretensão punitiva prestes a se extinguir, pela prescrição, juiz que presidiu a instrução e, no período de suas férias ou outro afastamento, os autos são feitos conclusos para sentença, não fica vinculado ao feito, devendo a sentença ser proferida pelo juiz substituto (caso contrário, pode haver a extinção da punibilidade, caso se aguarde o retorno do juiz que presidiu a instrução); e

e) o juiz que cumpriu carta precatória para realização de interrogatório ou oitiva de ofendido, testemunha ou perito, ainda que colha a prova, não sentencia, pois sua competência é restrita à prática dos atos deprecados, dentre eles não se incluindo a prolação da sentença.

Por outro lado, impõe-se a vinculação do juiz penal que instruiu o feito à prolação da sentença nos outros casos. Assim, o princípio da vinculação terá plena aplicação nas seguintes hipóteses:

a) juiz que instruiu o feito, com réu solto e sem perigo de prescrição da pretensão punitiva, e é afastado por férias ou outro motivo, sendo os autos

conclusos para sentença durante esse afastamento: os autos devem aguardar o retorno do juiz afastado, o qual prolatará a sentença;

b) juiz que, em regime de cooperação, auxílio ou substituição, presidiu a instrução do feito e, por ocasião da conclusão dos autos para sentença, já tinha cessada a sua designação para cooperação, auxílio ou substituição: o juiz que colheu a prova fica vinculado ao feito, ainda que atualmente lotado em outra unidade judicial;

c) juiz que, quando titular de uma unidade judicial, presidiu a instrução do feito e, por ocasião da conclusão dos autos para sentença, já havia sido removido para outra vara: ainda assim, fica ele vinculado ao feito.

Finalmente, em caso de presidência da instrução criminal por juízes diferentes (por exemplo, um deles toma as declarações da vítima e de uma testemunha, e, na continuação da audiência una, em data diversa, juiz diferente colhe os depoimentos de duas testemunhas que faltavam e realiza o interrogatório), é razoável que qualquer um deles possa sentenciar. Assim, o juiz lotado na vara criminal na data da conclusão dos autos para sentença deve ser o competente para proferir essa sentença. Por isso, não nos parece razoável o critério segundo o qual é o juiz que colheu o último elemento de prova que deverá sentenciar (regra do art. 132, do CPC), ou o que colheu o maior número de depoimentos.

Na audiência una, denominada pela lei de "audiência de instrução e julgamento" (art. 400, *caput*, CPP), a idéia é a de que todas as provas sejam produzidas de uma só vez ("as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias", art. 400, § 1°, CPP). Trata-se de iniciativa elogiável, ao menos no plano teórico, pois visa a concretizar os princípios da oralidade, da imediatidade do juiz com a prova e da concentração na realização de atos processuais. Na prática, contudo, sabe-se que tal não ocorrerá com tanta freqüência (nem nos juizados especiais criminais tal concentração vem ocorrendo). É que, sem o comparecimento de todas as testemunhas e vítimas, além do réu, ficará inviável a audiência única. No procedimento ordinário, a audiência deverá ser realizada no prazo máximo de 60 dias (não se especifica a partir de quando se conta o prazo, mas se pode deduzir que a contagem se faz a partir do despacho do juiz designando a audiência). Eis a ordem de realização dos atos processuais na audiência (art. 400, *caput*, CPP):

a) tomada de declarações do ofendido;

b) inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o caso de pessoa residente fora da comarca, que deverá ser ouvida mediante carta precatória (art. 222, CPP), podendo ser ouvidas até 8 testemunhas arroladas pela acusação e 8 pela defesa (art. 401, *caput*), não se computando nesse número as que não prestam compromisso e as referidas (art. 401, § 1°, CPP). Ainda a respeito da inquirição das testemunhas, as partes poderão desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 do Código, que trata da possibilidade de o juiz, quando julgar necessário, decidir ouvir outras testemunhas, além das

indicadas pelas partes testemunhas "do juízo" (art. 400, § 2º, CPP). O legislador perdeu a oportunidade de consagrar no texto legislativo o princípio da comunhão da prova, sendo que uma das conseqüências desse princípio é que a prova proposta por uma das partes passa a integrar o processo, não podendo haver desistência unilateral de provas. Preferiu-se prestigiar o entendimento de que a prova se destina a demonstrar as alegações das partes individualmente consideradas, e não são provas "do processo"[23];

c) esclarecimentos dos peritos, que dependerão de requerimento prévio das partes (art. 400, § 2º, CPP);

d) acareações;

e) reconhecimento de pessoas e coisas;

f) interrogatório do acusado: como se vê, o interrogatório passa a ser realizado após a oitiva de ofendido, testemunhas e peritos, na mesma audiência. O deslocamento do interrogatório para o final do procedimento apresenta vantagens e desvantagens para o réu. De fato, de um lado o réu poderá decidir se fica em silêncio e, optando por narrar sua versão pessoal sobre o fato, poderá decidir se confessa ou não a prática do delito, tudo isso na confortável posição jurídica de saber o que as vítimas e testemunhas já disseram em juízo. Por outro lado, pode-se argumentar que o advogado (especialmente o defensor dativo e o defensor público) terão dificuldades de contato com o réu preso, encontrando-se com ele apenas por ocasião da audiência uma, quando a fase para apresentação de resposta à acusação e, conseqüentemente, do rol de testemunhas, já terá sido ultrapassada. Para solucionar esse problema, em casos excepcionais, devidamente justificados, nada impedirá que a testemunha eventualmente indicada pelo réu em seu interrogatório, a partir do material probatório surgido na audiência, seja ouvida como testemunha do "juízo". Problema que pode surgir com a transferência do interrogatório para o final do procedimento: em caso de pluralidade de réus defendidos pelo mesmo advogado, pode ser que eventual conflito de defesas (o que ocorre, por exemplo, quando a conduta delituosa é imputada pela acusação a apenas um dos réus, sendo que um réu atribui ao outro a autoria do crime – STJ – 5ª Turma – HC 32.823 – Rel. Min. Gilson Dipp – j. 21.09.04) somente seja constatada após os interrogatórios, ou seja, imediatamente antes dos debates orais, obrigando o juízo ao refazimento de atos processuais já praticados, para se evitar qualquer irregularidade que possa conduzir à nulidade do processo. Questão interessante: pode o interrogatório ser realizado por carta precatória? Sem dúvida, o ideal é que o interrogando seja ouvido pelo juiz que o sentenciará, até mesmo para que se prestigie o recém introduzido princípio da identidade física do juiz no Processo Penal; no entanto, tal qual ocorria anteriormente, haverá situações em que a realização do interrogatório pelo juiz natural é

23. Ressalte-se que as inquirições serão realizadas diretamente pela parte que arrolou as pessoas a serem ouvidas, seguindo-se a inquirição cruzada pela parte contrária (art. 212, *caput*, do CPP, com redação definida pela Lei n. 11.690/08). Apenas de forma supletiva, e após as partes, é que o juiz também inquirirá as testemunhas (art. 212, parágrafo único, do CPP, com redação definida pela referida lei).

inviável, impondo custos econômicos desarrazoados ao réu ou ao Estado, viabilizando-se, assim, o interrogatório por carta precatória. A cautela adicional que o juízo deprecante deve adotar, agora, é a de entabular comunicações com o juízo deprecado, para que o interrogatório deprecado só seja realizado após a finalização da colheita da prova oral restante no juízo deprecante, sob pena de indevida inversão de atos processuais, o que pode ensejar a nulidade do processo;

g) requerimento de diligências pelo Ministério Público, querelante, assistente e, a seguir, acusado, desde que a necessidade das diligências se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (art. 402, CPP). Não há, aqui, alterações relevantes em relação ao antigo art. 499, CPP (redação original), que previa as diligências complementares. A única diferença consiste no fato de que as diligências serão requeridas em audiência, e não mais no prazo de 24 horas. Se, no entanto, for ordenada diligência considerada imprescindível, de ofício, ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais (art. 404, *caput*, CPP). Na maioria das vezes é isso que ocorrerá, pois a grande maioria das diligências requeridas pelas partes envolve a colheita de elementos de prova que influirão nos argumentos que estarão contidos nas alegações finais e na fundamentação da sentença. É o caso, por exemplo, da vinda de um laudo de avaliação econômica de objeto subtraído, que poderá fazer que um furto seja considerado privilegiado pelo pequeno valor da coisa; da vinda de um esclarecimento da folha penal sobre eventual trânsito em julgado de uma condenação anterior, o que poderá ensejar a caracterização da reincidência; ou da vinda de um laudo de exame documentoscópico que poderá determinar a existência ou não de falsidade em documento, o que pode interferir na tipicidade do fato em apuração. Com isso, praticamente se inviabiliza a idéia do legislador de debates que se seguem imediatamente à colheita de provas. Nesse caso, as partes terão vista sucessiva dos autos, por 5 dias, para apresentação de memoriais, e, depois disso, em até 10 dias, o juiz profere sentença (art. 403, § 3°, CPP).

h) superada a fase de requerimentos de diligências (por ausência de requerimentos ou tendo em vista seu indeferimento), seguem-se alegações finais por 20 minutos para a acusação e 20 minutos para a defesa, prorrogáveis por mais 10 minutos (art. 403, *caput*, CPP), sendo que, havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual (art. 403, § 1°, CPP). Embora a lei não diga isso, em homenagem ao princípio constitucional do contraditório (paridade de armas e iguais oportunidades de se desincumbir de seu ônus processual), havendo mais de um acusado, o tempo destinado à acusação também deverá ser individual, pois seria desproporcional conceder tal benefício à defesa e não à acusação. Aliás, no novo procedimento do júri (art. 411, § 5°, do CPP, com redação conferida pela Lei n. 11.689/08), há previsão expressa de aumento do tempo também para a acusação. O assistente do Ministério Público se manifestará após este, por até 10 minutos, prorrogando-se por igual tempo a manifestação da defesa – quando houver assistente – art. 403, § 2°, CPP). A possibilidade dada ao juiz tendo em vista a complexidade do caso ou o número de acusados de conceder às partes prazo de 5 dias sucessivos para apresentação de memoriais, proferindo depois a sentença, em 10 dias, praticamente sepulta o objetivo do legislador de fazer com que a

instrução seja toda colhida em audiência, com imediato debate e prolação de sentença (art. 403, § 3º, CPP)

i) segue-se a prolação da sentença (art. 403, *caput*, CPP).

j) lavra-se termo de audiência assinado pelo juiz e pelas partes, com breve resumo dos fatos relevantes ali ocorridos (art. 405, *caput*, CPP), sendo que, sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações (art. 405, § 1º, CPP) e, no caso de registro por meio audiovisual, será encaminhada às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição (art. 405, § 2º, CPP). A intenção do legislador é boa, porque leva à economia de tempo que seria gasto na redução a termo dos depoimentos, declarações e interrogatórios. No entanto, o registro dos atos processuais em meio magnético só seria realmente útil se, efetivamente:

a) houvesse colheita de toda a prova oral em uma só audiência (o que, na prática, não ocorrerá, na maioria dos casos, devido à ausência de alguma ou algumas das pessoas que deve ser ouvidas em audiência, quer por falta de apresentação, pela escolta, quer por motivo de força maior ou mera desídia da pessoa que deveria comparecer ao ato);

b) todos os processos chegassem à fase da audiência una devidamente instruídos com os documentos e laudos imprescindíveis às conclusões finais – debates orais – das partes e do juiz – sentença (o que, mais uma vez, não ocorrerá em muitos casos, pois, ainda que as partes diligenciem a todo instante e o juiz correicione os autos periodicamente, nada garante que, na data aprazada para a audiência, os documentos que interessam a todos estarão mesmo juntados aos autos); e

c) houvesse debates orais e prolação de sentença em todas as audiências (o que dificilmente será a regra, quer porque as pautas dos juízos criminais estão constantemente assoberbadas, quer porque, em muitos casos, a complexidade dos processos inviabilizará esses debates orais). Não se resolvendo todos os atos processuais em audiência, a vantagem do registro dos depoimentos, declarações e interrogatórios em meio magnético fica reduzida, pois as partes e o juiz terão que ouvir, em seus respectivos gabinetes, todas as gravações, o que tomará muito mais tempo do que simplesmente ler um depoimento reduzido a termo. Isso sem falar que, em caso de recurso, a tendência é que os Tribunais demorem mais ainda a julgá-los, justamente pela necessidade de ouvir os vários depoimentos, declarações e interrogatórios que virão em meio magnético, às vezes tendo que retroceder a gravação para que sejam ouvidos novamente alguns trechos e para a formação da convicção necessária para se dar ou não provimento ao recurso.

Se o réu tiver direito à suspensão condicional do processo, de acordo com os critérios do art. 89 da Lei n. 9.099/95, haverá três soluções:

a) na audiência, após a oitiva de ofendidos, testemunhas e peritos, e antes de se realizar o interrogatório, faz-se ao réu a proposta de suspensão condici-

onal do processo. Caso ele aceite a proposta, não haverá necessidade de realização de interrogatório. Caso não aceite, o interrogatório se realiza. Essa solução não é boa, porque, em muitos casos, haverá desperdício de tempo e energia, com colheita de todas as provas (com exceção da versão pessoal do réu), para só depois ter lugar a suspensão. Ora, um dos objetivos primordiais da suspensão condicional do processo é evitar a instrução criminal e o desgaste de vítimas e testemunhas decorrente do comparecimento a uma audiência judicial, desafogando ainda a pauta de audiências;

b) na audiência, antes da oitiva de ofendidos, testemunhas e peritos, e antes ainda do interrogatório, faz-se ao réu a proposta de suspensão condicional do processo. Caso ele aceite a proposta, não haverá a colheita oral de provas. Essa solução é melhor que a anterior, mas ainda assim acarreta o inconveniente de se notificarem várias pessoas para comparecimento ao juízo criminal, sendo que, na maioria das vezes, essas pessoas sequer serão ouvidas, pois a realidade mostra que quase sempre o réu aceita a proposta de suspensão condicional do processo;

c) antes da audiência una prevista na lei para colheita da prova oral, designa-se audiência extraordinária, especificamente para a proposta de suspensão condicional do processo. Caso o réu aceite a proposta, não será designada a audiência par colheita de provas. Dentre as soluções apontadas, essa é a melhor. Destaque-se, no entanto, que o réu em hipótese alguma poderá ser interrogado nessa audiência (o que era feito com freqüência antes da modificação legislativa), sob pena de inversão processual capaz de gerar a nulidade do processo, pois doravante o interrogatório é ato que só será realizado após a oitiva de vítimas, testemunhas e peritos.

Com as alterações sofridas pelo procedimento ordinário, deixa de existir, como parâmetro para a caracterização de excesso de prazo para conclusão do processo com réu preso, o mítico critério dos "81 dias".

Se for adotado o mesmo raciocínio utilizado para adoção do prazo de 81 dias como referência, o novo parâmetro temporal para conclusão da instrução, com réu preso, deverá levar em conta, necessariamente, no mínimo, os seguintes prazos:

a) de 10 dias, para conclusão do inquérito policial (art. 10, *caput*, CPP), ou de 15 dias, prorrogáveis por mais 15 dias, em se tratando de crime de competência da Justiça Federal (art. 66 da Lei n. 5.010/66);

b) de 5 dias, para oferecimento de denúncia ou queixa (art. 46, *caput*, CPP);

c) de 1 dia (caso se entenda que se trata de despacho de mero expediente – art. 800, III, CPP) ou de 5 dias (caso se entenda que se trata de decisão interlocutória simples – art. 800, II, CPP) para o juiz receber ou rejeitar a acusação;

d) de 60 dias, para a realização da audiência, contados do juízo de admissibilidade da acusação;

e) do número de dias fixados pelo juiz para cumprimento das diligências requeridas pelas partes em audiência (se o caso – novo art. 402, CPP – a lei não estipula o prazo para cumprimento das diligências);

f) de 5 dias para apresentação de memoriais (alegações finais), por parte da acusação (se não o ato não for realizado na própria audiência, em virtude da complexidade do caso ou do número de acusados – novo art. 403, § 3º, primeira parte, CPP);

g) de 5 dias para apresentação de memoriais (alegações finais), por parte da defesa (na mesma hipótese novo art. 403, § 3º, primeira parte, CPP) – se se tratar de réu defendido pela Defensoria Pública ou por órgão de assistência judiciária oficial o prazo é de 10 dias;

h) de 10 dias para prolação de sentença (na mesma hipótese anterior novo art. 403, § 3º, segunda parte, CPP).

Isso sem contar os prazos que o cartório judicial possui para cumprimento das ordens (o escrivão tem prazo de 2 dias para cumprimento de cada ordem judicial – art. 799 do CPP) e os incidentes que podem ter lugar durante a instrução, o que pode alargar ainda mais o prazo razoável, sem caracterização de constrangimento ilegal, para o desfecho do processo com réu preso.

E isso se for considerado que estão embutidas no prazo de 60 dias para realização da audiência várias outras fases processuais, a saber, o prazo de 10 dias para o acusado responder à acusação, podendo se estender por mais 10 dias, para apresentação de resposta pelo defensor dativo, ou por mais 20 dias, se o advogado for defensor público ou de órgão de assistência jurídica oficial – art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50 (caso o acusado não apresente a resposta nem constitua advogado), e ainda o prazo para o juiz decidir sobre absolvição sumária. Se se entender que as referidas fases têm prazos próprios para sua concretização, o prazo para conclusão do procedimento é ainda mais elastecido, igualmente sem que se caracterize constrangimento ilegal.

Como se vê, a determinação de prazo razoável para a conclusão da instrução criminal passa a depender de diversos fatores. Então, é temerário que se fixe, à maneira dos sepultados "81 dias", um prazo peremptório que se considere razoável para a finalização da instrução: esse prazo razoável será variável conforme as peculiaridades do procedimento adotado (se ordinário ou sumário); conforme o réu seja defendido por advogado constituído ou por defensor público (que tem prazo em dobro); conforme a interpretação que se dê ao marco inicial para a contagem do prazo de 60 dias (no procedimento ordinário) ou de 30 dias (no procedimento sumário) para a designação de audiência; e conforme existam incidentes que alonguem o procedimento.

11. PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Algumas regras do procedimento ordinário se aplicam também ao procedimento sumário, a saber, as regras dos arts. 395-397 do CPP (sobre rejeição

da peça acusatória; juízo de admissibilidade da acusação; citação; resposta com apresentação de exceções, documentos e rol de testemunhas até 5, conforme o art. 542 do CPP; possível absolvição sumária). Segue-se a designação de audiência para daí a no máximo 30 dias; após, há colheita de provas em audiência e o debate oral, sendo que acusação e defesa terão 20 minutos, prorrogáveis por mais 10, para as alegações, e o juiz deve proferir, em seguida, a sentença (art. 534, CPP). Havendo mais de um acusado, o prazo para a defesa de cada um será individual (art. 534, § 1°, CPP) – o prazo para a acusação também deverá ser individual, por isonomia e para conferir às partes paridade de armas, e o assistente do Ministério Público, após manifestação deste, terá 10 minutos, prorrogáveis por mais 10 minutos o prazo da defesa (art. 534, § 2°, CPP).

Ainda sobre o procedimento sumário, estipula-se que nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer à audiência (art. 535, CPP). Ocorre que nem sempre a condução coercitiva é possível, pois pode ser que a testemunha ou o ofendido não tenha sido localizado para a audiência, ou então pode ser que a escolta tenha falhado e não tenha conduzido o acusado preso à audiência, só para mencionar as causas mais comuns de adiamento de audiências. Em tais casos, é óbvio que o ato processual será adiado.

Finalmente, quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo, dispõe o art. 538 do CPP que, se houver necessidade de encaminhamento pelo juizado especial criminal ao juízo comum das peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo. As hipóteses de encaminhamento são a complexidade do caso e a não localização do denunciado ou querelado para citação no juizado (art. 66, parágrafo único e art. 77, § 2°, da Lei n. 9.099/95), e ainda o concurso de crimes, quando a soma de penas máximas superar o patamar de dois anos (Lei n. 11.313/06).

Sendo cabível a suspensão condicional do processo, valem as mesmas observações feitas no tópico acima, quando se tratou do procedimento ordinário.

Quanto ao excesso de prazo, vide observações acima, a respeito do procedimento ordinário, devendo ser feitas as devidas adaptações, decorrentes do fato de que, no procedimento sumário, o prazo para realização da audiência é de 30 dias (e não de 60 dias), e não se prevê requerimento de diligências pelas partes ao fim da audiência.

Pode-se estabelecer o seguinte paralelo entre os novos procedimentos ordinário e sumário:

a) o procedimento ordinário se aplica aos crimes com pena máxima cominada (abstratamente prevista na lei) igual ou superior a 4 anos; o prazo para designação de audiência una (de instrução e julgamento) é de 60 dias; podem ser arroladas até 8 testemunhas por cada uma das partes; após a colheita da prova oral, há previsão de pedido de diligências complementares, a ser formulado pelas partes, na própria audiência; e há previsão de possibili-

dade de conversão dos debates orais em alegações escritas (memoriais), por 5 dias para cada parte; e

b) o procedimento sumário se aplica aos crimes com pena máxima cominada (abstratamente prevista na lei) menor do que 4 anos; o prazo para designação de audiência una (de instrução e julgamento) é de 30 dias; podem ser arroladas até 5 testemunhas por cada uma das partes; após a colheita da prova oral, não há previsão de pedido de diligências complementares pelas partes; e não há previsão de conversão dos debates orais em alegações escritas[24].

12. REVOGAÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVOS

Revogaram-se expressamente os seguintes dispositivos do CPP:

a) art. 43 (que tratava das condições da ação penal, tema agora tratado no art. 395);

b) art. 362 (que previa a citação por edital do réu que se ocultava para não ser citado, situação que agora enseja citação com hora certa, nos termos do art. 362, *caput* e parágrafo único, CPP);

c) art. 398 (que previa o número de 8 testemunhas para cada parte do procedimento regra para crimes apenados com reclusão, tema agora previsto no art. 401, *caput*, do CPP, quando o procedimento for o ordinário, podendo cada parte arrolar até 8 testemunhas, e no art. 532, quando o procedimento for o sumário, podendo cada parte arrolar até 5 testemunhas);

d) arts. 498, 499, 500, 501 e 502 (que tratavam do requerimento de diligências, alegações finais e diligências determinadas de ofício pelo juiz antes da sentença, referentes ao procedimento dos crimes apenados com reclusão e de competência do juiz singular), tema tratado agora, com diversas modificações, no art. 394 e seguintes, do CPP);

e) arts. 537, 539, 540; §§ 1° a 4° do art. 533, §§ 1° e 2° do art. 535 e §§ 1° a 4° do art. 538 (que tratavam do procedimento sumário, inclusive prevendo situações esdrúxulas de início do processo penal por portaria do juiz ou da autoridade policial), ressaltando-se que o procedimento sumário vem agora tratado no art. 394, II, e nos arts. 531-538, com várias alterações;

f) art. 594, que tratava da prisão para apelar (prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível);

---

24. No entanto, cabe observar que, se a audiência se concluiu e ainda pendem de realização diligências essenciais à resolução da causa, logicamente o juiz permitirá a formulação de pedidos das partes. Seguindo a mesma linha de raciocínio, se toda a documentação necessária para o julgamento já estiver juntada aos autos, mas a matéria for complexa (vários crimes, vários réus, extensa documentação), o juiz poderá converter os debates orais em alegações escritas. A busca pela celeridade não pode impedir o exercício do contraditório.

g) §§ 1º e 2º do art. 366 (que tratavam da suspensão do processo quando o réu é citado por edital, tema agora tratado no art. 363).

Desses dispositivos revogados expressamente, vários já não tinham sido recepcionados pela Constituição da República de 1988 (é o caso dos que previam o início do processo criminal pelo juiz – procedimento judicialiforme – ou pelo Delegado de Polícia).

JUSTIFICATIVAS DOS ENUNCIADOS 309, 315 E 322 DO CJF *

RODRIGO REIS MAZZEI **

ENUNCIADO 309: ART.1.228. O CONCEITO DE POSSE DE BOA-FÉ DE QUE TRATA O ART. 1.201 DO CÓDIGO CIVIL NÃO SE APLICA AO INSTITUTO PREVISTO NO § 4 DO ART. 1.228 (IV JORNADA).

Justificativa apresentada:

Há no § 4 do art. 1.228 do Código Civil um deslize capaz de inviabilizar a norma em foco. Vale, pois, a transcrição do dispositivo: "§ 4 O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, *na* posse *ininterrupta e de* boa-fé, *por mais de cinco anos,* de considerável número de pessoas, e estas nela *houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante*" (destaques nossos). Da leitura, não fica dúvida de que o comando legal remete o intérprete ao exame de fenômenos ligados à *posse* exercida pelos possuidores.

Com efeito, além de exigir que a posse seja *ininterrupta* ('por mais de cinco anos'), o legislador lançou dicção considerando como obrigatória que a posse tenha *qualificação social* (ao impor a necessidade do implante de 'obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante'), devendo, ainda, estar configurada a *boa-fé dos possuidores.* Dessa forma, em suma, com olhos para a posse exercida pelos possuidores, três requisitos cumulativamente hão de estar configurados, a saber: *(a) posse ininterrupta de* - ao menos - *cinco anos; (b) posse qualificada; (c) posse de boa fé.*

Nada obstante inexistir qualquer embaraço quanto ao prazo sem interrupção e o efeito social da posse, no que se refere à *boa-fé dos possuidores* a exigência legal mutila o instituto inovador inserido no § 4 do art. 1.228 do Código Civil. Isso porque o conceito de posse de boa-fé seguido pelo Código Civil de 2002, em seu art. 1.201[1], está atrelado à ignorância do possuidor

---

* Enunciados elaborados no Conselho de Justiça Federal (CJF).

** Advogado do escritório RolandMazzei & Associados (ES).

1. Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

quanto à ocorrência de vício para adquirir a *coisa*[2]. Em resenha, será possuidor de boa-fé aquele que possuir a coisa como se proprietário fosse, tendo adquirido esta ignorando a existência de vício que era impeditivo à própria aquisição. Com outras palavras, somente poderá ser considerado como possuidor de boa-fé aquele que *'crê'* que adquiriu a coisa daquele que poderia, sem embaraço, efetuar a transmissão. Ainda que com variantes, a doutrina não discrepa da assertiva ora lançada Confira-se: *"A boa-fé, na aquisição da posse em nome próprio, consiste na consciência de que se está adquirindo a coisa de quem podia, legitimamente, transmitir a propriedade "* (GONÇALVES, MARCOS VINICIUS RIOS. *Dos vícios da posse.* 3ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 51); *"Haverá, pois, na posse de boa-fé um ato jurídico translativo, ligando o possuidor atual ao seu antecessor, de modo que a aquisição se apresente como livre de qualquer lesão ao direito alheio. Essa crença de que não ofende o direito alheio também poderá dar-se quando o título não existir efetivamente, mas houver uma aparência de que existe, justificando a justa persuasão do possuidor"* (GUIMARÃES, OCTÁVIO MOREIRA. *Da posse e seus efeitos.* 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1955, p. 36).

Fixado o conceito da *posse de boa-fé*, tem-se que será raríssima (ou talvez até mesmo inexistente) hipótese em que *considerável número de pessoas* tenha se apossado de imóvel - *com extensa área* - desconhecendo que não havia qualquer vício para a aquisição da coisa[3]. Note-se ainda que dificilmente o grupo de possuidores estará munido de *justo título*, conferindo *'aquisição conjunta'*, o que afastaria a norma em debate do disposto no parágrafo único do art. 1.201 do Código Civil.

Na realidade, exame mais cuidadoso da norma revela que, em regra, a posse a ser exercitada pelos possuidores descritos no § 4 do art. 1.228 do Código Civil será de má-fé, com provável consciência de que a extensa área pertence a outrem. Ao que parece, houve um atropelo legislativo, confundindo os conceitos de posse de boa-fé com o de posse justa, pois é possível que tenhamos posse de má-fé que não seja injusta[4], isto é, não violenta, não clandestina e não precária, nos termos do art. 1.200 do Código Civil[5].

---

2. Segundo Joel Dias Figueira Júnior, na posse de boa-fé "o possuidor está liberto de qualquer intenção ou conhecimento referente às circunstâncias fáticas que poderiam macular sua posse" (*Posse e ações possessória.* Vol. I. Curitiba: Juruá, 1994, p. 252).
3. Em concepção moderna da boa-fé possessória, o fenômeno ocorrerá a partir de elementos que extrapolam a análise puramente psicológica da crença do possuidor. A boa-fé há de ser encarada em plano objetivo, devendo se aferir o dever de dilígência e os atos concretos laborados pelo possuidor no sentido. Com linha próxima, Antânio Menezes Cordeiro leciona: "Pode, pois, dizer-se que, de acordo com as actuais coordenadas da Ciência do Direito, há má-fé quando o sujeito conhecia, ou devia conhecer, certo facto, e há boa-fé quando o sujeito, tendo cumprido os deveres de diligência e de cuidado aplicáveis, desconhecia esse mesmo facto" (A posse: perspectivas dogmáticas. e actuais. 3ª. ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 94). Esta idéia pode ser reforçada no nosso sistema a partir da inteligência extraída do art. 113 do Código Civil, no que tange às cautelas e exigências para fins de configuração, inclusive, do justo título tratado no parágrafo único do art. 1.201 do diploma, uma vez que situações locais poderão permitir certa diferenciação na interpretação do dito conceito vago na projeção da boa-fé possessória.
4. Com boa resenha, confira-se: Joel Dias Figueira Júnior (ob., cit., p. 241).
5. Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

É perfeitamente exigível, dentro do escopo da norma, que se reclamasse a *posse justa* como requisito para a figura do § 4 do art. 1.228 do Código Civil, já que com tal postura se fecharia a porta do instituto para aqueles que adquirissem a posse com violência ou clandestinidade, marcas comuns em invasões deflagradas por grandes grupos (por vezes organizados e detentores de considerável capital). No entanto, seguindo nossa visão, houve enleio do legislador, confundindo conceitos absolutamente distintos que gravitam sobre o instituto da posse (posse de boa-fé com posse justa).

Para que não ocorra a total ineficácia do dispositivo deverá ser implementada *interpretação restritiva* ao § 4 do art. 1.228 do Código Civil, de modo a excluir a presença da posse de boa-fé do rol dos requisitos para a concessão da figura jurídica ali desenhada. A solução apontada é admitida, já que a interpretação restritiva, segundo Francesco Ferrara, fica autorizada nas seguintes situações:" 1°) *se o texto, entendido no modo tão geral como está redigido, viria a contradizer outro texto de lei; 2) se a lei contém em si uma contradição íntima (é o chamado argumento 'ad absurdeum'; 3°) se o principio, aplicado sem restrições, ultrapassa o fim que foi ordenado*"[6]. Registre-se que interpretação restritiva de dispositivo constante do Livro III (Do Direito das Coisas), próxima à idéia ora proposta, já foi levada a cabo para resolver o embate entre o art. 187 e o § 2 do art. 1.228 do Código Civil, afastando-se o critério subjetivo na última norma, incompatível com as diretrizes da codificação, culminando com a aprovação do Enunciado 49[7] na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Prestigiar o grave equívoco legislativo, mantendo o descompasso do art. 1.201 frente ao § 4 do art. 1.228, com a confusão instaurada entre os conceitos de posse de boa-fé e de posse justa, implicará no esvaziamento, quase completo, do inédito instituto jurídico constante em nosso Código Civil, inutilizando-o como ferramental útil para concretização da função social da propriedade.

---

6. *Como aplicar* e *interpretar* as *leis* (tradução do *Tratatto de Di"ito Civille Italiano*. Roma, 1921, do Professor Francesco Ferrara, por Joaquim Campos de Miranda) Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 43. Próximo: Adotando a mesma posição do professor italiano, confira-se Jose Antonio Nino *(La interpretación de las leyes*. 2. ed., México: Editorial Porrúa, 1979, p. 55-56).
7. Enunciado 49: "A regra do art. 1.228, § 2 , no novo Código Civil, interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187 da mesma lei".

ENUNCIADO 315 - ART. 1.241. O ART. 1.241 DO CÓDIGO CIVIL PERMITE QUE O POSSUIDOR QUE FIGURAR COMO RÉU EM AÇÃO REIVINDICATÓRIA OU POSSESSÓRIA FORMULE PEDIDO CONTRAPOSTO E POSTULE AO JUIZ SEJA DECLARADA ADQUIRIDA, MEDIANTE USUCAPIÃO, A PROPRIEDADE IMÓVEL, VALENDO A SENTENÇA COMO INSTRUMENTO PARA REGISTRO IMOBILIÁRIO, RESSALVADOS EVENTUAIS INTERESSES DE CONFINANTES E TERCEIROS (IV JORNADA).

Justificativa apresentada:

O Código Civil de 2002 regula (com algumas inovações) a usucapião extraordinária (art. 1.238) e a usucapião ordinária (art. 1.242). Inovou nos arts. 1.239 e 1.240 ao trazer novas modalidades do instituto para seu ventre, agasalhando figuras muito próximas às previsões constitucionais (arts. 191 e 183, CF/88).

Vale dizer que há grande semelhança no disposto no art. 1.240 do Código Civil, com o constante no art. 9 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), diferenciando-se, na arquitetura, quanto à existência (ou não) de um parágrafo extra (no caso o § 3 , do art. 9 , da Lei 10.257/01).

Indo mais além do simples comparativo entre as normas, percebe-se que o Estatuto da Cidade contém dispositivo *operativo*, de alto calibre, que possibilita que a usucapião alegada em matéria de defesa forme coisa julgada material em favor do réu, propiciando a alteração de registro da propriedade, consoante disposto no art. 13 da dita lei especial[1]. Registre-se, outrossim, que não se trata de disposição inédita, haja vista o anteriormente disposto no art. 7 da Lei 6.969/81[2].

Com efeito, apesar do Código Civil de 2002 não conter regra com redação tão explícita ao art. 13 da Lei 10.257/01 e ao art. 1º da Lei 6.969/81, há superfície legal no bojo da codificação que também autoriza o mesmo resultado, ou seja, a usucapião (em qualquer modalidade) poderá ser invocada como matéria de defesa e a sentença que a reconhecer valerá como título para registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Para tanto, o art 1.241 do Código Civil deve ser interpretado em conformidade com as diretrizes que iluminam o diploma codificado, com especial apego ao *princípio da operabilidade*, alardeado na respectiva Exposição de Motivos (item *'p '*), pois se buscou *"Dar ao Anteprojeto, antes de tudo um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da realizabilidade (..)"*.

---

1. Art. 13. A usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.
2. Art. 7º A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis.

Em resenha bem apertada, com o *princípio da operabilidade* há uma busca para que o Código Civil seja - *efetivamente* - aplicado, justificando, inclusive, opções do legislador nos contornos de certos institutos, como, por exemplo, o uso de critério mais seguro quanto à distinção da prescrição e da decadência. No entanto, como anunciado no item *'p'* da Exposição de Motivos, a manifestação do *princípio da operabilidade* é mais ampla, ocasionando a inserção no Código Civil, em pontos capitais, de dispositivos com a natureza de *pedido contraposto*, ou seja, de *postulações* (em forma de pedido e formando coisa julgada material) que poderão ser formuladas pelo réu em contestação. No sentido, visando à *conservação dos contratos*, foram implantados os arts. 157, § 2 ; e 479[3] (dispositivos sem paradigmas no Código Civil de 1916[4] permitindo que o réu promova a *revisão do contrato*, afastando a eventual *onerosidade excessiva* autorizativa de *ruptura do vinculo contratual).*

Consoante já defendemos em estudo anterior[5], *pedido contraposto* é uma técnica processual que permite ao réu apresentar pedido, no bojo da contestação, valendo-se da *causa de pedir (=mesmos fatos)* do autor. Tem cognição mais limitada que a reconvenção, pois a última, além de ser ofertada em peça apartada, pode *expandir a matéria fática em quantidade*, uma vez o legislador permite seu manejo quando houver conexão (horizonte mais amplo, sem a limitação na causa de pedir - *mesmos fatos* - do *pedido contraposto).* Dessa forma, o manejo autorizado do *pedido contraposto* - em questões eleitas previamente pelo legislador - propicia agilização do resultado útil da pendenga, pois não há necessidade da formalização de dois processos, podendo o réu formular pedido se houver identidade na causa de pedir dos litigantes.

Note-se, por relevante, que a técnica em voga está em total conformidade com o inciso LXXVIII, art. 5 da Carta Magna[6], já que viabiliza a resolução de controvérsias de forma mais célere.

Portanto, com atenção no *principio da operabilidade* e com os contornos de *pedido contraposto* (utilizado pelo legislador em outros momentos dentro do Código Civil de 2002), não há como se vedar que o réu de ação reivindicatória

---

3. Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. (...) § 2º Não se decretará a anulação do negócio, *se for oferecido suplemento suficiente*, ou se a *parte favorecida concordar com a redução do proveito* - destacamos. Art. 479. *A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato* - destacamos.
4. O reconhecimento da projeção processual do *art.* 479 e do § 2" do art. 157, do Código Civil, conjugada com a importância do princípio da conservação dos contratos, acaba por gerar um *'poder-dever'* do julgador, com atuação ativa no sentido de estimular a subsistência do acordado, mesmo que em diferentes condições. A constatação pode ser retirada nos Enunciados 149 e 176 da 111 Jornada do Conselho da Justiça Federal, tendo o último a seguinte redação: "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual".
5. MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil, in *Comentários* ao *Código Civil brasileiro:* parte geral (arts. 1 a 103). Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. XCVII-XCIX, nota de rodapé n. 248.
6. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

ou possessória venha se utilizar do art. 1.241 para invocar a usucapião como matéria de defesa, visando obter sentença que valerá como título hábil junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

Observe-se, no sentido, que não há qualquer ressalva na dicção legal do art. 1.241 de que a usucapião somente poderá ser declarada mediante ação promovida pelo possuidor na qualidade de autor da demanda. Em razão inversa, a leitura do dispositivo demonstra que o possuidor, figurando em qualquer dos pólos da ação, poderá "requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião a propriedade imóvel".

Pensar diferente (e limitar o alcance do art. 1.241) significa conspirar contra o *principio da operabilidade* e tomar sem qualquer efeito prático o dispositivo, uma vez que não existe qualquer dúvida no cabimento da ação de usucapião, conforme cristalina redação do art. 941 do CPC. O art. 1.241 somente pode ser considerado como uma inovação útil se admitida a possibilidade do *pedido contraposto.*

Vale dizer, ainda, que o Código Civil de 2002 seguiu um processo de *recodificação*[7], com o prestígio de soluções de outros diplomas, razão pela qual não se pode desprezar a idéia de que o art. 1.241 tem espeque e alcance semelhante ao disposto nos arts. 13 da Lei 10.257/01 e 7 da Lei 6.969/81. Conclusão: o art. 1.241 do Código Civil permite que o possuidor, ao figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória, formule *pedido contraposto e* postule ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro no Cartório de Registro de Imóveis[8].

---

7. Entenda-se *recodificação*, consoante alerta Francisco Amaral, como a "ressistematização da matéria de direito privado, preservando, no possível, as disposições do Código vigente, e a ele incorporando as contribuições legais, jurisprudenciais e doutrinárias que têm cercado a evolução do direito civil brasileiro na segunda metade do século XX. (O novo Código Civil brasileiro, *in Estudos em homenagem* ao *professor doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 9).
8. As mesmas conseqüências jurídicas dos casos julgados com o tecido dos arts. 13 da Lei 10.257/01 e 7 da Lei 6.969/81 devem ser aplicadas para efeito do art. 1.241. Assim, como não há a participação dos confinantes na alegação da usucapião em forma de *pedido contraposto*, a sentença é ineficaz em razão destes. No sentido: Fredie Didier Jr (Aspectos processuais do usucapião especial rural e urbano. In *Procedimentos especiais civeis*. Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr. (Coords). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 837; José Carlos Moreira Salles. *Usucapião de bens móveis* e *imóveis*. 4ª ed., São Paulo: RT, p. 296; Athos Gusmão Carneiro. *Aspectos processuais da lei* do *usucapião especial* (*AJURIS* 26, p. 119). Confira-se, em termos, STJ, REsp. 233.607/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 18.05.2000, *DJ* 01.08.2000 p. 270.

ENUNCIADO 322 - ART. 1.376. O MOMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO E AS CONDIÇÕES DA CONCESSÃO SUPERFICIÁRIA SERÃO CONSIDERADOS PARA FINS DA DIVISÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO (ART. 1.376), CONSTITUINDO-SE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO SIMPLES ENTRE PROPRIETÁRIO E SUPERFICIÁRIO (IV JORNADA).

Justificativa apresentada:

O artigo 1.376 do Código Civil[1] prevê que, em caso de desapropriação, a indenização caberá a cada urna das partes da relação superficiária (proprietário/concedente e superficiário/concessionário), no valor correspondente ao seu direito.

De plano, a redação singela do dispositivo nos remete à idéia de que a análise para a divisão estará vinculada ao valor dos implantes e do solo, a fim de obter, proporcionalmente, o *quantum* do direito real de cada um, levando-se, ainda, em conta um suposto *momento neutro da concessão*, ou seja, um determinado ponto temporal no qual as partes se encontram em pé de igualdade. Entretanto, a leitura do dispositivo deve ser mais ampla, eis que nem sempre estarão as partes no ponto de equilíbrio contratual presumido no dito artigo de lei.

Com efeito, nada obsta que a desapropriação venha a ocorrer ao final do contrato, quando o proprietário está prestes a incorporar no seu patrimônio os implantes (art. 1.375). Também é possível que a desapropriação ocorra no início da concessão, quando o superficiário apenas iniciou os trabalhos para o(s) implante(s), sem sequer ter quitado integralmente o *solarium* junto ao proprietário. Nessas condições, a interpretação do artigo 1.376 será mais complexa[2], devendo ser levado em conta também o fator temporal[3], assim corno circunstâncias peculiares de cada contrato (p. ex.: o pagamento e o valor do *solarium*, previsão de indenização para o superficiário ao fim da concessão) para se aferir o valor do direito real de cada um. Desse modo, toda vez que a ação desapropriatória alvejar os dois direitos reais (propriedade e superfície), ou seja, englobe o terreno e a acessão (gerando a extinção do direito de superfície), deverão ser citados tanto o proprietário quanto o superficiário em

---

1. Artigo 1.376 - No caso de extinção do direito de superfície em conseqüência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.
2. Em termos: Joel Dias Figueira, *Novo Código Civil*, coordenação de Ricardo Fiuza, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.216), Jones Figueiredo Alves e Mário Luiz Delgado *(Código Civil anotado:* inovações comentadas artigo por artigo, São Paulo: Método, 2005, p. 698).
3. No sentido: Aída Kelelmaker de Carlucci e Alícia Puerta de Chacón: *"La expropriación ponde la cosa fuera dei comercio, por 10 que es razonable la extinción de la propriedad privada. En este caso, el justiprecio que se pague deberá distribuirse entre e/ superfidario y e/ dominus so/i en propordón ai valor de uno y outro ai tiempo de verificarse la exproprición" (Derecho real de superficie,* Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 60).

litisconsórcio necessário, pois a demanda judicial implicará na perda do direito real de propriedade do imóvel pelo concedente e na perda do direito real sobre coisa alheia em favor do superficiário/concessionário, inclusive no que tange ao(s) implante(s). A solução ora apresentada detém tecido na interpretação extensiva do artigo 16 do Decreto n. 3.365/41[4], de modo que a expressão *proprietário dos bens* contida no dito dispositivo deve ser absorvida de forma elástica, abrigando não só o efetivo proprietário, mas também todos os titulares de direitos reais vinculados ao bem expropriado[5].

Portanto, para fins do art. 1.376 do Código Civil, não nos parece possível afastar o superficiário da formação do pólo passivo da ação expropriatória que alcance seu direito real, valendo lembrar que ele teria, inclusive, se não alvejado pela expropriação, o direito de alienar (= *ceder)* o referido direito real a terceiro, nos termos do artigo 1.372[6]. Há, assim, *litisconsórcio necessário* na situação arquitetada no artigo 1.376 quando a desapropriação atingir o imóvel da concessão (direito real do proprietário/concedente) e a sua superfície (direito real sobre coisa alheia em favor do superficiário/concessionário).

No entanto, apesar da formação de litisconsórcio *necessário*, a ação de desapropriação que incidir sobre os dois direitos reais gerará *litisconsórcio simples* (não unitário), pois, como se trata de direitos reais distintos, a desapropriação judicial não os atingirá igualmente, até mesmo porque a base de valoração das indenizações será diferente. A sentença proferida na ação de desapropriação trabalha com *cognição horizontal* extremamente limitada, haja vista que, à luz dos artigos 9º e 20 do Decreto-Lei n. 3.365/41, a parte passiva da ação somente poderá argüir vícios processuais e impugnar o valor

---

4. Artigo 16: A citação far-se-á por mandado na pessoa do *proprietário* dos *bens;* (...). (destaque nosso).
5. Para Pontes de Miranda: "Têm que ser citados todos os titulares de direito real que a desapropriação há de apanhar; portanto quem quer que, com a desapropriação, sofra a perda de direito. Na expressão *proprietário*, no artigo 16 *do* Decreto-Lei n. 3.365, está o titular de direito, como *direito de propriedade*, no artigo 141, parágrafo 16, 1ª parte, da Constituição de 1946, é qualquer direito desapropriável" (*Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 14, p. 237).
6. Ainda que fora dos ditames do art. 1.376 (que se volta para casos de extinção do direito de superfície), parece-nos que somente pode ser dispensada a citação do superficiário na incomum hipótese em que a desapropriação for exclusiva quanto ao imóvel, mantendo-se incólume a concessão até o seu término, pois assim não ocorrerá, em princípio, situação que cause embaraço ao direito real do fundeiro, a justificar uma indenização. No que se refere ao concedente-proprietário, sempre existe em seu favor a presunção de que, ao final da concessão, seu patrimônio será fortalecido, pois, sendo as concessões temporárias, absorverá, ao final, os implantes respectivos (art. 1.375, CC/2002). Se a expropriação impedir tal *bônus* ao concedente-proprietário e/ou fizer cessar o recebimento do *canon* (caso se trate de contrato oneroso), a desapropriação não será apenas do direito real de superfície e, via de talante, haverá interesse do concedente-proprietário a justificar sua participação no pólo passivo, já que merecerá justa indenização. Ademais, nos parece claro que o direito de superfície, como direito real sobre coisa alheia, não se confunde com a chamada *'propriedade supetticiária' ('direito sobre* as acessões'), havendo uma dualidade de situações, conforme bem definem Aída Kelelmaker de Carlucci e Alicia Puerta de Chacón (*Derecho* real *de supetticie*, Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 11-12). De toda forma, o caso concreto há de ser sopesado, pois é possível que se crie embaraço tal a justificar a desapropriação indireta do imóvel.

ofertado pelo autor, não se admitindo no bojo da desapropriação discussões desafetas à limitação cognitiva[7]. Com atenção ao *caput* dos arts. 24 e 27 do Decreto-Lei n. 3.365/41, tem-se que a sentença proferida na ação de desapropriação está jungida à consolidação de valor a ser pago pelo despojamento compulsório. Isso significa dizer que o objetivo da ação não é obter autorização judicial para a desapropriação em si[8], mas apenas de fixar o preço a ser pago pelo desapropriante. Dessa forma, se a ação de desapropriação englobar o imóvel e os implantes, *a sentença final terá dois capítulos distintos*, um deles referindo-se ao *preço* do imóvel (com capítulo voltado ao concedente/proprietário) e o outro ao *preço* das acessões (com capítulo atinente ao fundeiro/superficiário)[9]. Ora, se na fixação da verba indenizatória *(que é a resposta judicante ao pleito principal da ação)* ocorre resultado diferenciado para cada titular de direito real, não sendo, no particular, a sentença uniforme para os réus, até mesmo diante da cindibilidade da mesma, há de ser afastada a figura do litisconsórcio unitário, surgindo a figura do *litisconsórcio simples.*

Conclusão: o art. 1.376 do Código Civil cria situação de *litisconsórcio necessário* entre os titulares dos distintos direitos reais alcançados pela ação desapropriatória. Contudo, pela falta de uniformidade na fixação da indenização, este litisconsórcio será *simples.*

---

7. No sentido: Seabra Fagundes *(Desapropriação no direito brasileiro,* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949, p. 151).
8. A desapropriação, nos termos da conjugação dos artigos 2 , 6 , 7 e 8 do Decreto-Lei n. 3.365/41 é ato de *índole administrativa,* prévio à ação judicial.
9. Artigo 27 (Decreto-Lei n. 3.365/41)- O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles aufere o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos; e à valorização ou depreciação da área remanescente, pertencente ao réu.

SÓFOCLES: O TIRANO E O DIREITO

GRUPO DE ESTUDOS AVANÇADOS (GEA)
DA FACULDADE DE DIREITO PROF. DAMÁSIO DE JESUS *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Síntese da tragédia. 2.1. Direito natural *x* direito da cidade. 2.2. A preocupação de Sófocles. 3. Espaço privado. 4. Espaço público. 5. Ação: isonomia e isegoria. 6. O direito do tirano. 7. Creonte, o tirano. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Sófocles (495? – 406 a.C.), ao escrever a tragédia Antígona, discute a complexa relação que se estabelece entre tirania e direito. Desde então, esse tema tem incomodado o pensamento jurídico, especificamente porque parece tratar-se de fenômenos excludentes e antitéticos, ou seja, onde vige o direito não existe tirania, onde vige a tirania não existe direito. Ocorre, porém, que tirania (domínio de um contra todos) não se confunde com anarquia (ausência de normas); portanto deve existir "algo" que fundamente o domínio do tirano. É possível encontrar esse "algo" em Antígona, um texto no qual Sófocles conta não apenas a história de uma tragédia, mas a história do direito grego e sua relação com a tirania.

Essa análise se justifica porque direito e tirania coexistem em todo lugar, embora não sejam os mesmos em toda parte. O direito, como diz FERRAZ JR. (1995, p. 21), nos introduz num mundo misterioso e fantástico de piedade e impiedade, de sublimação e perversão, pois o direito pode ser sentido como uma prática virtuosa que serve ao bom julgamento, mas também usado para propósitos ocultos ou inconfessáveis. O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, serve para expressar e produzir a aceitação do status quo, mas aparece também como sustentação moral da indignação e da rebelião. O direito liberta, mas também oprime. O direito, assim, de um lado, protege o cidadão do poder arbitrário do tirano; de outro lado, serve de instrumento de dominação.

---

* Artigo elaborado pelo Grupo de Estudos Avançados (GEA) da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ), que reúne professores e estudantes. Elaboradores: *a*) Coordenador: Prof. Dr. Olney Queiroz Assis; *b*) Bacharelandos: Daniel Ricardo Lizi Castro, Dioni Patrícia Alves dos Santos, Lucas Lima Ferreira, Nathalia de Jesus Reis de Souza e Silva, Renata Lúcia Baptista.

Em Antígona, a existência humana está inserida nesse mundo misterioso de trevas e de luz. Sófocles narra esse mistério da sociabilidade humana, que era representado pelos deuses mitológicos Apolo e Dionísio, símbolos de duas forças ou impulsos, aos quais corresponde a dupla face da experiência grega no mundo. Apolo simboliza a justa medida, a temperança, a prudência, a precisão dos limites. Dionísio simboliza a desmedida, o tenebroso, a transgressão de todos os limites. Sófocles utiliza os personagens humanos Creonte e Antígona para nos introduzir nesse mundo fantástico do monstruoso (dionisíaco) e do sublime (apolíneo). A tragédia que se abate sobre a cidade é, assim, o resultado do encontro dessas duas forças antitéticas.

2. SÍNTESE DA TRAGÉDIA

Da união incestuosa entre Édipo e Jocasta nascem quatro filhos, dois homens (Polinice e Etéocles) e duas mulheres (Antígona e Ismênia). Édipo, ao descobrir que matou o próprio pai (o rei Laio) e está casado com a própria mãe (rainha Jocasta), abandona o trono de Tebas, vaza os próprios olhos e se retira para o exílio. Seus filhos decidem governar a cidade em alternância, mas, findo o prazo previsto, Etéocles recusa-se a entregar o trono a Polinice. Este recorre ao rei de Argos e, com os soldados argivos, ataca a cidade de Tebas. Durante essa guerra, os dois irmãos enfrentam-se em combate e matam-se. Creonte, irmão de Jocasta, assume o governo. Seu primeiro ato é expedir um decreto no qual estabelece que Etéocles deve ser sepultado com honras de herói, mas proíbe, sob pena de morte, que o corpo de Polinice seja sepultado.

Antígona desafia a proibição de Creonte e é condenada à morte. Após ser emparedada viva em uma caverna, enforca-se. O seu noivo (Hémon, filho de Creonte), ao ver o cadáver da noiva, suicida-se, e Eurídice, esposa de Creonte, ao saber da morte do filho, também se mata.

Na cultura grega, o enterro é um dever sagrado, porque a tradição religiosa entendia que, sem sepultura, a alma do morto estaria condenada a vagar sem descanso, não podendo alcançar o reino dos mortos. A tragédia se desenvolve contrapondo, de um lado, Antígona, que quer dar sepultura ao irmão com fundamento no dever sagrado da piedade estampado "nas leis não escritas e imutáveis dos deuses" e, de outro lado, Creonte, o tirano, que exige "obediência total às normas do seu decreto, sejam elas justas ou não".

2.1. DIREITO NATURAL X DIREITO DA CIDADE

"Segundo o filósofo Hegel, o mito de Antígona representa a própria contradição que condenava a sociedade grega à morte mediante a tensão entre os valores morais da cidade, encarnada por um homem, Creonte, e os valores morais 'naturais' aos quais Antígona se dedicava em sua condição de mulher (*Estética*, 1835)" (2003, p. 127). Assim, após HEGEL, tornou-se comum entre os juristas afirmar que o texto Antígona, de Sófocles, contém uma contraposição

entre o direito natural (posição de Antígona) e direito da cidade (posição de Creonte).

Este artigo se opõe a tal concepção. A posição de Antígona não se coaduna com a noção de direito natural elaborada pelos gregos, fundamenta-se no direito arcaico que, de tão antigo e do qual não se tem memória, é considerado divino. A posição de Creonte não pode, absolutamente, ser confundida com o direito da cidade. Os gregos não separavam cidadãos e cidade, não havia uma diferenciação entre polis e pertencer à polis. Por isso os gregos falavam em liberdade como pertinência ao grupo social. O direito aparece na polis como algo próprio da cidadania, não havia, portanto, a separação moderna entre subjetividade (autonomia da vontade) e objetividade (heteronomia estatal) ou a contraposição entre cidadão (subjetividade) e cidade (objetividade). No texto de Sófocles, o decreto de Creonte é contestado não apenas por Antígona mas também pelos cidadãos.

2.2. A PREOCUPAÇÃO DE SÓFOCLES

Antígona foi escrito no ano de 444 a.C., portanto dentro do período denominado Século de Péricles, que vai de 461 a 429 a.C., quando o governo democrático de Atenas alcançou a sua plenitude. Aliás, Sófocles era amigo pessoal de Péricles e ocupou altos cargos no Governo: em 443 foi nomeado Ministro do Tesouro; no ano seguinte, foi eleito Magistrado. Embora Sófocles tenha participado e vivido no apogeu do governo democrático, as suas peças (Antígona e Édipo Rei) revelam uma preocupação bastante acentuada com a tirania e suas conseqüências. Para compreender essa preocupação – que não era apenas de Sófocles, mas também de outros, como Sólon, Heródoto, Platão e Aristóteles –, é conveniente especificar uma distinção que os gregos fizeram entre *oikia* (espaço privado) e *polis* (espaço público). Para isso, toma-se como ponto de partida a análise de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (1995, p. 23-25), articulada com base na obra *A* Condição Humana, de Hannah Arendt.

3. ESPAÇO PRIVADO

Oikia é o espaço privado, a morada da família, unidade produtiva na qual predomina o governo de um só. As relações familiares são assimétricas (desiguais) porque fundadas na diferença; o chefe de família, o senhor (despótes), exerce os poderes de direção e administração do conjunto de pessoas (esposa, filhos, parentes e escravos) e de bens (terras, construções, plantações, animais, instrumentos em geral). No âmbito da casa, o senhor manda e os demais obedecem. A atividade que se desenvolve na esfera privada é a labuta e o trabalho, que consiste na produção ininterrupta de bens de consumo necessários à subsistência; todos estão, portanto, sob a coação da necessidade.

No espaço privado, não há liberdade por dois motivos. Primeiro porque, nas relações entre os membros da oikia, prevalece a coerção muda que afasta

o uso dialógico da palavra; nesse sentido, os indivíduos, inclusive o senhor, inseridos nessas relações de domínio, estão privados do diálogo. Segundo porque, no processo de produção que ocorre na oikia, os indivíduos, inclusive o senhor, estão submetidos às necessidades; privados, portanto, de participar da polis, o espaço público. Na oikia, o fator que rege a conduta não é a liberdade, mas as necessidades da vida e a preocupação com a sua preservação.

No espaço privado, o homem é escravo da necessidade. A liberdade política significa libertar-se dessa espécie de coação, significa liberar-se das necessidades da vida para o exercício da cidadania em um novo espaço, denominado polis. Isso constitui, inicialmente, privilégio apenas de alguns homens, que conseguem liberar-se da labuta e do trabalho e adquirir o status de cidadão que lhes possibilita mover-se entre os iguais, homens livres na *polis*.

4. ESPAÇO PÚBLICO

Polis é o espaço público, local de muitos governantes, dos homens livres que se governam, motivo pelo qual o governo pertence a todos. Na polis, o homem adquire uma espécie de segunda vida, a sua bios-politikós, distinta da vida privada; é a vida do politikon zoon (o animal político). No espaço público, as relações entre os indivíduos são simétricas porque fundadas na igualdade. A polis é, assim, o local de encontro dos iguais, dos homens que se libertaram da coação da necessidade, isto é, do trabalho e da labuta, motivo pelo qual são considerados livres e também é livre a atividade que exercem.

Na polis, desenvolve-se a atividade denominada ação, que possui as seguintes características: *a*) *é ilimitada*: agir é iniciar continuamente relações; *b*) é imprevisível: não é possível determinar antecipadamente suas conseqüências. A ação é livre, por um lado, de motivos e, por outro lado, do fim intencionado como um efeito previsível. Assim, a ação é livre na medida em que é capaz de transcender o motivo e a finalidade.

A palavra *agir*, diz HANNAH ARENDT (1988, p. 214), liga-se a duas correspondentes em grego que ajudam a compreender o seu significado: *a*) *arkéin*, com o significado de começar, conduzir, governar, que são as qualidades do homem livre, entendido como liberado das necessidades da vida para a cidadania na *polis*; e *b*) prátein, com o significado de levar adiante ou permanecer fazendo aquilo que começou a fazer.

A polis não é propriamente um limite físico e normativo, mas um conjunto fugaz de ações. Para que a polis possa surgir, porém, como teia de relações, é necessária a legislação, que é trabalho do legislador. Esse trabalho, ao contrário da ação, é uma atividade humana dominada pela relação meio/fim, com termo previsível. A legislação, portanto, como trabalho do legislador, não se confunde com o direito como resultado da ação. Há uma diferença entre lex e jus na proporção da diferença entre trabalho e ação. Desse modo, o que condiciona o jus é a lex, mas o que confere estabilidade ao *jus* é algo imanente à ação: a virtude que se define como justiça ou prudência.

Ao adentrar a estrutura da polis, o cidadão fica submetido às suas leis (*nomos*), consideradas limites à ação. Liberdade não se desvincula, portanto, de necessidade, porque para existir liberdade política é necessária a organização da polis fundada na justiça e na prudência, que supõe o equilíbrio e a moderação.

5. AÇÃO: ISONOMIA E ISEGORIA

A ação é uma atividade compartilhada entre os iguais; além disso, é dominada pela palavra, pelo discurso. HANNAH ARENDT (1988, p. 49) observa que os gregos, na polis, conduzem seus negócios por meio do discurso, pela persuasão da palavra, e não pela violência e coerção muda. Isso permite distinguir os gregos dos bárbaros e o homem livre do escravo. Conseqüentemente, quando os homens livres obedecem a seu governo, ou às leis da polis, diz Arendt, essa obediência é chamada peitharkhia, uma palavra utilizada para indicar que a obediência é obtida pela persuasão e não pela força.

Uma das características da *polis*, expressão da liberdade política, é que as questões de interesse geral devem ser submetidas e resolvidas na conclusão de um debate, um combate de argumentos cujo teatro é a praça pública (*ágora*), local de reunião antes de ser um mercado. Os que se medem pela palavra formam nessa sociedade um grupo de iguais. Toda rivalidade supõe relações de igualdade e a palavra se constitui em instrumento de poder. Conforme especifica JEAN-PIERRE VERNANT (1977, p. 35): "o que implica o sistema da polis é primeiramente uma extraordinária preeminência da palavra sobre todos os outros instrumentos de poder. Torna-se o instrumento político por excelência, a chave de toda a autoridade, o meio de comando e de domínio sobre outrem".

No universo da polis, os cidadãos passam a se definir como semelhantes (*hómoioi*), depois, de maneira mais abstrata, como iguais (*isói*). Essa imagem de mundo encontra sua expressão rigorosa no conceito de isonomia: igual participação de todos os cidadãos no destino da cidade, no exercício do poder. Esse conceito se liga a outro, igualmente decisivo no governo democrático, o de isegoria: o direito do cidadão de expor e discutir publicamente sua opinião sobre o destino da cidade.

6. O DIREITO DO TIRANO

É possível, agora, compreender a preocupação de Sófocles com o governo tirânico. A tirania é uma forma de governo que subtrai aos cidadãos a isonomia e a isegoria, ao transpor para o espaço público (polis) as *relações de domínio* que ocorrem no espaço privado (oikia).

Na organização socioeconômica, que antecede o surgimento da *polis*, vige o direito arcaico de caráter divino, cujas leis (costumes) teriam sido reveladas pelos deuses aos antepassados, que as transferiram para as gerações seguin-

tes. É nesse direito que Antígona fundamenta seu ato, quando diz que dar sepultura ao irmão é um dever sagrado, fixado "nas leis não escritas e imutáveis dos deuses". Do mesmo modo, no diálogo com Ismênia, afirma que é preciso "respeitar o costume sagrado", "não desprezar as leis divinas", para não ser "acusada de não cumprir o piedoso dever". E conclui dizendo que "ninguém (nem mesmo Creonte) tem o direito de obrigá-la a tamanha impiedade".

O paradoxo é que Creonte também se fundamenta nesse direito arcaico. Conforme observações de WERNER JAEGER (1995), os tiranos representam uma fase intermediária, uma transição entre o domínio da realeza patriarcal e o governo democrático. "Homero, diz Jaeger, apresenta-nos o antigo estado de coisas. É com outro termo que designa, em geral, o direito: *themis*. Zeus dava à realeza patriarcal 'cetro e *themis*'. *Themis*, etimologicamente, significa 'lei'. Os senhores patriarcais julgavam de acordo com a lei proveniente de Zeus, cujas normas criavam livremente."

Themis é um direito que antecede o surgimento da polis, portanto trata-se de um direito que justifica as relações de domínio que os senhores patriarcais exercem na oikia. *Themis* é um direito para o espaço privado. A polis, como dito, é um espaço novo, local de encontro dos homens livres e iguais e, por isso, necessita de um novo direito que permita a prática da *isonomia* e da *isegoria*. Conforme WERNER JAEGER (1995, p. 135), o novo direito é anunciado pelo poeta Hesíodo com o nome de Diké, uma palavra que, desde a sua origem, tem o sentido de igualdade. Diké (o direito novo) se contrapõe a Themis (o direito antigo).

O tirano é aquele que pretende estabelecer no espaço público (polis) um direito construído para o espaço privado (oikia). O tirano é, assim, o governante que enxerga a *polis* como uma extensão da sua própria casa (oikia), portanto não distingue espaço público e espaço privado. Nesse sentido, as palavras de Creonte são esclarecedoras: "Se eu tolerar a rebeldia dos membros de minha estirpe, com maior razão transigirei com a de estranhos! Quem tiver rigor na decisão de seus casos domésticos será também equânime no governo da cidade. O homem que governa a cidade deve receber obediência total, quer seus atos pareçam justos, quer não".

O tirano, ao transferir a estrutura da oikia para a polis, exerce sobre os cidadãos o mesmo poder despótico que o senhor exerce sobre sua esposa, seus parentes e seus escravos. Instauram-se na polis as relações assimétricas, ou seja, as desigualdades da *oikia*. Essas relações de domínio destroem o espaço público e impedem o surgimento da liberdade política (ação) criadora do novo direito.

7. CREONTE, O TIRANO

Conforme WERNER JAEGER, "os senhores patriarcais julgavam de acordo com a lei proveniente de Zeus, cujas normas criavam livremente". O tirano procede da mesma maneira. Assim, logo no início do texto, Antígona se refere

ao decreto de Creonte como ordens impostas aos cidadãos: "Eis aí as ordens que a generosidade de Creonte nos impõe". No mesmo sentido são as palavras do Corifeu: Creonte "tem algo para nos dizer, e para isso emitiu ordem geral convocando, com urgência, a Assembléia dos Anciãos de Tebas". Creonte apresenta o conteúdo do decreto e exige obediência. Em seguida, este comentário de Corifeu: "Agora és o senhor, e a ti compete impor o que julgas oportuno, tanto aos vivos como aos mortos". Após ser presa, Antígona se dirige a Creonte de maneira incisiva: "um dos privilégios da tirania é justamente dizer e fazer o que quiser".

O tirano não tolera o diálogo, suprime a isonomia e a isegoria, faz prevalecer a sua opinião pessoal, portanto as ordens do tirano não podem ser confundidas com o direito da cidade, posto que este provém dos cidadãos mediante a isonomia e a isegoria. Note que Creonte não convoca a Assembléia dos Anciãos para deliberar, mas apenas para tomar conhecimento de uma ordem e fazê-la cumprir. Nesse sentido, diz ele: "Cidadãos de Tebas, zelai, pois, para que minhas ordens se cumpram". O Corifeu até tenta dialogar no sentido de persuadi-lo a revogar o decreto: "Não poderá se tratar de uma resolução dos deuses, o ocorrido? É o que estou pensando há algum tempo"; Creonte o interrompe bruscamente: "Cala-te, antes que tuas palavras me irritem".

O tirano, assim, estabelece a coerção muda e imprime uma ordem de terror que amedronta os cidadãos. Sófocles capta de modo bastante claro essa situação, quando Antígona diz: "O povo fala. Por mais que os tiranos sejam afeitos a um povo mudo, o povo sempre fala. Fala sussurrando, amedrontado, à meia luz, mas fala". Quando Antígona é conduzida pelos guardas de Creonte, o Corifeu comenta: "Eu, como muitos, sinto grande revolta contra este decreto".

8. CONCLUSÃO

Sófocles nos mostra que a tirania é um governo irresponsável e arbitrário, porque o tirano pode fazer o que quiser e não responde perante a nenhuma instância. Há, desse modo, uma antítese inconciliável entre liberdade política e tirania, cujo resultado é sempre a tragédia que se abate sobre a cidade e os cidadãos.

As desgraças e os conflitos que atingem a cidade e os cidadãos são causados pela irresponsabilidade e arbitrariedade do tirano. O próprio tirano termina como vítima de sua tirania. Nesse sentido, Creonte, com a emissão de um decreto irresponsável e arbitrário, precipita uma série de acontecimentos que culminam com o suicídio da sua esposa e do seu filho.

A obra de Sófocles irradia uma fé inabalável na ordem democrática, sem a qual a cidade e os homens podem sucumbir. Antígona é a expressão da elevada estima de Sófocles pelo direito da polis. Trata-se de um texto que não envelhece porque os tiranos vêm e vão, eles estão aí em potência ou ato e sempre haverá aqueles que resistirão. No momento em que concluímos este texto, a imprensa noticia e mostra imagens de advogados e Juízes paquistaneses

sendo espancados pela polícia do tirano paquistanês. Já sabemos como isso acaba: em tragédia.

Dezembro de 2007

9. BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1988.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1995.

JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

SÓFOCLES. *Édipo Rei. Antígona*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. São Paulo: Difel, 1977.

PARECERES E RAZÕES

PARECERES
E
RAZÕES

*Arquivamento recusado. **Art. 28 do Código de Processo Penal. Procedimento policial destinado à apuração de crime de atentado violento ao pudor, tendo como vítima adolescente de 13 anos de idade à época dos fatos. Pretensão de arquivamento fundada no cotejo dos elementos de convicção presentes nos autos, com a conclusão do órgão de execução oficiante no sentido da ausência de lastro probatório mínimo para o oferecimento de denúncia. Discordância judicial com remessa dos autos à Chefia do* Parquet. *Impossibilidade de cotejo de elementos de convicção com um mínimo de potencialidade probatória na fase pré-denuncial. Conceito de lastro probatório mínimo, objetivamente delineado. Análise crítica do princípio* in dubio pro societate. *Parecer no sentido de não insistir no arquivamento.*

Assessoria Criminal

Procedimento Adminstrativo MP — nº 2.787/03

Origem: Juízo de Direito da 25a Vara Criminal da Comarca da Capital (Inquérito no 79/02 da 23a Delegacia Policial)

Assunto: Arquivamento recusado

Ex.mo Sr. Procurador-Geral de Justiça

A Ex.ma Drª. Marcia Perrini Bodart, Juiz de Direito da 25ª Vara Criminal da Comarca da Capital, com fundamento no art. 28 do Código de Processo Penal, encaminha a esta Procuradoria Geral de Justiça, para os devidos fins, os autos do procedimento acima referenciado.

Cuida-se de inquérito policial instaurado para apurar suposto crime de atentado violento ao pudor praticado contra a menor Aline Cristina da Silva, de 13 anos de idade à época dos fatos, tendo como indiciado Paulo Roberto Marques Teixeira.

Consta dos autos, em fl. 15, laudo de exame de corpo de delito; em fl. 14, laudo de exame de documentos e, em fl. 21, relatório da autoridade policial.

À fl. 24, encontra-se manifestação da 12ª Promotoria de Investigação Penal da Primeira Central de Inquéritos, postulando o arquivamento do feito sob o fundamento de falta de credibilidade no depoimento da vítima acerca da materialidade e autoria do crime.

Em fls. 26/27, consta decisão judicial na qual o Magistrado discorda do pleito de arquivamento formulado, encaminhando o feito, então, à Procuradoria Geral de Justiça, para os fins do art. 28 do Código de Processo Penal.

Este é o sucinto relatório.

Salvo melhor juízo, a hipótese é de não insistir no arquivamento postulado, designando-se órgão de execução desimpedido para o oferecimento de denúncia.

O horizonte a ser examinado para a descoberta da decisão correta do caso deve ter seus primeiros trechos iluminados pelas luzes do princípio da obrigatoriedade da ação penal. O estudo desta norma, por sua vez, vai remeter, como desdobramento normativo, a outro, o do *in dubio pro societate*, cuja análise de seus exatos sentido e alcance vai servir de norte para o reexame da linha argumentativa exposta pelo órgão de execução para o requerimento de arquivamento do inquérito policial.

Na verdade, a elucidação do caso enseja a análise sob duas vertentes teóricas. O ato de oferecimento da denúncia, com o início do processo penal, pode ser analisado sobre a ótica do Ministério Público, isto é, se se trata de obrigação ou faculdade; e, de outra parte, pela ótica do réu, ou seja, quais os critérios que afastam o subjetivismo e o arbítrio no ajuizamento da ação penal para que se possa considerar legítimo o processo penal, com seus consectários prejudiciais à dignidade do réu.

Pelo primeiro prisma, segundo a norma do art. 129, inciso I, da Constituição da República, o Ministério Público tem como função *promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*[1]. Representa verdadeiro princípio geral do direito público a noção de que os poderes outorgados aos órgãos públicos, pela Constituição e pelas Leis, são a eles conferidos almejando a busca do interesse público e, justamente por este motivo, não se erigem como discricionários, sendo, antes, conceituados pela expressão *poderes-deveres*. Com relação ao "poder" do Ministério Público de demanda processual penal não é diferente.

Ainda assim, quanto à ação penal pública, a cláusula final do dispositivo constitucional em análise (... *na forma da lei*) poderia sugerir que ao legislador seria possível outorgar ao titular privativo da ação penal pública o juízo de conveniência e oportunidade para o oferecimento, ou não, da denúncia, diante das circunstâncias do caso concreto. Disposição neste sentido sofreria fortes críticas com relação à sua constitucionalidade. Ainda que o legislador infraconstitucional criasse norma legal que, *v. g.*, transformasse o furto

1. O dispositivo, como se sabe, não afasta a possibilidade do exercício da ação penal por particulares, mesmo para a persecução de crimes cuja iniciativa seja outorgada originariamente ao Ministério Público. A hipótese é a da ação penal subsidiária da pública, prevista no art. 5°, inciso LIX, também da Lei Maior, segundo o qual *será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*. Além dela, contudo, há os crimes cuja ação penal é estritamente privada, afastando-se a legitimidade do *Parquet* (parte final do art. 100 do Código Penal), o que, apesar de não previsto expressamente no texto constitucional, é entendido pela doutrina e jurisprudência como recepcionado por ela.

privilegiado em razão do pequeno valor da *res furtiva* (art. 155, § 2°, segunda figura, do Código Penal) em possibilidade de não-oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, a hipótese, para escapar da inconstitucionalidade em razão da violação do princípio da igualdade, teria que se aproximar de uma redefinição típica, com cunho genérico, isto é, alcançado qualquer situação e qualquer indiciado. Do contrário, caso ficasse o *Parquet* livre para, sem qualquer critério legal especificamente delineado, exercer, ou não, a ação penal, violado estaria aquele princípio constitucionalmente consagrado.

Desta forma, as hipóteses de não-oferecimento de denúncia podem ser estipuladas pelo legislador, desde que pautadas por critérios específicos, e aplicáveis em qualquer caso. Legislação que assim estipulasse poderia até mesmo lançar mão de conceitos jurídicos indeterminados para o estabelecimento dos critérios de não-ajuizamento da ação penal pública por seu titular, o que não afastaria a possibilidade de controle pelos mecanismos ínsitos ao nosso sistema acusatório (*v. g.*, como prevê o art. 28 do Código de Processo Penal). O uso de conceitos desta natureza é encontrado em normas legais que regulamentam certos institutos processuais, como é exemplo a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n° 9.099/95), cuja proposta pode ser fundamentadamente recusada pelo Ministério Público, nos casos em que *a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício* (art. 77, inciso II, do Código Penal, por força da remissão do art. 89, *caput*, da citada Lei n° 9.099/95).

Considerando estas premissas, a análise do sistema normativo processual do Código de 1941 revela que o exercício da ação penal, de iniciativa do Ministério Público, é obrigatória. Citando lição de Emílio Gomes Orbaneja e Vicente Herce Quemada, Afrânio Silva Jardim afirma que "*a processualização do poder punitivo do Estado, pelo princípio* nulla poena sine iudicio, *dá à ação penal um caráter de função necessária e obrigatória para os órgãos públicos. Comungamos com as lições dos mestres acima transcritas. Ora, se o legislador incriminou tal conduta, dando relevância social ao bem jurídico afetado ou posto em risco pelo comportamento do agente, não pode o membro do Ministério Público afirmar que a ação delituosa não tem relevância, que o interesse público ficaria atendido diante de sua inércia, deixando de manifestar em juízo a pretensão punitiva estatal*". No mesmo sentido, visualizando na norma do art. 24 do Código de Processo Penal a sede do princípio em questão, a doutrina de Hélio Tornaghi: "*o Código consagra ainda a regra da obrigatoriedade da ação penal, traduzida na expressão* será promovida. *Não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não mover a ação*" (Compêndio de Processo Penal, tomo II, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, p. 454)[2]. Frederico Marques, por sua vez, leciona: "*no Direito brasileiro, apesar de não haver texto explícito sobre o assunto, o que se deduz da sistemática legal é que nele vigora o chamado 'princípio da ação penal obrigatória'*". Na

2. No mesmo sentido, Marcellus Polastri Lima, *Ministério Público e Persecução Criminal*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 137.

mesma linha, vislumbrando o princípio da obrigatoriedade como própria razão de existir da norma do art. 28 do Código de Processo Penal, continua o autor: *"além disso, o poder de arquivar a* informatio delicti, *o Ministério Público o não tem de maneira absoluta. Apesar de* dominus *da ação penal, ele precisa requerer o arquivamento ao juiz (Código de Processo Penal, art. 28), o que se dá justamente em conseqüência do princípio da legalidade. O órgão judiciário é chamado a intervir, na qualidade de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal"* (Elementos de Direito Processual Penal, vol. I , 2ª ed. atualizada, São Paulo: Millenium Editora, pp. 374-378).

No entanto, sob o ângulo da dignidade do indiciado, apesar de propositura obrigatória pelo Ministério Público, a ação penal submete-se a certos requisitos, pois, em última análise, tem como conseqüência, por si só, atingir a dignidade daquele que é levado a juízo como acusado da prática de um crime. Tendo em vista este efeito da instância criminal, erigiu-se como condição da ação a *justa causa*, presente quando os elementos de convicção quem embasam a *opinio delicti* exprimem um suporte probatório mínimo. Neste sentido, a lição de SILVA JARDIM:

> **"Desta maneira, torna-se necessária ao regular exercício da ação penal a sólida demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material do fato típico e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública"** (Direito Processual Penal, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 175) [3].

Todavia, não há como se voltar contra a exigência de precisão terminológica que marca todo conhecimento humano com pretensão de cientificidade, como é o Direito. No caso em tela, surge a indeclinável questão de definir, com acuidade, o conceito de *lastro probatório mínimo*, substrato da justa causa – esta condição da ação. A percepção sobre o seu significado, entretanto, não deve ser tormentosa pois a noção de mínimo refere-se a qualquer coisa, por mais simples ou escassa que seja, que represente algo mais do que nada.

Ambos os aspectos enfocados (do Ministério Público e do acusado) levam, portanto, a este ponto de convergência: o lastro probatório necessário para o ajuizamento da ação. Diante dele, ao *Parquet* não se confere a faculdade

---

3. José Frederico Marques, *op. cit.*, p. 356: "Ora, a acusação não deixa de ser ameaça de coação; e como esta se considera ilegal quando sem justa causa (Código de Processo Civil, art. 648, nº I), evidente é que o legítimo interesse, como justa causa da ação penal, constitui uma condição legal para a propositura desta".

de denunciar ou não; ao réu, por sua vez, não cabe invocar a injustiça do simples ato de acusar – sem prejuízo da defesa de mérito, no momento correto.

O princípio do *in dubio pro societate* surge como decorrência desta idéia, embora, na realidade, aqui não tenha o lugar pretendido. A comum menção ao princípio, nesta fase, é uma referência ao mesmo princípio, atinente ao ônus e à valoração probatória, realizada pelo *Parquet* e pelo Juiz, no momento da sentença. A condenação exige juízo de certeza acerca da autoria, materialidade, ilicitude e culpabilidade. Por este motivo, a ausência de certeza, *i. e.*, a dúvida, militará sempre em favor do réu, com sua absolvição. A transposição do princípio para momento anterior ao ajuizamento da denúncia, ainda que invertendo-se a polarização de proteção (impondo, na "dúvida", a submissão do indiciado ao processo, logrando a busca ao reestabelecimento da paz social violada com a aplicação da lei penal), é equivocada ou imprecisa, pois não deve existir o cotejo, isto é, o juízo comparativo de elementos de convicção pelo *dominus litis* para o efeito de não denunciar. Isto seria ir além da justa causa, isto é, da presença objetiva do lastro probatório necessário. Por mais simples que sejam os elementos de convicção sobre autoria do indiciado, é forçoso reconhecer, está preenchido aquele requisito para o exercício regular da ação penal, tornando justa a coação do processo, o que faz incidir a obrigatoriedade ao *Parquet* em ajuizá-la. Em outras palavras, nesta fase da *persecutio*, antes de se falar em dúvida, que pressupõe valoração, deve-se analisar objetivamente a presença de elementos de convicção com um mínimo razoável de potencialidade probatória que apontem no sentido da autoria, ilicitude e culpabilidade da conduta do indiciado. Mesmo que existam outros elementos em sentido diverso.

Contra esta possibilidade de cotejo de elementos de convicção para o fim de não denunciar, posiciona-se, também, a doutrina quase unânime. Como leciona Afrânio Silva Jardim, "*ressalte-se, entretanto, que uma coisa é constatar a existência da prova e outra coisa é valorá-la. É preciso deixar claro que a justa causa pressupõe um mínimo de lastro probatório no inquérito ou peças de informação. É necessário que haja alguma prova, ainda que leve. Agora, se esta prova é boa ou ruim isto já é questão pertinente ao exame do mérito da pretensão do autor. Até porque as investigações policiais não se destinam a convencer o Juiz, mas apenas viabilizar a ação penal*" (ob. cit, p. 175). No mesmo sentido, Marcellus Polastri: "*obviamente não se fará aqui exame de mérito, na forma do art. 386 do CPP, pois não se trata de aferir procedência da imputação com juízo de mérito, e sim de se averiguar se há* suporte probatório mínimo *para a imputação, ou seja, se o fato narrado está embasado no mínimo de prova, se encontra correspondência em inquérito ou peças de informação. Destarte, o juiz não poderá fazer confronto de provas, ou averiguar se estas são boas ou não, mas apenas verificar se a imputação foi lastreada em elementos colhidos, mesmo que isolados ou contraditados, sem juízo de mérito, pois, como é evidente, não pode haver imputação gratuita, sem arrimo algum, ou mesmo que narre fato completamente diverso daquele apurado. Trata-se, na verdade, do mesmo* fundamento razoável *a que se referia Frederico Marques, que assim já definia a justa causa, aqui identificada como fundada em elementos razoáveis ou mínimos*" (ob. cit., p. 117-118).

Uma ressalva a este entendimento. O princípio da obrigatoriedade, embora conduza à impossibilidade de juízo de valor comparativo de evidências para formação da *opinio delicti*, não tem o condão de transformar o promotor de justiça em um autômato denunciador. Em casos excepcionais – que só fazem confirmar a regra – de evidente desproporcionalidade, pode o promotor de justiça requerer o arquivamento do inquérito policial por falta de justa causa para a coação processual. Seria o caso de evidências de extrema singeleza, como, *v. g.*, um mero bilhete apontando certa pessoa como autor de crime, contando a investigação com apenas este elemento de convicção. Em casos tais, diante da virtual escassez total de potencialidade probatória do elemento, não haveria justa causa para submeter o indiciado às agruras do banco dos réus, sem que isto importe em juízo comparativo de qualquer natureza. A hipótese, vale a ressalva, é excepcional, pois ameniza ou estabelece contornos do princípio da obrigatoriedade, o qual rege toda a matéria. Colocados os termos em seus devidos lugares, a única dúvida possível nesta fase seria a que se relaciona à potencialidade probatória do elemento de convicção contido nos autos – independente, vale frisar, da valoração sobre o que efetivamente irá provar durante a instrução. Este, sim, é o único campo de atuação possível do aludido princípio do *in dubio pro societate*.

No caso em tela, o Promotor de Justiça oficiante do arquivamento não ficou em dúvida, para assim aplicar o princípio *in dubio pro societate* – se o entendesse pertinente ao momento da *persecutio* –, oferecendo a denúncia. Pelo contrário, valorando os elementos de convicção documentados nos autos, resolveu requerer o encerramento das investigações, entendendo ausente suporte probatório para a ação penal, em razão do juízo acerca da falta de credibilidade no depoimento da vítima e das demais testemunhas que prestaram depoimento.

Salvo melhor juízo, tendo em vista as premissas doutrinárias acima e considerando as diligências realizadas pela autoridade policial, consideramos equivocado o posicionamento. A assertiva lançada na promoção de arquivamento no sentido de que "*não parece crível que o indício tivesse cometido a violência sexual exatamente no momento em que a mãe da criança estava em casa, sendo certo, por outro lado, que não se registrou qualquer vestígio de ato libidinoso no exame de corpo de delito, conforme se vê de fls. 15*" não encontra respaldo nos elementos de convicção colhidos pela autoridade policial.

Em primeiro lugar, o crime de atentado violento ao pudor, por não ter como elemento objetivo do tipo a conjunção carnal, não deixa, necessariamente, vestígios. Em segundo, todos os depoimentos constantes dos autos convergem para a materialidade e autoria do crime ligada ao investigado Paulo Roberto. Segundo a versão das testemunhas, inclusive a própria mãe da vítima, Paulo Roberto se trancara no quarto com a vítima, mesmo desobedecendo à ordem expressa da genitora da lesada, ocasião em que teria praticado a conduta ilícita. Não há razão, portanto, para a estranheza apontada pelo órgão ministerial oficiante da promoção de arquivamento.

Transexualismo. Requerimento de retificação de registro civil objetivando a mudança de nome e a retificação do estado sexual atual (masculino) para feminino, bem como, a alteração do nome. Cirurgia de redesignação do sexo ou de transgenitalização já realizada, com acompanhamento médico e psicoterápico (fls. 19 e 36/37), nos termos da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.652/2002. Direito a autodeterminação sexual de transexuais reconhecido e tutelado pelo direito geral de personalidade. *Parecer pela procedência do pedido com a permissão da redesignação do estado sexual do requerente e do seu prenome no assento de nascimento, averbando-se à margem do Registro Civil a anotação quanto à retificação ter se dado em virtude de decisão judicial proferida pelo Juízo da Vara de Família, excluindo-se qualquer menção à cirurgia de transgenitalização.*

9ª Promotoria de Justiça de Família da Capital
Processo nº 2005.001.072.037-4

Autor: R.B.N.S.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MM.ª Dr.ª Juíza,

1 – Trata-se de pedido de retificação de registro civil formulado por R.B.N.S., através do qual este requer que passe a constar no respectivo registro o sexo feminino, retificando-se o estado sexual atual (masculino). Requer, ainda, a mudança do seu nome para (...), como já é conhecido, segundo alega, no meio social.

2 – Afirma o requerente que desde a infância passou a apresentar conduta não condizente com o sexo masculino, sentindo-se atraído por brincadeiras e vestimentas femininas, passando a sofrer, com o passar da idade, diversos constrangimentos e agressões físicas e morais em razão de seus interesses e comportamentos.

3 – Informa, ainda, que, em virtude da situação ambígua que vivia, passou a apresentar diversos problemas psicológicos, vindo, por derradeiro, a realizar cirurgia para redesignação do sexo (transgenitalização para o sexo feminino). Apesar da mudança, porém, permaneceu marginalizado, pois no seu registro civil ainda consta um prenome e um sexo que não são condizentes com sua atual situação.

4 – Foram juntados à inicial os documentos de fls. 15/37.

5 – Estudo social às fls. 59/61, com parecer favorável ao requerente.

6 – Quesitos apresentados pelo autor para perícia médica, psicológica e estudo social às fls. 62/64.

7 – Avaliação psicológica às fls. 78/81, favorável à parte autora.

8 – Quesitos apresentados pelo Ministério Público para perícia médica às fls. 85/87.

9 – Laudo pericial às fls. 89/95, concluindo que "sem dúvidas o prenome e o sexo feminino são os adequados para o presente caso" (fls. 95).

10 – Isto posto, passo a opinar.

DOS FATOS

11 – O autor realizou a cirurgia de redesignação do sexo ou de transgenitalização (termo utilizado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.652/2002 e pela Resolução anterior, nº 1.482/1997), além de ter tido acompanhamento médico e psicoterápico (fls. 19 e 36/37), nos termos da norma deontológica.

12 – Após a realização da cirurgia transformadora, existe uma última etapa, mencionada pelo Dr. João Gonçalves Barbosa Neto, perito do Juízo, que consiste na mudança do estado civil do operado:

> "A norma deontológica não prevê uma etapa importante do processo – o segmento pós-cirúrgico, etapa fundamental para a avaliação da satisfação. O limite da atuação no campo da saúde se percebe quando se constata a relevância das questões legais relacionadas diretamente ao resultado satisfatório do tratamento proposto. O imperativo (alteração legal do nome e do sexo) é tão poderoso que, para alguns juristas ou magistrados, a mudança do estado civil torna-se parte integrante da terapêutica (Frignet, 2000; Saadeh, 2004; Athayde, 2001; Cardoso, 2005; Souza, 2004)" (fls. 92).

13 – A cirurgia e o tratamento hormonal a que se submeteu o transexual masculino para a sua transformação em mulher sob o aspecto físico, objetivando acompanhar o seu sexo psíquico, não atingiram a última etapa da transformação, que é a redesignação do autor e a mudança do seu estado civil. Seus documentos mais importantes, como carteira de trabalho, identidade e outros utilizados cotidianamente, apresentam o nome e a menção ao sexo masculino, o que torna necessária a alteração no assento de nascimento do requerente.

DO DIREITO À AUTODERMINAÇÃO SEXUAL

14 – Hubmann, o grande sistematizador do bem jurídico da personalidade humana, insere, sob o aspecto da tutela geral, a personalidade do homem como núcleo de uma esfera ética composta por três elementos fundamentais: a dignidade humana, a individualidade e a pessoalidade, propondo que todo ser humano leve a sua vida com pleno desenvolvimento e com igualdade de oportunidades, sendo que esta proteção e garantia só poderão ser realizadas através da presença de uma **cláusula geral de proteção da personalidade**[1].

15 – Dos elementos caracterizadores do indivíduo, através da manifestação da personalidade, existe o direito à **autodeterminação** do ser humano, que representa o poder que todo ser humano tem de autodeterminar-se, ou seja, de decidir por si mesmo o que é melhor para si.

16 – Na Alemanha, a *autodeterminação sexual*, que abarca a *autodeterminação sexual de transexuais*, no que diz respeito à mudança de sexo e de prenome do indivíduo cirurgicamente redesignado, possui o devido reconhecimento e tutela pelo *direito geral de personalidade*, conforme afirmação do BVerG, julgamento de 16/03/1982.[2]

17 – Capelo de Souza destaca que, "embora os poderes jurídicos integrantes da tutela geral da personalidade estejam em princípio fora de comércio e sejam indisponíveis nas relações com os outros seres, tal não impede que no interior da esfera pessoal de cada indivíduo se verifiquem mutações juridicamente tuteladas emergentes do poder de autodeterminação do homem"[3]. Isto se configura no reconhecimento ao transexual de um certo poder de autodeterminação corporal, não apenas na sua orientação sexual mas também em sua **configuração sexo-corporal** (*v.g.* crescimento dos seios, aproximação do figurino feminino e cirurgia de transgenitalização), quando dotado de vontade sã, livre e esclarecida[4].

18 – Este entendimento contraria uma corrente mais tradicional no direito que vislumbra na cirurgia de transgenitalização o delito de lesão corporal grave, corrente esta que está superada pelas doutrinas estrangeira e brasileira mais modernas:

> "A intervenção cirúrgica de mudança de sexo, realizada por cirurgião especialista, de acordo com a recomendação de laudo

---

1. De acordo com o estudo sobre a sistematização do *direito geral de personalidade* (HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*, p. 60 e ss.) realizado por Rabindranath V. A. Capelo de Souza em *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 143 e ss.
2. V. SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 255 e 216/225.
3. SOUZA, R. V. A. Capelo de, p. 407.
4. Ver SOUZA, R. V. A. Capelo de, p. 225.

médico, baseado em exames médicos multidisciplinares e no expresso consentimento do paciente, que decide livremente, ausentes qualquer pressão ou influência externa, não se constitui em delito de lesão corporal, mas sim no exercício da cidadania, no livre desenvolvimento da personalidade e na afirmação da dignidade do transexual, como cidadão e ser humano, sujeito de direitos."[5]

DA MUDANÇA DO NOME

19 – A Lei dos Registros Públicos – Lei nº 6.015, de 31/12/1973 - impõe uma série de limites para a pretensão de mudança de prenome e de estado civil pelo transexual, motivada pela cirurgia modificadora do sexo. A doutrina e a jurisprudência mais tradicionais sempre defenderam a imutabilidade do prenome do indivíduo, em nome da segurança que a coletividade deve ter em relação à identidade da pessoa. ELIMAR SZANIAWSKI destaca que, para esta corrente, "o nome está ligado a preceitos de ordem pública, já que a certidão de nascimento é a prova de que a pessoa existe e, a partir do registro, o indivíduo ingressa no mundo jurídico. Sob tal fundamento, nega ao *transexual* que realizou a cirurgia de transgenitalismo a mudança de seu prenome".[6]

20 – Contudo, mesmo a interpretação literal da Lei 6.015/73 poderia autorizar a mudança do prenome do autor, visto que evidentemente o prenome (...) o expõe ao ridículo diante do aspecto físico que hoje este apresenta, que é de uma mulher. Por tal motivo, ficaria autorizada a modificação do seu prenome com base no art. 55, parágrafo único, c/c o art. 109 da Lei 6015/73.

21 – Ademais, sendo o nome a expressão pela qual a pessoa se identifica no meio social, este foi objeto de legislação infraconstitucional – Lei nº 9.078, de 18/11/1998, que prevê a possibilidade da adoção de prenome de uso, como é o caso do nosso Presidente da República.

22 – Tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome (...) para se identificar, é mais do que razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguida do seu sobrenome familiar.

DA MUDANÇA DO SEXO

23 – No tocante à alteração do sexo no assento de nascimento, trata-se de questão que exige um exame mais cuidadoso. Como inicialmente não houve

---

5. SZANIAWSKI, Elimar, *op. cit.*, pp. 264/265.
6. SZANIAWSKI, Elimar, *op. cit.*, p. 117.

erro na elaboração do assento, em princípio a alteração não seria possível nos termos da Lei dos Registros Públicos.

24 - Contudo, deve-se destacar que a Lei de Registros Públicos é anterior à Constituição de 1988, que levou a promoção da dignidade da pessoa humana a fundamento da República, merecendo tutela todas as questões relativas ao estado da pessoa, sua identidade e história de vida. E a Constituição inclui, entre os direitos individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5°, X). Este seria o fundamento legal autorizador da mudança do sexo jurídico, visto que, sem esta alteração, ofendidas estariam a intimidade, a honra e a dignidade do autor.

25 – Ademais, como advertiu o Magistrado Ênio Santarelli Zuliani em brilhante voto vencido proferido na Apelação Cível n° 052.672-4/6, da Comarca de Sorocaba,

> "A função política do juiz é de buscar soluções satisfatórias para o usuário da jurisdição – sem prejuízo do grupo em que vive -, a sua resposta deve chegar o mais próximo permitido da fruição dos direitos básicos do cidadão (art. 5°, X, da Constituição da República), eliminando proposições discriminatórias, como a de manter, contra as evidências admitidas até por crianças inocentes, erro na conceituação do sexo predominante do transexual (...)
> A medicina poderá aliviar o peso da dubiedade, com técnicas cirúrgicas. O Estado confia que o sistema legal é apto a fornecer a saída honrosa e deve assumir uma posição que valoriza a conquista da felicidade ('soberana é a vida, não a lei', Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* 'O aprimoramento do Processo Civil como pressuposto de uma justiça melhor', AJURIS 57/80), quando livre da ameaça de criar-se exceção ao controle da paz social."

26 – Elimar Szaniawski defende que o direito positivo brasileiro fornece todos os elementos necessários para a permissão da mudança de sexo de um transexual, bem como a respectiva redesignação do seu estado sexual e do seu prenome no assento de nascimento. Fundamenta o autor esta possibilidade nos termos a seguir expostos:

> "De um lado, encontramos o fundamento, para tal feito, no direito à identidade sexual, como um dos aspectos do direito à saúde, tutelado pelo art. 196 da Constituição de 1988. De outro, os incs. II e III do art. 1° e o § 2° do art. 5° da Carta Magna, os quais cuidam do livre desenvolvimento da personalidade, da afirmação da dignidade e do exercício da cidadania de todo ser

humano, que conduzem a uma releitura dos arts. 57 e 58 da Lei 6.015/73. Os citados artigos (196; 1° e seus incisos e 5°, § 2°, da Constituição, combinados com os arts. 4° e 5° do Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução do Código Civil) possibilitam ao magistrado aplicar a lei ao caso concreto, deferindo ao transexual a pretensão requerida."[7]

DA JURISPRUDÊNCIA

27 – É uma tendência hoje dos nossos Tribunais aceitar esta corrente mais vanguardista, ressaltando-se recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, datada de 01/08/2006, que homologou sentença estrangeira proferida em 18/02/2004 pelo Tribunal de Busto Arsizio, República Italiana, a qual determinou a retificação do assento civil do requerente, Alessandro Garcia de Oliveira, atribuindo-lho sexo e prenome femininos, com fundamento em parecer médico. O julgado brasileiro destacou que:

> "A jurisprudência vem admitindo a retificação do registro civil de transexual, a fim de adequar o assento de nascimento à situação decorrente da realização de cirurgia para mudança de sexo. Conforme consignado no parecer ministerial, nesse sentido há acórdãos proferidos por vários Tribunais pátrios, dentre eles os Tribunais estaduais de Pernambuco, Amapá, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo (...) Na hipótese dos autos, constante a tradução oficial de fl. 55, está assinalado na sentença homologanda que, considerando os resultados da instrução realizada, 'julga-se que a modificação das características sexuais tenham tido êxito e que a identidade sexual adquirida corresponde a psicológica.' Tal fundamentação coaduna-se, portanto, com a orientação traçada pela jurisprudência pátria, revelando-se, assim, razão suficiente a ensejar o acolhimento da pretensão deduzida na peça exordial" (STJ, SE 1058, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 01/08/2006)

28 – O Ministro Barros Monteiro, relator do processo supracitado, assim decidiu:

> "Dessa forma, restam atendidos os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito; além do mais, a pretensão não ofende a soberania, a ordem pública ou os bons costumes (art. 17 da LICC c/c arts. 5° e 6° da Resolução/STJ n° 9/2005)."

---

7. SZANIAWSKI, Elimar, *op. cit.*, p. 265/266.

29 – É de se consignar, ainda, a existência de corrente jurisprudencial que entende que, mesmo sendo julgado procedente pedido de retificação do registro de nascimento - com a alteração do nome e sexo nos casos de cirurgia de transgenitalização, não seria admissível a falta de publicidade de tal ato, com a vedação do fornecimento de certidões com referência à situação anterior do transexual, pois haveria, neste caso, possível prejuízo aos terceiros de boa-fé que pudessem se envolver com o requerente. Neste sentido foi o teor do acórdão proferido no Recurso Especial nº. 678.993-RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 22/03/2007, tendo como Relator o Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO.

30 – Pedimos vênia para adotar outro posicionamento em relação a esta questão, que é defendido por ELIMAR SZANIAWSKI:

> "Extraído novo assento de nascimento do transexual, cirurgicamente redesignado, não deve o mesmo conter menção de tratar-se o indivíduo de um transexual operado. A menção, em qualquer documento, de tratar-se a pessoa ali identificada de um transexual convertido, além de atentar contra seu direito de personalidade, criaria uma nova categoria sexual, a do terceiro sexo. Deste modo, estaria o transexual redesignado enquadrado entre os indivíduos pertencentes ao terceiro sexo, o que não é, certamente, sua vontade. E os demais portadores de anomalias sexuais deveriam, também, ser qualificados como pertencentes ao terceiro sexo? A existência de uma categora de pessoas pertencentes ao terceiro sexo é incompatível com os sistemas jurídicos vigentes, que prevêem apenas dois sexos, masculino e feminino.[8]

31 – Entendemos que esta solução não causa prejuízo a terceiros de boa-fé, visto que, em casos excepcionais e para resguardar direitos de terceiros de boa-fé, pode ser solicitada judicialmente a quebra do segredo de justiça e o fornecimento de certidão com referência à situação anterior da parte autora.

DAS PROVAS CONTIDAS NOS AUTOS: LAUDOS MÉDICOS E PSICOLÓGICOS, PERÍCIA MÉDICA, ESTUDO SOCIAL E AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA

32 – Como se verifica nos autos e, especialmente, na perícia médica de fls. 89/95, o autor preencheu todos os critérios de diagnóstico clínico do

---

8. SZANIAWSKI, Elimar, *op. cit.*, p. 266.

transexualismo e, atualmente, o prenome e o sexo feminino são os mais adequados para o requerente.

33 - Segundo o perito, Dr. João Gonçalves Barbosa Neto, o periciado apresentou os seguintes dados (fls. 93):

a) anamnese: história desde a infância de inadequação de gênero;

b) desconforto e inadequação de gênero;

c) vivência no papel do gênero desejado já estabelecida ou a se estabelecer durante o acompanhamento;

d) ausência de anormalidades genéticas ou intersexual;

e) afastamento de outras possibilidades clínicas e psiquiátricas com exclusão de esquizofrenia, transtorno de humor psicótico, transtorno mental orgânico ou oligofrenia, entre outros;

f) busca real e intensa pela cirurgia, mas com a compreensão das dificuldades presentes na indicação desse recurso;

g) disponibilidade efetiva para psicoterapia como facilitador para eventual indicação endocrinológica e cirúrgica.

34 – O estudo social (fls. 59/61) considerou que a alteração do registro de nascimento do autor, além de lhe trazer maior conforto emocional, permitirá o exercício da sua cidadania em plenitude.

35 - A avaliação psicológica (fls. 78/81) concluiu que o autor vivencia conflitos de identidade de gêneros e que "a troca de nome para (...), no entanto, é mais um importante passo para que aumente significativamente seu sentimento de pertencimento, auxiliando-o na integração nas áreas social, jurídica, emocional, comportamental e cognitiva, visando à construção de sua identidade feminina".

36 – A psicóloga que acompanhou o autor, Dra. Márcia Fischer, por dois anos antes da cirurgia de mudança de sexo, declarou que este apresentava traços de personalidade e características físicas e comportamentais femininas, que justificavam a cirurgia (fls. 30), tendo declarado, ainda, que é de vital importância a mudança de seu nome masculino para um nome feminino (fls. 22).

37 – Além da mudança do nome do requerente, é importante que se reconheça o direito à redesignação do seu estado sexual, como status feminino, com a adoção do prenome (...), com base nos princípios constitucionais acima expostos, deferindo-se a modificação do assento cartorário.

38 – Estas mudanças também têm por objetivo eliminar as situações de constrangimento, com desconforto moral, por que passa o requerente, ao ter que exibir no meio social identidade que não é a sua realidade, hoje diagnosticada pelas perícias médica, psicológica e social.

39 – Pelo exposto, opino pela procedência do pedido, alterando-se o prenome do autor para (...) e o sexo como feminino, averbando-se à margem do Registro Civil a anotação quanto à retificação ter se dado em virtude de decisão

judicial proferida pelo Juízo da 9ª Vara de Família no Processo nº. 2005.001.072.037-4, excluindo-se qualquer menção à cirurgia de transgenitalização.

40 – Deve-se consignar que, em casos excepcionais e para resguardar direitos de terceiros de boa-fé, pode ser solicitada judicialmente a quebra do segredo de justiça e o fornecimento de certidão com referência à situação anterior da parte autora.

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 2007.

LUCIA MARIA TEIXEIRA FERREIRA
Promotora de Justiça

Impossibilidade de terceirização do serviço de saúde através de licitação.

Proc. Nº 2006.002.09736
Recurso de Agravo
Agravante:Município do Rio de Janeiro
Agravado: Sindicato dos Médidos do Rio de Janeiro — SINMED/RJ

Parecer do Ministério Público

Liminar que impede licitação para terceirização de funções inerentes a cargos públicos e serviços essenciais. Política Pública de Saúde. Descentralização. Impossibilidade através de licitação.Necessidade de submissão à regra geral da lei federal. Imposição de criação de Fundação de Apoio , Organização da Sociedade Civil de Interesse Público ou Organização Social. Impossibilidade de contratação para funções próprias de cargos públicos de médicos.Afronta aos princípios do art. 37 da Constituição da República. Possibilidade através de contrato de gestão, nos termos da lei federal 9.790/99.Necessidade de submissão ao princípio da legalidade. Ausência de fumus bonni iuris e periculum in mora, que no caso , foi criado pelo próprio Município ao adotar procedimento à revelia da lei.Manutenção da decisão.

Egrégia Câmara,

O agravante insurge-se contra a interlocutória de fls.38/40, que deferiu liminar, para suspender o procedimento licitatório de concorrência pública, para contratação de pessoas , em detrimento de outras já aprovadas em concurso público, cuja data de abertura dos envelopes está prevista para o dia 13/03/06, às 14:00 hs.

Sustenta em suas razões, que (fls. 2/33):

1) a Constituição da República prevê a terceirização nos arts. 197 e 199, parágrafo 1º :

Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também , por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199 - § 1° – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio,tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Sendo jurídica a contratação buscada;

2) no mesmo sentido a Lei 8.080/90:

Art. 1° – Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Sendo que o art.4° da mesma lei , prevê no seu § 2° que: "a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS) , em caráter complementar;

3) a lei que autoriza o terceiro a executar todo o serviço, evidentemente não nega que o terceiro se limite a administrar o hospital público, não cabendo interpretação restritiva face a disjuntiva "ou" do art. 197;

4) o objeto da licitação é a "contratação de pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, para prestação de serviços de execuções das ações e serviços programados para o hospital municipal, Ronaldo Gazzola, operacionalização de 9 equipes do programa de saúde da família e operacionalização e administração do Centro de Serviços..." , não deixando o Município, de ser o responsável pela fiscalização e análise de produção do hospital;

5) a prática tem revelado a impossibilidade de fixação de servidores, sobretudo médicos, detentores de matrícula municipal, caracterizando assim a situação de indisponibilidade de meios oficiais;

6) estão presentes os requisitos da Constituição e da Lei do SUS: execução através de terceiros; contrato de direito público através de licitação; insuficiência de meios oficiais para o atendimento da população da área;

7) a competência privativa do Prefeito e a direção pela Secretaria de Saúde condicionam a interpretação da participação da comunidade, prevista no art. 198, inciso III da Constituição Federal e dos Conselhos de Saúde previstos na lei n° 8.142/90 , o que afasta a posição contrária do Conselho de Saúde em relação a terceirização;

8) a União não tem liberdade de financiar ou não a saúde, posto que as verbas são vinculadas, e de repasse obrigatório;

9) o Ministério da Saúde não se opôs à iniciativa municipal, o que demonstra que o Ministério Público está querendo administrar em substituição ao Município;

10) não há exigência de lei complementar para a terceirização da gestão, sendo que, face a ausência de lei , observou-se a lei federal n° 9.637/98, que trata das Organizações Sociais sem fins lucrativos, a serem especialmente qualificadas pelo Poder Público, para ulterior contratação através de parceria;

11) a lei possibilita a contratação direta da organização social, com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso XXIV da Lei 8.666, não havendo que se falar em lei autorizativa, pois o contrato de gestão se assemelha ao previsto para organizações sociais;

12) os concursados são em número insuficiente para atender as necessidades do hospital, com defasagem de mais de 900 profissionais, sendo que, na terceirização,os prestadores de serviço não ocupam cargos públicos;

13) em São Paulo foram terceirizados 18 hospitais na capital e região metropolitana, sendo demonstrado que foram realizadas 42,8% internações à mais, do que os da administração direta, a um custo 24,3% menor, o que também ocorreu na Bahia;

14) a execução indireta foi regulamentada pela Portaria nº 358/06, do Ministério da Saúde;

15) está presente o perigo na demora, face a suspensão do procedimento, que visa inaugurar as atividades do hospital de acordo com o seu cronograma para atendimento da população carente da região;

16) a medida interfere na autonomia financeira do ente municipal bem como agride o princípio da separação dos poderes e as regras da lei de responsabilidade fiscal.

Foram dispensadas as informações pelo ilustre Relator, sendo certificado o decurso *in albis* para a agravada se manifestar (fls.554 e 555).

Vejamos a quem assiste razão.

O redimensionamento do conceito de cidadania com a democracia participativa, e a necessidade de diminuição do tamanho do Estado, de forma a possibilitar abertura de espaços de participação à sociedade civil e ao mercado, determinam a criação de um espaço público não estatal, onde os indivíduos possam perfazer-se, realizar-se.

Isso acarretou a criação de várias fundações de apoio a universidades e hospitais públicos, que face a esta descentralização político-administrativa, puderam desenvolver parcerias com o setor privado, geradoras de receita para investimento no setor público.

A dificuldade de operar com a burocracia estatal e seus controles formais, determinou o aparecimento dessa estrutura descentralizada, e a partir dos seguimentos de interesses nas unidades públicas: classes de professores, funcionários, médicos, etc, foram constituídas fundações para este fim, com organismos colegiados (conselhos fiscal e curador) de controle participativo dos envolvidos.

Esta situação, determinou a edição da lei 8.958 de 20 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e suas fundações de apoio.

As fundações de apoio.

Art.1º - As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.

Embora o preceito se refira diretamente a "instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica", *este modelo tem sido adotado para instituições como hospitais federais e estaduais.*

A extensão normativa é possível no âmbito dos Estados e Municípios, face a regra do art. 24 da Constituição da República, que comete a União a competência para estabelecer regras gerais (par.1º) e a do art. 25 ,par.1º da lei maior, que reserva aos "Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição".

Aos municípios, (art. 30, inc.I), "legislar sobre assuntos de interesse local".

Na ausência de lei contrária à regra geral permissiva, a possibilidade se apresenta às demais instâncias federativas.

Nessas entidades se substitui o controle estatal formal, pelo participativo dos segmentos políticos de interesses da entidade apoiada.

Os casos de dispensa de licitação.

Art.24- É dispensável a licitação (Lei das licitações, Lei nº 8.666, de 21.06.93, com a nova redação determinada pela Lei nº 8.883, de 08.06.94):

XIII- na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

Portanto, nos casos de:

1.Pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional;

2.Recuperação social do preso.

Pode haver dispensa de licitação, e o requisito da inquestionável reputação ético-profissional sem fins lucrativos, tem sido suprido pelo atestado de regular funcionamento fornecido pelo Ministério Público, que requer a aprovação de contas e o controle finalístico da atividade.

XX- na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Da mesma forma, na contratação de portadores de deficiência física, onde o controle sobre o preço compatível com o praticado no mercado é realizado pelos órgãos colegiados da fundação, que autoriza a contratação.

É interessante notar que esta nova forma de controle é extremamente eficaz, pois esses organismos de deliberação colegiada, como instância política de exercício do poder, revelam sempre disputa de no mínimo dois grupos , o que lhe dá eficácia.

Forma de constituição, funcionamento e fiscalização.

Art.2° - As instituições a que se refere o art. 1° deverão estar constituídas na forma de fundações de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pelo Código Civil Brasileiro, e sujeitas, em especial:

I- a fiscalização pelo Ministério Público, nos termos do Código Civil e de Processo Civil;

A fiscalização do Ministério Público pressupõe o controle finalístico das atividades, ou seja, o que a entidade tem desenvolvido como projetos de apoio institucional e desenvolvimento científico em cada ano ou exercício financeiro, e o controle da equação: receita-despesa-parcela de re-investimento e patrimônio imobilizado pela atividade não lucrativa.

A cada exercício financeiro o Ministério Público deve observar o equilíbrio nessa equação, com a ampliação de projetos, aumento do patrimônio imobilizado: aquisição de máquinas, bens móveis ou imóveis etc, ou a destinação da parcela de re-investimento para o exercício seguinte, ou mesmo a aplicação no mercado financeiro como fonte de custeio de outras iniciativas.

II- à legislação trabalhista;

Como entidade de direito privado, existe a possibilidade de contratação, nos termos da legislação trabalhista, dos funcionários em regime estatutário para a prestação de serviços nos projetos, desde que compatível com o horário estabelecido no regime especial.

Não são poucos os casos de contratação de profissionais no mercado pela fundação de apoio, no regime celetista, para cessão à entidade apoiada, sem ônus para esta.

III- ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bienalmente.

A medida é extremamente salutar e expressa controle sobre a moralidade administrativa na atividade descentralizada (art. 37 da C.R).

A grande viabilidade econômica, face a produção científica da entidade apoiada, tanto no caso de universidade quanto hospitais, pode levar a fundação a desviar-se de seus fins, para converter-se em uma empresa "chapa branca", com o desvio da parcela de re-investimento para o benefício dos envolvidos ou

até associações parceiras. Esses casos, revelam ineficiência do controle colegiado por conluio ou omissão.

Art.3º - Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a:

I- observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços.

A legislação separa o que é receita gerada pela atividade privada descentralizada, da pública repassada para desenvolvimento de projetos, e nesse caso, a submete aos mesmos preceitos aplicáveis a receitas de orçamento.

Nos serviços, não se incluem os pagamentos para desenvolvimento de projetos através da modalidade de trabalho temporário (lei 9.601/98), mas apenas aos serviços contratados, que neste caso, se submetem a licitação.

A razão é muito simples, como regra limitativa da atividade privada, deve ter interpretação restritiva, pois do contrário, se inviabilizaria as vantagens da descentralização, que em última análise, tem por finalidade gerar agilidade e diminuição de custos, ou mesmo a possibilidade de ações de desenvolvimento sem a criação de quadros de pessoal , que oneram cada vez mais as autarquias federais e estaduais, pois estamos falando de hospitais escola e universidade, em sua maioria.

II- prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;

A imposição é decorrente do princípio da legalidade e moralidade administrativa impostos pelo art. 37 da Constituição da República[1]. As verbas repassadas serão auditadas pelo Tribunal de Contas do respectivo ente federado que liberou os recursos e o desenvolvimento do projeto pelos organismos colegiados. Estamos, portanto, diante de um duplo controle.

III- submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante;

É evidente que as entidades contratantes devem fiscalizar o desenvolvimento do projeto contratado através de um cronograma para a liberação dos recursos.

IV- submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente.

Como afirmamos, as receitas liberadas são objeto de análise pelo Tribunal de Contas respectivo, que tratando-se de entidades federais de ensino, será o da União.

---

1. Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

Para cada situação específica o seu órgão interno de controle.

Nesse sentido, a lei 9.790 de 23 de março de 1999, estabelece no seu art. 10, par.2° as cláusulas essenciais para os termos de parceria que especifica, e podem ser utilizadas nos convênios ou contratos realizados pela Fundação de Apoio, o que facilita a transparência e organograma de desenvolvimento do projeto com as etapas de liberação de receitas.

A participação dos servidores.

Art.4° - As instituições federais contratantes poderão autorizar, de acordo com as normas aprovadas pelo órgão de direção superior competente, a participação de seus servidores nas atividades realizadas pelas fundações referidas no art. 1° desta Lei, sem prejuízo de suas atribuições funcionais.

Note-se, que em todos os preceitos da lei se verifica a repetição exaustiva da necessidade de participação de órgãos colegiados tanto da administração da autarquia apoiada (administração indireta), como da fundação de apoio (atividade privada).

Antes desta forma de descentralização do Estado para a sociedade e o mercado, o profissional buscava complementação do seu salário, vendendo a tecnologia e a ciência produzida na universidade ou no hospital, para empresas ou particulares, sem que o Estado obtivesse nenhum ganho com isso. Com as fundações de apoio, os projetos são desenvolvidos através delas, e a remuneração engloba os profissionais do setor público pela atividade privada e a parcela de re-investimento é aplicada na entidade apoiada, que passa a usufruir de todos os benefícios do desenvolvimento da ciência produzida, bem como da participação na parcela de reinvestimento, que será aplicada na fundação ou na autarquia.

Par.1° - A participação de servidores das instituições federais contratantes nas atividades previstas no art. 1° desta lei, autorizadas nos termos deste artigo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, podendo as fundações contratadas, para sua execução, conceder bolsas de ensino, de pesquisa e de extensão.

A descentralização faz questão de assegurar, que a atividade é de prestação de serviço e não cria vínculo empregatício. A modalidade de trabalho temporário deve ser a mais utilizada, ou , como o preceito indica, o pagamento através de bolsas de ensino, pesquisa e de extensão.

Essas atividades são isentas da cota patronal, devida ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o que representa economia de aproximadamente 27% sobre a folha de pagamentos dos profissionais envolvidos, e por via de conseqüência, maior reinvestimento no setor público não estatal ou mesmo na autarquia.

Par.2° - É vedada aos servidores públicos federais a participação nas atividades referidas no caput durante a jornada de trabalho a que estão sujeitos, excetuada a

colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos de sua especialidade, de acordo com as normas referidas no caput.

Outra preocupação clara é a preservação do servidor na sua atividade originária, com o cumprimento integral de seus deveres funcionais. Reafirma-se desta forma a descentralização, sem prejuízo da estrutura e atividade estatal.

Limitações para contratação.

Par.3º - É vedada a utilização dos contratados referidos no caput para a contratação de pessoal administrativo, de manutenção, docentes ou pesquisadores para prestarem serviços ou atender necessidades de caráter permanente das instituições federais contratantes.

A vedação se dirige a atender a exigência de concurso público para o suprimento de cargos na administração pública, e a impossibilidade de contratação para exercer atividades inerentes aos mesmos.

Uma coisa é contratar através da fundação de apoio para prestar serviço ao ente público, outra burlar o requisito do art. 37, incs, I e II da Constituição da República, contratando profissional no regime CLT para exercer atividade própria de cargo, emprego ou função pública.[2]

A independência das pessoas pública e privada.

Art.5º - Fica vedada às instituições federais contratantes o pagamento de débitos contraídos pelas instituições contratadas na forma desta Lei e a responsabilidade a qualquer título, em relação ao pessoal por estas contratado, inclusive na utilização de pessoal da instituição, conforme previsto no art. 4º desta lei.

A lei se preocupa em deixar bem clara a distinção e independência entre a autarquia e a pessoa privada que dá apoio. Como pessoa jurídica de direito privado, a fundação de apoio arca com todas as responsabilidades fiscais, trabalhistas e contratuais dos projetos desenvolvidos em parceria com o setor público.

Art.6º - No exato cumprimento das finalidades referidas nesta Lei, poderão as fundações de apoio, por meio de instrumento legal próprio, utilizar-se de bens e serviços da instituição federal contratante, mediante ressarcimento e pelo prazo estritamente necessário à elaboração e execução do projeto de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de efetivo interesse das instituições federais contratantes e objeto do contrato firmado entre ambas.

O instrumento legal próprio deve ser o termo de parceria de que trata a lei 9.790/99, que embora se dirija às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, se adequa plenamente a hipótese, pois suas cláusulas essenciais previstas no parágrafo 2º do art. 10, discriminam tudo que é necessário nesse tipo de parceria.

Outras formas de Fundação de Apoio a órgãos e instituições públicas e entidades privadas de ensino.

Esta forma de descentralização com controle participativo dos cidadãos envolvidos na entidade apoiada, tem sido muito utilizada por instituições como o Ministério Público, Defensoria Pública, ou mesmo Universidades privadas.

Possibilitam agilidade e desenvolvimento de parcerias com o mercado e a entidade apoiada e diminuem custos. Os controles formais impostos principalmente a instituições públicas, fazem as despesas sejam possíveis através de pronto pagamento , o que "engessa" qualquer agilidade de execução de atividades.

Em qualquer caso, as regras gerais devem ser aplicadas, com apenas a diferença que, no caso de Universidades privadas, não há obstáculos para contratações, pois não existem cargos, empregos ou funções públicas.

As Organizações Sociais.

As Organizações sociais são formas típicas de descentralização do Estado para a sociedade civil organizada, no sentido de viabilizar ações conjuntas de políticas sociais.Englobam qualquer entidade que compõe o terceiro setor, como associações civis sem fins lucrativos e fundações.

Qualificação e requisitos.

Art.1° - O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, *atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.*

O Poder Executivo declara quais entidades podem ser qualificadas como Organizações Sociais, e ao fazer isso, atesta esta situação e a conseqüente capacidade jurídica, ou seja, a de ser sujeito de direitos, para realizar parcerias com o Poder Público.

Devem ter como objetivos o ensino, a pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Todos esses conceitos devem ser interpretados em sua acepção mais ampla possível, pois como norma permissiva, ou que concede direitos, não admite interpretação restritiva, ainda mais se considerarmos, que são expressão do dever de cidadania responsável, da nossa democracia participativa.

Art.2° - São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitam-se à qualificação como organização social:

I- comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a)natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

O estatuto é a lei que rege as relações do grupo, e seus objetivos vinculam todos à realização de suas finalidades. Assim, o primeiro passo é determinar natureza e objetivos.

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

É da essência da atividade não lucrativa o re-investimento do excedente financeiro na ampliação do imobilizado ou das atividades. É o que denominamos o patrimônio público não estatal, que agora vem expresso no próprio Código Civil. Note-se, que o sistema legal brasileiro discrimina basicamente dois tipos de entidades sem fins lucrativos: as que têm patrimônio privado, integralizado por capital dos beneficiários das atividades, como os clubes, e o público não estatal, expresso pela renúncia fiscal ou doações a essas entidades e que, em caso de dissolução, voltam para o Estado.

As fundações são constituídas através de um "fundo em ação" que pode ser expresso por propriedade material ou imaterial, como a tecnologia para o desempenho de determinada atividade.O seu patrimônio é da sociedade, em virtude da sua natureza.

Entretanto, a legislação específica cria outros tipos de entidades com patrimônio público não estatal, como as Organizações Sociais, e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

c)previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

Como entidade que se assemelha a natureza jurídica de uma fundação, que constitui originariamente ou em sua existência, um patrimônio público não estatal, as Organizações Sociais têm liberdade de constituição limitada a estabelecer formas de controle sobre a constituição desse patrimônio.

d)previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

É requisito da OS a participação paritária Estado – Sociedade.Reafirma a lei a descentralização do Estado para a sociedade civil , e a democracia participativa da nossa cidadania responsável.

e) composição e atribuições da diretoria;

O estatuto é a lei que rege as relações das pessoas envolvidas na administração. Como tal, deve estabelecer a quantidade de membros de cada órgão colegiado e as atribuições que cada um tem na organicidade.

Em geral os estatutos prevêem uma estrutura pensante, normalmente não remunerada, pois se compõem de voluntários ou idealistas que pretendem desenvolver alguma atividade de bem estar coletivo. Já a administrativa

pressupõe carga horária e responsabilidades operacionais da gestão da entidade, o que a torna sempre remunerada, e em geral, o estabelecimento das atribuições, é feito através de regimento interno votado nas assembléias.

f)obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão.

O dever de transparência é da essência da democracia e princípio básico da descentralização de atividades do Estado para o 3° setor. O contrato de gestão deve ser desenvolvido através de um cronograma de evolução, buscando dar transparência ao binômio: receita-resultado obtido.

Como a atividade é não lucrativa, os relatórios financeiros devem esclarecer a equação: receita-despesa-patrimônio imobilizado e parcela de re-investimento do exercício financeiro. Através do contraste por exercícios, se pode visualizar se houve apropriação do patrimônio público não estatal, para fins privados.

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

O artigo demonstra uma preocupação com a essência da atividade, que é expressão de cidadania participativa. Desta forma, as associações não lucrativas devem ser abertas à sociedade civil.

Esta preocupação deve estar presente quando da elaboração de estatutos, e não apenas quando houver a finalidade de qualificar a entidade como Organização Social.

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

Reafirma a lei a distinção entre o patrimônio público não estatal e o privado. Tudo que é parcela de re-investimento decorrente de renúncia fiscal ou do excedente do contrato de gestão, deve ser aplicado no desenvolvimento das atividades ou na ampliação do patrimônio imobilizado, incluída a parcela de re-investimento do exercício anterior. Como entidade tipicamente não lucrativa, diversa de outras como os clubes, onde se pode encontrar o patrimônio privado, integralizado pelas contribuições dos associados, e o público não estatal, expresso pela renúncia fiscal da natureza não lucrativa, qualquer participação na distribuição de bens ou do patrimônio líquido constitui improbidade, passível de punição pela lei 8.429/92, face inobservância do dever cidadão, de não submeter o interesse público ao privado, que é da essência da atividade.

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

Como patrimônio público não estatal, os legados, doações e excedentes financeiros, aí incluídos a parcela da renúncia fiscal incorporada ao patrimônio, devem ser repassados a outra entidade de natureza igual e com atuação na mesma área, meio ambiente, educação etc.

Como descentralização de qualquer ente federado para a realização de ações e políticas sociais, a OS deve reverter ao ente respectivo o volume de recursos excedentes e os bens alocados para a execução dos projetos.

II – haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Como descentralização de políticas públicas em parceria com a sociedade civil, a criação de uma OS depende sempre da chancela do Estado ou Município na área respectiva. Não haveria razão de se instituir uma associação civil sem a correspondente integração em programas e projetos do governo, até porque, como vimos, sua constituição e qualificação, depende de gestão compartilhada entre integrantes do governo e da sociedade.

Os preceitos dessa lei podem ser estendidos aos demais entes federados por força da competência da União para estabelecer normas gerais nos termos do art. 24 da Constituição da República,[3] pois as OS se dirigem a atividades na área do ensino,

---

3. Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
II - orçamento;
III - juntas comerciais;
IV - custas dos serviços forenses;
V - produção e consumo;
VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
IX - educação, cultura, ensino e desporto;
X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
XI - procedimentos em matéria processual;
XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
XIII - assistência jurídica e defensoria pública;
XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
XV - proteção à infância e à juventude;
XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.
§ 1° - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
§ 2° - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
§ 3° - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
§ 4° - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico , proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (art.1º).

O Conselho de Administração.

Art.3º - O Conselho de Administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I- ser composto por:

a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidade da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

Como descentralização do Estado para a sociedade civil organizada, a OS deve expressar os segmentos de interesses do Governo e da Sociedade, parceiros na determinada área de atuação. Na constituição da OS, há a possibilidade de transformação de uma associação civil já existente ou a sua criação com a participação de grupos, classes, categorias, ou mesmo uma associação civil integrando sua constituição originária. De qualquer forma, deve-se observar os percentuais de participação desses seguimentos de interesses no momento da instituição.

Essa composição se refere a estrutura pensante, ou seja, o organismo colegiado que pensa o desenvolvimento dos projetos e objetivos para os quais foi instituída a OS.

II- os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

A periodicidade dos governantes é princípio básico do nosso sistema republicano , e desta forma, deve ser observado pela OS, pois como entidade que expressa patrimônio público não estatal e instituída para servir à coletividade, não pertence a determinado grupo de pessoas e sim à sociedade com um todo.

III- os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinqüenta por cento) do Conselho;

O controle político da OS deve ser exercido pelo grupo, classe ou categoria que, em parceria com o Estado, desenvolve as atividades de políticas

públicas, por isso a exigência de mais de 50% de representatividade nos organismos colegiados.

IV- o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

O prazo de dois anos é estabelecido para a primeira composição iniciar as atividades e organizar a entidade para a efetiva participação de todos os segmentos envolvidos. Após, devem ocorrer eleições para a melhor e maior participação não só daqueles que instituíram a OS , mas de outros segmentos que tenham se agregado às suas atividades.

V- o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do Conselho, sem direito a voto;

Como a composição da OS reserva percentual maior para integrantes do governo, (art.3°,inc. I letra "a" – 40%), parece salutar a vedação de voto ao presidente da entidade, de forma a permitir maior participação social na escolha das prioridades das ações que serão desenvolvidas.

VI- o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;

Como exercício de democracia participativa, as reuniões expressam a ocorrência ou não da participação dos segmentos envolvidos na atividade.Daí a razão da imposição de no mínimo três reuniões anuais.

VII- os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

VIII- os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.

Exige-se na OS a separação completa entre a estrutura pensante e a operacional, não se admitindo a cumulação de funções entre ambas. Desta forma, os conselheiros apenas determinam as prioridades, metas e formas de atuação e desenvolvimento de parcerias, que serão executadas pelos profissionais contratados ou voluntários da estrutura operacional.Todas essas atribuições são discriminadas a seguir.

Art.4° - Para fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

I- fixar o âmbito de atuação da entidade, para a consecução do seu objeto;

II- aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

III- aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;

IV- designar e dispensar os membros da diretoria;

V- fixar a remuneração dos membros da diretoria;

VI- aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;

VII- aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

VIII- aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

IX- aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

X- fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com auxílio de auditoria externa.

É importante reafirmar, que o Conselho de Administração como órgão de direção máximo, é quem fixa a remuneração, valores a serem pagos, decide sobre demissões ou tudo mais que diga respeito a gestão da entidade.Tudo isso deve constar do estatuto, sendo que os procedimentos internos serão discriminados do regimento da entidade.

O contrato de Gestão.

Art.5º - Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às relacionadas no art. 1º.

O instrumento que formaliza a parceria é denominado "contrato de gestão", essencial ao desenvolvimento das atividades, e deve ter manifestação dos organismos colegiados da OS e do Poder Público contratante.

Art.6º - O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

Parágrafo único- O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

Como ato composto pela vontade da pessoa jurídica de direito privado e o poder público, o contrato exige a manifestação de ambas as partes, e esta participação, além de configurar dever de cidadania, é essencial para a validade do contrato, pois sem a anuência de todos é ineficaz, ou seja, não produz efeitos jurídicos.

Art.7º - Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

Como atividade pública não estatal, descentralizada do Estado para a sociedade civil organizada, são aplicáveis os mesmos princípios impostos à

Administração Pública, estrito senso, previstos no art. 37 da Constituição da República, posto que a atividade é também expressão de democracia participativa e via de conseqüência, dever de cidadania.

I- especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II- estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício, de suas funções.

Parágrafo único – Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

O contrato de gestão tem procedimento semelhante ao utilizado pelas OSCIP's, conforme o art.10 da lei 9.790/99. A regra básica é a transparência e o desenvolvimento do projeto com a correlação receita recebida – resultado alcançado, dentro de prazos que permitam a visualização do desempenho.

Pela vedação imposta aos membros do Conselho de Administração, o termo "dirigentes" do inciso II, deve ser interpretado de maneira restritiva, determinando que se refere aos profissionais da estrutura operacional da OS.

Essas cláusulas devem ser entendidas como essenciais ao contrato de gestão, pois a atividade se vincula aos princípios do art. 37, como vimos.

Portanto, sua inobservância afronta os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, determinantes da responsabilidade cidadã da lei de improbidade (Lei 8.429/92) e a nulidade do contrato, que tem efeitos ex tunc, só gerando efeitos jurídicos aos terceiros de boa-fé.[4]

A execução e fiscalização do contrato de gestão.

Art.8º - A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

Ao Estado regulador cabe a taréfa de supervisionar a descentralização de suas atividades para o mercado e a sociedade civil através de Organizações Sociais. A tarefa é afeta ao Ministério, Secretaria ou órgão parceiro da OS.

Ao Tribunal de Contas do ente federado, representado pelo órgão da administração direta, caberá a fiscalização sobre a verba repassada para

4. Para maior aprofundamento sobre as nulidades dos atos administrativos e seus efeitos , ver nosso Direito Público – Temas Polêmicos, Editora Freitas Bastos.

desenvolvimento da parceria. Este tipo de controle concomitante, principalmente o participativo dos órgãos colegiados da OS, aumenta o espectro de pessoas responsáveis pela correta aplicação dos recursos e traz mais transparência ao controle da moralidade administrativa. Vale a pena repetir, que todos os envolvidos exercem dever cidadão, o que torna a omissão relevante , em caso de desídia.

Art.9º - Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão , ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou de bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Este dever jurídico decorrente da cidadania, é reafirmado no preceito do art. 9º , que com base nele, estabelece a responsabilidade solidária de todos que não o observem .Quando falamos em dever jurídico, nos referimos à exigência de um comportamento pela lei, e no nosso caso, pela Constituição, (Art. 37 da C.R.), independentemente da exigência de qualquer pessoa, e que decorre do sistema de democracia participativa e cidadania responsável. No caso, a solidariedade advém da natureza do dever de cidadania, que impõe a todos um atuar pró-ativo, transformando a inércia, em responsabilidade comissiva por omissão.[5]

As únicas possibilidades de fugir do dever de denunciar irregularidades aparentes na execução do contrato, é provar a ocorrência de caso fortuito e força maior, ou seja, o conhecimento e a não comunicação foram decorrentes de situações imprevisíveis ou inevitáveis.[6] Nota-se, que a Lei das OS's segue o mesmo sistema de responsabilidade objetiva do agente público, lato senso, que inobserva o dever de probidade imposto pelo art. 37 da Constituição da República, da mesma forma que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

Art.10 – Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de

---

5. Quanto ao conceito de dever jurídico "é a necessidade imposta por lei de fazer (ou omitir) alguma coisa. Por vezes ela exige a prestação independentemente da vontade de quem quer que seja; de outras vezes a obrigação de fazer corresponde ao direito de exigir de outrem. A todo o direito corresponde um dever, mas a recíproca não é verdadeira: há deveres criados por lei independentemente de exigência de qualquer pessoa. Assim, por exemplo: o dever de pagar o aluguel corresponde ao direito do locador; mas o dever do médico de comunicar certas doenças (CP, art. 269) é imposto em lei independentemente da vontade de quem quer que seja". Hélio Tornaghi, A Relação Processual Penal, p.59.

6. Força maior é o acontecimento inevitável, aquilo a que não se pode resistir (*cui resisti non potest*). É famosa a definição de Gaio encontrada na Lei I, parágrafo 4º do L. 44, Tit. 7º do Digesto: "*Vis maior est cui humana infirmitas resistere non potest*": força maior é aquela a que não pode resistir a fraqueza humana. Uma inundação , um incêndio, uma guerra, um naufrágio, são circunstâncias de força maior. Nessa inevitabilidade reside a característica da força maior e nisso ela se distingue do fato casual, do acaso ou caso fortuito, que é o sucesso imprevisível. Ulpiano definia o fortuito como o caso que não pode ser previsto por nenhuma consideração humana: "*Fortuitas casus est, Qui nullo humano consilio praevideri potest*" (1,2 D.50,8). Hélio Tornaghi, Comentários ao Código de Processo Civil, vol.II,p.320.

malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

O preceito repete o art. 16 da lei 8.429/92, e se refere a medidas judiciais de natureza cautelar, para possibilitar a devolução de bens ou recursos que foram desviados de sua afetação ao projeto ou ao patrimônio público não estatal, aí incluída qualquer parcela de re-investimento decorrente de renúncia fiscal ou excedente dos recursos gerados com a atividade.

Permanece o dever jurídico de provocar o Poder Público para as medidas cabíveis, que na esfera dos Estados, Distrito Federal e Municípios, inclui os Ministérios Públicos dos Estados.

Adota-se o mesmo sistema de responsabilidade da lei de improbidade, fundada em dever jurídico de não submeter o interesse público ao individual.

Par.1º - O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos art. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

Par.2º- Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos usados internacionais.

Os dois parágrafos são repetição literal dos de mesmo número do citado artigo 16 da lei de improbidade, apenas com a substituição da expressão "indiciado" por "demandado" e "usados" por "tratados". São medidas que visam assegurar a possibilidade da restituição dos valores e bens desviados. Todas, por esta natureza, são instrumentais ou assecuratórias e se destinam a prevenir, com a necessária urgência, o dano que resultaria da demora da providência definitiva, e que poderia tornar ineficaz a condenação dos envolvidos em ressarcir o erário e a entidade lesada.

Par.3º - Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.

A natureza da OS como entidade pública não estatal, determina a situação do Poder Público ser o depositário e gestor dos bens e valores seguros pela medida instrumental. Também como atividade descentralizada do Estado para a sociedade civil organizada, cabe ao Poder Público a responsabilidade pela continuidade do desenvolvimento das atividades de interesse público.

Conclusão.

Como podemos ver, a descentralização do serviço pelo Município, não pode ser realizada da forma pretendida ,(licitação) , pois as leis federais que

atuam como regras gerais, no caso, o submetem às suas formas estruturais.

Nem tampouco se podem substituir cargos próprios da administração pela contratação terceirizada, de forma a afastar a exigência de concurso público.

Na própria relação de atividades descritas na inicial, se verifica a existência de vários cargos de médicos que seriam contratados da empresa terceirizada (fls.29/32).

Portanto, não tem amparo legal a licitação pretendida pelo Município, que deve observar o princípio da legalidade, vinculando seu atuar às leis federais que regulamentam a descentralização de atividades na área da saúde.

Ausente a observância do princípio da legalidade, por conseqüência afastada a fumaça do bom direito e o perigo na demora,mérito da cautela, que neste caso foi criado pelo Município ao não observar a forma legal imposta na lei.

Por estas razões, espera o Ministério Público a substituição da decisão por acórdão de igual teor.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 2006.

Luiz Fabião Guasque
Procurador de Justiça

Recurso de apelação – Não conhecimento- juízo de admissibilidade do recurso. Art. 594 do CPP – Visão de cautelaridade da prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível. Ausência de Justificativa lógico-formal dentro do sistema garantista, nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. A exigência do recolhimento do réu ao cárcere para apelar conflita com os princípios da ampla defesa e do direito ao recurso. Interpretação do dispositivo infraconstitucional conforme a Constituição Federal. Prequestionamento da matéria, nos termos das normas de regência, para efeito de eventual recurso constitucional. Coação ilegal do juízo de primeiro grau, ao não receber o recurso defensivo, ajuizado dentro do prazo, e por advogado constituído, com base em motivação inidônea, pois a gravidade do delito já foi considerada no tipo penal, e a prisão foi decretada na sentença, apesar de ter declarado que o réu é primário e sem antecedentes penais. A prisão processual cautelar – requisitos e pressupostos da prisão preventiva – necessita estar devidamente motivada, o que não se observa na decisão impugnada no* habeas corpus. *O Direito ao recurso é sagrado, seja o criminoso o pior dos celerados, pois tem direito ao duplo grau de jurisdição, mormente na apelação, onde será reapreciada a matéria a ser impugnada pela defesa técnica, sob pena de solapar-se a garantia constitucional. Parecer pela concessão da ordem, a fim de que seja recebido o apelo defensivo, se presentes os demais requisitos e pressupostos de admissibilidade do recurso.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADORIA DE JUSTIÇA JUNTO À 8ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Habeas Corpus nº 2006.059.02398

Impte.: Dr. Jair Leite Pereira

Pacte.: Ednildo Pinto Medeiros

Relator Des. Ângelo Moreira Glioche

Parecer

EGRÉGIA CÂMARA:

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar intentado contra ato do Juízo da 26ª Vara Criminal da Comarca da Capital, sob o argumento de constrangimento ilegal, sustentando a defesa técnica em favor do ora paciente, que a autoridade coatora, apesar de entender na sentença que o paciente é réu primário, não recebeu o recurso de apelação com fulcro no art. 594 do Código de Processo Penal, não lhe concedendo o acesso ao duplo grau de jurisdição. Pugna seja concedida a medida liminar para que sua apelação seja recebida e para que

seja dada vista ao paciente para apresentar suas razões.

Informações prestadas às fls. 23/24 e liminar indeferida à fl. 26.

Relatado, opino.

Embora haja entendimento jurisprudencial de que o art. 594 do CPP não se encontra revogado pela Carta Constitucional de 1988, e inclusive essa é a orientação predominante na doutrina, venho entendendo, apesar da tese ser considerada ousada, que tal vedação não pode prevalecer.

Ora, no meu modesto entendimento impedir o réu de recorrer sob o argumento de que não foi intimado pessoalmente da sentença, que determinou a sua prisão preventiva, cria distinção odiosa entre pessoas, principalmente aquelas mais humildes.

Trago à colação o entendimento do processualista e Procurador de Justiça deste Ministério Público, o consagrado AFRÂNIO JARDIM, que assim se posiciona sobre o tema:

> *"Por outro lado, parece-nos sumamente injusto negar o duplo grau de jurisdição, ou seja, a possibilidade de apelar, ao réu pelo fato de não ter ele se recolhido à prisão, tendo maus antecedentes em crimes inafiançáveis. É preciso distinguir nitidamente a desejável ampla admissibilidade dos recursos no processo penal e a conveniência de se iniciar a execução penal desde logo, malgrado a recorribilidade da sentença condenatória. A prisão não deve funcionar como mais um requisito de admissibilidade da apelação do réu de maus antecedentes, e o seu recurso não impedirá a instauração da execução provisória da pena aplicada. Este é o correto enfoque da questão, segundo nosso entendimento"*

Também adoto tal posicionamento após longa reflexão, ente erros e acertos. Na verdade, o STF admite a execução provisória da pena, até mesmo estando a matéria sumulada, conforme *verbete nº 716:*

> *"Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória*

Então, conclui-se: uma coisa é a possibilidade da prisão cautelar em função de estarem presentes os pressupostos da prisão preventiva – necessidade da prisão – ao tempo da prolação da sentença condenatória, outra coisa, é condicionar-se o direito ao recurso ao recolhimento prévio do apenado. Trata-se de profunda injustiça, que dentro de uma interpretação conforme a Constituição não pode ser mais mantida pelos nossos Tribunais.

O Direito ao recurso pelo acusado, solto ou preso, é inerente ao acusado no processo penal garantista- aqui não se trata de mero liberalismo, e sim de ver

o processo penal como instrumento para tentar aplicar-se o Direito, dentro da isonomia de princípios, com igualdade para todos os réus, sejam eles aquinhoados de patrimônio ou não. Exemplificando, se um determinado réu vai a julgamento, solto, e vem a ser condenado, se estiver preso por ocasião da sentença, é lícito ao Juiz condicionar o recurso defensivo a manutenção de sua custódia? Indaga-se: e se o acusado for inocente? Onde fica o fundamento do direito ao recurso e ampla defesa?

Conclui-se dizendo que a norma inscrita no art. 594 do CPP não pode prevalecer para o fim de vedar o acesso ao recurso do acusado foragido, antes ou após a sentença penal condenatória, afigurando-se, igualmente como inconstitucional a regra do art. 595, que mantém a obsoleta deserção pela fuga do réu.

Na Jurisprudência colaciona-se sobre o tema:

> "Em face do comando do art. 5º, LVII, da Constituição Federal vigente, a culpabilidade reconhecida na sentença condenatória só poderá irradiar os efeitos após o trânsito em julgado do decisum. Se o réu responde solto ao processo, a prisão decorrente da sentença e que emana da execução pura e simples daquele ato já não mais poderá ser imposta, na forma preconizada pelo art. 594 do CPP, cuja eficácia foi suprimida pelo aludido dispositivo constitucional (TACRSP, *RJDTACRIM* **4/156**, in *Código de Processo Penal Interpretado, Mirabete*, 7ª edição, p. 1263)

Também sobre o tema, veja-se o aresto do TARS, da RT 737/697:

> *"Apelação. Prisão do réu. Ofensa ao direito de defesa. Habeas corpus concedido, de ofício.... . O recebimento do recurso de apelação não pode ser condicionado à prisão, por evidente ofensa ao direito de defesa e, conseqüentemente, ao devido processo legal, pois aí está inserido o duplo grau de jurisdição. O recurso nada mais é do que o desdobramento do direito de defesa, que se faz num segundo momento, perante os Tribunais. Habeas corpus concedido, de ofício."*

Nessa Corte, há precedentes nesse sentido:

> *2005.051.00147 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO*
> *DES. SERGIO DE SOUZA VERANI - Julgamento: 25/10/2005 - QUINTA CAMARA CRIMINAL*
> *R.S.E. SENTENÇA CONDENATÓRIA (ART. 171, N/F ART. 71 C.P.). PRISÃO DECRETADA NEGADO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. DECISÃO DESFUNDAMENTADA. Proferida a sentença condenatória, foi decretada a prisão e negado o direito de apelar em liberdade. A ré, porém, respondia solta ao processo, indeferida*

a prisão preventiva ao receber-se a denúncia. inexistindo qualquer fato novo a justificar, agora, a prisão, desconstitui-se a decisão que a decreta, assim como a que não recebe a apelação, garantido à ré o direito de apelar em liberdade, determinando-se o processamento do recurso interposto, recolhido o mandado de prisão. Note-se, também, que o direito ao recurso integra o exercício da garantia constitucional da ampla defesa. Recurso provido

2005.050.05250 - APELACAO CRIMINAL
DES. MARIA ZELIA PROCOPIO DA SILVA - Julgamento: 13/12/2005 - SETIMA CAMARA CRIMINAL
APELAÇÃO. CRIME DO ARTIGO 157, § 2º, I e II, DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR. RÉU FORAGIDO AO QUAL FOI NEGADO APELAR EM LIBERDADE. NÃO RECEBIMENTO DO APELO, NO PRIMEIRO GRAU. DECISÃO IRRECORRIDA. ARTIGO 594, C.P.P. FACE A CONSTITUIÇÃO. PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO POR "SEMELHANÇA FÍSICA", EM SEDE POLICIAL, MAIS DE UM ANO APÓS O FATO. DIVERGÊNCIA NOS RELATOS DA VÍTIMA. DÚVIDA NO RECONHECIMENTO EM JUÍZO. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONHECIMENTO DO RECURSO DO SEGUNDO RÉU. PROVIMENTO DOS RECURSOS DEFENSIVOS. Negado ao segundo Réu, na sentença, apelar sem recolher-se à prisão e não recebido o seu apelo, pelo Juiz a quo, por decisão transitada em julgado, é conhecido o recurso agora interposto pela sua Defesa, considerando-se que o direito ao recurso, à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição, compondo o devido processo legal, constituem garantia fundamental dos acusados, consoante o artigo 5º, LIV da Constituição Federal, a qual também consagra, literalmente, o princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII). . Fere o bom senso e agride a inteligência média que não tendo a vítima do roubo, três dias após o fato, logrado fornecer qualquer detalhe físico dos assaltantes, para retrato falado, uma vez que estavam de touca, venha, MAIS DE UM ANO APÓS, a reconhecer dois deles, por fotografia, em sede policial, mormente tratando-se de roubo praticado por cinco elementos, à noite, em rua de pouca iluminação, encontrando-se a vítima dentro do próprio carro. Não coincidindo as ações atribuídas aos dois agentes supostamente reconhecidos por fotografia, nos relatos feitos pela vítima em sede policial e em Juízo, não havendo testemunhas presenciais e dizendo a vítima em Juízo, quanto ao acusado presente, não saber afirmar se é efetivamente, a pessoa que o assaltou, inviável é a condenação. Preliminar ministerial rejeitada (segundo réu). Recursos defensivos providos.

Na doutrina a posição sustentada é defendida por ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES (Processo Penal Constitucional, 3ª edição, Revista dos Tribunais, p. 313/315), ADA PELEGRINI GRINOVER e outros (Recursos no Processo Penal, 2ª edição, Revista dos Tribunais, pp. 136/139), além de LUIZ GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO (Processo Penal (em face da) e Constituição.

Sobre o tema enfocado, destaca o culto Professor e Magistrado fluminense, ao comentar a matéria relativa ao direito de recorrer em liberdade ou o não recolhimento à prisão ou fuga e a deserção (arts. 393, I e 594 e 595, todos do CPP), concluindo, em síntese lapidar: *".....o art. 594 do CPP está irremediavelmente revogado pela Constituição. Também está derrogado o art. 393, I, do mesmo Código, na parte em que declara como efeito da condenação recorrível ser o réu preso. Nada tem a ver o exercício do direito de recorrer com o estado de liberdade do réu. O mesmo raciocínio se aplica à deserção, que está na contramão da ampla defesa constitucional."*

Nesse sentido, a postura correta é admitir o recurso de apelo, sem prejuízo do mandado de prisão expedido pelo juiz de primeiro grau, conforme se vê do aresto do Superior Tribunal de Justiça **(RHC nº 6.110/96- SP, decisão em 18/2/97, 6ª Turma, relator Ministro Vicente Cernicchiaro, assim resuminda:**

> *"As cautelas processuais penais buscam, no correr do processo, prevenir o interesse público. A Carta Política, outrossim, registra-o. Devido processo legal compreende o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Não se pode condicionar o exercício de direito constitucional. Ampla defesa e duplo grau de jurisdição ao cumprimento da cautela processual. Impossibilidade de não receber a apelação, ou declará-la deserta porque o réu está foragido. Releitura do art. 594, CPP em face da Constituição. Processe-se o recurso, sem sacrifício do mandado de prisão"*

No fio do exposto, o opinamento desta Procuradoria de Justiça é *pela concessão da ordem tão-somente para cassar-se a decisão monocrática do juiz de primeiro grau e receber o recurso de apelo, a fim de que este seja processado e julgado pelo Tribunal de Justiça, já que na linha do aqui enfocado há evidente coação ilegal, passível de ser afastada pelo remédio heróico, sem prejuízo do mandado de prisão expedido.*

Rio de Janeiro, 05 de maio de 2006.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA
Procurador de Justiça

Retrocessão. Desapropriação por interesse social. Caducidade do decreto expropriatório. Impossibilidade da retrocessão antes da efetivação da desapropriação. Procedência parcial para fins de cancelamento da imissão provisória na posse.

EXMA. SRA. DRA. JUÍZA DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE PETRÓPOLIS/RJ

Processo nº 2005.042.007032-0

Trata-se de ação de retrocessão cumulada com declaratória de nulidade de desapropriação proposta por PAULO CÉSAR DE AMORIM e sua esposa EDEL KISCHTAT AMORIM, em face do Município de Petrópolis, objetivando a declaração de nulidade da Ação de Desapropriação nº 2002.042.002603-7, em trâmite na 4ª Vara Cível desta Comarca, bem como que retorne ao *status quo ante* a propriedade dos Domínios Úteis dos Lotes de Terras nºs 07, 08, 09 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17, da Quadra 83, localizados no conjunto de lotes do Jardim Quitandinha, com superfície de 8.479,82m².

Os autores afirmam que fora ajuizada Ação de Desapropriação em razão do Decreto Municipal nº 290/02, em que os referidos lotes foram considerados de interesse social para fins desapropriação, sob alegação de que a mesma destinava-se ao assentamento das famílias que se encontravam desabrigadas ou em área de risco iminente, revestindo-se a mesma de caráter de urgência. Porém, alegam que até a propositura da demanda nada foi feito nos lotes, o que caracteriza efetivo desvio.

Sustentam que no caso de desapropriação por interesse social deve ser observado o artigo 3º da Lei nº 4.132/62, que estabelece um prazo de caducidade de dois anos, a contar do decreto expropriatório, não só para que se promova a desapropriação, mas também para que se adotem as providências de aproveitamento do bem expropriado, sendo certo que no presente caso, já se passaram mais de três anos da decretação da desapropriação.

Por fim, em síntese, afirmam que a jurisprudência e a doutrina apontam para o entendimento de que somente é possível o exercício do direito de retrocessão quando é dado ao bem objeto da desapropriação outra destinação que não seja de interesse público ou que não lhe tenha sido dada qualquer destinação.

Às fls.20/21, os autores requerem a retificação da petição inicial, a fim de que passe a constar como valor atribuído à causa a importância de R$50.000,00 (cinqüenta mil reais).

Contestação lançada às fls.38/45, onde o Município de Petrópolis sustenta as seguintes preliminares: falta de interesse processual dos autores, pois resta comprovado que os autores desta retrocessão anuíram com a desapropriação dos lotes de terra, bem como concordaram com o valor depositado pelo Município; a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o Decreto-Lei nº 3.365/41 dispõe em seu art.5º, § 3º, que os imóveis desapropriados para fins de parcelamento popular, destinados às classes de menor renda, não poderão sofrer retrocessão.

No mérito, afirma que o direito à retrocessão só existe para o ex-proprietário quando o poder público dá ao bem expropriado finalidade diversa do interesse público, mas no caso de adestinação, que ocorre quando o bem ainda não recebeu a destinação para a qual fora desapropriado, não há que se falar em retrocessão. Diz que não pode ser aplicado o prazo decadencial previsto no art. 3º da Lei nº 4.132/62, uma vez que o interesse social ao que esta lei se refere não se enquadra no caso em tela.

Conforme certidão à fl.50, não houve apresentação de réplica.

Não houve postulação por novas provas.

É o relatório. Segue o parecer.

Inicialmente, necessário se faz analisar as preliminares levantadas pelo réu.

Não merece prosperar a alegação de falta de interesse processual pelo fato dos autores terem anuído com a desapropriação. Pois, na verdade, a retrocessão é um mecanismo que garante ao expropriado a possibilidade de retomar o bem objeto da desapropriação, e não há dúvidas de que os autores eram os proprietários dos imóveis. A concordância se deu em função do ato de império de que se reveste a manifestação estatal, que limita a possibilidade de defesa do proprietário, mas isso não implica que o dono do bem tenha concordado com a sua transferência ao Estado.

Não há que se falar, de igual modo, em impossibilidade jurídica do pedido, pois é evidente que ainda que desapropriado para fins de parcelamento popular, se ao bem for dada uma destinação ilícita ou que não atenda ao interesse público, será possível a retrocessão. A norma invocada tem em mira, primeiramente, evitar a utilização lícita do bem para outros fins. E quanto à vedação de retrocessão, há de compatibilizar o dispositivo com a Constituição Federal, de onde vem o fundamento para a retrocessão. Assim, se o poder público realmente planeja utilizar o bem para o fim declarado, e demonstra concretamente isso, a retrocessão fica obstada, mas do contrário a vedação seria forma de criar uma barreira à retrocessão que habilitaria toda sorte de desmandos e ilícitos.

Mas o ponto principal para o afastamento da tese defensiva é que a desapropriação tinha por base o interesse social, arrimando-se na Lei Federal 4.132/62, onde não há semelhante dispositivo.

Quanto ao mérito, há de se frisar a divergência de regime entre a caducidade prevista no art.10 do DL 3365/41, que não fixa prazo para a utilização

efetiva do bem para o fim declarado, e a caducidade estampada no art.3º da Lei 4132/62, que prevê o início do aproveitamento do imóvel como condição da pena. Ou seja, aqui há efetivamente previsão de conduta concreta do ente público expropriador, que não pode ser desmerecida.

É possível interpretar o dispositivo com temperamento, contando o prazo de dois anos para aproveitamento a partir da imissão na posse, provisória ou definitiva, o que ocorre no curso da ação, já que não há como dar início ao aproveitamento do bem imóvel antes disso. Mas ainda assim, uma vez verificada a imissão na posse, não há fundamento legal para qualquer inércia do poder público. E, no caso dos autos, a imissão ocorreu em setembro de 2002, ou seja, há mais de 5 anos.

Lembre-se que a retrocessão tem fundamento na garantia constitucional do direito de propriedade, e o fato do Estado possuir o direito potestativo de declarar o interesse público em obter a propriedade do bem não representa ausência de condicionamentos a tal exercício de poder, uma vez que a Constituição Federal não tolera qualquer tipo de arbítrio por parte do Estado.

Cabe aqui indicar algumas idéias norteadoras da retrocessão, expostas por Kiyoshi Harada:

> *"Os bens desapropriados, como não poderia deixar de ser, vinculam-se ao interesse público específico invocado pelo expropriante, sob pena de devolução ao antigo proprietário. O desvio na destinação do imóvel desapropriado enseja a retrocessão, que outra coisa não é senão a reincorporação do bem expropriado ao patrimônio do ex-proprietário, mediante devolução da indenização recebida, por inexistir o vínculo entre o sacrifício suportado pelo particular e o interesse público invocado como razão de desapropriar." (Desapropriação: doutrina e prática.* 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 163).

Pois bem, se verificarmos as condições acima postas e examinarmos o andamento do processo de desapropriação, iremos perceber que algumas condições não foram ainda concretizadas, impedindo a retrocessão. Apesar de terem concordado com a avaliação pericial do imóvel objeto da ação, o fato objetivo é que não houve até o momento a efetiva desapropriação, ou seja, são os autores ainda proprietários do imóvel em discussão, e não se mostra possível, assim, reaver a propriedade de algo que ainda lhes pertence.

Com efeito, ainda que com a posse do bem, o Município de Petrópolis não é o titular da propriedade ou do domínio útil do bem dos autores, e, desse modo, não tem como perder a propriedade pela retrocessão, ainda que demonstrado o desvio do interesse público, fato não negado pelo réu na sua contestação.

Pois bem. Tal conclusão levaria a um juízo de improcedência do pedido, já que não há como se determinar a retrocessão da propriedade que ainda é dos autores. Mas a interpretação que se faz do pedido permite concluir que almejam os demandantes o reconhecimento da caducidade do decreto expropriatório, algo

que pode ser reconhecido nestes autos. Não se trata de nulidade da ação de desapropriação, como colocado no item "c" de fl.11 da petição inicial, mas sim de caducidade do decreto expropriatório, que demanda o decurso de prazo para nova edição de manifestação de vontade do Estado, e daí ser proposta nova ação de desapropriação, caso volte o Município de Petrópolis a ter interesse em alojar desabrigados no local.

Considerando a caducidade como a "perda dos efeitos jurídicos de um ato em decorrência de certa situação fática ou jurídica mencionada expressamente na lei",[1] tem-se que o decreto que declara o interesse municipal de obter a propriedade dos imóveis não pode mais produzir efeitos, e assim a ação de desapropriação não pode mais prosseguir.

Nesse sentido, impõe-se a cassação da medida que permitiu a imissão provisória na posse do bem dos autores, que poderão vir a pleitear eventual indenização posteriormente, julgando-se parcialmente procedente o pedido.

Petrópolis, 31 de janeiro de 2.008.

Pedro de Oliveira Coutinho
Promotor de Justiça

---

1. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.698.

Ação de oferecimento de alimentos. Ausência de reconvenção. Impossibilidade de fixação dos alimentos em percentual acima do ofertado pelo autor. Princípio da demanda e do devido processo legal.

Processo: 2006.051.001605-5

Autor: Luiz Renato Vieira da Silveira
Ré: Ana Carolina Jardim da Silveira

MM. Dr. Juiz,

Trata-se de ação de oferecimento de alimentos formulada pelo pai em benefício da filha menor, em 7,5 % do seu salário ou em 80% do salário mínimo nacional. Juntou os documentos que comprovam o parentesco e provas de que tem outra filha.

Foram fixados os alimentos provisórios nos termos da proposta autoral.

Em contestação a ré alega que o autor possui outros rendimentos requerendo a expedição de vários ofícios (fls. 29 e ss). Não houve apresentação de reconvenção.

Sem possibilidade de conciliação, foram produzidas provas documentais que provaram que o autor aufere mais do que alegara sendo majorados os provisórios (fls. 29, 52, 59, 146 e 147, 209).

A decisão que majorou os provisórios foi objeto de agravo de instrumento com a concessão de efeito suspensivo (fls. 209, 226, 241).

Após alegações finais vieram os autos para parecer final (fls. 250 e ss.; 258 e ss.).

É o relato, passa o Ministério Público a opinar.

I) Sobre o direito material

Trata de hipótese de alimentos devidos pelo pai à filha menor impúbere, decorrendo assim a obrigação alimentar do poder familiar. Em sede de alimentos deve-se verificar o binômio necessidade do alimentando *versus* possibilidade do alimentante, porém em se tratando de filha menor tal necessidade é presumida.

Quanto às possibilidades do autor, estas parecem ser boas diante do novo contracheque apresentado pela sua empregadora já que trabalha na Petrobrás, como concursado do cargo de técnico.

Ocorre que temos um obstáculo processual para a fixação dos alimentos em percentual acima do oferecido, tornando, *data venia*, estéril a discussão sobre a possibilidade do alimentante.

Quando o autor formulou a demanda e a ré, no prazo de sua resposta, não apresentou a reconvenção houve uma vinculação da atividade jurisdicional aos limites fixados no pedido do autor.

Assim, qualquer percentagem fixada acima do ofertado que não for fruto de acordo, viola a inércia e configura-se como *error in procedendo*. Vejamos por tópicos.

II) A análise processual

II. 1 O princípio da demanda e a inércia como característica da jurisdição

No nosso Ordenamento o CPC prevê que *Nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. (art. 2ª)*

Tal disposição concretiza o chamado princípio da demanda e representa a inércia característica elementar da atividade jurisdicional, segundo Chiovenda, sendo a substitutividade a outra característica básica.

Agrícola Barbi, ensina que *nos processos de jurisdição contenciosa, prevalece nos países ocidentais não socialistas a regra de que eles só podem ter início por provocação de uma parte interessada (....) do princípio da demanda decorrem outras conseqüências, como a de que o juiz não pode decidir além do que foi pedido pelo autor*. (Comentários ao CPC. v. I, arts. 1ª a 153, 10 edição, forense; p. 14)

A demanda e a inércia garantem a imparcialidade do órgão jurisdicional.

II. 2 Da análise e interpretação das normas constitucionais e acórdãos contrários a tese aqui esposada.

Sabe-se que a jurisprudência dominante é favorável à fixação de alimentos além dos ofertados em ações de oferecimento, com o fundamento genérico do melhor interesse do infante, e em uma suposta ponderação entre o princípio do melhor interesse e os princípios processuais, não havendo nem nulidade nem necessidade de reconvenção.

Porém, *data venia*, a questão está desfocada já que nos acórdãos não se percebe uma construção analítica seguindo a linha da ponderação dos princípios. Não se constrói uma fundamentação com base na ponderação (necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito), procurando-se mostrar a

menor restrição possível ao princípio que cede espaço ao outro. Nem tampouco se observa que o devido processo legal previsto no art. 5 LIV e LV do Texto Maior é também garantia fundamental junto com o melhor interesse da criança retratado na expressão *absoluta prioridade*, art. 227 da CRFB/88, sendo ambos concretizados em normas infraconstitucionais. Vejamos alguns deles, da sétima, primeira e oitava Câmaras cíveis do TJ-RJ, *verbis:*

> *2007.001.23482 - APELACAO CIVEL - 1ª Ementa DES. MARIA HENRIQUETA LOBO - Julgamento: 29/08/2007 - SETIMA CAMARA CIVEL Ação de oferecimento de alimentos.Dever de sustento decorrente do poder familiar.Filho menor.Sentença que fixou os alimentos em percentual superior ao ofertado.Alegada impossibilidade de cumprimento do dever alimentar pelo alimentante no patamar arbitrado pelo Juízo a quo, que não restou comprovada.*Prevalência do binômio necessidade-possibilidade.Eventual arbitramento em montante superior ao ofertado na inicial não constitui decisão ultra petita, eis que este serve, apenas, de mera estimativa. *Sentença de procedência.Desprovimento do recurso.*

Neste acórdão salienta-se a prevalência do binômio clássico sem explicar o porquê, não sendo os aspectos processuais enfrentados. Vejamos outro, *verbis:*

> *2006.001.45899 - APELACAO CIVEL - 1ª Ementa DES. MARIA AUGUSTA VAZ - Julgamento: 28/11/2006 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL.* OFERECIMENTO DE ALIMENTOS. FIXAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR EM PERCENTUAL MAIOR DO QUE O OFERECIDO PELO AUTOR. AVALIAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. *O Código Civil, em seu artigo 1694, § 1º, determina que os alimentos devam ser fixados observando-se a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante.No caso em tela, considerando as duas fontes de renda do autor, a média de gastos dispensados na criação de duas filhas menores, bem como o fato da genitora das alimentandas também exercer atividade laborativa,* coube ao magistrado arbitrar valor intermediário, norteando-se pelo princípio da razoabilidade. *O valor da verba não pode ser fixada de forma a conferir ao alimentante o dever de, sozinho, prover o sustento das alimentadas, quando a genitora delas também exerce atividade laborativa e possui condições de contribuir economicamente para a criação. Bem avaliado o binômio necessidade/possibilidade.Sentença que se mantém.*

Neste acórdão novamente faz-se menção ao binômio clássico sem detalhamento maior diante das regras processuais, fazendo-se ainda referência

à 'razoabilidade' sem trabalhar o seu conteúdo tríplice citado acima e bem desenvolvido na obra de Daniel Sarmento. Vejamos outro, *verbis:*

> *2007.001.02337 - APELACAO CIVEL - 1ª Ementa DES. ANA MARIA OLIVEIRA - Julgamento: 07/08/2007 - OITAVA CAMARA CIVEL Ação de oferecimento de alimentos proposta pelo pai do menor no valor de 15% do seu salário ou de 30% do salário mínimo, caso perca o vínculo empregatício. Sentença de procedência parcial do pedido que fixou os percentuais em 25% dos rendimentos líquidos ou 50% do salário mínimo. Apelação do Autor.* Arbitramento dos alimentos em montante superior à oferta que não enseja julgamento extra petita. *Provas que demonstram as despesas do menor e a impossibilidade da mãe de supri-las revelando-se, no entanto o percentual de 20%, em caso de vínculo empregatício, mais condizente com o binômio necessidade-possibilidade, tanto mais que será mantido o plano de saúde do menor. Retenção do percentual referente aos alimentos sobre o FGTS em caso de rescisão do contrato de trabalho, que foi corretamente imposta porque a verba poderá garantir eventual inadimplemento dos alimentos e porque seu levantamento somente será apreciado no momento oportuno. Pensionamento que, no entanto, não deverá incidir sobre a verba designada por PLR (Participação nos Lucros e Rendimentos) que não tem natureza remuneratória. Precedentes do TJRJ.* Determinação de que prevaleça o pensionamento de maior valor que preserva os interesses do menor. *Provimento parcial da apelação.*

O julgado de fundamentação *breve, avaramente breve* não esclareceu a razão de não ser *extra* (sic) *petita* o julgamento que fixa o percentual dos alimentos acima do ofertado (a expressão em itálico é de Eça de Queiroz, na obra *A relíquia).*

Enfim, a jurisprudência não enfrenta a questão com profundidade.

Raciocine-se com lógica. O melhor interesse da criança derroga todas as regras e princípios processuais? Não. Basta analisar o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8069/90, para verificar que há dezenas de regras processuais no referido Estatuto e, normalmente, nem doutrina nem jurisprudência as caracterizam por derrogáveis.

Então por que cargas d'água é o princípio da demanda relativizado nas decisões de primeira instância se outras regras como a de competência ou a de iniciativa ministerial previstas no ECA, no CPC e em leis esparsas sobre o tema não o são? (lembre-se que violar um princípio é muito mais grave que violar uma regra, pois ao lesar o princípio o intérprete viola o ordenamento como um todo – confira-se, por todos, Humbeto Àvila na obra Teoria dos Princípios).

A resposta está em uma vinculação fetichista à própria jurisprudência, conforme veremos no item II.4.

Nem se diga que limitar a fixação criaria uma diversa porcentagem de pensão alimentícia para ambas as filhas. Parece ser possível fixar pensões alimentícias em valores diversos para filhos do mesmo pai, sendo interpretação diversa contrária à cláusula de igualdade prevista na Constituição.

Quando, por exemplo, Tício, bancário de profissão, tem um filho chamado Caio com Maria, Juíza de Direito, a pensão fixada em favor do infante a incidir sobre o salário do pai poderá ser fixada em 'X'.

Se posteriormente Tício tiver outro filho de nome Lucas com Joana, professora primária do Estado, a pensão alimentícia fixada em favor deste poderá ser de 2X, superior à fixada em favor de Caio por que a possibilidade da contribuição para o sustento do respectivo filho de Maria é muito maior que a de Joana.

A resposta poderia ser a mesma no caso de infantes filhos dos mesmos pais na hipótese de um deles ser, por exemplo, portador de deficiência física que demande muitos gastos para o genitor que detenha a guarda.

Assim a regra de igualdade dos filhos prevista na CRFB/88 é material e não formal, podendo-se ser fixados percentuais diversos para filhos diversos que possuem necessidades diversas. Entender o contrário parece ser equívoco exegético que, infelizmente, é comum.

II. 3 Do processo civil como instrumento de segurança e homogeneidade

O Processo civil é um instrumento não apenas de concretização do direito material, mas também um mecanismo de realização de valores constitucionais caros ao ordenamento pátrio.

Por meio do processo realiza-se uma escolha política, uma opção ideológica e, frequentemente, mudar o processo com a desculpa de que se Muda apenas leis 'adjetivas' é o caminho mais fácil para o retrocesso social das liberdades públicas.

Amiúde os juristas criticam o Processo civil e muitas vezes na prática forense escuta-se que o Código de processo civil *'atrapalha'*. Quem ou o que é atrapalhado não se sabe bem, porém a sede daquilo que se crê por justiça não vê limites nas leis em hipóteses de direito de família ou vinculados à infância e juventude. Faz-se o quer, do jeito que se quer.

Aqui se critica tal perspectiva já que as leis procedimentais, que não são perfeitas, geram segurança e homogeneidade de tratamento de hipóteses similares, evitando os 'justiceiros' do caso concreto, os ditadores de opiniões para quem regras de iniciativa, de competência, de foro, de legitimidade são meros 'conselhos'.

O processo em uma perspectiva de realização dos valores constitucionais é positivo sendo necessário desvinculá-lo da idéia de mero instrumento do direito material, como se ao interpretar os dispositivos processuais o jurista fosse

despolitizado e sem ideologia. Não é. *Cada escolha processual é, em último caso, uma escolha ideológica e política.*

O processo nem é mero rito ou procedimento, nem *palco de elucubrações dogmáticas para recreio de pensadores esotéricos.* O processo é instrumento de realização efetiva das garantias e valores constitucionais (do autor e do réu) e busca de justiça. (A expressão em itálico é do professor Humberto Theodoro Jr.)

Assim, *data venia,* permitir que os juízes, por meio de *jurisprudência,* sem que haja uma lei específica, ajam de ofício indo além do pedido do autor, sem reconvenção, traduz-se em uma escolha político-ideológica. Tal escolha é criticável porque vai de encontro à nossa cultura jurídica como um todo, sendo o primeiro degrau daquilo que alguns chamam de *ditadura dos juízes.*

O processo civil tem problemas, mas é o melhor instrumento desenvolvido para ao mesmo tempo, efetivar os direitos materiais, realizar os valores constitucionais e frear os ímpetos despóticos de advogados, juízes e promotores.

II. 4 Da vinculação psíquica à jurisprudência como forma de expressão da lei do menor esforço e fuga do dever constitucional de fundamentação.

Foi escrito no item II.2 '*Então por que cargas d'água é o princípio da demanda relativizado nas decisões de primeira instância se outras regras como a de competência ou a de iniciativa ministerial previstas no ECA, no CPC e em leis esparsas sobre o tema não o são?*'.

A resposta é: porque é pacífico na jurisprudência.

O fato é que, uma vez massificado nos Tribunais nem advogados nem juízes questionam um entendimento, ocorrendo uma 'dogmatização' *(ou seja, um dogma que vale por si só independente de demonstração).* Confira-se o gênio de Maximiliano em apoio, *verbis:*

> *"Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurar os advogados o êxito e os juízes inferiores a manutenção das suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem, causídicos e magistrados, às exposições sistemáticas de doutrina jurídica os repositórios de jurisprudência. Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Por isso, os repertórios de decisões em resumo, simples compilações, obtêm esplêndido êxito de livraria" . Há verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: dentre os freqüentadores dos pretórios, são muitos os que se rebelam contra uma doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado, salvo por dever de ofício, quando pleiteiam a reforma do mesmo.*
>
> *Citado um aresto, a parte contrária não se atreve a atacá-lo de frente,*

prefere ladeá-lo, procurar convencer de que não se aplica à hipótese em apreço, versara sobre caso diferente (...) Quando a lei é nova, ainda os seus aplicadores atendem à teoria, compulsam tratados, apelam para o Direito Comparado; desde, porém, que aparecem decisões a propósito da norma recente, volta a maioria ao trabalho semelhante à consulta a dicionários. 'Copiam-se, imitam-se, contam-se os precedentes; mas de pesá-los não se cuida'. Desprezam-se os trabalhos diretos sobre os textos; prefere-se a palavra dos profetas às tábuas da lei. O processo é erradíssimo. Os julgados constituem bons auxiliares de exegese, quando manuseados criteriosamente, criticados, comparados, examinados à luz dos princípios, com os livros de doutrina, com as exposições sistemáticas do Direito em punho. A jurisprudência, só por si, isolada, não tem valor decisivo, absoluto. Basta lembrar que a formam tanto os arestos brilhantes, como as sentenças de colégios judiciários onde reinam a incompetência e a preguiça". (Maximiliano, Carlos; Hermenêutica e Aplicação do Direito; Ed. Forense 19 edição. P. 148/149)

È uma das páginas mais sensacionais das letras jurídicas pátrias.

Se tivesse vivido para usufruir dos sítios dos tribunais, onde qualquer rábula vira jurista em 05 minutos, certamente o mestre da hermenêutica diria que a facilidade da *internet* ampliou o poder da vinculação jurisprudencial, pois, ao mesmo tempo em que torna dispensável maior estudo doutrinário, torna possível gerar uma sentença (um parecer ministerial e um acórdão) em minutos *sem fundamentação concreta.*

Outro gênio, Calamandrei, no livro espetacular *Eles, os juízes, visto por um advogado,* lembra o amargor que sentiu por arruinar o seu cliente, pois optara por não defender a tese oposta a que prevalecia em determinado momento nos Tribunais Italianos. Diz o gênio da Universidade de Florença que o fez por sensatez, mas um ano depois a jurisprudência mudou da água para o vinho, concluindo que *' por ter levado demasiado a sério o respeito devido `a jurisprudência, fui artífice involuntário da derrota do meu cliente. (p. 161 e 162).*

Páginas repletas de sabedoria, coragem e de humildade (esta última é virtude escassa no mundo do direito). Faz-se reverência aqui à elevada condição espiritual de Piero Calamandrei.

II.5 - Do direito comparado

O princípio da demanda e característica da inércia não é uma esquisitice tropical, está no CPC português, no CPC Italiano e, embutido no artigo que fala de ação do CPC francês, *verbis:*

ARTIGO 3.º (Necessidade do pedido e da contradição)

1. O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe

sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

Art. 99 Princípio della domanda – Chi vuole far valere um diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente.

Art. 31. – L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre um intérêt déterminé.

Conclusão

Por todo o dito, não é possível a fixação de valor percentual de alimentos pelo juízo acima do ofertado pelo autor, sem que haja reconvenção da ré. *Data venia* a jurisprudência contrária.

Assim, opina o Ministério Público seja julgado procedente o pedido, fixando-se a verba alimentar nos termos exatos da petição inicial.

São Fidélis, 20 de maio de 2008.

RAFAEL LUIZ LEMOS DE SOUSA
Promotor de Justiça Mat. 3986

JURISPRUDÊNCIA

HABEAS CORPUS 84.202 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto
Paciente: Nivaldo Tavares de Mello
Impetrantes: Luiz Vicente Cernicchiaro e outro
Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. *Paciente denunciado pela prática, em continuidade delitiva, dos crimes de estelionato e formação de quadrilha. Sócio de empresa de turismo, acusado de vender passagens aéreas inexistentes. Alegada ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva. Afirmação de que não houve fuga do acusado, mas simples mudança de endereço. Assertiva não respaldada pelos elementos dos autos. Claro propósito de se furtar à aplicação da lei penal.*

Tem-se como foragido o réu que, mediante sucessivas alterações de endereço, busca inviabilizar sua localização e assim impossibilitar o cumprimento de decreto prisional expedido em momento posterior ao seu ocultamento. Contexto em que é válida a decisão determinante da segregação cautelar do acusado para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art.312).

Habeas corpus indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*. Vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 7 de dezembro de 2004 - Sepúlveda Pertence, Presidente - Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que manteve a prisão preventiva do paciente, por entender que este pretendia, com seu comportamento, se furtar à aplicação da lei penal. Eis a ementa do *decisum* impugnado (fl. 06):

> *"Processual Penal. **Habeas corpus**. Prisão preventiva. Réu foragido. Citação. Não-realização. Endereço fornecido. Terreno baldio. Intenção. Fuga. Caracterização. Custódia cautelar. Manutenção.*
>
> I - A circunstância de ter o defensor fornecido endereço para realização da citação por meio de carta precatória, no qual chegou o oficial de justiça e constatou que havia apenas um terreno baldio, acaba por reforçar a possível idéia do acusado de se subtrair à aplicação da lei penal.
>
> II - A fuga do réu, por si só, constituiu motivo suficiente a embasar a custódia cautelar. (Precedentes).
>
> Ordem denegada."

2. Com o objetivo de reformar a decisão acima transcrita, o impetrante sustenta que não há que se falar em fuga do acusado, dado que este não revelara o *"animus de não retornar"*. Ademais, afirma que mudança de residência ou de domicílio não significa, necessariamente, hipótese de fuga.

3. O pedido de medida liminar foi por mim indeferido, ante a ausência de seus requisitos autorizadores.

4. Com o objetivo de confrontar as alegações do impetrante (no sentido de que as intimações a ele encaminhadas foram dirigidas a endereços equivocados) com aquelas afirmações constantes do acórdão impugnado (que dão conta de que no endereço fornecido pelo próprio advogado do paciente existia um terreno baldio), solicitei fossem remetidos, a esta Suprema Corte, os autos originais do *habeas corpus* que tramitou no egrégio Superior Tribunal de Justiça.

5. A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Subprocurador-Geral Haroldo Ferraz da Nóbrega, primeiramente opinou pela denegação da ordem, manifestando-se, após análise dos documentos que integravam o processo em trâmite no STJ, pela concessão do *writ*. Para isso, afirmou que *"não se pode dizer que seja patente esteja o paciente a se subtrair à aplicação da lei penal"*.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Feito o relatório, passo ao voto.

8. Consoante relatado, discute-se no presente *habeas corpus* a validade ju-

rídica do decreto de prisão cautelar expedido contra o paciente, que foi denunciado pela suposta prática, em continuidade delitiva, dos crimes de estelionato e formação de quadrilha (art. 171, *caput*, c/c o art. 71 e art. 288, *caput*, todos do CP). Tais crimes teriam ocorrido entre agosto e setembro de 1999, quando a empresa da qual o acusado é sócio ("Meltur Operadora de Viagens Ltda.") vendeu passagens aéreas inexistentes. Este fato só era descoberto pelas numerosas vítimas quando, ao tentarem "resgatar" os *vouchers* que recebiam, constatavam que a estes não correspondia nenhuma operação realizada entre a empresa de turismo e a companhia aérea.

9. Pois bem, recebida a denúncia e verificada a impossibilidade de citação do paciente, foi requerida sua prisão preventiva, não acolhida nos termos seguintes (fl. 30 - apenso 1):

> "(...)
> Com efeito, assiste razão ao dr. Promotor de Justiça quando baseado nesses fundamentos pede o decreto da prisão preventiva. No caso, avultam os requisitos que estão relacionados com a garantia da ordem pública e aquele outro que diz com o propósito de *assegurar a aplicação da lei penal*. Importante salientar que o vultuoso prejuízo causado, bem como o expressivo número de vítimas que teriam suportado, sem dúvida ofende frontalmente a ordem pública, que deve ser garantida. Somados esses fatos à *notícia certificada nos autos de que os acusados estão em lugar incerto, o que impede a sua citação pessoal, além de dificultar a correta instrução processual e a indispensável aplicação da lei penal*, tem-se que a prisão preventiva encontra amparo naqueles mencionados requisitos legais, todos presentes, para que o pedido seja acolhido. De outro lado, os indícios da materialidade do delito e da sua autoria, conforme decorre das declarações prestadas pelas vítimas e da prova documental juntada aos autos, estão suficientemente comprovados para justificar a pretensão que busca a prisão processual". (sem destaques no original)

10. Daí as sucessivas impetrações de *habeas corpus* que, buscando cassar o decreto de prisão do paciente, repisam a alegação de que este não fugira, mas apenas mudara de endereço, sem nenhuma intenção de se furtar à aplicação da lei penal. Também se afirma que houvera equívoco no endereço constante do mandado de citação do acusado, tendo sido este dirigido para a cidade de São Paulo (mais especificamente à filial que a empresa mantinha nesta cidade), enquanto que o réu teria localização bem definida na cidade de Recife.

11. Em que pesem os fundamentos lançados pelo impetrante, não é de ser acolhida a impetração, visto que os fundamentos dela constantes não encontram respaldo nos documentos carreados aos autos. Na verdade, quanto mais

pedidos de informações complementares eu solicitava, mais me convencia da absoluta inviabilidade do presente *writ*.

12. Com efeito, não é de se sustentar a afirmação de que houvera erro na citação do acusado, que, residente em Recife, fora procurado na filial de sua empresa de turismo, em São Paulo.

13. Bem vistas as coisas, o primeiro mandado de citação ao paciente foi encaminhado para a sede da Meltur Operadora em São Paulo (fl. 131 - apenso 1). Ao contrário do que faz crer o impetrante, este não foi, no entanto, o único endereço utilizado pela Justiça. Na tentativa de encontrar o acusado, foi expedida carta precatória para a comarca de Recife/PE, da qual constou o endereço da sede da empresa do acusado, que ficava em Boa Viagem (fls. 140/141 - apenso 1). Também este novo esforço não foi bem sucedido, uma vez que, *neste peregrinar procedimental*, a sede da empresa já estava fechada, existindo nos dois endereços fornecidos um escritório de advocacia e um terreno baldio (fls. 150 v. - apenso 1).

14. E não é só. Posteriormente a todas essas diligências (que restaram infrutíferas), o defensor do acusado ingressou nos autos do processo-crime, solicitando a revogação da custódia deste último, indicando seu novo endereço e dando início às sucessivas alegações de que estariam ocorrendo equívocos na busca da localização do réu (fls. 176/184 - apenso 1). Ledo engano. Expedida nova carta precatória, desta vez com mandado de citação para o endereço fornecido pelo próprio advogado do paciente, também este não pôde ser cumprido. No local indicado, apenas foi encontrada a mulher do paciente, que informou que seu marido residia em São Paulo (fls. 225 v.).

15. Ora, o paciente parece querer envolver a Justiça num círculo vicioso de informações cruzadas, tudo isso com o propósito de se furtar à aplicação da lei penal. Senão veja-se: de início, alega que foi erroneamente procurado em **São Paulo,** quando sua firma teria sede em conhecido endereço na cidade de **Recife.** Procurado em **Recife,** são encontrados nos lugares indicados um escritório de advocacia e um terreno baldio. Posteriormente, afirma-se que o acusado apenas mudou de residência e estaria morando em **Jaboatão dos Guararapes.** Efetuada **nova** diligência, apenas é encontrada a esposa do acusado, que afirma que este reside em **São Paulo,** deixando de indicar, todavia, endereço específico.

16. Cumpre enfatizar que, ao contrário do que vislumbrou a douta Procuradoria-Geral da República, o decreto de prisão preventiva do paciente é **posterior** a sua fuga. Tanto é assim que o principal fundamento da segregação cautelar do acusado é justamente o fato de este encontrar-se em *"lugar incerto e não sabido"*, pretendendo, com tal conduta, se furtar à aplicação da lei penal. Para ser mais preciso, consigno que a prisão do réu foi decretada em **13-9-2002** (fls. 29 - apenso 1), enquanto que os mandados de citação dirigidos a Recife e a São Paulo são **ambos de 23-7-2002** (fls. 131 e 141).

17. Presente esta ampla moldura fática, parece-me que as alegações de "mudança de domicílio" apenas pretendem camuflar o fato de que o réu se en-

contra efetivamente foragido, com o claro propósito de se furtar à aplicabilidade da lei penal. Correto, pois, o decreto de prisão preventiva, que, por encontrar respaldo em elementos concretos, deve ser mantido. Nesse sentido, cito a ementa do julgamento, por esta Suprema corte, do RHC 67.338:

> "Prisão preventiva. Se o paciente se esquiva da Justiça, causando dificuldades à aplicação da lei penal, justifica-se a sua prisão preventiva.
> Recurso improvido."

18. Isso posto, meu voto indefere a ordem de *habeas corpus*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, realmente é possível procurar um acusado para citação e não o encontrar.

A indagação que surge é se, nesse caso, tem-se como obrigatória, como conseqüência natural, a prisão preventiva. Responde a essa pergunta a legislação em vigor, o artigo 366 do Código de Processo Penal. Se o acusado, citado por edital, está em lugar incerto e não sabido, não comparece nem constitui advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, ou seja, ele não logra vantagem com o fato de se evadir, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes provas que o tempo possa solapar - e, se for o caso - há a previsão a revelar, portanto, que a prisão preventiva não é uma conseqüência de o acusado não ser encontrado -, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Estabeleço a premissa de que é possível uma preventiva, mas não pelo fato de o acusado, simplesmente, não ter sido encontrado.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Parece que, no caso, houve sucessivas manobras de elisão da peregrinação procedimental referida pelo eminente Relator. O peregrino parecer ter, propositadamente, induzido à tontura procedimental.

A simples revelia, já assentamos repetidas vezes, é uma opção do réu e não leva, necessariamente, à prisão preventiva.

Mas não parece ser este o caso.

Ele indicou três ou quatro endereços diversos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ele, no caso, não chegou a ser citado por edital?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Foram sucessivas cartas precatórias.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E com advogado representado nos autos, que forneceu um endereço falso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, continuo a vislumbrar a prisão preventiva como ato de excepcionalidade maior, a partir até mesmo do

princípio esculpido na Carta de 1988, que é o princípio da não-culpabilidade, e extraio do citado artigo 366 a maior eficácia possível, quer relativamente à suspensão do processo, quer no tocante ao curso do prazo prescricional e à própria prisão preventiva.

Não vejo, no caso de não ser encontrado o acusado, base, apenas por isso – sem mesmo ter-se a citação por edital –, para chegar-se à preventiva, que há de estar reservada a situações excepcionalíssimas. Já tenho sustentado até mesmo, interpretando o artigo 312 do Código de Processo Penal à luz da Carta de 1988, que, a rigor, o texto, que vem do Estado Novo, está direcionado àqueles casos em que o acusado apresenta periculosidade maior para a sociedade, ou interfere, pressionando testemunhas, peritos e outros, na própria instrução penal.

Peço vênia ao ilustre Relator para fazer essa leitura do artigo 366 do Código de Processo Penal e tomar a cláusula final desse artigo – "se for o caso, decretar prisão preventiva" –, não considerada a ausência do distrito da culpa, mas frente ao artigo 312, como algo de excepcionalidade maior.

Concedo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): *Data venia* do voto do eminente Ministro Marco Aurélio, o artigo 366 nada tem a fazer neste caso, no qual o acusado constituiu advogado.

Por outro lado, é certo, temos julgado mais de uma vez (por exemplo, no HC 81.151, relatado pelo eminente Ministro Ilmar Galvão), que a revelia, por si só, não autoriza prisão preventiva. Até, aí, é óbvio.

O que há no caso, no entanto, é uma repetida e proposital atividade maliciosa do acusado, pessoalmente ou por intermédio do seu advogado constituído na instância ordinária – não o ilustre Advogado que hoje impetra o *habeas corpus* - para eludir e enganar a Justiça, sendo ingênuo pensar que, se isso se fez no curso do processo, não se fará na hipótese de condenação.

Acho plenamente justificada a terceira hipótese da prisão preventiva, que é garantir a aplicação da lei penal, quando haja indícios mais que eloqüentes de uma proposital intenção de fuga.

Acompanho o voto do eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

HC 84.202/SP – Relator: Ministro Carlos Britto. Paciente: Nivaldo Tavares de Mello. Impetrantes: Luiz Vicente Cernicchiaro e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus;* vencido o Ministro Marco Aurélio. Falou pelo paciente o Dr. Luiz Vicente Cernicchiaro.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 7 de dezembro de 2004 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 84.424 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Paciente: Flávio Rodrigues Mendes ou Flavio Rodrigues Mendes

Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. *Alegação de inexistência de lesão a bem juridicamente protegido, em ordem a justificar a pena fixada. Pedido de aplicação do princípio da insignificância.*

O princípio da insignificância, vetor interpretativo do tipo penal, é de ser aplicado tendo em conta a realidade brasileira, de modo a evitar que a proteção penal se restrinja aos bens patrimoniais mais valiosos, ordinariamente pertencentes a uma pequena camada da população.

A aplicação criteriosa do postulado da insignificância contribui, por um lado, para impedir que a atuação estatal vá além dos limites do razoável no atendimento do interesse público. De outro lado, evita que condutas atentatórias a bens juridicamente protegidos, possivelmente toleradas pelo Estado, afetem a viabilidade da vida em sociedade.

O parâmetro para aplicação do princípio da insignificância, de sorte a excluir a incriminação em caso de objeto material de baixo valor, não pode ser exclusivamente o patrimônio da vítima ou o valor do salário mínimo, pena de ensejar a ocorrência de situações absurdas e injustas.

No crime de furto, há que se distinguir entre infração de ínfimo e de pequeno valor, para efeito de aplicação da insignificância. Não se discute a incidência do princípio no tocante às infrações ínfimas, devendo-se, entretanto, aplicar-se a figura do furto privilegiado em relação às de pequeno valor.

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, 7 de dezembro de 2004 - Sepúlveda Pertence, Presidente - Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, por meio de sua Quinta Turma, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 30.358, por unanimidade, negou a ordem requerida, nos termos da ementa abaixo transcrita:

> "*Penal e Processual Penal.* Habeas Corpus. *Furto. Princípio da insignificância.*
>
> I - *No caso de furto*, para efeito da aplicação do *princípio da insignificância*, é imprescindível a distinção entre *ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, ex vi legis*, implica eventualmente, em furto privilegiado; *aquele*, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade).
>
> II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto.
>
> *Writ* denegado."

2. Os presentes autos registram que o ora paciente foi condenado, em razão do furto de uma bicicleta avaliada em R$ 60,00 (sessenta reais), como incurso no *caput* do art. 155 do Código Penal, às penas de um ano e dois meses de reclusão em regime semi-aberto e ao pagamento de onze dias-multa, com valor unitário mínimo, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade (fls. 25/31).

3. Pois bem, alega o impetrante não ter havido lesão a bem jurídico protegido, de modo a justificar a pena fixada, pelo que entende aplicáveis ao caso os princípios da insignificância e da proporcionalidade, uma vez que o bem objeto de subtração possui o valor de R$ 60,00 (sessenta reais) e foi recuperado, não havendo, nesses termos, nenhum prejuízo à vítima. Daí pedir, liminarmente, a paralisação do feito originário e, no mérito, o deferimento do *writ* para que seja trancada a ação penal.

4. Denegada a liminar e prestadas as informações (fls. 55/65 e 73/86), foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que, adotando a fundamentação do acórdão recorrido, opinou pela denegação do *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Quando do exame da medida liminar requerida, analisei os fundamentos da impetração e decidi nos termos seguintes:

> "Em que pesem os bem lançados argumentos do combativo impetrante, o aresto impugnado traz fundamentos que, à primeira vista, seriam aptos a demonstrar que, no caso em exame, não seria aplicável a invocada causa de exclusão da tipicidade. Por outro lado, também não deve ser desconsiderada a referência da sentença à reincidência e aos antecedentes do acusado, que, inclusive, *"está sendo processado pela prática de outro crime de furto"* (fl. 26). Seja como for, verifica-se do decreto condenatório que a pena aplicada de privação de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes no pagamento de prestação pecuniária e na prestação de serviços à comunidade. Inexiste, portanto, ameaça iminente de segregação do paciente, não sendo recomendável que nesse juízo cautelar se antecipe a análise do mérito da impetração.
>
> Nesse contexto, tenho por ausentes os pressupostos autorizadores da concessão da liminar pleiteada, razão pela qual a indefiro."

7. Com efeito, segundo a maior parte da doutrina e da jurisprudência, trata-se o princípio da insignificância de vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restrição impeditiva da abrangência de condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado.

8. Tal forma de interpretação é uma válida medida de política criminal, visando, para além da descarceirização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve se ocupar apenas das infrações consideradas socialmente mais graves. Numa visão humanitária do Direito Penal, não deve o princípio da insignificância ser desprezado, nem mesmo a pretexto de possível fomento da impunidade. Assim, em defesa da aplicação do princípio, Fernando Célio de Brito Nogueira sustenta: *"o que fomenta a impunidade e o recrudescimento da criminalidade são muito mais a ausência de resposta estatal efetiva aos grandes desmandos e ilicitudes da Nação, condutas que não raras vezes sangram os cofres públicos e o bolso dos cidadãos que trabalham e pagam impostos, bem como no não atendimento das necessidades básicas das pessoas."* (NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *Os miseráveis e o princípio da insignificância.* Boletim Ibccrim 116/7, ano 10, jul. 2002.).

9. Ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade do princípio da insignificância, é imprescindível que sua aplicação se dê de maneira criteriosa, contribuindo, sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável no atendimento do interesse público.

10. Nesses termos, como bem lembrou o eminente Relator do acórdão recorrido, apesar de não se poder negar a relevância do princípio ora invocado, ele não pode ser manejado no sentido de permitir que condutas atentatórias, possivelmente toleradas pelo Estado, afetem a viabilidade da vida em sociedade.

11. *In casu*, verifica-se que a controvérsia se restringe a averiguar se o furto de uma bicicleta, cujo valor é R$ 60,00 (sessenta reais), poderia ou não ser considerado como infração de bagatela, a ponto de excluir a tipicidade da conduta do agente e, via de conseqüência, o *ius puniendi* estatal.

12. Assim, apesar de o valor do veículo não ultrapassar o do salário mínimo vigente, trata-se de bem penalmente protegido e significante. Se interpretássemos o tipo penal do furto por meio do princípio da insignificância para excluir a incriminação em caso de objeto material de baixo valor, seja quanto ao patrimônio da vítima, seja em face de um parâmetro genérico e abstrato como o salário mínimo, poderíamos chegar a situações absurdas; como a exclusão do crime quando a vítima fosse um milionário e o bem furtado não lhe diminuísse sensivelmente o patrimônio. Por hipótese, poderíamos considerar uma vítima cujo patrimônio se assemelhasse ao de Bill Gates; ocorrendo o furto de um automóvel de propriedade dessa pessoa, não se pode dizer da ocorrência de prejuízo significativo. Entretanto, em face da sociedade, tal conduta não poderia ser tida como um indiferente penal.

13. Portanto, o critério para a utilização da insignificância não deve ser exclusivamente a relação entre o objeto material do delito e o patrimônio da vítima no caso concreto, pena de chegarmos a interpretações teratológicas.

14. Também no tocante ao salário mínimo vigente, não há como se reconhecer a insignificância da conduta. Apesar de R$ 60,00 (sessenta reais) representarem aproximadamente um quarto do salário mínimo, não se pode dizer que, ordinariamente, alguém que percebesse tal valor tenha condições de dispor da sua quarta parte para adquirir uma bicicleta.

15. A esse respeito, cabe transcrever trecho do voto do Ministro Félix Fischer, Relator do acórdão recorrido:

> "(...)
> Está claro, de pronto, para evitar temerária e inaceitável incerteza denotativa, que a aplicação do princípio da insignificância deve sempre ser feita *através de interpretação referida ao bem jurídico (e não mera tabela de valores), atendendo ao tipo de injusto*. Não se deve, no entanto, atingir deliberada e gravemente *a segurança jurídica* (cf. preocupação revelada por L. Régis Prado in *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. I, RT, 3ª ed., p. 124). E não é só! Ainda que se reconheça como, de fato, creio ser certo - a sua observância mesmo nos casos de delitos privilegiados e nas infrações de menor potencial lesivo, não como forma de julgar *contra legem*, mas, isto sim, de

reconhecer que *abaixo de certo patamar de desvalor*, em grau, aí, *ínfimo (ninharia)*, até a figura típica derivada pode não incidir. Ainda assim, repito, o manejo desta causa de *atipia conglobante* não deve contrastar, frontalmente, com outros princípios, v.g., como o da *razoabilidade. Primeiro*, vale dizer, inclusive por óbvio, que o princípio da insignificância não pode ter a finalidade de afrontar *critérios axiológicos elementares*. Asseverar-se que devem ser *penalmente toleradas* subtrações de objetos não essenciais (de pequeno, porém *não ínfimo*, valor) por pessoas, *comparativamente (considerando-se a nossa realidade)*, de classe privilegiada, tomando-se como referencial um - no feito - questionável desvalor de resultado medido circunstancialmente pelo julgador, *data vênia*, é de difícil aceitação em qualquer grau de conhecimento, dado a manifesto desvio, aí, da finalidade das normas penais. Não se pode confundir eventual reduzido juízo de censura penal (*v.g. tipo privilegiado*) com aceitação ou tolerância do que, *primo ictu oculi*, não pode ser aceito ou tolerado. Se, aliás, o descrito na *imputatio facti* devesse, *ex hypothesis*, merecer aprovação (pela via da *adequação social*) ou *tolerância da coletividade* pela *suposta mínima gravidade* (pela via da *insignificância*), a prática de furtos de pequenos objetos em supermercados teria que ser considerada, mormente para integrantes de classes privilegiadas, como uma espécie de (...) *hobby* (o furto seria penalmente típico, por assim dizer, conforme a "perigosidade social" decorrente da classe social a que pertencesse o agente...). Tudo isto, tomando o prejuízo, *mesmo reiterado*, obrigatoriamente, suportável pelo sujeito passivo, porquanto, *pela sistemática legal em vigor*, inexiste (*afora o art. 155 do CP*), em casos tais, proteção jurídica viável (ou, até, teoricamente pertinente) contra tal agir. Vale, todavia, destacar que não se deve, *evidentemente*, confundir esta situação com aquela em que se discute a *possível configuração* de justificativa, *ex vi, v.g., art. 24 do Código Penal. Tem mais!* É, lamentavelmente, inolvidável que os pobres e até os que se encontram em situação de miséria, não poucas vezes, são, por igual, vítimas de furtos. *Se já não bastasse o referencial estranho para* ***pequeno valor*** *(considerado um salário mínimo, ou seja, tudo o que, normalmente, um pobre tem, para efeito do* ***§ 2 do art. 155 do CP****), o princípio da insignificância, sob ótica elitista, levaria uma grande parte da população a ficar sem proteção penal no que se refere aos furtos (decerto, deveriam, então, reclamar nos juizados cíveis (...).*

(...)." (Sublinhamos).

16. Nesse diapasão, para a utilização criteriosa do princípio da insignificância, há que se ter em conta a realidade socioeconômica do País, devendo-se, portanto, fazer a tropicalização das doutrinas e teorias estrangeiras de acordo com o perfil da sociedade brasileira. Dessa forma, ainda que a quantia de R$ 60,00 (sessenta reais) seja um valor relativamente baixo, considerando-se os pa-

drões socioeconômicos do Brasil, não é de ser tido como desprezível. Ademais, no emprego da insignificância, há que se distinguir entre infração de ínfimo e de pequeno valor. No que se refere à primeira espécie, indiscutível a possibilidade de sua aplicação, uma vez que não há como negar, em face do princípio da fragmentariedade, a desnecessidade de se chamar o Direito Penal a regular o fato *ultima ratio*. Já com respeito à infração de pequeno valor, aplica-se, eventualmente, a figura do furto privilegiado (art. 155, § 2 , do Código Penal). Daí a importância da diferenciação, pena de julgamento *contra legem*.

17. Considerando-se também a distinção acima, é de se concluir que a coisa subtraída seria de pequeno valor, porém jamais de valor ínfimo ou desprezível, não sendo possível que se aplique, *in casu*, o princípio da insignificância.

18. Não fosse o bastante, como ressaltei por ocasião do indeferimento da liminar, o acusado é reincidente específico, em furto ao qual se aplicou pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, substituída por duas penas restritivas de direitos. Consistentes estas no pagamento de prestação pecuniária de valor equivalente a um salário mínimo, em benefício de entidade assistencial, e prestação de serviços à comunidade.

19. Por fim, ocorre que o paciente, enquanto cumpria a pena acima referida, foi novamente condenado pela prática de outro crime de furto (processo já noticiado na sentença - fl. 26), ensejando, nos termos das informações de fl. 83, a revogação do benefício da substituição da pena privativa de liberdade. O que impede seja reconhecida como procedente a alegada desproporcionalidade da pena originalmente aplicada e posteriormente confirmada pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

20. Com todas essas considerações, denego a ordem de *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 84.424/SP – Relator: Ministro Carlos Britto. Paciente: Flávio Rodrigues Mendes ou Flavio Rodrigues Mendes. Impetrante: Luiz Manoel Gomes Junior. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 7 de dezembro de 2004 - Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 84.500 – SP

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Paciente e Impetrante: Isaac Araújo Guimarães

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas Corpus. 2. Alegação de violação ao princípio da não-culpabilidade e intempestividade das razões de apelação da acusação. 3. Na linha da jurisprudência ainda predominante no Tribunal, o princípio constitucional da não-culpabilidade do réu não impede a efetivação imediata da prisão, quando o recurso por ele interposto não possua efeito suspensivo, como ocorre com o recurso extraordinário e o recurso especial. 4. Precedentes citados: HC n. 80.939, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 13-9-2002; HC n. 81.685, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 17-5-2002; e HC n. 77.128, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 18-5-2001. 5. Os documentos acostados aos autos não fazem prova cabal acerca da data em que a acusação foi intimada da sentença condenatória. 6. Nas contra-razões da apelação, nada alegou a defesa quanto à intempestividade. 7. Impossibilidade de análise da matéria na sede estrita do *habeas corpus*. 8. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Carlos Velloso (RISTF, art. 37, II), na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir a ordem.

Brasília, 23 de agosto de 2005 – Carlos Velloso, Presidente – Gilmar Mendes, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: O parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha (fls. 119-123), assim resume a controvérsia:

"1. Versam os presentes autos sobre *habeas corpus substitutivo, com pedido liminar*, impetrado em favor de *Isaac Araújo Guimarães* contra decisão prolatada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou ordem anteriormente impetrada, restando o acórdão assim ementado:

> '*Processual Penal. Habeas corpus. Apelação criminal. Razões fora do prazo.*
>
> A apresentação fora do prazo, pelo Ministério Público, das razões de apelação, não tomam esta intempestiva. Trata-se de irregularidade que não afeta a admissibilidade do recurso. (Precedentes do STJ e STF). Habeas corpus denegado.'
>
> 2. Expressa a inicial, historiando os fatos que:
>
> - o paciente foi denunciado como incurso no artigo 12 da Lei n. 6368/ 76, sendo, a final, condenado pelo Juízo da 26a Vara Criminal de São Paulo, à seis meses de detenção e 20 dias-multa, por infração ao artigo 16 da referida lei;
>
> - da decisão apelou o Ministério Público, sendo o recurso provido pelo Tribunal de Justiça estadual, que condenou o paciente a três anos e cinqüenta dias de reclusão, em regime fechado, determinado-se a expedição de mandado de prisão;
>
> - o paciente, então, interpôs recursos especial e extraordinário, inclusive argüindo, no apelo especial, a intempestividade das razões do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público.

3. Alega o paciente: a) violação ao princípio constitucional da presunção de inocência face a não ter ainda transitado em julgado a sentença condenatória; e, b) constrangimento ilegal decorrente da reforma da sentença em razão de recurso totalmente intempestivo interposto pelo Ministério Público.

4. Aduz que ainda não transitou em julgado para a defesa o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça paulista em razão de encontrarem-se ainda pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário por ele interpostos, em vista do que não poderia ter sido contra ele expedido o mandado de prisão. Argumenta ainda que:

> '(...)
>
> O recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, o qual redundou na reforma da sentença, é *totalmente intempestivo*, por força do artigo 600 do Código de

Processo Penal, à causa de irreparável constrangimento ilegal ao paciente.

Segundo ordenamento processual penal em seus artigos 593, 600 e 798 parágrafo 5, disciplinam que o prazo para interposição do recurso é de 05 dias, e para as razões em 08 dias, a sentença publicada em 10.07.2000, porém nobres julgadores o Representante do Ministério Público interpôs a apelação em 27.09.2000 (doc.) data da ciência da sentença, tendo apresentado as razões em 21.02.2001 (doc.), ou seja, 05 meses após interposição ou 150 dias, quando o prazo das razões seria de 08 dias, ou seja, até 05.10.2000.

Contudo Nobre Relator, ainda assim mesmo *intempestiva* as razões do recurso, ele foi processado e julgado, prejudicialmente ao recorrente, vez que gerou a exasperação de sua pena de 06 meses (artigo 16 da Lei 6.368.176) para 03 anos de reclusão (artigo 12 da lei 6.368/76).

Coaduna o artigo 798 do Código de Processo Penal, que os prazos são peremptórios não podendo assim ser restabelecidos ou devolvidos, desta forma requer seja reconhecida a nulidade processual *absoluta* na forma do artigo 563, do Código de Processo Penal, com a manutenção da decisão de primeira instância reformada.

(...)' (fls. 3/4)

5. Concluindo que as partes têm direitos e deveres iguais perante os órgãos jurisdicionais, requer o impetrante, liminarmente, seja considerado intempestivo o recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, restabelecendo-se a sentença de primeiro grau e, no mérito, a concessão da ordem com a mesma finalidade." (fls. 119-121)

Indeferi o pedido de liminar (fls. 112-113).

O parecer do *Parquet* é pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): O parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 119-123) analisa a alegação de intempestividade das razões recursais da acusação nos seguintes termos:

"11. Objetiva, pois, o paciente, seja declarada a intempestividade do recurso interposto pelo Ministério Público

Estadual, restabelecendo-se a sentença de primeiro grau. Ocorre que, em razão da deficiência de instrução da ordem, não há como se aferir a tempestividade, ou não, do recurso interposto pelo Ministério Público, haja vista que consta dos autos apenas a sentença condenatória de fls. 65/70 e as razões do recurso interposto (fls. 71/74), não se tendo notícia, entretanto, da data de intimação do *Parquet*, no que pertine à decisão condenatória.

12. Ademais, conforme se infere das contra-razões de apelação (fls. 75/79) o ora paciente, então apelado, não se referiu à intempestividade do mencionado recurso naquela peça processual." (Fls. 122-123)

Tendo em vista os documentos acostados aos autos e os estreitos limites de cognição de matéria fático-probatória em sede de *habeas corpus*, não há plausibilidade jurídica para que se presuma a extemporaneidade das razões da apelação interposta pela acusação. Destarte, não procede a alegação de sua intempestividade.

Quanto à violação ao princípio da não-culpabilidade, até o presente momento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a interposição do recurso especial e/ou recurso extraordinário não impede a prisão do condenado. O fundamento jurídico que baliza esse entendimento preconiza que os referidos meios processuais são desprovidos de efeito suspensivo. Nesse sentido, são expressivos os precedentes: HC n. 80.939, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 13-9-2002; HC n. 81.685, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 17-5-2002; e HC n. 77.128, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 18-5-2001.

Note-se que a Corte está reexaminando a constitucionalidade de exigência de prisão para que o condenado possa apelar, no julgamento da Reclamação n. 2.391, o qual se encontra suspenso em decorrência do pedido de vista da Ministra Ellen Gracie.

Desse modo, na linha ainda assente do Supremo Tribunal Federal e das circunstâncias, também aqui não merece prosperar o pleito.

Nesses termos, meu voto é pelo indeferimento da ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 84.500/SP - Relator: Ministro Gilmar Mendes. Paciente e Impetrante: Isaac Araújo Guimarães (Advogados: Luiz Carlos da Silva ou Antonio Carlos Alves da Silva ou Luis Carlos da Silva e outro). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Indeferiu-se a ordem, decisão unânime. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento o Ministro Carlos Velloso.

Presidência do Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Ministros Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 23 de agosto de 2005 - Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 85.226 – SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Paciente: Rodney Robert da Cunha Marques ou Rodney Roberto Cunha Marques

Impetrante: Otacilio Guimarães de Paula

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Penal. Processual Penal. Habeas corpus. *Dosimetria da pena. Falta de fundamentação. Nulidade. Descumprimento de decisão do STJ. Cabimento: reclamação para o STJ. Questão nova: não-conhecimento.*

I - O descumprimento de decisão judicial do STJ demanda reclamação para aquela Corte e não *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal.

II - Por conter questão nova, não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância.

III - Os vícios decorrentes da individualização da pena acarretam apenas a nulidade parcial da sentença, não afetando o juízo condenatório.

IV - *HC* conhecido em parte e, nessa parte, 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, *conhecer*, em parte, do pedido de *habeas corpus* e, na parte de que conheceu, *indeferi-lo*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 17 de maio de 2005 – Celso de Mello, Presidente – Carlos Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Rodney Robert da Cunha Marques (ou Rodney Roberto Cunha Marques)** do acórdão da 5ª Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça que julgou

prejudicado pedido de *habeas corpus* e que, de ofício, anulou a sentença no que toca à dosimetria da pena imposta ao paciente, mantida a prisão (HC 37.025/SP). O acórdão está assim ementado:

> *"Ementa: Processual penal.* ***Habeas corpus****. Art. 157, § 2 , incisos I e II, do Código Penal. Prisão preventiva. Revogação. Excesso de prazo. Sentença condenatória proferida. Aumento da pena acima do mínimo legal em virtude de duas majorantes específicas. Fundamentação.*
>
> I - Uma vez prol atada a sentença penal condenatória, fica sem objeto o *habeas corpus* que visa a revogação da prisão preventiva em virtude da inexistência dos motivos ensejadores da segregação cautelar, bem como da ocorrência de excesso de prazo na instrução criminal (*Precedentes*).
>
> II - Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2 do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência das mesmas, como o foi na espécie, mas sim com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (*Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso*).
>
> *Habeas Corpus* prejudicado.
>
> *Writ* concedido, de ofício, a fim determinar seja refeita a dosimetria da pena em primeiro grau, aplicando-se, se assim entender, as majorantes do § 2 do art. 157 do Código Penal, desde que fundamentadamente, em observância ao disposto no art. 68 do mesmo diploma, com extensão dos efeitos desta decisão ao co-réu José de Alencar Mello Carvalho Júnior." (Fl. 136)

Postulando a revogação da prisão, alega a impetração que o acórdão do STJ, que determinou que a dosimetria da pena em primeiro grau fosse refeita, não foi cumprido e que, ao assim decidir, o Tribunal, intrinsecamente, anulou a sentença *"pois aquela perdeu todos os seus efeitos jurídicos, inclusive, o de paralisar a expedição da Carta de Guia, sendo que sem esta o paciente não terá Processo de Execução e não poderá ser beneficiado pela LEP"* (fl. 04).

Sustenta, ainda, que a sentença, na parte em que negou ao paciente o direito de apelar em liberdade, encontra-se desprovida de fundamentação, certo que o paciente é primário e preenche os requisitos para obter a liberdade provisória. Alega, também, que a fixação do regime inicial em fechado contraria o disposto no art. 33 do Código Penal.

Indeferida medida liminar e requisitadas informações (fl. 126), foram elas prestadas pelo eminente Ministro Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que encaminhou cópia do acórdão proferido no HC 37.025/SP (fls. 136-146).

O Ministério Público Federal oficiou, às fls. 159-161, parecer do ilustre Subprocurador-Geral Edson Oliveira de Almeida, opinando pelo não-conhecimento do pedido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Destaco do parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Edson Oliveira de Almeida:

"(...)

4. Preliminarmente, a impetração não comporta conhecimento. O descumprimento pela Juíza de Direito (fl. 9) da decisão de ofício demanda reclamação ao Superior Tribunal de Justiça, para garantia da autoridade de suas decisões (art. 105, I, letra f, da Constituição Federal).

5. Por outro lado, diferentemente do que pretende o impetrante, a sentença foi considerada nula somente na parte referente à dosimetria da pena imposta, sendo mantida quanto à condenação, permanecendo, assim, todos os efeitos dela advindos, inclusive o da prisão.

6. Isso posto, opino pelo não conhecimento, sem prejuízo do encaminhamento ao Superior Tribunal de Justiça.

(...)." (Fls. 160-161)

Correto o entendimento.

Conforme já decidiu esta Corte quando do julgamento do HC 78.199/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, o descumprimento de decisão judicial do STJ demanda reclamação para aquela Corte e não *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal:

> **"Ementa: Direito Penal e Processual Penal.**
>
> ***Habeas corpus*. Alegação do impetrante de descumprimento de decisão do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu *HC* ao paciente, para que este fosse recolhido a quartel ou prisão especial (por ser advogado).**
>
> **Cabimento de reclamação para o STJ e não de *habeas corpus* para o STF (art. 105, I, *f*, da Constituição Federal).**
>
> **Outras alegações, estas ainda não apreciadas pelo STJ.**
>
> 1. O impetrante, dentre outras coisas, alega que ainda não foi cumprida a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, ao negar provimento ao RHC n. 7.812, de ofício concedeu *Habeas Corpus* ao paciente, para que este fosse recolhido a quartel ou prisão especial (por ser Advogado).

Nesse ponto, a impetração não pode ser conhecida, eis que, para o descumprimento de decisão do Superior Tribunal de Justiça, cabe Reclamação para aquela mesma Corte, e não *Habeas Corpus* para o Supremo Tribunal Federal (art. 105, I, *f*, da Constituição Federal).

2. No mais, porém, tem razão o impetrante, pois ainda não foram apreciadas, pelo STJ, as alegações de que não pode o paciente permanecer preso (em prisão alguma), enquanto não transitar em julgado sua condenação, em face do disposto no art. 5 , inc. LVII, da Constituição Federal; assim como a de que o regime de cumprimento de pena pode ser o inicialmente fechado e não integralmente fechado; e que, não havendo dependências que caracterizem quartel ou prisão especial, faria jus o paciente a prisão domiciliar. Enquanto não forem tais questões examinadas naquela E. Corte, não pode o Supremo Tribunal Federal antecipar decisão a respeito.

3. *HC* conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para que o Superior Tribunal de Justiça examine tais questões, que, bem ou mal, foram formuladas na petição inicial do H.C. n. 7.900 e não restaram prejudicadas pelo decidido no RHC n. 7.812.

4. Para tais fins, ambos os autos devem ser desapensados e encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça." (*DJ de 1 -10-99*)

Saliente-se, ademais, que as questões relativas à falta de fundamentação da sentença na parte em que negou ao paciente o direito de apelar em liberdade e ao regime prisional nela imposto não foram apreciadas pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal, não se conhece de questões não apreciadas pelo Tribunal de origem, sob pena de supressão de instância. Precedentes: HC 81.658/SP, *DJ* de 19-4-2002, e HC 73.844/SP, *DJ* de 22-11-96, ambos de minha Relatoria.

Não conheço do *writ* nessa parte.

Prossigo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os vícios decorrentes da individualização da pena acarretam apenas a nulidade parcial da sentença, não afetando o juízo condenatório. Nesse sentido os seguintes acórdãos proferidos por esta Turma:

"Ementa: *Habeas corpus*. **Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Sentença condenatória: fixação da pena acima do mínimo legal: nulidade por falta de fundamentação, sem prejuízo da condenação.**

1. A anulação da sentença, por falta de fundamentação na individualização da pena acima do mínimo legal, não implica

revogação da prisão preventiva, sobretudo porque não interfere no juízo condenatório, que permanece íntegro. Precedentes.

2. *Habeas corpus* indeferido." (HC 81.021, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 19-10-2001)

"**Ementa: Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Prescrição: reiteração de pedido. Sentença condenatória: fixação da pena acima do mínimo legal. Falta de fundamentação. Nulidade parcial da sentença, mantida a condenação.**

I - Tratando-se de mera reiteração de pedido, não se conhece do *habeas corpus*.

II - Os vícios decorrentes da individualização da pena acarretam apenas a anulação parcial da sentença, não afetando o juízo condenatório.

III - *HC* conhecido, em parte, e, nesta parte, indeferido." (HC 82.407, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 19-12-2002)

Do exposto, conheço, em parte, do *writ* e, nessa parte, o indefiro.

EXTRATO DA ATA

HC 85.226/SP - Relator: Ministro Carlos Velloso. Paciente: Rodney Robert da Cunha Marques ou Rodney Roberto Cunha Marques. Impetrante: Otacilio Guimarães de Paula. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação unânime, *conheceu*, em parte, do pedido de *habeas corpus* e, na parte de que conheceu, *indeferiu-o*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto da Nóbrega.

Brasília, 17 de maio de 2005 – Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 349.427 –RJ

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Agravado: Expedito João dos Santos

Agravo regimental. Recurso extraordinário. Ação previdenciária. Justiça Comum. Remessa oficial julgada pelo Tribunal de Justiça local. Incompetência absoluta. Ausência do requisito do prequestionamento. Art. 109, § 4 , da Magna Carta.

É pacífica a jurisprudência desta colenda Corte no sentido de que não se considera prequestionada a matéria constitucional que só tenha sido suscitada no recurso de embargos declaratórios, inexistente omissão do acórdão embargado. Precedentes: AI 133.199-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, e RE 122.689, Rel. Min. Moreira Alves.

Ainda que se trate de matéria relacionada à incompetência absoluta, não se conhece de recurso extraordinário cujo tema constitucional tido por violado não tenha sido objeto de debate prévio pela Corte de origem. Precedentes: AI 431.850-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, e AI 454.544-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie.

Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário.

Brasília, 16 de novembro de 2004 – Sepúlveda Pertence, Presidente – Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Agravo regimental contra decisão singular assim redigida:

> "Recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea *a*, da Magna Carta, contra acórdão cuja ementa é a seguinte (fl. 39):
>
> > "Duplo grau obrigatório de jurisdição. Embargos à execução de sentença. Ação de revisão de benefícios. Inexistência de vício ou nulidade. Cancelamento da distribuição.
> > Sentença mantida em reexame obrigatório."
>
> Contra o referido acórdão, opôs a autarquia o recurso de embargos declaratórios, com o objetivo de prequestionamento. A corte de origem, na oportunidade, consignou, *verbis* (fl. 47):
>
> > "Embargos de Declaração.
> > Inexistindo no acórdão qualquer dos defeitos elencados no art. 535 do CPC, isto é obscuridade, contradição ou omissão, restam improsperáveis os embargos declaratórios opostos. Intuito de prequestionamento. Embargos rejeitados."
>
> O recorrente alega ofensa ao art. 109, § 4 , da *Carta de Outubro*. Sustenta ser nula a decisão proferida pela Corte de origem, uma vez que efetuada por tribunal incompetente, já que o recurso deveria ter sido apreciado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
>
> O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. Eitel Santiago de Brito Pereira, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário.
>
> Ouso discordar do douto parecer. O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, consignou o entendimento de que a invocação de tema constitucional, somente nos embargos declaratórios, não afasta o óbice da Súmula 282 desta colenda Corte. Menciono, a propósito, os seguintes precedentes: AI 146.741-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; RE 273.791, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 268.553-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso.
>
> No caso específico, o tema constitucional tido por violado (art. 109, § 4 , da Constituição Federal), como visto, foi suscitado pela

parte recorrente, pela primeira vez, no recurso de embargos declaratórios, sendo que esta não foi a primeira oportunidade de agitar a controvérsia constitucional. Logo, neste caso, os embargos declaratórios não servem para preencher o requisito do prequestionamento. Incide, portanto, o óbice da Súmula 282 desta Casa Maior da Justiça brasileira.

Assim, frente ao art. 557, *caput*, do CPC e ao art. 21, § 1 , do RISTF, nego seguimento ao recurso."

2. Sustenta o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS que a decisão agravada deve ser reformada, ante a evidente ofensa ao art. 109, § 4 , da Magna Carta. Alega a autarquia que, tratando-se de matéria de ordem pública, ou seja, competência absoluta, o Tribunal competente para a análise da remessa oficial é o Tribunal Regional Federal da 2ª Região e não o Tribunal de Justiça local. Alega, ainda, que a simples interposição de embargos declaratórios supre a exigência do prequestionamento.

3. Havendo mantido a decisão agravada, submeto o feito à apreciação desta Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): O presente recurso não merece acolhida.

6. Esta colenda Turma, recentemente, no julgamento do AI 502.659-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em caso muito semelhante ao presente, consignou, *in verbis*:

"1. Recurso extraordinário: prequestionamento e embargos de declaração. Os embargos declaratórios só suprem a falta de prequestionamento quando a decisão embargada tenha sido efetivamente omissa a respeito da questão antes suscitada.

2. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento da matéria constitucional (CF, art. 109, I), exigível, segundo a jurisprudência do STF, ainda que se trate de incompetência absoluta."

7. Com efeito, é pacífica a jurisprudência desta colenda Corte no sentido de que não se considera prequestionada a matéria constitucional que só tenha sido ventilada no recurso de embargos declaratórios, inexistente omissão do acórdão embargado. Precedentes: AI 133.199-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, e RE 122.689, Rel. Min. Moreira Alves.

8. Logo, ainda que se trate de matéria relacionada à incompetência absoluta, não se conhece de recurso extraordinário cujo tema constitucional tido por violado não tenha sido objeto de debate prévio pela Corte de origem. Citem-se, ainda, os seguintes precedentes: AI 431.850-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, e AI 454.544-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

RE 349.427 –AgR/RJ – Relator: Ministro Carlos Britto. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (Advogada: Vanessa Mirna B. Guedes do Rego). Agravado: Expedito João dos Santos (Advogado: Nelson Jardel Soares Tavares).

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário. Unânime.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Eitel Santiago de Brito Pereira.

Brasília, 16 de novembro de 2004 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 84.484 – SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto
Paciente: Eduardo Baptista Macedo
Impetrante: Osvaldo J. Pacheco
Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. *Decretação da prisão de depositário judicial infiel. Modalidade de segregação da liberdade que não decorre de uma relação contratual, mas, sim, do munus publico assumido pelo depositário. Alegações de que parte dos bens penhorados já foi desenvolvida e de que o paciente já estava desligado da pessoa jurídica executada. Afirmações não respaldadas pelos elementos dos autos. Impossibilidade de reexame da matéria de fato.*

O depositário judicial assume o *munus publico* de órgão auxiliar da Justiça, pois a ele é confiada a guarda dos bens que garantirão a efetividade da decisão a ser proferida no processo judicial. É o vínculo funcional entre o Juízo e o depositário que permite, verificada a infidelidade, a decretação da prisão deste último. Não se trata, portanto, de hipótese de prisão contratual. É esta a natureza não-contratual do vínculo que faz com que a medida de constrição de liberdade individual se enquadre na ressalva constitucional do inciso LXVII do art. 5 da Constituição da República.

As alegações de que parte dos bens já foi devolvida, bem assim de que o depositário judicial já se havia desligado de sua empresa, são contrariadas pelos documentos dos autos, sendo inviável o reexame aprofundado do acervo probatório em sede de *habeas corpus*.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 30 de novembro de 2004 – Marco Aurélio, Presidente – Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Cuida-se de *habeas corpus* contra a decretação da prisão civil do paciente que, na qualidade de depositário judicial, teria agido com infidelidade.

2. Interposto agravo de instrumento perante a Corte estadual, foi ele desprovido, ao entendimento de que, "demonstrada a infidelidade do depositário, sem qualquer escusa para seu comportamento, possível o decreto de sua prisão administrativa" (fl. 46). Em momento posterior, pleiteou o paciente a substituição de parte dos bens penhorados pelo equivalente em dinheiro, o que foi indeferido pelo juízo da Fazenda do Estado de São Paulo e também pelo respectivo Tribunal de Justiça, em sede de outro recurso de agravo de instrumento.

3. Tais decisões proferidas pela Corte local, em sede de agravo de instrumento, ensejaram a impetração simultânea de dois *writs* no Superior Tribunal de Justiça, que, a seu turno, indeferiu uma das impetrações (HC 31.151) e julgou prejudicada a outra (HC 30.279). Daí o presente *writ*, em que são reiterados os argumentos dos *habeas corpus* anteriores. Em síntese, o *habeas corpus* pondera que há divergências acerca das características e da quantidade das betoneiras penhoradas. Ainda afirma que, apesar de terem sido penhoradas 60 betoneiras, a responsabilidade do paciente estaria reduzida a apenas 20 máquinas, fato este que já teria sido reconhecido pela própria Corte estadual. Outra alegação constante do *mandamus* refere-se à impossibilidade constitucional de se decretar a prisão civil por dívida. Isso de parelha com a ponderação final de que o paciente se desligara da empresa executada, não sendo possível efetuar a entrega dos referidos bens, que, por serem fungíveis, tomariam *incabível a prisão do depositário*. A postulação, dessarte, consiste na revogação da prisão decretada.

4. A seu turno, a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Subprocurador-Geral, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, opinou pela parcial concessão da ordem, a fim de que do "*decreto de prisão civil venha a constar o equivalente em dinheiro aos bens penhorados, que não estão sendo apresentados, podendo o Magistrado determinar redução proporcional do valor equivalente aos bens penhorados, pelas unidades comprovadamente subtraídas do poder do paciente por ordem judicial*" (fl. 293).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Feito o relatório, passo ao voto.

7. Consoante relatado, o impetrante invoca múltiplos fundamentos que impediriam a prisão do paciente. Ao meu sentir, no entanto, todos eles devem ser rejeitados.

8. De se ver que o primeiro fundamento da impetração é o de que a responsabilidade do paciente estaria limitada a 20 betoneiras (e não a 60, tal como consta do auto de penhora). Tal circunstância já teria sido reconhecida pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e autorizaria fosse efetivado um depósito em dinheiro equivalente a 20 máquinas. Tal alegação, entretanto, não encontra respaldo nos elementos constantes dos autos.

9. De fato, o Desembargador Relator do agravo de instrumento interposto pelo paciente chegou a anotar, quando da análise do pedido de medida liminar, que a responsabilidade do depositário judicial parecia se limitar, no caso, a apenas 20 betoneiras (fl. 66). Essa afirmação, no entanto, foi por ele totalmente revista no julgamento de mérito do mencionado agravo de instrumento, ocasião em que se consignou, após exame mais aprofundado do caso, que nenhuma das máquinas penhoradas havia sido entregue pelo paciente.

10. Eis o que afirmou, a propósito, o ilustrado Desembargador Relator (fl. 77):

> "Ainda assim continuou ele" (*o paciente*) "a dizer *que entregou* alguns bens, levando inclusive este relator a mencionar que sua responsabilidade estaria reduzida. *Ledo engano*. Os mandados de entrega de fls. 31 e 32 fazem menção a uma *marca* determinada de betoneiras, *não cuidando* obviamente daquelas mencionadas no auto de penhora de que cuida este recurso. O *mandado de entrega* copiado em fls. 33, por outro lado, faz menção a betoneiras equipadas com motor elétrico, *não se cuidando* daquelas penhoradas e de que cuida este recurso, pois aqui não se faz menção a motor elétrico. E os demais mandados constantes destes autos foram *dirigidos a seu sócio* Antonio, terceiro estranho ao processo. Como se percebe, *o agravante não entregou nenhuma das betoneiras penhoradas* para garantia do executivo fiscal de onde se extraiu este recurso de agravo de instrumento". (Sem destaque no original)

11. Presente essa moldura fática, delineada pela Corte estadual, não há, no presente *writ*, quaisquer elementos que respaldem a alegação do paciente de que sua responsabilidade teria sido reduzida pela anterior entrega, ao Poder Judiciário, de parte das máquinas penhoradas. Na verdade, os documentos juntados pelo impetrante nada comprovam sobre eventual entrega de parte dos bens onerados pela penhora, pois, dos cinco mandados judiciais de entrega de bens arrematados que foram apresentados, apenas dois são endereçados à pessoa do paciente (fls. 35/38). Demais disso, a descrição física das betoneiras constante desses mandados de entrega, não permite que se afirme, com segurança,

que se tratava daquelas máquinas especificadas no auto da penhora cujo depositário judicial é o paciente (fl.17).

12. E não é só. Também a alegação de que o paciente teria se desligado da empresa executada não encontra qualquer embasamento documental. Ao contrário disso, a alteração de contrato social juntada pelo impetrante refere-se à **Dimac Comercial Ltda.** enquanto que a empresa executada no processo que culminou com a decretação da prisão do paciente por infidelidade depositária é a **Macan Mercantil Ltda.**

13. Todas essas divergências impedem o acolhimento das alegações do impetrante É que, diante da impossibilidade de reexame aprofundado do acervo probatório em sede de *habeas corpus* , a análise da controvérsia deve se ater aos documentos integrantes do autos. Estes, a seu turno, desautorizam as afirmações no sentido da redução da responsabilidade do paciente e de seu desligamento da empresa executada.

14. Cumpre referir, por oportuno, que as discrepâncias a que venho me reportar existentes entre as alegações do impetrante e os documentos carreados aos autos, foram bem anotadas pela douta Procuradoria-Geral da República, que, no ponto assim se pronunciou:

> "*O impetrante não comprova, na via sumária do habeas corpus, a ilegalidade* do decreto de custódia (...).
>
> Observe-se que o acórdão no agravo de instrumento n. 336.394-5-0 (fls. 76/78) já demonstra algumas incongruências da inicial, pois também aqui o impetrante mistura dados pertinentes à empresa Dimac Comercial LTDA (ver fls. 31,33 e 36), Digon Mercantil Ltda (fls. 35), com a empresa Macan Mercantil Ltda (fls. 39), esta sim objeto da execução, na qual houve a penhora, que gerou, ante a não apresentação dos bens penhorados, a ordem de prisão civil". (Sem destaques no original)

15. Analiso, por fim, o fundamento quanto à inconstitucionalidade da prisão do paciente.

16. Como se sabe, a constrição da liberdade do depositário judicial que age com infidelidade não se qualifica como prisão derivada de interpretação extensiva de decreto ou lei, de maneira a equiparar determinado tipo de contrato à figura do depósito contratual, para daí se extrair a figura do depositário infiel e, com isso, justificar sua custódia (cf. RE 228.325, Rel. Min. Pertence). Não se cuida, também, de depósito decorrente de relação contratual, em que ainda se discute sobre o cabimento da "ação de depósito" e, conseqüentemente, do cabimento da própria prisão civil, quando os bens depositados são fungíveis, diante do que dispõe o art. 645 do Código Civil (antigo art. 1.280 do código revogado).

17. Em verdade, o que embasa a legitimidade da prisão do depositário judicial infiel é a circunstância de que, nessa modalidade de depósito necessá-

rio, o juiz confia ao depositário a guarda de bens, penhorados, seqüestrados, arrestados, constituindo-se, por isso, um vínculo derivado dessa ordem judicial – com o intuito, naturalmente, de preservar os bens objeto da constrição.

18. Nesse contexto, diversamente do que ocorre no depósito contratual, o depositário judicial assume um *munus publico*, de órgão auxiliar da Justiça, motivo pelo qual a utilização ou destinação do bem depositado sem a prévia autorização do Juízo caracteriza a infidelidade depositária, apta a ensejar prisão, independente de ação de depósito. Esse é o entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal a partir do RHC 55.271, Rel. Min. Moreira Alves, assim ementado:

> "*Habeas corpus*. Prisão civil do executado que não restituiu ao Juízo os bens penhorados de que era depositário.
> - Tratando-se de depósito de direito processual, em que o depositário é auxiliar do Juízo da execução, a prisão civil é imposta no processo em que se realizou o depósito, não se lhe aplicando as normas da ação de depósito, pois esta visa apenas à tutela do depósito que não seja judicial.
> Recurso ordinário a que se nega provimento."

19. No mesmo sentido, os demais precedentes que deram origem à Súmula 619 do STF (RHC 55.379; RHC 58.005; RE 86.311 e RE 88.884), além de julgados posteriores, entre os quais se pode citar o RHC 80.035, de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, cuja ementa é a seguinte:

> "*Habeas corpus* – Prisão civil – *Depositário judicial* que, *sem* justo motivo, *deixa* de restituir os bens penhorados – *Infidelidade depositária* caracterizada possibilidade de decretação da prisão civil *no âmbito* do processo de execução, *independentemente* da propositura de ação de depósito – *Inocorrência* de transgressão ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) - *Recurso improvido.*
> *Prisão civil, depositário judicial de bens penhorados e infidelidade depositária.*
> - O depositário judicial de bens penhorados, que é responsável por sua guarda e conservação, tem o dever ético-jurídico de restituí-los, sempre que assim for determinado pelo juízo da execução.
> O desvio patrimonial dos bens penhorados, quando praticado pelo depositário judicial *ex voluntate propria* e sem autorização prévia do juízo da execução, caracteriza situação configuradora de infidelidade depositária, apta a ensejar, por si mesma, a

possibilidade de decretação, no âmbito do processo de execução, da prisão civil desse órgão auxiliar do juízo, **independentemente** da propositura da ação de depósito. **Precedentes.**

A questão do depositário infiel e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

- A ordem constitucional vigente no Brasil – **que confere** ao Poder legislativo **explícita** autorização para disciplinar e instituir a prisão civil **relativamente ao depositário infiel** (art. 5 , LXVII) – **não pode** sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, **mediante tratado ou convenção internacional**, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, **expressamente**, pela própria Constituição da República. **Precedentes.**

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *além* de subordinar-se, no plano hierárquico-normativo, à autoridade da Constituição da República, **não podendo**, por isso mesmo, contrariar o que dispõe o art. 5 , LXVII, da Carta Política, **também não derrogou** - por tratar-se de norma infraconstitucional de caráter geral (*lex generalis*) - a legislação doméstica de natureza especial (*lex apecialis*), que, no plano interno, disciplina a prisão civil do depositário infiel."

20. É de se manter, portanto, a decretação da prisão do paciente, restando evidente que o caso se enquadra perfeitamente na ressalva constitucional do inciso LXVII do art. 5 , *in verbis*: "*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*".

21. No caso vertente, diante da clareza do dispositivo constitucional, nem sequer procede invocar o Pacto de São José da Costa Rica, até porque, conforme falado, não se cuida de interpretação extensiva de determinado contrato em ordem a equipará-lo à figura do depósito – como nas hipóteses de alienação fiduciária (HC 72.131) –,mas, sim, da figura do depositário judicial infiel.

22. Desse modo, mesmo aqueles que, iguais a mim, são avessos à idéia da prisão civil, admitem nesses casos tal medida, uma vez que expressamente autorizada pela Carta Magna, que, com isso, também visa a resguardar a autoridade e a eficácia das decisões judiciais, e, conseqüentemente, da própria Ordem constitucional.

23. Pelo exposto, não procede a alegação de que a prisão do paciente seria inconstitucional, por se tratar, no caso, de prisão por dívida. Ao revés, manifesto que ela se traduz unicamente em instrumento de coerção para o adimplemento da obrigação civil por parte do depositário, o qual, é de se dizer, agiu com infidelidade em sua função de auxiliar da Justiça.

24. Nesse panorama, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade da prisão do paciente.

25. Refutadas que foram todas as alegações suscitadas pelo impetrante, resta-me falar sobre a proposta da douta Procuradoria-Geral da República, no sentido da concessão parcial de ofício da ordem de *habeas corpus* para que figure, do decreto de prisão, o valor do equivalente em dinheiro dos bens penhorados. Entendo, contudo, que tal proposta não deve sequer ser apreciada por esta Casa Maior de Justiça, sob pena de se causar prejuízo maior ao próprio paciente. É que eventual rejeição dessa medida (fundada, aliás, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que entende serem infungíveis os bens submetidos à penhora - cf. HC 81.813), traria sérios prejuízos ao réu, uma vez que o Juízo da Execução apenas não admitiu o depósito em dinheiro pelo paciente porque o valor por ele oferecido equivalia somente a parte, e não à totalidade, das betoneiras penhoradas.

26. Ante esse largo panorama, meu voto é pelo indeferimento da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, vou acompanhar, em princípio, mas a minha preocupação está em que essa construção, originária de um voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, dá-se dentro da execução fiscal, o que inúmeras vezes afronta a capacidade de pleno exercício do direito de defesa pelo depositário.

No caso, não houve isso. Não quero examinar a matéria de fato, mas indagaria ao Ministro Carlos Britto se o depositário pôde defender-se plenamente.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Sim.

O Sr. Ministro Eros Grau: O grande problema é esse, sobretudo nas hipóteses em que o depositário era empregado de uma determinada empresa, ou podia ser eventualmente até sócio minoritário e depois vai embora, ficando inteiramente desprotegido, porque nem ao menos pode se defender dentro do processo.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Mas, seguramente, não foi esse o caso.

O Sr. Ministro Eros Grau: A garantia do devido processo legal é inteiramente adversa a essa construção.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Ele teve oportunidade de se defender em primeira instância e ainda manejou dois agravos de instrumento na Corte local.

O Sr. Ministro Eros Grau: Muito bem. A outra questão não entendi bem: a proposta do Subprocurador-Geral da República é que ele possa substituir, já que os bens lhe escaparam ou ele foi desatento, que ele possa pagar, é isso?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Vou reler.

O Sr. Ministro Eros Grau: Vejo no final do parecer (fl. 293 do processo):

> "O parecer é no sentido da parcial concessão da ordem, apenas para que do decreto de prisão civil venha a constar o equivalente em dinheiro aos bens penhorados, que não estão sendo apresentados, podendo o Magistrado determinar redução proporcional do valor equivalente aos bens penhorados, pelas unidades comprovadamente subtraídas do poder do paciente por ordem judicial."

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): O juiz não rejeitou isso. Apenas não aceitou o depósito em dinheiro por considerá-lo insuficiente.

O Sr. Ministro Eros Grau: Mas agora o Subprocurador propõe que o depósito seja total.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Releio parte de meu voto:

> "25. Refutadas que foram todas as alegações suscitadas pelo impetrante, resta-me falar sobre a proposta da douta Procuradoria-Geral da República, no sentido da concessão parcial de ofício da ordem de *habeas corpus* para que figure, do decreto de prisão, o valor do equivalente em dinheiro dos bens penhorados. Entendo, contudo, que tal proposta não deve sequer ser apreciada por esta Casa Maior de Justiça, sob pena de se causar prejuízo maior ao próprio paciente. É que eventual rejeição dessa medida (fundada, aliás, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que entende serem infungíveis os bens submetidos à penhora – cf. HC 81.813) traria sérios prejuízos ao réu, uma vez que o Juízo da Execução apenas não admitiu o depósito em dinheiro pelo paciente porque o valor por ele oferecido equivalia somente a parte, e não à totalidade, das betoneiras penhoradas."

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): A *contrario sensu*, se a proposta fosse suficiente, aceitaria.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Aceitaria, passando por cima até da nossa decisão quanto à infungibilidade. Quer dizer, o juiz foi mais generoso.

O Sr. Ministro Eros Grau: Parece-me que não. Perdoe-me. Em primeiro lugar, fica demonstrado, provado por "a' mais "b", que, na verdade, esse é um expediente de chantagem, ou seja, ou o sujeito paga ou vai preso. Então, na verdade, estamos – inclusive na Súmula, e não vou me rebelar contra ela – sacramentando a ameaça da prisão como um meio para obter a satisfação de crédito – mas vou deixar isso de lado –, o que me parece inteiramente afrontoso aos princípios jurídicos.

No caso, estou entendendo o seguinte: parcial concessão para que, do decreto de prisão, venha constar o equivalente em dinheiro aos bens penhorados, que não estão sendo apresentados. Ou seja, eram sessenta, ele apresentou vinte, se pagar quarenta, sai da cadeia. Penso que podemos deferir isso, pois é uma chance que ele tem de, pagando, escapar da prisão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): No Juízo, ele propôs o depósito, mas foi insuficiente, e o próprio Juízo admitiu que, se a oferta cobrisse realmente o valor total dos bens, aceitaria.

O Sr. Ministro Eros Grau: Parece que agora estamos com o problema da infungibilidade. Qual é a conseqüência de se negar a concessão de ofício? Ele vai poder pagar lá embaixo e sair da prisão?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): A qualquer momento ele pode se livrar da prisão fazendo o depósito da quantia total.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Uma decisão anterior do próprio Juízo. Só refutou e manteve a prisão porque a proposta de depósito foi insuficiente.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): A proposta da Procuradoria já estava assegurada pelo juízo da execução.

O Sr. Ministro Eros Grau: Acompanho V. Exa., mas deixo declarado que esse é um expediente torpe de obrigar alguém a pagar sob pena de prisão.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Também acompanho o voto do Relator, tendo em conta o verbete da Súmula.

EXTRATO DA ATA

HC 84.484/SP - Relator: Ministro Carlos Britto. Paciente: Eduardo Baptista Macedo. Impetrante: Osvaldo J. Pacheco. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Sepúlveda Pertence.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.

Brasília, 30 de novembro de 2004 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 400.344 – CE

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Recorrente: Estado do Ceará

Recorrido: Gil Vicente Furtado Bezerra de Menezes

Recurso extraordinário. Servidor público estadual. Aposentadoria proporcional prevista na alínea c do inciso III do art. 40 da Constituição Republicana, redação anterior à EC 20/98. Proventos proporcionais. Base de cálculo da proporcionalidade – vencimento ou remuneração. Necessidade de observância, pelo ente federado, das normas de aposentadoria constantes do Magno Texto. Precedentes.

A proporcionalidade da aposentadoria prevista na alínea c do inciso III do art. 40 da Carta de Outubro, com a redação anterior à EC 20/98, deve incidir sobre o total da remuneração do servidor, e não apenas sobre o vencimento básico do cargo. Este é o sentido da expressão "proventos proporcionais" (no plural), lançada no dispositivo.

É assente nesta colenda Corte o entendimento de que as regras estaduais de concessão de aposentadoria devem pautar-se pelos critérios estabelecidos no art. 40 da Lei das Leis. Precedentes: ADIs 101, 369 e 755.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Vencido o Presidente.

Brasília, 15 de fevereiro de 2005 – Marco Aurélio, Presidente – Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Cuida-se de recurso extraordinário,

manejado com fundamento na alínea *a* do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra decisão proferida pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

2. O aresto recorrido, arrimado na Lei estadual n. 9.826/74, concedeu a segurança impetrada, para garantir ao autor, Procurador do Estado, aposentado proporcionalmente ao tempo de serviço, o direito de receber proventos calculados da seguinte forma: 90% do vencimento básico, acrescido de todas as vantagens que integravam a remuneração, estas na proporção de 100% dos seus respectivos valores.

3. O recorrente sustenta violação ao art. 40, inciso III, alínea *c*, da *Carta de Outubro*, redação anterior à EC 20/98. Argumenta, em síntese, que a proporcionalidade a que se refere a dita norma constitucional - dotada de eficácia plena - incide sobre a totalidade da remuneração do servidor, e não apenas sobre o vencimento-base, sendo este o motivo por que o Constituinte utilizou a expressão "***proventos** proporcionais*" no plural).

4. Em contra-razões, o recorrido argúi a intempestividade do apelo e a falta de interesse em recorrer, uma vez que a Procuradoria-Geral, órgão que integrara na ativa e que representa o Estado no apelo, manifestou-se contrariamente à decisão do Tribunal de Contas de aplicar o critério da proporcionalidade sobre toda a remuneração. Logo, aduz, não pode a mesma Procuradoria defender, agora, a licitude de tal decisão. Por fim, articula com a ausência de prequestionamento. No mérito, pugna pelo desprovimento do recurso.

5. A douta Procuradoria-Geral da República, a seu turno, opina pelo provimento do apelo extremo, ao fundamento de que os entes federados, ao legislar sobre concessão de aposentadorias a seus servidores, devem observar estritamente os critérios fixados na Constituição, que não admite a distinção entre provento básico e vantagens, para fins de cálculo da aposentadoria proporcional, consoante dispõe o invocado na alínea *c* do inciso III do art. 40 da Constituição Republicana.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Com razão o ilustre representante do Ministério Público Federal, a meu ver.

8. Inicialmente, contudo, cumpre afastar as preliminares suscitadas em contra-razões.

9. O recurso é tempestivo, pois, ao contrário do que sustenta o recorrido, o dia 14 de abril de 2002 não foi uma sexta-feira, mas um domingo, de modo que o prazo de interposição do apelo se prorrogou até o dia 15, segunda-feira, data do protocolo da respectiva petição (fl. 109).

10. Não há que se falar em falta de interesse em recorrer, porque esse

interesse está intrinsecamente ligado à sucumbência na ação. Ora, o Estado do Ceará foi condenado a rever o ato de aposentadoria do impetrante, isto é, sucumbiu à pretensão inicial. E o órgão a quem compete a defesa do ente federado é a sua Procuradoria-Geral. No caso, o fato de essa mesma Procuradoria haver manifestado, em sede administrativa, concordância com a tese do impetrante, que integrava seus quadros, não a impede de aderir à tese do Tribunal de Contas estadual para defender os interesses do Estado em juízo. Não há nenhuma contradição nesse proceder, seja porque a defesa judicial do Estado é uma de suas funções típicas, seja porque, apesar de haver discordado, a princípio, da decisão do Tribunal de Contas, o fato é que ela (Procuradoria do Estado) acabou por aderir a tal decisão, o que ensejou, exatamente, a impetração do *mandamus*.

11. O prequestionamento está caracterizado, sendo certo que os embargos de declaração fizeram expressa referência ao malferimento da alínea *c* do inciso III do art. 40, solicitando, em razão disso, manifestação explícita do Tribunal de origem sobre qual seria o dispositivo constitucional autorizador da concessão da ordem.

12. Passando ao mérito do apelo, começo por registrar que é firme nesta colenda Corte o entendimento de que as regras estaduais atinentes à concessão de aposentadorias devem pautar-se pelos critérios que a Constituição Republicana estabeleceu a respeito. São precedentes: ADI 101, Relator para o acórdão o Ministro Carlos Velloso; ADI 369, Relator o Ministro Moreira Alves; e ADI 755, Relator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa.

13. Muito bem. Ao prever a hipótese de o servidor aposentar-se proporcionalmente ao tempo de serviço, a Carta de 1988, em sua redação originária, preceituava:

> "Art. 40. O servidor será aposentado:
> (...)
> III - voluntariamente:
> (...)
> c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, *com proventos proporcionais a esse tempo;*"

14. Como se vê, o Magno Texto utiliza a palavra proventos, no plural. Aliás, utiliza-a em toda a extensão do art. 40, inclusive para contrapô-la aos vocábulos "remuneração" e "vencimentos", como está claro nos §§ 4 e 5 desse dispositivo. À clareza gramatical do texto constitucional vem juntar-se a definição doutrinária. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, ensina que **remuneração** é *"o vencimento do cargo mais as vantagens pecuniárias permanentes instituídas por lei"*, e **proventos** é *"a designação técnica dos valores pecuniários devidos aos inativos"* (*in Curso de Direito Administrativo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 267 e 284). Daí o paralelo remuneração/proventos, desde que se trate de servidor ativo ou inativo, respectivamente.

15. E se o paralelo procede, como penso que sim, é induvidoso que a Lei Maior previu a aposentadoria proporcional, contanto que essa proporcionalidade, calculada em razão do tempo de serviço, incidisse sobre o total da remuneração do servidor, e não apenas sobre o vencimento básico do cargo. Por isso a expressão **proventos proporcionais**. De notar-se, inclusive, que se a questão fosse colocada sob a nova redação do art. 40, com o advento da EC 20/98, toda dúvida se dissiparia, pois o atual § 3 determina expressamente que os proventos sejam calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

16. Essa última observação remete à análise do sentido, da razão de ser da norma inserta no art. 40, inciso III, alínea *c*. Seria a aposentadoria proporcional uma vantagem para o servidor, como defende o recorrido (fls. 122/123)? Não chego a tanto. Vejo-a mais como uma faculdade, acompanhada de um ônus, que é a redução dos proventos, em face da remuneração percebida à época, uma espécie de pedágio. E assim é porque à Administração, de um modo geral, interessa que o servidor adie o máximo possível a aposentadoria. Logo, é natural que a legislação pertinente procure desestimular as aposentações precoces, ou pelo menos retardar a passagem para a inatividade. As próprias alterações que vêm sendo promovidas no texto constitucional dão conta desse objetivo. É dizer: a norma em comento estabelece uma faculdade, mas exige um preço, justamente para desencorajar o exercício do direito. Nessa linha de raciocínio, entender que a proporcionalidade diz respeito apenas ao vencimento-base do cargo, e não à remuneração como um todo, seria atentar contra a própria finalidade da norma, que é, em certa medida, incentivar o servidor a completar o tempo para a aposentadoria integral. Noutro giro: se se tratasse de uma autêntica vantagem, que trouxesse tão-só benefícios, todos os que pudessem requereriam aposentadoria proporcional, já que a perda financeira seria mínima. Não é a vontade objetiva da Constituição, a meu sentir.

17. Dessarte, tenho que a Corte de origem, ao decidir o pedido formulado pelo impetrante, não emprestou à Lei estadual n. 9.826/74 interpretação conforme a Constituição. Se assim houvesse feito, chegaria à conclusão de que o diploma local somente poderia permitir o cálculo da aposentadoria proporcional com base em toda a remuneração do servidor, o que faria com que o percentual de 90% (no caso) incidisse também sobre as vantagens pecuniárias agregadas ao vencimento básico do cargo em que se deu a aposentadoria.

18. Pelos motivos expendidos, forte na literalidade do texto constitucional, na jurisprudência desta Casa Maior de Justiça, e nas considerações doutrinárias acerca da matéria, entendo que a proporcionalidade da aposentadoria autorizada pela alínea *c* do inciso III do art. 40 da *Lei das Leis*, na redação anterior à EC 20/98, deve incidir sobre o total da remuneração percebida pelo servidor quando da passagem para a inatividade, resultando, daí, os proventos proporcionais.

19. Dou provimento ao recurso para, reformando *in totum* o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, denegar a segurança impetrada.

PROPOSTA DE RETIFICAÇÃO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, foi um erro material. A Turma aprovou o meu voto pelo provimento do recurso do Estado do Ceará.

Trata-se de matéria pacífica, segundo me parece: o servidor se aposentou proporcionalmente pelo Estado do Ceará e requereu, nas instâncias inferiores, que a proporcionalidade incidisse apenas sobre o vencimento base, e todos os demais acréscimos incorporados aos proventos passassem a ser calculados na sua integralidade.

O servidor se aposentou com o índice de noventa por cento, então, na prática, queria que esse índice incidisse sobre o vencimento-base ou básico – haveria uma redução. Quanto a todos os demais acréscimos, porém, queria-os integrados aos seus proventos na integralidade, ou seja, no valor de cem por cento.

Ora, o sentido da Constituição não é esse. Quando ela se refere a proventos proporcionais ao tempo de serviço, toma como base de cálculo todas as parcelas integrantes desses proventos; todas sofrerão uma redução por efeito da aposentadoria proporcional, e não integral.

E votei nesse sentido, como, aliás, foi a decisão do Tribunal de Contas do Estado, e Vossas Excelências aprovaram. Entretanto, na hora da proclamação do voto, saiu uma inversão, como se houvéssemos aqui desprovido o recurso extraordinário do Estado do Ceará, enquanto o voto era pelo provimento do recurso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, preconizo pelo menos pegarmos as notas taquigráficas para ver o que foi veiculado na assentada.

Compreendo o pragmatismo, mas fico vencido porque adoto esta prática, ou seja, de aguardar os embargos declaratórios.

VOTO (S/Proposta)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Com base no art. 96, III, e na possibilidade de reclamação da ata a qualquer tempo, antes de publicado o acórdão, acompanho o Relator, com as vênias do Ministro Marco Aurélio.

EXTRATO DA ATA

RE 400.344/CE – Relator: Ministro Carlos Britto. Recorrente: Estado do Ceará (Advogado: PGE/CE – João Régis Nogueira Matias). Recorrido: Gil Vi-

cente Furtado Bezerra de Menezes (Advogados: Meton Cesar de Vasconcelos e outro).

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Sepúlveda Pertence. 1ª Turma, 30-11-2004.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma aderiu a proposta do Relator e decidiu retificar a decisão do julgamento do presente recurso extraordinário, realizado em 30-11-2004 e publicada no DJ de 14-12-2004, para que passe a constar: "*A Turma deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.*" Vencido 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, 15 de fevereiro de 2005 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS N. 31.486 – SP (2003/0197024-6)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Marcelo Willians Santos (Assistência Judiciária)

Impetrada: Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Joel Ferreira Júnior (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Roubo. Condenação transitada em julgado. Argüição de nulidade decorrente da ausência de intimação do defensor dativo para a sessão de julgamento da apelação. Cumprimento integral da pena. Inexistência de constrangimento ilegal passível de reparação na presente via.

1. Inexiste constrangimento a ser reparado em sede de **habeas corpus**, se o paciente já cumpriu a pena a que foi condenado. Precedentes do STJ e do STF

2. **Habeas corpus** não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

DJ 29.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Joel Ferreira Júnior, condenado como incurso no art. 157, § 2°, I e II, Código Penal, por duas vezes, a 6 anos, 2 meses, e 20 dias de reclusão, em regime semi-aberto, e multa, apontando-se como autoridade coatora o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

Alega-se, em síntese, ter sido nulo o julgamento da apelação em razão da falta de intimação do defensor dativo do paciente para a respectiva sessão, como determina o art. 5 , § 5 , da Lei n. 1.060/1950.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou no sentido de se declarar prejudicado o **writ**.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Na verdade, o pedido não deve ser conhecido.

Busca a impetração o reconhecimento de suposta nulidade decorrente da falta de intimação do defensor dativo do paciente para a sessão de julgamento do recurso de apelação que interpôs contra a sentença que o condenou.

Ocorre que, conforme se extrai das informações prestadas pela Vara das Execuções Criminais e Corregedoria dos Presídios da Comarca de Bauru, em São Paulo, fls. 95/103, o paciente, em 16.04.2001, cumpriu integralmente a pena que lhe foi imposta nos autos da Ação Penal n. 389/1994 que tramitou perante a 7ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, de que aqui se cuida.

Tem-se portanto que, quando da impetração do presente **habeas corpus** ocorrida em 20.10.2003, o paciente já havia cumprido a sanção corporal que lhe foi imposta, não sendo de falar em constrangimento ilegal reparável pela via eleita.

Nesse sentido:

> A - "**Habeas corpus**. Furto. Continuidade delitiva. Condenação. Trânsito em julgado. Integral cumprimento da pena. Alegada nulidade na dosimetria da pena. Vício inexistente. Ausência de constrangimento ilegal passível de correção na presente **via**.
>
> 1. Além de não estar evidenciada qualquer ilegalidade na fixação da pena, esta já foi integralmente cumprida, razão pela qual inexiste constrangimento ilegal passível de correção em sede de **habeas corpus**. Precedentes do STJ e STF.
>
> 2. **Habeas corpus** não conhecido."

(HC n. 31.000-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 20.06.2005)

B - "Criminal. HC. Estelionato. Nulidade. Julgamento de apelação. Ausência de intimação pessoal do defensor dativo. Pena cumprida pelo paciente. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem não conhecida.

Hipótese em que se sustenta a ausência de intimação pessoal do defensor nomeado ao paciente para a sessão de julgamento do apelo defensivo ocorrido há quatorze anos.

Evidenciado que a pena imposta ao paciente nos autos da ação penal à qual se refere a impetração já foi cumprida, não se verifica constrangimento ilegal a ser reparado na via eleita.

Ordem não conhecida."

(HC n. 32.870-SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 06.09.2004)

C - "Execução Penal – Estelionato – **Habeas corpus** impetrado contra decisão que já transitou em julgado – Pena cumprida – Réu com inúmeras outras condenações – Impropriedade da via eleita.

- Conforme entendimento desta Corte e do Pretório excelso, é inviável a via do **habeas corpus** para reconhecer nulidade da sentença após cumprida a pena. **In casu**, a constrição do réu, na realidade, advém de outras condenações não questionadas pelo impetrante.

- Ordem não conhecida."

(HC n. 19.716-SP, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 05.08.2002)

E do Supremo Tribunal Federal:

"**Habeas corpus**. Adequação. Inexistência de ameaça à liberdade de ir e vir. Cumprimento de pena. Uma vez cumprida a pena, mostra-se inadequado o **habeas corpus**, surgindo para o paciente a via da revisão criminal."

(HC n. 83.652-MS, Relator Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 24.09.2004)

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 36.557 – SP (2004/0093923-7)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Luciano Alencar Negrão Caserta - Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São

Paciente: Alex Sandro Mataruco de Godoy

EMENTA

Infração de menor potencial ofensivo. Suspensão do processo/transação penal (possibilidade). Ministério Público (iniciativa).

1. Há um só conceito de infração de menor potencial ofensivo, exatamente o constante da Lei n. 10.259, de 2001.

2. Havendo elementos que, em tese, justifiquem a transação penal, o exame do caso deve ser feito à luz dos textos legais pertinentes; defeso, portanto, deixar o Ministério Público de fazê-lo ao abrigo de eventual poder discricionário.

3. **Habeas corpus** deferido, determinando-se seja feito o exame à luz dos textos pertinentes; em caso de proposta não feita, sejam os autos encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que acompanhou a Relatoria, no que foi seguido pelos Srs. Ministros Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 02.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. No Tribunal de Justiça de São Paulo, da impetração não se conheceu nos termos seguintes, em síntese:

> "Trata-se de impetração que sustenta sofrer o paciente constrangimento ilegal da parte do eminente Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que negou vigência à Lei n. 10.259/2001, ao não lhe conceder a possibilidade de transação penal, em delito agora considerado de menor potencial ofensivo Cart. 16 da Lei n. 6.368/1976).
>
> (...)
>
> A celeuma criada em torno da aplicação da norma invocada já vem sendo pouco a pouco superada e, nesta Câmara, já é pacífico o entendimento no sentido da possibilidade da aplicação da lei nova.
>
> Não se pode perder de vista, todavia, que o legislador previu a possibilidade de transação e o conceito desse instituto nos é ministrado pelo Direito Civil, sendo fora de dúvida que a transação é um acordo a que chegam as partes, mediante concessões recíprocas e, evidentemente de livre e espontânea vontade.
>
> Isso é suficiente para que se veja que não pode o Juízo tomar a iniciativa da transação, a qual compete tão-só ao Ministério Público, como titular que é da ação; e este é também o motivo pelo qual não se pode obrigar o representante do *Parquet* ao oferecimento de proposta de transação, providência esta que também não pode partir desta Corte, o que significa dizer que a impetração não pode ser conhecida.
>
> Posto isto e adotada a judiciosa manifestação ministerial, não conhecem do pedido."

Aqui no Superior Tribunal, o pedido do impetrante não é diferente do anteriormente apresentado, ei-lo:

> "... a concessão definitiva da ordem de **habeas corpus**, reconhecendo-se a existência do constrangimento ilegal contra o Paciente, para que cesse o constrangimento ilegal, decretando-se nulo o despacho de recebimento da denúncia e de todos os atos subseqüentes, inclusive da audiência onde ocorreu a suspensão condicional do processo concedida ao Paciente e

designando-se audiência para a realização da proposta de transação penal em favor desse, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995."

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem. Veja-se: " ... a obtenção da transação, com todas as vantagens dela decorrentes, constitui direito subjetivo do autor da infração. O fato de o legislador dar ao Ministério Público a iniciativa da proposta não altera a natureza do instituto."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Malgrado a conclusão de origem tenha sido no sentido de não se conhecer do pedido, o certo é que lá não se deixou de dar atenção ao fundamento do pedido. Por isso estou indo em frente.

2. Estando em curso a ação penal, a acusação opinou pela desclassificação do fato para o art. 16 da Lei n. 6.368, de 1976, e a sentença acolheu a proposta, determinando o magistrado se abrisse vista "ao Ministério Público para que se manifeste sobre a possibilidade de propor a suspensão condicional do processo ante a primariedade do réu".

Isso se realizou, tendo-se registrado, em 18.09.2003, o seguinte: "Presentes os requisitos legais, suspendo o curso do processo e do prazo prescricional por 2 (dois) anos, submetendo o acusado a período de prova, sob as condições acima impostas pelo Ministério Público." No mesmo dia, entretanto, a Assistência Judiciária alegou em petição que o réu fazia jus à transação penal "nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/1995: pena detentiva não superior a dois anos, não ter sido beneficiado anteriormente pela aplicação de pena restritiva ou multa e os antecedentes, a conduta social e a sua personalidade, os motivos e as circunstâncias indicam ser suficiente a adoção da medida em questão." Assim, requereu fosse designada audiência para tanto.

O Ministério Público do Estado, logo após, foi de parecer contrário à proposta, resumidamente:

> "Por tais razões, o legislador, ao estabelecer requisitos para a transação penal e, também, para a suspensão condicional do processo, não pretendeu criar um direito subjetivo para o acusado ou ainda obrigar o membro do Ministério Público a não agir. Na verdade, as regras estabelecidas têm como objetivo precípuo não permitir que o Promotor de Justiça extrapole o poder discricionário, propondo aquelas benesses nas hipóteses de infrações penais que não possam ser consideradas de menor potencial ofensivo.

A própria Constituição Federal distingue, claramente, para fins de instituição dos Juizados Especiais, as Justiças Estadual e Federal. Nossa Carta Política, originariamente, nem sequer admitia a transação penal ou o procedimento sumaríssimo na Justiça Federal (art. 98, **caput**), tanto que foi necessária a edição da Emenda Constitucional n. 22, de 18 de março de 1999, dispondo expressamente sobre a criação dos juizados no âmbito da Justiça Federal (cf. parágrafo único do art. 98).

Portanto, não há que se falar em quebra do princípio da isonomia, posto que se trata de situações distintas cujo tratamento foi distinto (antes da criação dos Juizados criminais no âmbito federal) e deve ser diverso."

E o parecer foi acolhido pela Juíza:

"1. Acolho o parecer do Ministério Público cujos fundamentos adoto como razão de decidir.

2. Não bastasse, na audiência designada o requerente, acompanhado do ilustre profissional que subscreveu a petição de fls. 107/110, aceitou a proposta de suspensão condicional do processo, sem qualquer objeção, quando lhe era permitido discordar, entendendo que fazia jus à transação penal. Não o fez no momento oportuno, sua pretensão está irremediavelmente preclusa.

3. Posto isto, indefiro o pedido de fls. 107/110."

3. Ao contrário do sustentado pelo Ministério Público do Estado, em primeiro lugar, não existem dois sistemas relativamente a infrações penais de menor potencial ofensivo, há um único sistema. Em segundo lugar, os requisitos da transação são aqueles estabelecidos em lei, a cujo exame há de dar atenção o órgão ministerial, dele não podendo escapar ao abrigo do poder discricionário. Por outro lado, O fundamento da preclusão, acrescentado pelo magistrado, não calha, não vindo, assim, em adequado modo, porquanto o que está em jogo é a liberdade de ir, ficar e vir.

A minha convicção, por isso, é a de que tem razão o Subprocurador-Geral Jair Brandão, **in verbis**:

"9. A ordem merece ser concedida.

10. **In casu**, pretende-se a transação penal no crime de uso/porte ilegal de entorpecente, cuja pena máxima é igual a dois anos, em face da Lei n. 10.259/2001.

11. Com efeito, a Lei n. 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Comum Estadual, em seu art. 61, considera infração de menor

potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano.

12. Por sua vez, a Lei n. 10.259/2001, que criou os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, assim dispõe em seu art. 2 , **caput** e parágrafo único, **verbis**:

> 'Art. 2 Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.
>
> Parágrafo único. *Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa*'. (Sem grifos no original).

13. Tem se consagrado o entendimento de que o parágrafo único do art. 2° da Lei n. 10.259/2001 derrogou o art. 61 da Lei n. 9.099/1995, ou seja, o conceito de infração de menor potencial ofensivo foi alterado, ampliando **quantum** da pena máxima, de um para dois anos, e demarcando a incidência em torno das condutas cuja pena privativa não esse limite (**sic**).

14. Ora, se ambas as leis emanam da mesma fonte normativa – legislações federais – não se pode admitir a instituição de dois sistemas distintos juizados especiais. O simples fato de determinado crime estar inserido, âmbito de competência da Justiça Federal ou Estadual não é motivo basta para que a lei confira tratamento diferenciado.

15. Dessarte, uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos na lei art. 79, § 2°, incisos I, II e III, Lei n. 9.099/1995 – a obtenção da transação, com todas as vantagens dela decorrentes, constitui direito subjetivo do autor da infração. O fato de o legislador dar ao Ministério Público a iniciativa da proposta não altera a natureza do instituto.

16. Nesse sentido, esclarecem **Weber Martins Batista** e **Luiz Fux, in** 'Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal', Forense, 1999, p. 321: 'A lei, por argumento a contrário, estabelece os pressupostos que devem ser satisfeitos para que o autor do fato obtenha as vantagens do instituto. Presentes todos eles, nasce para o mesmo um direito subjetivo à obtenção da transação'.

17. Em caso idêntico ao que ora se examina, esse Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso – RHC n. 14.168-SP (2003/0038704-5) – determinando a remessa dos autos ao Ministério Público para que procedesse à análise dos requisitos

necessários ao oferecimento da proposta de transação penal ao paciente, valendo destacar os seguintes trechos do r. julgado: ..."

4. Dessa sorte, voto pela concessão da ordem de **habeas corpus**, determinando que o caso seja examinado à luz do art. 76 e §§ da Lei n. 9.099, de 1995; caso contrário, que os autos sejam encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, **habeas corpus** contra a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu do pedido impetrado em favor de Alex Sandro Mataruco de Godoy, denunciado pela prática do crime tipificado no art. 16 da Lei n. 6.368/1976 (uso de entorpecente), em que se alegava constrangimento ilegal decorrente da não-aplicação ao paciente do instituto da transação penal.

Sustenta-se que a Lei n. 10.259/2001 ampliou o rol dos crimes de menor potencial ofensivo, de modo que, sob pena de violação ao princípio da isonomia, deve ter incidência nos Juizados Especiais Estaduais.

Alega-se, nesse passo, que o paciente preenche todos os requisitos legais para ser beneficiário da transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995), a saber: pena detentiva não superior a 2 anos; não ter sido beneficiado anteriormente pela aplicação de pena restritiva ou multa; e os antecedentes, a conduta social e a sua personalidade, os motivos e as circunstâncias indicarem ser suficiente a adoção da medida em questão.

Afirma-se, de outro lado, que, preenchidos os requisitos legais, impõe-se a realização da transação penal, cuja falta, exatamente diante de sua natureza jurídica de condição de procedibilidade, impede o recebimento da denúncia.

Pugna-se, ao final, pela concessão da ordem para que seja decretada a nulidade do despacho de recebimento da denúncia e de todos os atos subseqüentes, inclusive da audiência de suspensão condicional do processo, designando-se, nesse passo, audiência para a realização da proposta de transação penal ao paciente.

O Ministério Público Federal veio pela concessão da ordem.

O Ministro Nilson Naves, Relator, concedeu a ordem de **habeas corpus**, determinando que o caso seja examinado à luz do art. 76 e §§,da Lei n. 9.099, de 1995; caso contrário, que os autos sejam encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça.

Pedi vista para melhor examinar a espécie.

Conforme declinado no voto do Relator, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça sufragou o entendimento de que a Lei n. 10.259/2001, com força revocatória, ajustada à Constituição da República, redefiniu as infrações penais de pequeno potencial ofensivo, identificando-as, em natureza, com os

delitos a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, derrogando, neste sentido, o art. 614 da Lei n. 9.099/1995.

A propósito, e por todos, o seguinte precedente:

> "Penal. Processual Penal. **Habeas corpus**. Art. 16 da Lei de Tóxicos. Infração de menor potencial lesivo. Transação penal. Lei n. 10.259/2001 e Lei n. 9.099/1995.
>
> I – Com o advento da Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, por meio de seu art. 2°, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito.
>
> II - Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9099/1995, aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção.
>
> Ordem concedida. (HC n. 25.195-SP, Relator Ministro Felix Fischer, **in** DJ de 30.06.2003).

In casu, o delito é o tipificado no art. 16 da Lei n. 6.368/1976, que prevê pena de detenção de 6 meses a 2 anos, compreendido, portanto, pelo conceito legal de menor potencial ofensivo, o que, por certo, viabiliza o oferecimento da transação penal ao paciente, e exclui, exatamente por se cuidar de aplicação de lei penal mais benéfica, a alegação de preclusão diante da assunção do **sursis** processual.

Nesse sentido:

> "Processual Penal. Recurso ordinário constitucional. Art. 16 da Lei n. 6.368/1976. Crime de menor potencial ofensivo. Suspensão do processo com base no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Superveniência da Lei n. 10.259/2001. Pleito da defesa direcionado ao oferecimento da proposta de transação penal. Derrogação do art. 61 da Lei n. 9.099/1995.
>
> Sendo a transação penal instituto que se afigura mais benéfico ao réu, não pode o Juiz substituí-la pela suspensão condicional do processo.
>
> Recurso provido para permitir ao réu o direito de ver proposta a transação penal em substituição à suspensão condicional do processo." (RHC n. 15489-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, **in** DJ de 17.05.2004)
>
> "Recurso ordinário em **habeas corpus**. Penal e Processual Penal. Uso de entorpecente. Art. 16 da Lei n. 6.368/1976.

Infração de menor potencial ofensivo. Art. 2°, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001. Transação penal. Possibilidade. Lei posterior mais benéfica. Retroação.

O parágrafo único do art. 2° da Lei n. 10.259/2001 ampliou a definição de crimes de menor potencial ofensivo, porquanto, além de ausentes as exceções elencadas no art. 61 da Lei n. 9.099/1995, foi alterado o limite da pena máxima abstratamente cominada para 02 (dois) anos, sem distinção entre crimes da competência da Justiça Estadual ou Federal. Precedentes do STJ.

Tendo-se em conta que o delito imputado ao ora Paciente é o capitulado no art.16 da Lei n.6.368/1976, cuja pena é de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de multa, tido, pois, como de menor potencial ofensivo, há de se abrir a possibilidade de, consoante o art. 76 da Lei n. 9.099/1995, ser-lhe oferecido o benefício da transação penal, apesar de já existir concordância do Paciente com a proposta de suspensão do processo.

3. É que, na presente hipótese, estando o ora paciente se submetendo ao período de prova do **sursis** processual, torna-se mais benéfico o instituto da transação, devendo, assim, a lei posterior mais benéfica retroagir, sob pena de ofensa ao art. 5°, inciso XL, da Constituição Federal.

4. Recurso provido." (RHC n. 14.857-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, **in** DJ de 13.10.2003)

Pelo exposto, e por não se cuidar de direito subjetivo do réu (cf. REsp n. 628.294-SP, **in** DJ de 18.10.2004), acompanho o Relator para, concedendo a ordem de **habeas corpus**, determinar que se oportunize ao paciente a possibilidade de transação penal, sendo eventual discordância entre o Promotor de Justiça e o Juiz **a quo** solucionada à luz do art. 28 do Código de Processo Penal.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 40.373 – SP (2004/0177972-1)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrante: Mário Mafra Neto

Impetrada: Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Rodrigo Dantas Paulo (preso)

EMENTA

Criminal. HC. Roubos qualificados. Excesso de prazo. Feito complexo. Pluralidade de réus, testemunhas e advogados. Greve dos agentes penitenciários. Demora justificada. Princípio da razoabilidade. Prazo para a conclusão da instrução que não é absoluto. Trâmite regular. Ordem denegada.

I - Hipótese que trata de processo criminal que tramita regularmente, tendo sido retardado, apenas em parte, em decorrência da pluralidade de réus (cinco), testemunhas e advogados, dos delitos cometidos, da greve dos servidores do Poder Judiciário, bem como da notória complexidade do feito e da necessidade de observância às formalidades.

II - A greve dos servidores do Poder Judiciário constitui motivo de força maior, não configurando desídia da autoridade impetrada e não ensejando, por si só, a revogação da custódia cautelar. Precedente.

III - Por aplicação do princípio da razoabilidade, justifica-se eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas sim decorrente de incidentes do feito e devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos.

IV - O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto.

V - O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada.

VI - Ordem denegada.

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. "A Turma, por unanimidade, denegou a ordem." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Rodrigo Dantas Paulo, contra acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada visando à expedição de alvará de soltura, por excesso de prazo na instrução criminal.

O paciente foi preso em flagrante no dia 15 de maio de 2004, sob a acusação de praticar, em tese, por três vezes, o crime de roubo qualificado pelo concurso de agentes.

O impetrante informa que a instrução processual não foi encerrada, tendo em vista a não-apresentação dos co-réus para a audiência de instrução, bem como o não-comparecimento das vítimas ao referido ato, fato que não pode ser atribuído à defesa.

Alega, ainda, não ser razoável que a instrução não se encerre em tempo próximo ao triplo do prazo legal, o que viola o disposto no art. 5º inciso LIV, da Constituição Federal.

Foram impetrados três **habeas corpus** buscando a concessão de liberdade provisória, por excesso de prazo na conclusão do processo.

Todavia, as ordens foram denegadas (fls. 230/233, 235/238 e 240/244), ensejando a presente impetração, substitutiva de recurso ordinário, onde se sustenta que há excesso de prazo na conclusão da instrução criminal, eis que o paciente encontra-se preso por tempo superior ao que determina a lei.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 145/146.

A autoridade apontada como coatora prestou informação (fls. 182/183).

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 271/275).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Rodrigo Dantas Paulo, contra acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que denegou ordem anteriormente impetrada visando à expedição de alvará de soltura.

Na presente impetração, reiteram-se os argumentos expostos no writ originário, no sentido da ocorrência de excesso de prazo na instrução processual.

Pretende-se, em síntese, o relaxamento da prisão em flagrante, com expedição de alvará de soltura em favor do réu.

A súplica não merece acolhimento.

Em *15.05.2004*, o paciente foi preso *em flagrante* juntamente com outros quatro comparsas, em razão da prática, em tese, de três roubos qualificados (fls. 27/39).

A *denúncia foi recebida* pelo Juízo em *1º.06.2004*, ocasião em que foi determinada a citação e designado o interrogatório dos réus (fl. 53).

Em *05.07.2004* foi *realizado o interrogatório* do paciente e dos co-réus.

Designado o dia *10.08.2004* para o início da instrução, *a audiência não se realizou*, tendo em vista a não-apresentação dos réus Alexandre e Francisco, devidamente requisitados à autoridade policial (fl. 76).

Redesignada a audiência de instrução para 16.09.2004, novamente *os réus Alexandre e Francisco não foram apresentados*, mesmo tendo sido devidamente requisitados (fl. 83).

Remarcado o ato para o dia *26.10.2004*, não foram apresentados os requisitados Werbson e Alexandre pela autoridade policial, tendo o Juízo, na oportunidade, decretado a *prisão preventiva* dos acusados e redesignado a audiência para o dia 20 de dezembro de 2004 (fls. 89/90).

Na data mencionada, estando todos os réus presentes, bem como seus defensores, *foi ouvida a vítima Luciana de Fátima Busch Hipólito*, a qual procedeu ao reconhecimento dos acusados, sendo *ouvidas também as testemunhas de acusação Evaristo Aparecido Cordeiro e Sérgio Alex Simões de Oliveira*, que também reconheceram os acusados, estando ausentes as vítimas Elisabeth Weigert Maier e Fernanda Gonzáles (fls. 130/135).

Designada audiência de continuação para 03 de fevereiro de 2005, determinando-se a condução coercitiva das vítimas Elisabeth e Fernanda (fl. 136).

Em 03.02.2005 não houve a realização da audiência, tendo em vista o não-

comparecimento da vítima Elisabeth, a não-apresentação dos réus Rodrigo e Alexandre, sendo redesignado o ato para 14 de março de 2005 (fl. 159).

Não há nos autos mais informações sobre a conclusão dos atos processuais que se encontravam pendentes.

De todo exposto, verifica-se que se trata de ação penal complexa, em que figuram acusados o paciente e mais quatro co-réus, sendo grande também o número de testemunhas e advogados, o que torna mais difícil a realização dos atos processuais.

Observa-se, ainda, que a falta de apresentação dos acusados na audiência de instrução foi determinante para a demora na conclusão da fase instrutória.

Tal fato, contudo, não pode ser atribuído ao Juízo, nem ao Ministério Público, tendo em vista que o não-atendimento das requisições se deu por parte da autoridade policial competente.

Vislumbra-se, portanto, que o feito tramita regularmente, tendo sido retardado pela complexidade do feito.

Dessarte, é aceitável eventual dilação, devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos.

Por outro lado, sabe-se da ocorrência de movimentos grevistas no Poder Judiciário do Estado de São Paulo, os quais tiveram início em 29 de junho de 2004, perdurando por mais de três meses, ocasionando o atraso no andamento de todos os processos.

Entretanto, por constituírem motivo de força maior, não configuram desídia da autoridade impetrada e não ensejam, por si só, a revogação da custódia cautelar.

A corroborar tal entendimento, trago à colação o seguinte precedente:

> "Criminal. HC. Roubo qualificado. Bando armado. Excesso de prazo. Feito complexo. Expedição de cartas precatórias. Greve dos agentes penitenciários. Demora justificada. Princípio da razoabilidade. Prazo para a conclusão da instrução que não é absoluto. Trâmite regular. Ordem denegada.
>
> Hipótese que trata de processo criminal que tramita regularmente, tendo sido retardado, apenas em parte, em decorrência da pluralidade de réus (cinco), dos delitos cometidos (oito), da greve dos agentes penitenciários, bem como da notória complexidade do feito e da necessidade de observância às formalidades da expedição de cartas precatórias.
>
> *A greve dos agentes penitenciários constitui motivo de força maior, não configurando desídia da autoridade impetrada e não ensejando, por si só, a pronta revogação da custódia cautelar. Precedentes.*
>
> *Por aplicação do princípio da razoabilidade, tem-se como justificada*

eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas sim decorrente de incidentes do feito e devido à observância de trâmites processuais sabidamente complexos.

O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto.

O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada.

Ordem denegada." (HC n. 35.925-RS, de minha relatoria, DJ 18.10.2004)

Outrossim, o prazo de 81 dias para a conclusão da instrução criminal não é absoluto e o constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada - o que não se vislumbra **in casu**.

Assim, o constrangimento reputado indevido, decorrente de excesso de prazo na formação da culpa, fica excluído por força do princípio da razoabilidade (HC n. 7.585-PB; HC n. 7.380-BA; RHC n. 7.819-SP).

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 40.422 – DF (2004/0179086-0)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: André de Moura Soares - Defensor Público

Impetrada: Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Paciente: Marcos Leonarde de Sousa

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Estatuto do Desarmamento. (Porte ilegal de arma de uso permitido (art. 14 da Lei n. 10.826/2003). **Abolitio criminis** temporária. Inocorrência. Trancamento da ação penal. Impossibilidade.

1. Esta Corte vem entendendo que, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma (arts. 30, 31 e 32 da Lei n. 10.826/2003), observa-se a descriminalização temporária exclusivamente em relação às condutas delituosas relativas à posse de arma de fogo de uso permitido, tal como descrito no art. 12 da referida lei;

2. "Afastado o argumento segundo o qual teria ocorrido a **abolitio criminis temporalis** da conduta de 'portar ilegalmente arma de fogo' imputada ao paciente, praticada sob a égide da Lei n. 10.826/2003, torna-se inviável o pretendido trancamento da ação penal instaurada." (HC n. 40,419-DF, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 10.07.2005);

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 26.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de Marcos Leonarde de Sousa, contra acórdão proferido pela Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Narra a impetração que o paciente foi denunciado pela prática da conduta prevista no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 ("Estatuto do Desarmamento"), uma vez que estaria portando um revólver calibre 38, de uso permitido, municiado com quatro cartuchos.

Pugna-se pelo trancamento e arquivamento da ação penal.

Liminar indeferida (fl. 72); informações prestadas (fls. 75/99).

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem (fls. 101/104), em parecer assim ementado:

> "**Habeas corpus**. Estatuto do Desarmamento. Arma encontrada em poder do paciente. Prazo para a regularização de arma de uso permitido. 180 dias. Decreto n. 5.123, de 1° de julho de 2004. Pela concessão da ordem."

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. A ordem deve ser denegada.

2. Esta Corte vem entendendo que, diante da literalidade dos artigos relativos ao prazo legal para regularização do registro da arma (arts. 30, 31 e 32 da Lei n. 10.826/2003), observa-se, pois, a descriminalização temporária *exclusivamente* em relação às condutas delituosas relativas à posse de arma de fogo de uso permitido, tal como descrito no art. 12 da referida lei:

> *"Posse irregular de arma de fogo de uso permitido*
>
> Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa."

Nesse sentido, os seguintes julgados:

"Criminal. HC. Porte ilegal de arma de fogo. Flagrante lavrado na vigência do Estatuto do Desarmamento. Possibilidade de regularização da posse. **Vacatio legis** indireta e **abolitio criminis** temporária. Efeitos que não alcançam a conduta de 'portar arma de fogo'. Atipicidade. Inocorrência. Ordem denegada.

I - A Lei n. 10.826/2003, ao estabelecer o prazo de 180 dias para que os possuidores e proprietários de armas de fogo sem registro regularizassem a situação ou as entregassem à Polícia Federal, criou uma situação peculiar, pois, durante esse período, a conduta de possuir arma de fogo deixou de ser considerada típica.

II - Em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo, praticado na vigência do Estatuto do Desarmamento, não se evidencia o sustentado fenômeno da **vacatio legis** indireta - assim descrita na doutrina - criada pelo legislador.

III - *Afastado o argumento segundo o qual teria ocorrido a* **abolitio criminis temporalis** *da conduta de 'portar ilegalmente arma de fogo' imputada ao paciente, praticada sob a égide da Lei n. 10.826/2003, torna-se inviável o pretendido trancamento da ação penal instaurada.*

IV - O conteúdo dos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003, dirigidos exclusivamente aos 'possuidores e proprietários' de arma de fogo, não permite ao hermeneuta impedir a persecução penal contra o agente que é flagrado, por volta das 20 horas, portando ilegalmente uma arma de fogo.

V - Ordem denegada." (HC n. 40.419-DF, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ 1 .07.2005, grifei)

"Penal e Processual Penal. **Habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. Art. 14 da Lei n. 10.826/2003. Trancamento da ação penal. Prazo para a regularização da arma. Arts. 30, 31 e 32 do Estatuto do Desarmamento. Prazo referente às hipóteses de posse de arma de fogo. Não se confunde com os casos de porte ilegal de arma de fogo.

I - Não se pode confundir posse irregular de arma de fogo com o porte ilegal de arma de fogo. Com o advento do Estatuto do Desarmamento, tais condutas restaram bem delineadas. A posse consiste em manter no interior de residência (ou dependência desta) ou no local de trabalho a arma de fogo. O

porte, por sua vez, pressupõe que a arma de fogo esteja fora da residência ou local de trabalho.

II - Os prazos a que se referem os arts. 30, 31 e 32 da Lei n. 10.826/2003, só beneficiam os possuidores de arma de fogo, i.e., quem a possui em sua residência ou emprego (**v.g.**, art. 12 da Lei n. 10.826/2003). Dessa maneira, até que finde tal prazo (hoje prorrogado até 23.06.2005 – consoante a Medida Provisória n. 229/2004, de 18.12.2004), ninguém poderá ser preso ou processado por possuir (em casa ou no trabalho) uma arma de fogo.

III - **In casu**, *a conduta atribuída ao paciente foi a de portar arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei n. 10.826/2003). Logo, não se enquadra nas hipóteses excepcionais dos arts. 30, 31 e 32 do Estatuto do Desarmamento, que se referem aos casos de posse de arma de fogo.*

Writ denegado." (HC n. 39.787-DF, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 23.05.2005, grifei)

O paciente foi denunciado pelo delito tipificado no art. 14 do respectivo Estatuto, **verbis**:

"*Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido*

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente."

Assim, posto cuidar-se de crime de porte ilegal de arma de fogo, inviável se faz a pretensão ora deduzida.

3. Dessarte, *denego* a ordem pretendida.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 40.637 – SP (2004/0183030-8)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrantes: José Sierra Nogueira e outro

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Daniel Victor Iwuagwu (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Processual Penal. Nulidade absoluta. Prova ilícita. Prorrogação de escutas telefônicas. Lei n. 9.296/1996. Inocorrência. Ordem denegada.

1. A interceptação telefônica de fato não pode exceder quinze dias. Porém, pode ser renovada por igual período, não havendo qualquer restrição legal ao número de vezes em que possa ocorrer sua renovação, desde que comprovada a necessidade.

2. A proclamação de nulidade do processo por prova ilícita se vincula à inexistência de outras provas capazes de confirmar autoria e materialidade; em caso contrário deve ser mantido o decreto de mérito, uma vez fundado em outras provas.

3. *Writ* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 06 de setembro de 2005 (data do julgamento)

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 26.09.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de **habeas corpus** em que é paciente Daniel Victor Iwuagwu, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, denegando a ordem, afastou alegação de nulidade absoluta decorrente de prova ilícita.

Alega o impetrante, em suas razões de impetração, que é nula a decisão embasada em prova ilegal consistente em escutas telefônicas que, muito embora autorizadas pelo douto Juízo, estão eivadas de nulidade insanável, já que teriam tais autorizações infringido a Lei n. 9.296/1996, que estabelece os prazos autorizados para as escutas telefônicas, por ter havido excesso nas prorrogações, três ao todo, quando a aludida lei prevê que as autorizações para escuta telefônica ocorram até duas vezes, pelo prazo máximo de quinze dias.

Busca, então, o reconhecimento da nulidade absoluta, afastando-se, com isso, o ilegal constrangimento, que deve ser imediatamente corrigido mediante concessão da ordem a fim de que seja anulada a sentença.

É o sucinto relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): Na presente impetração, busca o paciente a anulação do processo, vez que a condenação teria se baseado em prova ilícita.

Segundo consta dos autos, o paciente, juntamente com outros dois réus, foi denunciado como incurso nos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/1976, porque com aqueles se associara para o fim de praticar tráfico de entorpecentes.

Alega-se que foi decretada a quebra de sigilo telefônico do paciente em afronta ao art. 5 , 1ª parte, da Lei n. 9.296/1996, que estabelece o prazo máximo de quinze dias, renovável por igual período, para a interceptação telefônica.

O art. 5 da Lei n. 9.296/1996 tem o seguinte teor:

> "Art. 5 . A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova."

É bem verdade que a interceptação, de fato, não há de exceder quinze dias; porém, pode ser renovada por igual período, não havendo qualquer restrição legal ao número de vezes que possa ocorrer sua renovação, desde que comprovada a sua necessidade.

Nesse sentido, corretas as razões do acórdão impugnado, baseadas na melhor doutrina.

A propósito, as palavras de **Vicente Greco Filho** (in "Interceptação Telefônica", Saraiva, 1996, p. 31).

> "A lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas forem necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo."

E em nota de rodapé, o mesmo autor analisa gramaticalmente o dispositivo, acrescentando:

> "A leitura rápida do art. 5 poderia levar à idéia de que a prorrogação somente poderia ser autorizada uma vez. Não é assim; 'uma vez', no texto da lei, não é adjunto adverbial, é preposição. É óbvio que se existisse uma vírgula após a palavra 'tempo', o entendimento seria mais fácil."

Cumpre ressaltar que os fatos trazidos aos autos se revelam extremamente complexos, envolvendo rede de tráfico de entorpecentes, a ensejar investigação policial diferenciada.

Dessa forma, parece mais razoável a interceptação telefônica perdurar por tempo dilargado, necessário à apuração dos fatos delituosos, cabendo ao juiz da causa avaliar a necessidade, autorizando a medida fundamentadamente, como na espécie aconteceu.

Isso não bastasse, a proclamação de nulidade do processo por prova ilegal se vincula à inexistência de outras provas capazes de confirmar autoria e materialidade; em caso contrário deve ser mantido o decreto de mérito, uma vez fundado em outras provas, como no caso, em que a sentença condenatória reputou comprovada a materialidade, a partir da apreensão de substância entorpecente, em conjunto com prova testemunhal, a corroborar a matéria fática apurada no todo.

Ante o exposto, não havendo nenhum constrangimento ilegal a ser sanado, *denego a ordem.*

HABEAS CORPUS N. 42.019 – RS (2005/0027913-4)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Impetrantes: Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo e outro

Impetrado: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Solange Gaspar de Souza Patrício

EMENTA

Criminal. *HC*. Descaminho. Falsidade ideológica. Trancamento de inquérito policial. Ausência de justa causa não evidenciada de plano. Necessidade do procedimento inquisitorial para a apuração dos fatos. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

I - Hipótese na qual a paciente foi indiciada pela suposta prática dos delitos de descaminho e falsidade ideológica.

II - Pleito de trancamento do inquérito policial, sob o fundamento de falta de justa causa, pois a paciente, apesar de ter sido admitida como sócia da empresa, teria permanecido como simples empregada, acatando as ordens da cotista majoritária, jamais tendo participado da gerência da sociedade.

III - A participação ou não da paciente na prática delitiva não se apresenta livre de controvérsias, pois, somente após o correto procedimento inquisitorial, com a devida apuração dos fatos e provas, é que se poderá averiguar, com certeza, a veracidade das alegações apresentadas na impetração, tornando-se prematuro o trancamento do inquérito policial instaurado.

IV - Não há que se falar em ausência de justa causa para a investigação criminal em curso, a qual só pode ser obstada na hipótese de flagrante e inequívoca atipicidade ou impossibilidade de ser a indiciada o autora dos fatos, o que, de pronto, não se verifica.

V - O mero indiciamento em inquérito não caracteriza constrangimento ilegal reparável via **habeas corpus**. Precedentes.

VI - Ordem denegada.

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília (DF), 03 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator

DJ 23.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de Solange Gaspar de Souza Patricio, visando à sustação do seu indiciamento nos autos do Inquérito Policial Federal n. 31/2002.

A paciente foi indiciada pela prática, em tese, dos delitos de descaminho e falsidade ideológica, supostamente praticados em abril de 2001, através da empresa Santa Fé Trading Importação e Exportação Ltda.

Irresignada, a defesa requereu ao Juízo Federal da 2ª Vara Criminal Federal de Pelotas – RS o trancamento do inquérito policial instaurado em desfavor da paciente, tendo em vista configurar-se inequívoco e inaceitável constrangimento ilegal (fls. 58/63).

O magistrado singular, entretanto, indeferiu o pleito, ressaltando tratar-se de mera investigação policial (fl. 65).

Ainda inconformada, a paciente impetrou a ordem originária, a qual foi denegada pelo Tribunal **a quo**.

Daí a presente impetração, na qual se sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, pois a paciente estaria sendo indiciada com fundamento exclusivo no depoimento da cotista majoritária da empresa Santa Fé Trading Importação e Exportação Ltda, a qual teria afirmado ser a paciente responsável pela conta da empresa Fitness do Brasil Importação e Exportação Ltda.

Aduz-se, ainda, ter sido admitida como sócia por pedido da própria cotista majoritária, tendo permanecido, contudo, como simples empregada da empresa, acatando suas ordens, jamais tendo participado da gerência da sociedade.

Pugna-se, assim, pelo trancamento do procedimento criminal, por ausência de justa causa.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 118).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Trata-se de **habeas corpus** contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que denegou a ordem anteriormente impetrada em favor de Solange Gaspar de Souza Patricio, visando à sustação do seu indiciamento nos autos do Inquérito Policial Federal n. 31/2002.

A paciente foi indiciada pela prática, em tese, dos delitos de descaminho e falsidade ideológica, supostamente praticados em abril de 2001, através da empresa Santa Fé Trading Importação e Exportação Ltda..

Nas razões do presente *writ*, sustenta-se a ocorrência de constrangimento ilegal, pois a paciente estaria sendo indiciada com fundamento exclusivo no depoimento da cotista majoritária da empresa Santa Fé Trading Importação e Exportação Ltda, a qual teria afirmado ser a paciente responsável pela conta da empresa Fitness do Brasil Importação e Exportação Ltda.

Aduz-se, ainda, ter sido admitida como sócia por pedido da própria cotista majoritária, tendo permanecido, contudo, como simples empregada da empresa, acatando suas ordens, jamais tendo participado da gerência da sociedade.

Pugna-se, assim, pelo trancamento do procedimento criminal, por ausência de justa causa.

Não merece prosperar a irresignação.

Durante verificação documental de declaração de importação registrada no Siscomex em 03.04.2001, a autoridade fazendária suscitou dúvidas quanto ao teor das negociações e veracidade dos documentos apresentados pela Empresa Santa Fé Trading Importação e Exportação Ltda, referentes a transações efetuadas com a Fitness do Brasil Importação e Exportação Ltda.

Verificada a ocorrência, em tese, dos crimes de descaminho e de falsidade ideológica, foram formalizadas representações fiscais ao Ministério Público, o qual requisitou a instauração de inquérito policial, para apuração da possível prática dos delitos.

Ana Maria Barbosa Gil, sócia-proprietária e cotista majoritária da empresa, foi indiciada e interrogada, momento no qual apontou a paciente também como sócia-proprietária da Santa Fé e responsável pela conta da Fitness do Brasil.

Assim, a paciente foi indiciada como suposta co-ré da empreitada criminosa.

A impetração afirma que a acusada foi admitida como sócia da empresa por pedido da própria Ana Maria Barbosa Gil, com o propósito de fazer reduzir os encargos trabalhistas.

Ademais, apesar de constar como sócia-proprietária da sociedade desde 18.02.1998, possuía participação de 8,17% do capital social, tendo permanecido

como empregada da empresa, recebendo ordens da cotista majoritária, a qual, consoante disposto no contrato social, era responsável pela gerência e administração da sociedade (fls. 39/49 e 50/56)

Aduz, a paciente, não possuir poder de gerência na empresa, não podendo, deste modo, ser responsabilizada pelas supostas práticas delitivas.

Todavia, consta dos autos que os crimes teriam ocorrido em abril de 2001, quando a paciente era sócia-proprietária da Santa Fé.

Além disso, as declarações da cotista majoritária não podem ser de plano desconsideradas sem provas contundentes demonstrando a veracidade das alegações apresentadas na impetração.

Dessarte, verifica-se que a questão levantada não se apresenta livre de controvérsias, sendo certo que, somente após o correto procedimento inquisitorial, com a devida apuração dos fatos e provas, é que se poderá averiguar, com certeza, a participação, ou não, da paciente nos fatos delitivos investigados.

Portanto, não há que se falar em ausência de justa causa para a investigação criminal em curso, a qual só pode ser obstada na hipótese de flagrante e inequívoca atipicidade ou impossibilidade de ser o indiciado o autor dos fatos, o que, de pronto, não se verifica.

Nesse sentido, o precedente desta Turma:

> "Penal e Processual Penal. **Habeas corpus**. Inquérito policial. Trancamento. Abuso de autoridade. Tipicidade da conduta.
>
> *O trancamento de inquérito, conquanto possível, cabe apenas nas hipóteses excepcionais em que,* ***prima facie****, mostra-se evidente,* ***v.g.****, a atipicidade do fato ou a inexistência de autoria por parte do indiciado,* situações essas não ocorrentes **in casu**, em que se atribui, em tese, a prática de condutas ilícitas tipificada na Lei n. 4.898/1965.
>
> Ordem denegada." (HC n. 15.722-RS, DJ 24.09.2001, Relator Ministro Felix Fischer).

Por outro lado, esta Corte vem firmando posicionamento no sentido de que o simples indiciamento em inquérito policial não caracteriza constrangimento ilegal reparável através de **habeas corpus**. .

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes julgados:

> "Penal. Processual. Tráfico de entorpecentes. Inquérito policial. Trancamento. **Habeas corpus** substitutivo.
>
> 1. Só se tranca inquérito policial quando evidenciada a atipicidade da conduta praticada pelo paciente ou se claramente comprovada sua inocência; fora estas hipóteses, não há que se

falar em trancamento.

2. *O simples indiciamento em inquérito policial não configura constrangimento ilegal reparável pelo* **habeas corpus**.

3. *'Habeas corpus conhecido; pedido indeferido.'* (HC n. 6.903-SP, DJ 04.05.1998, Relator Ministro Edson Vidigal).

"RHC. Indiciamento. Ausência. Constrangimento ilegal. Descabimento. Utilização. *Writ*. Falta. Ofensa. Direito de ir e vir.

1. *A instauração de inquérito policial com o conseqüente indiciamento do paciente, não representam ofensa ao direito de ir e vir a justificar a utilização da via do* **habeas corpus**.

2. Recurso improvido." (RHC n. 9.014-SC, DJ 21.02.2000, Relator Ministro Fernando Gonçalves).

Diante do exposto, denego a ordem.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.990 – PR (2002/0072653-8)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Maria Aparecida Mello da Silva

Advogado: Carlos Eduardo Franco

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná Impetrado: Procurador-Geral da Justiça do Estado do Paraná

Recorrido: Estado do Paraná

Procuradores: Márcia Dieguez Leuzinger e outros

EMENTA

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de Afastamento de Promotora de Justiça de suas atribuições eleitorais durante todo o processo eleitoral. Competência do Procurador-Geral Justiça do Estado. Recorrente é parte em ação penal privada contra uma das candidatas ao cargo de Prefeita. Impedimento previsto no art. 95 da Lei n. 9.504/1997. Ausência de cerceamento de Recurso ordinário conhecido e improvido.

1. Segundo entendimento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral, havendo impedimento do Promotor Eleitoral, cabe ao Procurador de Justiça indicar o substituto ao Procurador Regional Eleitoral. Na hipótese, tal entendimento foi respeitado, pois o Procurador Regional Eleitoral no Paraná, entendendo estar a recorrente impedida de exercer funções eleitorais, solicitou ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná fossem tomadas as providências necessárias para o seu afastamento e que indicasse outro Promotor Público para oficiar junto à 6ª Zona Eleitoral de Antonina, Estado do Paraná.

2. Diante do reconhecimento de suspeição ou impedimento de Promotor Eleitoral é possível o seu afastamento de todo o processo eleitoral, tendo em vista as características especiais que regem esse procedimento. Precedentes do Tribunal Superior Eleitoral.

3. A representação de impedimento de membro do Ministério Público pode ser apresentada por partido político, nos ter-

mos do art. 96 da Lei n. 9.504/1997.

4. Ao membro do Ministério Público que seja parte em ações judiciais que envolvam determinado candidato é defeso exercer suas funções em processo eleitoral no qual o mesmo candidato seja interessado. Aplicação do art. 95 da Lei n. 9.504/1997.

5. Conforme previsto nos arts. 155, IX, da Lei Orgânica do Ministério Público do Paraná, e 236, VI, da Lei Orgânica do Ministério Público da União, é dever do membro do Ministério Público declarar-se suspeito ou impedido nos termos da lei.

6. A recorrente apresentou defesa na representação que originou o ato impugnado, na qual não negou a existência da ação penal privada que move contra a candidata ao cargo de prefeita, fato objetivo que serviu como fundamento ao seu afastamento das funções eleitorais. Assim, não há falar em cerceamento de defesa.

7. Recurso ordinário conhecido e improvido.

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, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2005 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 05.12.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Maria Aparecida Mello da Silva, com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado (fls. 338/339):

"Processo Civil. Mandado de segurança. Impetração por Promotora de Justiça contra ato do Procurador-Geral de Justiça que a afastou de suas atribuições junto à Justiça Eleitoral.

Competência. Ilegalidade do ato impugnado.

O afastamento de Promotora de Justiça de suas funções perante a Justiça Eleitoral, embora originário de solicitação do Ministério Público Eleitoral, incumbe privativamente ao Chefe do Ministério Público Estadual, de modo que o controle jurisdicional do respectivo ato incumbe à Justiça comum. Inexiste ilegalidade nesse ato, relativo a todo o processo eleitoral, quando se trata de eleições municipais, e a Promotora, tendo precedentemente ajuizada queixa por crime contra a honra contra a Prefeita (a qual, aliás, no caso, veio a ser reeleita), externa comportamento passível de revelar inimizade capital em relação à mesma prefeita."

A recorrente, Promotora de Justiça lotada na Comarca de Antonina - PR, impetrou o presente mandado de segurança objetivando desconstituir a Resolução n. 1.345/2000, do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná, pela qual foi substituída por outro Promotor de Justiça na condução das atribuições do Ministério Público junto à 6ª Zona Eleitoral da Comarca de Antonina - PR. Tal resolução foi editada em decorrência de reclamação aforada contra ela pelos Diretórios Municipais dos Partido Social Trabalhista – PST, Partido Socialista Brasileiro – PSB e Partido Republicano Progressista – PRP visando a seu afastamento do processo eleitoral para prefeito e vereadores, sob o argumento de que ela carecia de imparcialidade para exercer funções do Ministério Público Eleitoral naquela cidade, manter relação de inimizade com a candidata a Prefeita pela coligação, Munira Peluso.

A referida reclamação foi dirigida ao Procurador Regional Eleitoral no Paraná, que, diante do fato de a recorrente ter apresentado queixa-crime contra a candidata à reeleição pelos partidos acima mencionados, proferiu despacho onde entendeu "conveniente para a tranqüilidade do pleito eleitoral em Antonina e para assegurar e preservar a própria atuação do Ministério Público Eleitoral naquele local, pelas circunstâncias acima apontadas e com fundamento no art. 135, I, CPC c.c. o art. 28, § 2º, do Código Eleitoral, bem como no art. 95 da Lei n. 9.504/1997 e dispositivos similares das diversas Resoluções do colendo TSE, em solicitar ao Exmº Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná (...) as providências necessárias para afastar a Drª. Maria Aparecida Mello da Silva de suas funções e em decorrência que seja indicado outro Promotor Público para oficiar ao Juízo da 6ª Zona Eleitoral de Antonina" (fls. 35/36).

Com base na decisão do Procurador Regional Eleitoral e nos pronunciamentos da Corregedoria Geral do Ministério Público e da Coordenação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Eleitorais, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná resolveu, através da Resolução n. 1.345/2000 (fl. 24), por acatar o pedido de afastamento da recorrida de suas funções eleitorais, designando outro membro do Ministério Público para atuar junto à 6ª Zona Elei-

toral de Antonina.

No presente recurso ordinário, a recorrente sustenta que a) a violação dos seus direitos e os prejuízos que lhe foram causados encontram-se amplamente demonstrados nos autos; b) não foi comprovada sua relação de inimizade com a Prefeita Municipal, candidata à reeleição, sendo ilegal o ato que a afastou de suas funções apenas com base em suposições; c) a exceção de suspeição somente poderia ser argüida pela pessoa diretamente afetada, e não pelos Diretórios Municipais de partidos políticos, como ocorreu na hipótese; d) apesar de o Procurador Regional Eleitoral ter afirmado que a recorrente não agiu de modo desconsonante com o seu **munus**, opinou indevidamente pelo seu impedimento para atuar na Comarca; e) os representantes dos partidos políticos não apresentaram os estatutos sociais dos partidos, de modo que não restou legitimada sua representação processual, nos termos do art. 12, VI, do CPC; f) no próprio parecer que recomendou seu afastamento, foi afirmado que não se pode atribuir à recorrente nenhum comportamento indevido ou irregular; e h) não foi respeitado seu direito à ampla defesa.

O Estado do Paraná apresentou contra-razões (fls. 420/424). Alega que a segurança não pode ser concedida, pois a recorrente não demonstrou possuir direito líquido e certo e que não houve prática de ato ilegal pela autoridade coatora. Sustenta que a) é de responsabilidade legal do Procurador-Geral de Justiça do Estado o afastamento e designação de membros do Ministério Público para o exercício de funções eleitorais; b) a recorrente encontra-se legalmente impedida para exercer suas atribuições junto à 6ª Zona Eleitoral da Comarca de Antonina, pois ajuizou duas queixas-crime contra a então candidata à reeleição, Munira Peluso, sendo o caso de incidência da regra contida no art. 95 da Lei n. 9.504/1997; c) após o recebimento da representação, foi oportunizada chance para que a recorrida apresentasse sua defesa; e d) a resolução atacada seguiu os pronunciamentos da Corregedoria Geral do Ministério Público e da Coordenação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Eleitorais, ambos conclusivos no sentido do impedimento da recorrente.

O Ministério Público Federal, pela Subprocuradora-Geral Delza Curvello Rocha, opina pelo provimento do recurso ordinário (fls. 445/456).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Em seu parecer de fls. 456, suscita o Ministério Público Federal a incompetência do Procurador-Geral Justiça do Estado do Paraná para editar a resolução que determinou o afastamento da recorrente de suas funções junto à 6ª Zona Eleitoral da Comarca de Antonina-PR. Aduz que seria atribuição exclusiva do Procurador Regional Eleitoral, tendo vista que os Promotores Eleitorais exercem funções do Ministério Público

Federal.

Cabe salientar que, segundo entendimento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral, havendo impedimento do Promotor Eleitoral, cabe ao Procurador-Geral de Justiça indicar o substituto ao Procurador Regional Eleitoral. Nesse sentido:

> "Recurso especial e ordinário. Promotor de Justiça. Exercício de função eleitoral. Designação. Conflito de atribuições. LC n. 75/1993. Resolução n. 14.442. Concessão de segurança preventiva. Justo receio.
>
> (...)
>
> 3. Não existindo Promotor que oficie perante a Zona Eleitoral, ou em caso de impedimento ou recusa justificada, o Chefe do Ministério local deve indicar o nome do substituto para que o Procurador Regional Eleitoral proceda à designação.
>
> (...) (REsp n. 12.704-MG, Relator Ministro Edson Vidigal, 07.05.1999, p. 19)

No caso em tela, verifica-se que tal entendimento foi respeitado, pois foi o Procurador Regional Eleitoral no Paraná que, ao decidir a Representação de Suspeição n. 3/2000, entendeu ser o caso de afastamento da recorrente de suas funções eleitorais. Como, nos termos da orientação fixada pelo Tribunal Superior Eleitoral, cabe ao Chefe do Ministério Público local indicar o nome do substituto nos casos de impedimento do Promotor que oficie junto à Zona Eleitoral, solicitou ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná fossem tomadas as providências necessárias para afastar a recorrente de suas funções eleitorais e indicasse outro Promotor Público para oficiar na Zona Eleitoral de Antonina (fls. 35/36).

Desta forma, não há falar em ilegalidade do ato impugnado por incompetência da autoridade tida por coatora para praticá-lo.

Quanto ao período de afastamento da recorrente, cabe salientar que o Tribunal Superior Eleitoral firmou posicionamento no sentido de ser possível, diante do reconhecimento de suspeição ou impedimento de magistrado (entendimento que também deve ser aplicável aos membros do Ministério Público), o seu afastamento de todo o processo eleitoral, tendo em vista as características especiais que regem esse procedimento. Nesse sentido:

> "Eleitoral. Suspeição.
>
> Possível, em tese, ser reconhecida a suspeição de magistrado para todo o processo eleitoral, com o seu conseqüente afastamento. A argüição, entretanto, há de fazer-se antes de

encontrar-se ele findo, com a apuração das eleições. (REsp n. 15.239-PR, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 11.06.1999, p. 90).

Juiz Eleitoral: argüição de suspeição perante o TRE objetivando o seu afastamento de todo o processo eleitoral: admissibilidade: inteligência e aplicação analógica dos arts. 14, § 3 , e 20 do Código Eleitoral." (REsp n. 13.098-AM, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 10.11.1992).

Para melhor esclarecer a questão, transcrevo parte do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do precedente citado acima:

"Na Ação Ordinária n. 58 (agravo regimental), 04.10.1990, RTJ 133/507, de que fui Relator, o Supremo Tribunal entendeu que o preceito aplicável, **mutatis mutandis**, à suspeição, que, a exemplo do impedimento, poderia ser argüida em procedimento autônomo e ter por objeto o afastamento do juiz suspeito, não de um feito jurisdicional determinado – quando seria de aplicar-se a disciplina do Código de Processo Civil – mas de todo o processo eleitoral.

Aduzi, a propósito (RTJ 133/507, 519):

' ... o caso não é, a rigor, de exceção de suspeição, que é necessariamente incidente de um processo jurisdicional **stricto sensu**: trata-se sim de uma argüição autônoma de suspeição de juízes do TRE, no caso, de todos eles, para todo o processo eleitoral **lato sensu**, a exemplo do impedimento previsto no art. 14, § 3 , do Código Eleitoral.

As peculiaridades do processo eleitoral **lato sensu** – conjunto inestrincável de atos da administração e jurisdição, unificados pelo escopo final comum: a proclamação e diplomação dos eleitos – forçam a admissão dessa singular ação de afastamento de juízes impedidos – ou suspeitos para todo ele.'

Por esse mesmo motivo, não merecem prosperar as alegações da recorrente de que a) somente a parte interessada poderia argüir sua suspeição; b) a exceção deveria ser apresentada em uma ação judicial específica; e c) os representantes dos partidos políticos não apresentaram os estatutos sociais dos partidos, de modo que não restou legitimada sua representação processual, nos termos do art. 12, VI, do CPC.

Conforme explicitado acima, o processo eleitoral possui características

próprias, de modo que a representação apresentada contra a recorrente não segue as regras contidas no CPC. Trata-se de argüição autônoma de suspeição/impedimento em que partidos políticos requerem o afastamento da recorrente de todo o processo eleitoral e que foi apresentado nos termos do art. 96 da Lei n. 9.504/1997, que assim prescreve: "Salvo disposições específicas em contrário desta lei, as reclamações ou representações relativas ao seu descumprimento podem ser feitas por qualquer partido político, coligação ou candidato, e devem dirigir-se".

Quanto ao mérito, no que tange à existência de impedimento da recorrente para atuar durante o processo eleitoral referente às eleições de 2000 para os cargos de prefeito e vereadores de Antonina - PR, cabe transcrever parte da decisão proferida pelo Procurador Regional Eleitoral no Paraná na Representação de Suspeição n. 3/2000 (fl. 33):

> "No entanto, um fato nos parece relevante para ser analisado. É que a representada possui uma ação penal privada contra a Srª Munira atual Prefeita e candidata à reeleição pelos partidos ora representantes. Esta ação é fundada em suposto crime contra sua honra cometido pela atual Prefeita. Aqui não se trata de uma denúncia-crime onde a Promotora Pública funcionasse, embora como órgão de acusação, de forma imparcial. Na ação penal privada ela é parte e, portanto, necessariamente parcial. A existência desta ação indica a presença de animosidades que vão além daquelas meramente derivadas do exercício de suas respectivas funções. Tornou-se pessoal."

Desta forma, deve ser aplicável ao caso o disposto no art. 95 da Lei n. 9.504/1997: "Ao Juiz Eleitoral que seja parte em ações judiciais que envolvam determinado candidato é defeso exercer suas funções em processo eleitoral no qual o mesmo candidato seja interessado".

Ressalte-se que a recorrente, tanto em sua defesa administrativa quanto presente mandado de segurança, não nega a existência da referida ação penal. Apenas alega que ela não teria o condão de, por si só, torná-la inimiga da Srª Munira Peluso.

Porém, tendo em vista a expressa vedação legal de o Juiz Eleitoral (vedação que atinge também os membros do Ministério Público) que seja parte em judiciais que envolvam determinado candidato exercer suas funções em processo eleitoral que o mesmo candidato seja interessado, não merece prosperar a alegação da recorrente de que seu afastamento se deu apenas com base em meras suposições de existência de inimizade entre ela e a então prefeita da cidade.

Com razão o Procurador-Geral do Estado do Paraná ao considerar que "Os acontecimentos que dão nascedouro ao impedimento são fundados em fatos objetivos, de fácil comprovação, não dependendo do sentimento real do juiz

em relação aos participantes do processo, nem de ter ele interesse efetivo no seu desfecho. Por esta razão há de se considerar que a situação fática ora demonstrada vem se amoldar à exegese do art. 95 da Lei Federal n. 9.504/1997, em combinação com todas as resoluções já mencionadas, originando a proibição de a representante do Ministério Público continuar exercendo o **munus** eleitoral" (fl. 175).

Vale ressaltar que o reconhecimento do impedimento da recorrente para exercer suas funções eleitorais de forma alguma depende da prática de atos irregulares de sua parte ou implica punição. O instituto do impedimento serve como garantia às partes de que o magistrado ou o membro do Ministério Público que venha a atuar no processo eleitoral aja com absoluta imparcialidade, livre de quaisquer interesses privados.

Na hipótese, a recorrente encontra-se em situação que a lei expressamente veda sua participação na disputa eleitoral por entender que, diante do fato de ela ser parte em ação judicial que envolve uma das candidatas ao cargo de prefeito, sua imparcialidade estaria comprometida. Não se trata de punição à recorrente ou imputação de prática de atos irregulares. Apenas garantia de imparcialidade na atuação do Ministério Público nas eleições municipais.

Nesse sentido, com razão o Relator do acórdão recorrido ao decidir que (fl. 363):

> "Primeiro, porque o motivo que ensejou o afastamento da impetrante foi o impedimento e não apenas a suspeição, a qual fundamenta subsidiariamente o ato impetrado.
>
> Segundo, porque mesmo em face da suspeição, esta não foi reconhecida no intuito de punir a Promotora de Justiça, para o que, aliás, não se aplica o instituto jurídico em questão, mas sim a fim de que todos os interesses e as partes envolvidas fossem preservados. Diga-se de passagem, que a suspeição – conforme prevista no ordenamento processual – pode ser argüida até pelo próprio magistrado, invocando motivo de foro íntimo, nos termos do parágrafo único do art. 135 do CPC.
>
> A ocorrência de uma conduta irregular, conforme reclama a impetrante, não é requisito para o reconhecimento da suspeição, e o necessário afastamento do membro do Ministério Público, vez que a previsão visa garantir a imparcialidade, e não sanar irregularidades processuais ou funcionais."

Ademais, é dever do membro do Ministério Público declarar-se suspeito ou impedido nos termos da lei, conforme prescrevem os arts. 155, IX, da Lei Orgânica do Ministério Público do Paraná, e 236, VI, da Lei Orgânica do Ministério Público da União, a seguir transcritos:

'Art. 155. Os membros do Ministério Público devem exercer

suas funções com zelo e probidade, observando o decoro pessoal, as normas que regem a sua atividade e, especialmente:

(...)

IX - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei, comunicando ao Procurador-Geral de Justiça os motivos de natureza íntima da suspeição e os do impedimento;"

'Art. 236. O membro do Ministério Público da União, em respeito à dignidade de suas funções e à da Justiça, deve observar as normas que regem o seu exercício e especialmente:

(...)

VI - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei;"

Por fim, também não vislumbro a ocorrência de cerceamento de defesa suscitada pela recorrente. Observo que ela teve oportunidade para apresentar defesa na representação que originou o ato impugnado (fls. 215/222 e 253/261), onde, conforme salientado acima, não negou a existência da ação penal privada, fato objetivo que serviu como fundamento ao seu afastamento das funções eleitorais. Ademais, não logrou demonstrar de que forma seu direito à ampla defesa lhe foi negado nem os prejuízos que lhe foram causados.

Diante do exposto, *conheço* do recurso ordinário e *nego-lhe provimento*.

É o voto.

NOTICIÁRIO

Nova sede em Laje do Muriaé

No dia 2 de abril foi inaugurada a sede do MPRJ em Laje do Muriaé. O hasteamento das bandeiras deu início à solenidade, que teve andamento no auditório do prédio, onde o Procurador-Geral e demais autoridades discursaram.

Além do Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Vieira*, compuseram a mesa o Prefeito *José Geraldo Pereira Carvalho*; o Presidente da Câmara dos Vereadores, *Ailton Gonçalves dos Santos*; a Coordenadora do CRAAI-Itaperuna, *Débora da Silva Vicente*; o Promotor titular da Comarca, *Sérgio Luís Lopes Pereira*; o Juiz de Direito de Laje, *Marco Antônio Novaes de Abreu* e o Promotor *José Eduardo Ciotola Gussen*, Presidente da AMPERJ.

Em seu discurso, o Procurador-Geral destacou a importância do projeto de interiorização do MP, iniciado em sua administração e que tem permitido à Instituição se aproximar da população do interior, mais carente de acesso à Justiça. "Para cumprir a nossa missão constitucional e agir em defesa da sociedade, temos de nos aproximar do nosso público alvo que é a população".

A sede de Laje do Muriaé foi a quarta inaugurada na atual gestão, que já conta com as sedes de Itaperuna, Italva e São Fidélis. Localizado estrategicamente ao lado do Fórum, o prédio em Laje do Muriaé possui uma área total de 495 metros quadrados e dois pavimentos. Nele encontramos dois gabinetes, secretaria, copa, banheiros e um auditório com 50 lugares. As obras, executadas pela Construtora Rocha Costa Engenharia duraram cerca de sete meses.

Encerrada a cerimônia, houve coquetel e a comitiva do Procurador-Geral seguiu para o CRAAI-Campos, onde *Marfan Martins Vieira* se reuniu com os Promotores da região. Na pauta, o atendimento a reivindicações anteriormente solicitadas.

Ministério Público é homenageado pela Polícia Civil

Realizou-se, sexta-feira, dia 9 de maio, no Hotel Sofitel, em Copacabana, a solenidade de abertura das comemorações do bicentenário da Polícia Civil do Rio de Janeiro. Na oportunidade, o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, recebeu, das mãos do Chefe da Polícia Civil, *Gilberto da Cruz Ribeiro*, a medalha "Prima Inter Pares". *Homero das Neves Freitas Filho*, Coordenador da 1ª Central de Inquéritos, também foi agraciado com a medalha comemorativa.

A mesa diretora da solenidade foi presidida pelo Governador *Sérgio Cabral* e composta pelo Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador *José Carlos*

Obs.: Dados extraídos do sítio da Intranet MPRJ.

Murta Ribeiro; pela Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, *Nilcéa Freire*; pelo Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, *Marfan Martins Vieira*; pelo Comandante-Geral do Corpo de Fuzileiros Navais, Almirante de Esquadra *Álvaro Augusto Dias Monteiro*; pelo Secretário Nacional de Justiça, *Romeu Tuma Júnior*; pelo Secretário Estadual de Segurança Pública, Delegado Federal *José Mariano Beltrame*; pelo Defensor Público Geral do Estado, *José Raimundo Batista Moreira* e pelo Chefe da Polícia Civil do Estado, *Gilberto da Cruz Ribeiro*.

Criada em 1808, a Polícia Civil conta, desde 1871, com a implementação do inquérito policial.

Em 1910 foi instalada a primeira Central da Polícia Civil do Distrito Federal no Palácio da Rua da Relação. A instituição veio adquirir relativa autonomia com a criação da Secretaria de Estado da Polícia Civil em 1983.

PGJ prestigia inauguração do Centro Cultural da Justiça Eleitoral

O Ministério Público, na pessoa de seu Procurador-Geral, *Marfan Vieira*, prestigiou a cerimônia de inauguração do Centro Cultural da Justiça Eleitoral, no dia 11 de maio. O prédio histórico está localizado na esquina da Rua Primeiro de Março com a Rua do Rosário. O evento contou com a participação do Governador *Sérgio Cabral* e foi conduzido pelo Presidente do TSE, Ministro *Marco Aurélio Mello*. Também estavam presentes deputados estaduais e federais, além do Presidente do Tribunal de Justiça, *José Carlos Schmidt Murta Ribeiro*, do Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, *Roberto Wider* e Membros da Justiça Federal e do Trabalho.

O velho edifício reúne acervo da Justiça Eleitoral brasileira e passou a fazer parte do corredor cultural do centro da cidade.

Projetado originalmente, em 1892, para o Banco do Brasil, que nunca o ocupou, abrigou, sucessivamente, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior Eleitoral, e o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro.

Ministério Público do Rio de Janeiro disciplina a residência na Comarca

A Resolução GPGJ nº 1.427, assinada em 14 de maio de 2008, pelo Procurador-Geral de Justiça, disciplinou a residência na Comarca pelos membros do Ministério Público.

Conforme previsto no art. 129, § 2º, da Constituição, no art. 118, X, da Lei Complementar Estadual nº 106 e na Resolução nº 26 do Conselho Nacional do Ministério Público, é obrigatória a residência do membro do Ministério Público na Comarca onde exerce a titularidade de seu cargo, inclusive nos finais de semana.

O Procurador-Geral de Justiça poderá, no entanto, autorizar, em caráter excepcional e por ato motivado, a residência fora da Comarca e, achando conveniente, ouvir previamente a Corregedoria-Geral do Ministério Público, que deverá se manifestar no prazo de 10 dias.

Marfan recebe apoio em ato público

No dia 16 de maio, em ato público realizado na Amperj, cerca de 250 membros do Ministério Público, além de diversas autoridades e representantes dos Ministérios Públicos estaduais, manifestaram seu apoio e solidariedade ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Presidente do CNPG, *Marfan Martins Vieira*, em razão de ofensa à sua honra praticada por uma revista semanal.

Marfan Martins agradeceu a solidariedade recebida e prometeu envidar esforços no sentido de apurar as responsabilidades.

A solenidade foi aberta pelo Presidente da Amperj, *Eduardo Gussem*, que declarou que o Ministério Público representa o antagonismo à corrupção e à improbidade.

Discursaram o Vice-Presidente da Amperj, *Nicanor Médici Fischer*, o Deputado Federal *Antonio Carlos Biscaia*, o Procurador-Geral de Santa Catarina, *Gercino Gomes Neto*, que leu uma carta do Procurador-Geral do Estado de São Paulo, *Fernando Grella Vieira*, na qual reafirma seu repúdio à injustiça sofrida por *Marfan Martins Vieira*.

Em seu discurso, o Presidente da Associação Nacional dos Membros do MP (Conamp), *José Carlos Cosenzo*, declarou inadmissível que a credibilidade do MP seja colocada em xeque. Fizeram, ainda, uso da palavra o Procurador-Geral de Justiça de Alagoas, *Coaracy José Oliveira da Fonseca* e o Chefe de Gabinete do MPRJ, *Ronaldo de Medeiros Albuquerque*. Compareceram ainda ao ato de desagravo os Procuradores-Gerais de Justiça do Rio Grande do Norte, *José Augusto de Souza Peres Filho*; do Maranhão, *Francisco das Chagas Barros de Souza*; do Espírito Santo, *Fernando Zardini Antonio*; o Subprocurador-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, *Eduardo Veiga*, representando o PGJ, *Mauro Renner*; a Subprocuradora-Geral de Justiça do Acre, *Giselle Detoni*, representando o PGJ, *Edmar Azevedo Monteiro Filho*; o Procurador *Fabio Bastos Stica*, representando o PGJ de Roraima, *Alessandro Tramujas Assad*; a Procuradora *Tânia Marchewka*, representando o PGJ do Distrito Federal, *Leonardo Bandarra*; o Desembargador *Paulo Barata*, membro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP); o Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro, *José Raimundo Batista Moreira*; o Presidente do Tribunal de Contas do Estado, *José Maurício de Lima Nolasco*; o Presidente da Associação Paulista do Ministério Público, *Washington Epaminondas Medeiros Barra*; o presidente da Associação Mineira do MP, *José Silvério Perdigão de Oliveira*, representando o PGJ de Minas Gerais, *Jarbas Soares Júnior*; o Presidente da Femperj,

Mendelssohn Pereira; o Presidente da Camperj, *Arthur Pontes Teixeira*; e o Presidente da Comperj, *Luiz Antônio Ferreira de Araújo*.

Especialista americano em crime cibernético fala no MP

O Ministério Público recebeu, no dia 30 de maio, o americano *Christopher Painter*, assessor jurídico para Assuntos de Segurança Nacional e Cibernética da Divisão Criminal do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, para uma palestra sobre "Crimes Cibernéticos". Com vasta experiência no assunto, *Painter* cumula a função de co-presidente do grupo criado pelo governo dos Estados Unidos para tratar de grandes incidentes cibernéticos, além de presidir o subgrupo de combate aos crimes de alta tecnologia do G-8. O especialista afirmou que somente uma coordenação com parceiros internacionais, utilizando alta tecnologia, permitirá o avanço no combate aos crimes cibernéticos. Segundo ele, além da dificuldade de serem localizados, os autores utilizam softwares para se manterem no anonimato. Ainda há o agravante de alguns crimes terem sido cometidos em países em que é impossível ajuizar processos contra tais atividades. *Painter* falou sobre técnicas para investigar e capturar criminosos virtuais, como a legislação americana se aplica aos crimes cibernéticos e quais as ferramentas mais utilizadas para cometer esses crimes – muitas delas antes restritas a hackers sofisticados e hoje acessíveis a qualquer internauta.

MP assina convênio com Fesp

O Ministério Público do Estado do Rio e a Fundação Escola de Serviço Público (Fesp) formalizaram, sexta-feira, 30 de maio, o convênio para a capacitação dos servidores públicos da Instituição. O documento foi assinado pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, *Eduardo da Silva Lima Neto*, e o Presidente da Fesp, *Cláudio Mendonça*.

Eduardo Lima Neto declarou que é importante qualificar e preparar a equipe do MP além de investir na capacitação nos diversos níveis, de acordo com a área de atuação de cada um.

A parceria objetiva oferecer, no biênio 2008/2009, treinamento profissional aos servidores dos pontos do Estado em que o Ministério Público está presente. A iniciativa marcou o início do Programa de Capacitação, promovendo uma nova fase na área de gestão de pessoal no MPRJ. Durante a solenidade, o Presidente da Fesp informou que estuda oferecer aos membros do Ministério Público um novo curso, recém elaborado pela entidade, sobre Políticas Públicas.

Cejur e Femperj promovem Congresso de Direito Processual Civil

A Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos, Procuradora *Maria Cristina Tellechea*, e o Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Procurador *Mendelssohn Erwin K. C. Pereira*, promoveram, nos dias 6 e 7 de junho, no auditório da sede do MPRJ, o Congresso de Direito Processual Civil.

A mesa de abertura, que homenageou o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio, José *Carlos Barbosa Moreira*, foi composta por *Eduardo Gussem*, Presidente da Amperj; *Paulo Sérgio de A. Fabião*, Desembargador e Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Avançado (IBDA); *Cássio Scarpinella Bueno*, advogado; *Elaine Ranzatto*, Gerente- Geral da Femperj; e *Solange Ferreira*, Coordenadora do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. Iniciando as palestras, o professor *Cássio Scarpinella Bueno* falou das "Questões Polêmicas sobre Recursos" e enfatizou a importância da análise do Código de Processo Civil, através da Constituição Federal. O painel "Os Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça (STJ)" foi apresentado por Humberto Dalla, Promotor de Justiça, dando prosseguimento ao Congresso. Dalla teceu comentários sobre a Lei 11.672/2008, que aborda o tema, explicando inclusive a que casos o diploma legal deverá ser aplicado.

Na sexta-feira o encontro foi reaberto com a palestra do Promotor *Gustavo Nogueira*, com o tema "Jurisprudência Vinculante" O Desembargador *Paulo Sérgio de A. Fabião* tratou de tema sobre procedimento sumário. "Questões Relevantes da Nova Execução e a Lei 11.382/06", foi o tema desenvolvido pelo Desembargador *Araken de Assis*, encerrando a sexta-feira. Durante as palestras, chegaram pela Internet perguntas das 30 unidades da Universidade Estácio de Sá, espalhadas pelo Estado e das sete de outros Estados, para os quais o Congresso foi transmitido ao vivo.

Quatro painéis foram apresentados no sábado, com os temas: "Competência nos Processos Coletivos e o Princípio do Forum non Conveniens", exposto pelo Promotor de Justiça *Hermes Zanette*; "Cumprimento da Sentença e a Lei 11.232/05", elaborado pelo Ministro *Athos Gusmão Carneiro* e "Lei n.° 11.441/07 e a Desjudicialização da Separação e do Inventário Consensuais" cujo palestrante foi o Desembargador *Elpídio Donizette*. O ponto alto do Congresso foi a homenagem ao processualista *José Carlos Barbosa Moreira*, palestrante do painel "Direito Processual Civil – atualidades". Dr. *Barbosa Moreira* enfatizou a necessidade de avaliação estatística de como as mudanças estão possibilitando maior celeridade às ações. Na oportunidade, foi agraciado com uma placa feita especialmente para o Congresso pelo Instituto Brasileiro de Direito Avançado e a Faculdade de Direito da Universidade Estácio de Sá.

MP discute registro de candidatos

Realizou-se, segunda-feira, 16 de junho, na sede do MPRJ, uma reunião de trabalho, da qual participaram o Juiz *Sérgio de Arruda Fernandes*, Coordenador Eleitoral de Registro de Candidatura do Tribunal Regional Eleitoral; *Marcos Ramayana*, Coordenador do 5º Centro de Apoio Operacional das Promotorias Eleitorais e *Marcus Cavalcanti Pereira Leal*, Subcoordenador do 5º CAO.

O tema da reunião versou sobre a posição do TRE com relação a candidatos que respondem a processos na Justiça sem decisão transitada em julgado, e sobre prazos a serem observados por promotores nos pedidos de impugnação de candidaturas. O juiz declarou que o calendário é o maior adversário da Justiça Eleitoral porque os prazos são muito apertados. *Sérgio Arruda* registrou, também, a importância de juízes, cartórios e membros do MP estabelecerem uma linha de atuação conjunta com o objetivo de verificar se o candidato atendeu todos os requisitos formais. Aproveitou para recomendar cautela e bom senso na análise da impugnação de uma candidatura, em observância aos fatos que sustentam a tese de uma vida pregressa incompatível com a moralidade. Segundo ele, o Promotor, ao dar seu parecer no pedido de requerimento de registro, poderá comprovar que há justificativa para o indeferimento do pedido. Já a ação de impugnação deve ser reservada aos casos em que a questão não seja apenas falta de documentos exigidos.

Marcos Ramayana lembrou que o Promotor pode recorrer ao TRE se o Juiz não acolher o parecer pelo indeferimento do pedido de registro. *Ramayana* destacou pontos importantes definidos pela Coordenação Eleitoral do MPRJ: os prazos entre o registro e o dia da eleição são contínuos e peremptórios; os promotores devem dar prioridade ao registro de candidatos; as impugnações devem ser reservadas a aspectos que demandem dilação probatória; o manual multimídia de Atuação Funcional Eleitoral tem formulários do DRAP e do RRC; o princípio da moralidade eleitoral deve ser aplicado nos casos graves; as questões de improbidade administrativa devem ser suscitadas no RRC.

Encontro de Diretores de Escolas dos Ministérios Públicos do Brasil

Integrantes do Colégio de Diretores de Escolas dos Ministérios Públicos do Brasil (CDEMP) se reuniram nos dias 19 e 20 de junho, na sala de sessões do Conselho Superior do Ministério Público.

A mesa de abertura do encontro foi composta pela Diretora do Cejur, *Maria Cristina Tellechea;* pelo Presidente da Amperj, *Eduardo Gussem;* pelo Presidente da Femperj, *Mendelssohn Kieling Cardona* e pelo Presidente do CDEMP, *Luiz Fernando Calil de Freitas.*

Eduardo Gussem afirmou que o CDEMP é um mecanismo fundamental para nortear os passos acadêmicos das escolas do Ministério Público, acrescentando que o ISMP, a Escola de Direito da Amperj, a Femperj e o Cejur trabalham em conjunto para elevar o MP na área acadêmica.

Maurício Kalache, Promotor do Paraná fez a palestra de abertura, "Residência Jurídica". A é um Com duração de dois anos, a Residência Jurídica é um curso que funciona como pós-graduação visando a aproximar o recém-formado da realidade do Judiciário. Debateram o tema a Coordenadora-Geral, *Sandra Weissblum*, e o professor *Jorge Otávio Reis*, convidados do Escritório Modelo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). São oferecidas, por concurso público, 20 vagas, distribuídas nas áreas cível, penal e trabalhista, aos bacharéis em direito. A pedagoga da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, professora *Izilda Maria Nardocci*, falou sobre "Ensino à distância para membros do CDEMP" explicando que, com a utilização da plataforma moodle, de implantação gratuita, é viável oferecer aulas virtuais.

A Promotora *Estela de Freitas Rezende*, de Goiás, apresentou os dados das audiências públicas sobre a atuação do MP. Realizadas em 117 municípios do Estado, as audiências contaram com a presença de cerca de oito mil pessoas. No segundo dia do encontro, o Procurador Geral de Justiça de Goiás, *Eduardo Abdon Moura*, falou sobre o "Ministério Público Contemporâneo", especialmente no que tange ao fortalecimento institucional. Ele apresentou projeto que dá efetividade às atribuições constitucionalmente previstas para o CNMP. No encerramento, o Promotor *Gustavo Merelles Ruiz Dias*, de Santa Catarina, apresentou os projetos Adobe Connect e TV Web.

Presidente do TSE visita MPRJ

O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Ministro *Carlos Ayres Britto*, fez uma visita de cortesia, na noite de sexta-feira, dia 20 de junho, à sede do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, tendo sido recebido pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado, *Marfan Martins Vieira*.

Participaram também do encontro o Procurador-Geral de Justiça de Administração, *Eduardo da Silva Lima Neto*; a Subprocuradora-Geral de Justiça de assuntos Institucionais e Judiciais, *Marija Yrneh Rodrigues de Moura*; o Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento e Modernização Organizacional, *Cláudio Soares Lopes*; o Ouvidor-Geral do MPRJ, *Sérgio Nogueira de Azeredo*; e o Presidente da Amperj, *Eduardo Gussem*. O ministro, que veio ao Rio para participar do encerramento do 41° encontro do Colégio de Presidentes de Tribunais Regionais Eleitorais, se fez acompanhar, na visita, da assessora jurídica *Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro* e do assessor de segurança *Antonio Carlos Suñer Caddah*.

MP ganha duas novas sedes no interior do Estado

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro inaugurou, dia 26 de junho, duas novas sedes próprias nas Comarcas de Natividade e Porciúncula, Noroeste do Estado. Os prédios localizam-se ao lado do Fórum e contam com gabinetes para os promotores, copa, banheiros e auditório. O auditório também atenderá a comunidade. O hasteamento das bandeiras deu início às solenidades que continuaram com os discursos das autoridades. Em Natividade, compuseram a mesa, o Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, *Eduardo da Silva Lima Neto*, representando o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Marfan Martins Vieira*; o Prefeito de Natividade, *Luiz Carlos Machado*; o Presidente da Câmara dos Vereadores, *Edésio de Assis Silva*; o Coordenador do CRAAI Itaperuna, Sérgio Luís Lopes Pereira; o Promotor Titular e o Juiz Titular da Comarca de Natividade, respectivamente *Rochester Machado Piredda* e *Marco Antonio Novaes de Abreu*.

Em Porciúncula, a mesa foi composta pelo Subprocurador- Geral de Justiça de Administração; pelo Coordenador do CRAAI Itaperuna; pelo Prefeito da cidade, *Carlos Sérgio de Paula Porto*; pelo Presidente da Câmara dos Vereadores; *Éden Jones Teto Dair Ribeiro*; pelo Promotor Titular e a Juíza Titular da Comarca de Porciúncula, respectivamente *Waldemiro José Trócilo Júnior* e *Simone de Freitas Marreiros*. *Eduardo da Silva Lima Neto*, *Flodesmidt Riani*, Secretário-Geral do Ministério Público, e *Sérgio Pinto*, autor do projeto de arquitetura, foram homenageados pela Câmara dos Vereadores e receberam uma placa. Em seu discurso, *Eduardo Lima Neto* declarou que a inauguração das sedes faz parte do projeto de administração do MPRJ que tem por finalidade o funcionamento do sistema corporativo encarregado de dar rastreabilidade aos processos administrativos e judiciais que tramitam na Instituição.

Vitaliciamentos

No período compreendido entre entre 1º de abril a 30 de junho de 2008, foram vitaliciadas na carreira do Ministério Público as seguintes colegas:

Patrícia Silvia Rego
Cristiana Cavalcante Benites

Falecimentos

Durante o período de 1º de abril a 30 de junho de 2008, registraram-se os falecimentos dos seguintes colegas:

Luiz Fernando Ribeiro de Mattos
Demóstenes Garcia

Ministro do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

(Em 30.06.2008)

Hamilton Carvalhido

Desembargadores do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

(Em 30.06.2008)

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

Revista do Ministério Público
Av. Almirante Barroso, 90, 4º andar
Tels.: (21) 2219-3370/3371
e-mail: revista@mp.rj.gov.br