



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

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, 4º 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.

ISSN 1413-3873

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

**REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

DOI: 10.12947/r.2014.176.p.1

Repositório Institucional do Ministério Público

do Poder Judiciário - Tribunal de Justiça

Volume 17

Número 1, de 2014, pp. 1-17

DOI: 10.12947/r.2014.176.p.1

Editorial Nacional

Os artigos publicados neste volume foram integralmente avaliados e aprovados pelo Conselho Editorial de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a Revista do Superior Tribunal de Justiça.

Impressão: 100 exemplares

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

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

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

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 31.03.2008)

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

Órgão Especial do Colégio de
Procuradores de Justiça
(Em 31.03.2008)

Procurador-Geral de Justiça: 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
Evangalina 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 Álvares Pires Rodrigues
Karla Maria da Cruz Carvalho
Marcos André Chut
Maurício Assayag
Rogério Carlos Scantamburlo
Nilo Augusto Francisco Suassuna
Luiz Fabião Guasque
Luís Roberto Saraiva Salgado
Maria da Conceição Lopes de S. Santos

Conselho Superior do Ministério Público
(Em 31-03-2008)

Marfan Martins Vieira
Presidente

Cezar Romero de Oliveira Soares
Corregedor-Geral

Maria Cristina Menezes de Azevedo
Denise Freitas Fabião Guasque
Maria da Conceição Nogueira da Silva
Pedro Elias Erthal Sanglard
Carlos Roberto de Castro Jatayh
Sumaya Therezinha 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

Mendelsohn Erwin Kieling Cardona Pereira

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. José Maria Leoni Lopes de Oliveira
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

SUMÁRIO

DOCTRINA

Arnoldo Wald e Ives Granda da Silva Martins – O bicentenário do Poder Judiciário	3
Carla Carvalho Leite – Caminho de morte: um estudo sobre o ingresso de adolescentes no tráfico de drogas no Rio de Janeiro	7
Cláudio Henrique da Cruz Viana - A judicialização da política	39
Damásio de Jesus - Pedofilia na legislação penal brasileira	57
Dennis Aceti B. Ferreira – Sobre um tempo razoável para o juiz	59
Emerson Garcia – O combate à corrupção no Brasil: responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua desarticulação	63
Hugo Nigro Mazzilli - A mordaza para os membros do Ministério Público	87
Jorge Lobo - Responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial e na falência	91
Jorge Miranda - A fiscalização da constitucionalidade — uma visão panorâmica	101
Kai Ambos - Controle da polícia pelo Ministério Público versus domínio policial da investigação na Europa, especialmente na Alemanha	119
Luiz Fabião Guasque - A questão do teto salarial do Ministério Público e as verbas que estão fora do seu limite	141
Luís Roberto Barroso – Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil	155
Marcellus Polastri Lima – Algumas medidas preventivas, mas não cautelares, no processo penal	185
Marcelo Lessa Bastos e Marcella Cordeiro Orçai - 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)	203

Marcelo Batlouni Mendroni - Interceptação das comunicações por determinação do Ministério Público	225
Márcio Souza Guimarães – Ministério Público, <i>Ombudsman</i> e ouvidor na fiscalização dos serviços públicos	227
Sérgio Demoro Hamilton — A invocação ao sobrenatural vale como prova?	247
Vinicius Leal Cavalleiro - A possibilidade de o Ministério Público estadual propor Ações Cíveis Públicas Ambientais perante a Justiça Federal	257

PARECERES E RAZÕES

Fato praticado anteriormente à vigência da Nova Lei de Tóxicos. Conflito de leis no tempo. Impossibilidade de combinação de leis, com a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343 sobre a pena cominada no artigo 12, <i>caput</i> da Lei 6.368/76. Aplicação por inteiro da lei penal que se revelar mais benéfica no caso concreto (Afonso Henrique Reis Lemos Pereira)	275
--	-----

Recurso de apelação contra sentença que reconheceu o princípio da insignificância na subtração de uma bicicleta avaliada em R\$ 35,00. No apelo, é referido que o combatido pela norma penal, basicamente, é o desvalor da conduta, a fim de coibir a reiteração da conduta delituosa. Salieta-se que o sistema jurídico penal apresenta soluções adequadas para condutas de baixa lesividade, sem chegar-se ao ponto de torná-las impuníveis (Cláudio da Silva Leiria)	285
--	-----

Agravo em execução – Artigo 75, parágrafo 2º, do Código Penal – Discussão sobre a exegese do dispositivo (Cristiano dos Santos Lajoia Garcia)	295
--	-----

Agravo de instrumento com ataque a decisão de recebimento de ação civil pública. Alegação de que não teria sido motivado o ato judicial. Motivação sintética. Não exigência, no caso, de fundamentação analítica, haja vista tratar-se de juízo de mera probabilidade da imputação. Incursão ainda sobre o próprio mérito da ação principal que, sabido, constitui matéria a ser sindicada em outra sede. O agravo visa a resolver crise no processo, não a extingui-lo. Parecer no sentido do conhecimento e do não provimento (Ertulei Matos)	299
--	-----

Ação civil pública. Cobrança de juros compensatórios antes da entrega do imóvel. Cláusula abusiva. Tabela Price (Felipe Freitas Ribeiro) 303

Embargos infringentes. Ação civil pública. Dever do Município de dotar seus hospitais dos recursos humanos e materiais necessários a seu adequado funcionamento. Admissibilidade e procedência integral da demanda intentada pelo Ministério Público para condenar o Município ao cumprimento do dever (Hélcio Alves de Assumpção) 315

Exceção de suspeição oposta contra ato jurisdicional. Impossibilidade. A *exceptio suspicionis* tão-só tem cabida nos casos enumerados no artigo 135 e seus incisos do CPC, não servindo ao enfrentamento de *quaestiones* resultantes de *error in procedendo* e/ou *error in judicando*. Improcedência da exceção (José Antonio Leal Pereira) 327

Agravo de Instrumento ao E. STJ contra decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão prolatado em revisão criminal – Reconhecimento da continuidade delitiva em roubos duplamente qualificados – Hipótese de mera reiteração delitiva – Recurso especial interposto com base no art. 105, III, “a” e “c” da CF/88 – Tema pacificado no STJ e demonstrado nos arestos paradigmas – Discussão jurídica que não pretende o reexame probatório em sede de recurso especial – Provimento do recurso interposto para afastar a inadmissão do recurso especial em juízo de admissibilidade do i. 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (José Roberto Paredes) 331

Recurso especial. Não conhecimento. Falta de prévio julgamento em “última instância” e, conseqüentemente, de interesse-necessidade. Em se tratando de ação de *habeas corpus*, a última instância ordinária se dá com a interposição do recurso ordinário *stricto sensu*, sem o qual é inadmissível recurso em via extraordinária. A presença de primariedade e bons antecedentes não autoriza por si só a liberdade do pronunciado, estando presente o *periculum libertatis*. O eventual excesso de prazo resta desconfigurado ante a pronúncia do acusado (Marcellus Polastri Lima) 339

Alegações finais. Roubo especialmente majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes. Corrupção de menores (artigo 1º da Lei 2.252/54). Estado de necessidade versus estado de precisão. Consumação do roubo: lapso temporal, perda parcial da coisa

subtraída. Corrupção de menores: crime formal ou material? Necessidade da condenação, no caso concreto, qualquer que seja o entendimento adotado (Marcus Vinicius da Costa Moraes Leite) 349

Mandado de Segurança contra decisão de Juiz que determinou interdição de carceragem. Ausência de direito líquido e certo do Estado. Decisão que impediu que o Brasil figurasse em denúncia junto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Soraya Taveira Gaya) 359

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jurisprudência Criminal

EMENTA: – Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Prisão em flagrante, liberdade provisória. Pressupostos da prisão preventiva. Periculosidade.

I - A periculosidade do agente justifica a custódia preventiva como garantia da ordem pública. Mantém-se, então, a prisão decorrente do flagrante.

II - HC indeferido.

(Habeas Corpus n. 84.981- ES, Segunda Turma, RTJ 195, pp. 534/538) ... 365

EMENTA: Dosimetria da pena. Homicídio triplamente qualificado. Concorrência de qualificadoras.

1. Na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais serão consideradas como circunstâncias agravantes. Precedentes (HC 80.771, HC 65.825 e HC 79.538).

2. Habeas Corpus indeferido.

(Habeas Corpus n. 85.414 - MG, Segunda Turma, RTJ 194, pp. 963/964) 371

Jurisprudência Cível

EMENTA: *Recurso extraordinário. Município. Declaração de desnecessidade de cargo. Servidor público ocupante de cargo efetivo, em estágio probatório. Exoneração ad nutum e sem critérios objetivos. Impossibilidade.*

O servidor público ocupante de cargo efetivo, ainda que em estágio probatório, não pode ser exonerado *ad nutum*, com base em decreto que declara a desnecessidade do cargo, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Incidência da Súmula 21 do STF.

Recurso a que se dá provimento, para determinar a reintegração dos autores no quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Bicas/MG. (Recurso Extraordinário n. 378.041-MG, Primeira Turma, RTJ 195/680)

375

EMENTA: *Constitucional. Meio ambiente. Estudo de impacto ambiental — EIA. CF, art. 225, § 1º, IV.*

I - Cabe ao Poder Público exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. CF, art. 225, § 1º, IV.

II - RE provido. Agravo improvido.

(Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 396.541- RS, Segunda Turma, RTJ 194, pp. 1065/1066)

379

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência Criminal

EMENTA: *Habeas corpus. Direito Penal. Livramento condicional. Revogação. Ilegalidade. Inocorrência.*

1. A expressão “acusados em geral”, insculpida na garantia do direito à ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes” (Constituição Federal, art. 5º, inciso LV), compreende, indubitavelmente, os imputados no processo de execução penal e, nesse, a revogação do livramento condicional, que culmina com o restabelecimento da prisão do condenado, com as gravíssimas conseqüências, salvo o caso de

condenação por crime anterior ao benefício, da exclusão do cômputo do período de prova vencido como tempo de cumprimento da pena e da proibição de novo livramento condicional em relação à mesma pena (arts. 141 e 142 da Lei de Execução Penal).

2. Daí por que a legalidade e a constitucionalidade da revogação do livramento condicional dependem não apenas de que seja ouvido previamente o liberado presente, como determina o art. 143 da Lei de Execução Penal, mas também a sua defesa, constituída ou dativa, por requisição do inciso LV do art. 5 da Constituição da República.

3. Ouvida a defesa do liberado que tomou paradeiro ignorado, não há falar em constrangimento ilegal, por força da revogação do livramento condicional.

4. Ordem denegada.

(*Habeas Corpus* n. 32.750 — SP, Registro n. 2003/0235422-8, Sexta Turma, *RSTJ* 199, pp. 593/595, *DJ* de 14.02.2005)

388

EMENTA: Habeas corpus. Processual Penal. Crime do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do CP). Réu submetido a dois julgamentos pelo Tribunal do Júri, ambos anulados. *Reformatio in pejus* indireta. Possibilidade. Soberania do júri popular.

1. O princípio da *ne reformatio in pejus* indireta — isto é, a imposição de pena mais grave, após a decretação de nulidade da sentença, em apelo exclusivo da defesa —, não tem aplicação nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, eis que, em face da soberania dos veredictos, pode o Conselho de Sentença proferir decisão que agrave a situação do réu (precedentes do STF e STJ);

2. Ordem denegada.

(*Habeas Corpus* n. 37.101 — PR, Registro n. 2004/0104657-8, Sexta Turma, *RSTJ* 196, pp. 582/585, *DJ* de 27.06.2005)

387

EMENTA: Crime contra a ordem tributária. Crédito (constituição). Questão prejudicial (inexistência).

1. Já regularmente constituído o crédito tributário, o seu questionamento em juízo (mandado de segurança, ação ordinária, etc.) não impede a propositura da ação penal, também não significa deva ela ser suspensa.

2. A suspensão do curso da ação penal, suspensão facultativa, fica à discrição do juiz criminal.

3. Ordem denegada.

(*Habeas Corpus* n. 38.117-PR, Registro n. 2004/0126949-2, Sexta Turma, *RSTJ* 200, pp. 557/561, *DJ* de 1º.08.2005)

391

EMENTA: *Estatuto da Criança e do Adolescente. Internação. Atos infracionais distintos. Prazo limite de 3 anos. Liberdade compulsória. Impossibilidade.*

As internações urgem de procedimentos distintos, autônomos, assim, o limite de 3 (três) anos descrito no estatuto menorista deve ser contado de forma separada, independente se as infrações foram praticadas antes ou após o cumprimento do prazo limite.

A tese defensiva de aplicação do princípio da unificação da pena ao ECA conduz ao esvaziamento incontestável da efetiva participação do Estado na recuperação do menor infrator, pois a prática reiterada de atos infracionais não encontraria a necessária aplicação da medida extrema (internação).

Ressalta-se que a aplicação das medidas sócio educativas de internação estão cobertas pelo manto da legalidade (art. 122, I, da Lei n. 8.069/1990).

Ademais, o paciente não implementou a idade limite de 21 (vinte e um) anos, portanto não pode usufruir da liberdade compulsória (art. 121, §5, do ECA). Recurso improvido.

(Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 14.609-DF, Registro n. 2003/0106771-8, Sexta Turma, RSTJ 200, pp. 583/586, DJ de 29.03.2004)

397

EMENTA: Recurso especial. Penal. Extorsão mediante seqüestro. Delação premiada. Recurso do órgão ministerial provido. Recurso dos réus prejudicado.

1. A liberação da vítima após configurada a expectativa de êxito da prática delituosa — recebimento do dinheiro —, ainda que nenhuma outra violência tenha sido praticada contra ela, não se mostra como uma conduta própria a autorizar a benesse legal inserta no art. 159, § 4, do CP.

2. “A regra do § 4 do art. 159 do Código Penal, acrescentada pela Lei n. 8.072/1990, pressupõe a delação à autoridade e o efeito de haver-se facilitado a liberação do seqüestrado” (STF, HC n. 69.328-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 05.06.1992).

3. Recurso especial do Ministério Público provido, restabelecendo a sentença, nesse particular. Recurso dos réus prejudicado.

(Recurso Especial n. 223.364-PR, Registro n. 1999/0062805-5, Sexta Turma, RSTJ 199, pp. 625/628, DJ de 22.08.2005)

401

EMENTA: *Recurso especial. Saída temporária. Necessidade de oitiva do Ministério Público.*

Para que seja concedido o benefício das saídas temporárias, a lei estabelece que, previamente, além de o apenado preencher certos requisitos especiais, devem ser ouvidos, em todos os pedidos, o Ministério Público e a administração do presídio.

A automatização das saídas subseqüentes à primeira saída, sem ser ouvido o órgão fiscalizador, encontra óbices legais (arts. 122, 123 e 124, ambos da LEP). Recurso conhecido e provido.

(Recurso Especial n. 668.384-RS, Registro n. 2004/0071831-9, Quinta Turma, RSTJ 196, pp. 521/527, DJ de 14.02.2005)

405

EMENTA: Civil e Processual. Ação de investigação de paternidade. Revelia do pai investigado. Julgamento antecipado da lide. Recurso do Ministério Público. Custos legis. Apelação não recebida. Agravo de instrumento improvido. Legitimidade e interesse recursal. CPC, arts. 3, 320, II, e 499, § 2, Exegese.

I - A legitimidade do Ministério Público para apelar das decisões tomadas em ação de investigação de paternidade, onde atua na qualidade de custos legis (CPC, art. 499, § 2º), não se limita à defesa do menor investigado, mas do interesse público, na busca da verdade real, que pode não coincidir, necessariamente, com a da parte-autora.

II - Destarte, decretada em 1º grau a revelia do investigado, mas sem que qualquer prova da paternidade ou elementos de convicção a respeito tenham sido produzidos nos autos, tem legitimidade e interesse em recorrer da sentença o Ministério Público.

III - Recurso especial conhecido e provido, para determinar o processamento da apelação do Parquet.

(Recurso Especial n. 172.968-MG, Registro n. 1998/0031147-5, Quarta Turma, RSTJ 200, pp. 359/364, DJ de 18.10.2004)

413

EMENTA: *Plano de saúde. Cláusula de exclusão. Aids.*

I - A cláusula de contrato de seguro-saúde excludente de tratamento de doenças infectocontagiosas, caso da Aids, é nula porque abusiva.

II - Nos contratos de trato sucessivo aplicam-se as disposições do CDC, ainda mais quando a adesão da consumidora ocorreu já em sua vigência.

III - Recurso especial conhecido e provido.

(Recurso Especial n. 244.847-SP, Registro n. 2000/0001419-2, Terceira Turma, RSTJ 198, pp. 268/271, DJ de 20.06.2005)

419

EMENTA: *Responsabilidade civil. Transação extrajudicial celebrada pela mãe em nome de filha menor absolutamente incapaz. Ato que extrapola a simples gerência e administração do patrimônio. Autorização judicial e intervenção do Ministério Público imprescindíveis.*

“A transação, por ser negócio jurídico bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-la em nome dos filhos menores independentemente de autorização judicial. Realizada nestes moldes não pode a transação ser considerada válida, nem eficaz a quitação geral oferecida, ainda que pelo recebimento de direitos indenizatórios oriundos de atos ilícitos.” (REsp n. 292.974-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi)

Uniformização da jurisprudência pela colenda Segunda Seção: “São

indispensáveis a autorização judicial e a intervenção do Ministério Público em acordo extrajudicial firmado pelos pais dos menores, em nome deles, para fins de receber indenização por ato ilícito.” (REsp n. 292.974-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira)

Recurso especial conhecido e provido.

(Recurso Especial n. 293.874-SP, Registro n. 2000/0135592-9, Quarta Turma, RSTJ 199, pp. 401/406, DJ de 13.12.2004) 423

EMENTA: Ação civil pública. Interesses individuais homogêneos. Legitimação do Ministério Público.

— Tratando-se de tutela de interesses individuais homogêneos, o Ministério Público é parte legítima para intentar a ação civil pública. Arts. 81, parágrafo único, III, combinado com o art. 82, I, do CDC. Art. 21 da Lei n. 7.347, de 24.07.1985.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido.

(Recurso Especial n. 439.509-SP, Registro n. 2002/0068031-0, Quarta Turma, RSTJ 196, pp. 389/393, DJ de 30.08.2004) 429

NOTICIÁRIO

— Promotores de Justiça tomaram posse no Ministério Público do Rio	437
— Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou residência em comarca	437
— 1º Simpósio FEMPERJ — Cinco Anos do Código Civil	437
— MP indica nomes para cargo de Desembargador do TJ	438
— Candidato ao cargo de Desembargador do TJ foi escolhido pelo Governador	438
— Conselho Nacional de Procuradores-Gerais comemorou	438
— Palestra realizada por Maria Tereza Sadek	439
— Galeria de Retratos da Secretaria-Geral do Ministério Público ganha novos integrantes.....	439
— Procuradores de Justiça unidos contra corrupção	439
— Presidente da Alerj foi recebido pelo Procurador-Geral	440
— EUA e Brasil contra o crime organizado	440
— MP recebe Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres	441
— Congresso de Direito Civil Contemporâneo	441
— Vitaliciamentos	443
— Aposentadorias	443

— Ministro do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (em 31-03-2008)	444
— Desembargadores do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (em 31-03-2008)	444

O BICENTENÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO

ARNOLDO WALD e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

O Brasil festejou, no dia 10 de maio de 2007, o bicentenário do seu Poder Judiciário, que data da época colonial. É uma comemoração justa e merecida em virtude do papel histórico que a magistratura tem exercido em nosso país, caracterizando-se pela sua independência, pela sua coragem cívica e pela seriedade e dedicação dos seus integrantes.

Não se pode escrever a história do direito pátrio sem referência à importância que nela desempenharam tanto as instituições - os vários tribunais - como as pessoas e, em particular, os Ministros da Suprema Corte. De PEDRO LESSA e CARLOS MAXIMILIANO até OROZIMBO NONATO e ALIOMAR BELELEIRO, de NELSON HUNGRIA a VITOR NUNES LEAL, criou-se uma tradição judiciária que pode servir de exemplo aos outros povos.

Sempre esteve presente, nos tribunais brasileiros, a preocupação em garantir os direitos individuais, criando e utilizando os argumentos adequados para que os textos constitucionais não fossem meramente programáticos. Coube ao nosso Judiciário consagrar a chamada "doutrina brasileira do *habeas-corpus*", concebida por RUI BARBOSA para impedir os atos arbitrários do Poder Público.

Numa sociedade em desenvolvimento, foi possível manter, em suas linhas gerais, o Estado de Direito nos momentos mais difíceis da vida nacional. Basta lembrar a posição liberal e construtiva da Suprema Corte durante o regime militar. Diante de circunstâncias, que não tinham ocorrido no passado, não hesitou o Supremo Tribunal Federal em conceder a medida liminar em *habeas-corpus* que o direito desconhecia, mas que a adequada defesa da liberdade individual exigia naquele momento. Também em relação à intervenção do Estado e ao respeito às normas constitucionais, não admitiu que matérias que não fossem urgentes, nem referentes à segurança nacional, pudessem ser decididas por decreto-lei.

A construção jurisprudencial deu novas dimensões à responsabilidade civil, entendendo que devia ser sempre ressarcido o prejuízo causado e, para tanto, consagrando, em termos construtivos, a responsabilidade do patrão pelos atos culposos dos seus empregados. No mesmo sentido, garantiu a correção monetária das indenizações oriundas de atos ilícitos ou de desapropriações.

Na defesa dos direitos individuais e sociais, os tribunais deram aos textos constitucionais a maior amplitude possível. Assim, consideraram que a garantia

ao devido processo legal e o princípio da legalidade deveriam abranger todas as medidas necessárias para que houvesse, no país, não só a segurança jurídica, mas também o respeito à confiança depositada no poder público.

Por longo tempo, os tribunais se limitaram a exercer a função, já muito relevante, de distribuir a justiça, de acordo com a legislação vigente, sem que houvesse uma maior preocupação quanto à rapidez e eficiência das decisões proferidas. Já há meio século, todavia, um primeiro esforço foi realizado por ocasião dos estudos do Supremo Tribunal Federal para a reforma do Poder Judiciário, dos quais foi relator o Ministro RODRIGUES DE ALCKMIN. Na mesma ocasião, o Ministro VITOR NUNES LEAL propôs a implantação do sistema das súmulas para dar maior velocidade e uniformidade aos julgamentos.

Mais recentemente, nos dez últimos anos, houve um esforço ainda mais produtivo do Poder Judiciário para acelerar os julgamentos mediante uma reforma processual e uma modificação da organização da Justiça. Inicialmente, foram elaboradas e aprovadas leis mais modernas e completas a respeito do controle da constitucionalidade, tal como a da argüição de descumprimento de preceito fundamental, assim como normas mais adequadas em relação à ação civil pública e às ações de improbidade.

Finalmente, a partir da Emenda Constitucional nº 45, consolidou-se um movimento para dar às decisões judiciais a necessária eficiência, numa sociedade na qual o tempo dos tribunais não pode ser descasado do ritmo dos negócios e das necessidades coletivas e individuais. Aproximou-se, cada vez mais, o Judiciário da sociedade civil, para garantir os julgamentos em prazos razoáveis.

Compreendeu-se que, sendo o século XXI caracterizado pela velocidade, pela mudança e pela urgência de soluções, os magistrados deveriam conciliar as duas visões tradicionais com os imperativos do mundo no qual passamos a viver. Em virtude do acesso de um maior número de cidadãos ao Poder Judiciário, estamos, atualmente, com cerca de 50 milhões de processos em curso para serem julgados por treze mil juízes. Cabia, pois, rever o sistema e o Judiciário mobilizou tanto o Executivo quanto o Legislativo para encontrar soluções válidas.

Assim, ao lado dos juzizados de pequenas causas, a mediação e a arbitragem passaram a ser prestigiadas como modalidades complementares de solução de conflitos. A recente legislação referente à súmula vinculante e à repercussão geral e a conseqüente mudança do regimento interno do Supremo Tribunal Federal vão garantir não só a aceleração dos julgamentos, mas também a uniformidade de jurisprudência em todo o país. As parcerias do Poder Judiciário com a sociedade civil estão permitindo a implantação, nos vários tribunais, de um sistema de mediação que vai liberar os juízes de uma parte substancial do seu trabalho.

Pequenas modificações na organização, de um lado, e a informatização, de outro, estão dando ao Poder Judiciário uma nova dimensão, permitindo que exerça as suas funções em tempo razoável e que consolide uma jurisprudência coerente.

Já se disse que boas leis constituem o melhor presente que se pode dar a um povo. Ainda é preciso que sejam bem aplicadas e em tempo útil. É o que o mesmo Poder Judiciário está tentando fazer com êxito.

Carta Escrita para

Sumário: 1. Introdução. 2. O Poder Judiciário. 3. O Poder Judiciário. 4. O Poder Judiciário. 5. O Poder Judiciário. 6. O Poder Judiciário. 7. O Poder Judiciário. 8. O Poder Judiciário. 9. O Poder Judiciário. 10. O Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar o papel do Poder Judiciário no Brasil, sob a ótica da Constituição de 1988, que estabeleceu os princípios que regem a organização e o funcionamento do Poder Judiciário. A análise é feita sob a perspectiva da teoria da separação dos poderes, considerando a importância do Poder Judiciário para a garantia da supremacia da Constituição e a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos.

É importante ressaltar que o Poder Judiciário não atua de forma isolada, mas em conjunto com o Poder Executivo e o Poder Legislativo. A atuação do Poder Judiciário é essencial para a manutenção do equilíbrio entre os poderes e para a garantia da efetividade das leis. Além disso, o Poder Judiciário desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, atuando como uma barreira contra abusos de poder por parte dos outros poderes e da administração pública.

Referências:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAMINHO DE MORTE: UM ESTUDO SOBRE O INGRESSO DE ADOLESCENTES NO TRÁFICO DE DROGAS NO RIO DE JANEIRO

CARLA CARVALHO LEITE *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O tráfico de drogas no Rio de Janeiro. 3. Considerações sobre a adolescência. 4. Caminho de morte: o recrutamento de adolescentes para o tráfico de drogas no Rio de Janeiro. 5. Pesquisa: análise e discussão dos resultados. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho constitui um estudo sobre os adolescentes inseridos no tráfico de drogas no Rio de Janeiro (Capital e Baixada Fluminense), com enfoque especial sobre os motivos que os levam ao tráfico de drogas, atividade ilícita cuja linha de chegada, não raras vezes, é a morte de tantos desses adolescentes, fato do qual eles têm plena consciência. No Rio de Janeiro, que desponta como modelo de violência armada que vem sendo seguido pelas demais regiões do país (SOARES, BILL e ATHAYDE, 2005), essa realidade se tornou um fenômeno, levando à necessidade de se fazer uma análise a respeito dos principais motivos que levam tantos adolescentes a trilhar esse caminho de morte.

É o que se pretende através deste trabalho, que propõe, a partir da escuta desses adolescentes e de uma revisão teórica, a análise a respeito dessa realidade, levando em conta sua complexidade e seus múltiplos fatores, os quais perpassam por um viés ideológico de falta de políticas básicas nas comunidades de favela, por um atravessamento sociológico relativo ao enfraquecimento das relações sociais naquelas comunidades em razão do domínio tirânico do tráfico de drogas, por uma via cultural, que impõe a análise dos atributos valorizados pela sociedade, e por um viés psicológico, que exige a compreensão de conceitos básicos de formação da personalidade e da adolescência como etapa de desenvolvimento do ciclo vital em que se observam algumas características típicas que giram em torno da busca de identidade.

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

No Brasil, existem cerca de 23,3 milhões de adolescentes (pessoas entre 12 e 18 anos), o que corresponde a, aproximadamente, 15% da população brasileira (SILVA e GUERESI *apud* RIZZINI, 2005). No Rio de Janeiro (Capital e Região Metropolitana), o crescente envolvimento de adolescentes do sexo masculino no tráfico de drogas e, por conseguinte, em conflitos armados dele decorrentes vem acarretando acentuado número de mortes desses jovens – em sua grande maioria, pobres. Dados estatísticos demonstram um aumento considerável do número de adolescentes apreendidos por ato infracional¹ de tráfico de drogas no Município do Rio de Janeiro entre os anos de 1980 e 2000. Em 1980, foram registradas 110 apreensões e no ano de 2000 ocorreram 1.584, o que significa um aumento de 1.340%. Ainda que se considere a hipótese de que esse dado resulte de um policiamento supostamente mais eficiente sobre esse tipo de infração, um aumento de tal ordem é tão considerável que se pode concluir pelo significativo crescimento do número de casos ocorridos (DOWDNEY, 2004).

A partir de sucessivos sentimentos de desconforto em relação ao grande número de adolescentes do sexo masculino atendidos na Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de Nilópolis² que se envolviam com o tráfico de drogas e a partir de sua escuta³, percebeu-se que havia questões complexas a serem desvendadas a respeito dos motivos que levavam esses garotos a se envolver com o tráfico de drogas. Respostas simplistas que se relacionassem à pobreza ou à falta de estrutura familiar, além de discriminatórias, podiam se revelar falaciosas. Nem todos os adolescentes atendidos tinham baixo poder aquisitivo ou moravam em comunidades dominadas pelo tráfico de drogas. Alguns deles viviam com os pais e freqüentavam a escola regularmente, ou seja, tinham uma vida, aparentemente *normal* – destacando-se a expressão justamente para denunciar o equívoco em empregá-la.

Indagados na Promotoria de Justiça a respeito das razões pelas quais se envolveram com o tráfico de drogas, muitos não sabiam o que dizer. Outros arriscavam-se atribuindo seu envolvimento à influência de amigos ou porque queriam dinheiro para comprar tênis *de marca*. Outros diziam que não havia razão especial. O desconforto se transformou em inquietação e percebeu-se que aquele não era o lugar ideal para investigar o assunto. Era preciso sair do lugar de Promotora de Justiça e assumir o papel de pesquisadora para tentar conhecer o que estava por trás daqueles cenários cotidianos que se apresentavam revestidos

1. Ato infracional consiste em conduta equivalente a crime ou contravenção praticada por criança ou adolescente, nos termos do artigo 103 da Lei Federal nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente. No caso de ato infracional praticado por criança, cabe ao Conselho Tutelar lhe aplicar medida de proteção (art. 136, inc. I, c/c art. 105, do E.C.A.), de modo que a criança não é inserida no sistema socioeducativo. Já o adolescente que pratique ato infracional se submete ao procedimento previsto nos arts. 171 a 190, do E.C.A., observando-se os direitos individuais e as garantias processuais previstos, respectivamente, nos arts. 106 a 109 e nos arts. 110 a 111, todos do E.C.A., de modo que, uma vez concluídas as fases procedimentais, o adolescente pode ser inserido em programa de atendimento socioeducativo para cumprimento de medida socioeducativa.

2. Cidade que compõe a região do Estado do Rio de Janeiro conhecida como Baixada Fluminense.

3. O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o adolescente apreendido por ato infracional deve ser apresentado ao membro do Ministério Público, que procederá imediata e informalmente à sua oitiva (art. 179).

de rituais jurídicos, burocratizados e endurecidos por um sistema excludente, cego, surdo e mudo diante de uma realidade tão óbvia: o grande número de adolescentes envolvidos no tráfico de drogas e, por conseguinte, em conflitos armados entre facções rivais ou entre estas e a polícia, em meio ao cenário de violência vivido rotineiramente no Rio de Janeiro.

Desde os primórdios do comércio varejista de drogas instalado em pontos de venda existentes em comunidades pobres no Rio de Janeiro, a mão de obra infantil e adolescente já era utilizada para pequenas tarefas. A partir de meados da década de 90, com o surgimento de outras facções e o acirramento das disputas por pontos de venda de drogas – valorizados em razão da alta lucratividade da cocaína –, adolescentes, predominantemente do sexo masculino, passaram a se envolver mais intensamente no tráfico de drogas, portando armas e participando de confrontos com a polícia ou com facções rivais e substituindo traficantes adultos que haviam sido presos ou mortos, exercendo funções consideradas mais importantes na escala hierárquica do tráfico de drogas (DOWDNEY, 2004).

Essa realidade vem acarretando acentuado número de mortes de adolescentes que, mesmo cientes do fim a que leva o caminho do tráfico de drogas – a morte – e cientes também dos valores da sociedade capitalista em que estão inseridos – valores que giram em torno da droga máxima: o poder (KALINA e PEREL, 1987) –, mas não tendo meios legítimos de alcançá-los, em razão da baixa escolaridade e das pouquíssimas chances de inserção no mercado de trabalho, nele se inserem para alcançar os atributos de valorização social. Buscam visibilidade (SOARES, BILL e ATHAYDE, 2005). Daí a necessidade de se fazer uma análise a respeito dos principais motivos que levam tantos adolescentes a trilhar esse caminho de morte (DOWDNEY, 2004), no amplo sentido de interdição (concretizada através da prisão, de privações físicas decorrentes de conflitos violentos ou até mesmo da interrupção da vida).

Propõe-se uma análise a respeito dessa realidade, levando em conta sua complexidade e seus múltiplos fatores, os quais perpassam pela falta de políticas básicas e assistenciais nas comunidades de favela, pelo domínio tirânico do tráfico de drogas naquelas comunidades, pela análise dos atributos valorizados pela sociedade e pela compreensão das características típicas da adolescência enquanto etapa do ciclo vital.

2. O TRÁFICO DE DROGAS NO RIO DE JANEIRO

O tráfico de drogas ilícitas constitui um dos negócios mais lucrativos do mundo, disputando o *ranking* com a indústria armamentista (KALINA, 2001). No Brasil, especialmente no Rio de Janeiro, o tráfico de drogas se expandiu consideravelmente a partir do final da década de 70 (ZALUAR, 2004), mas importa tecer um breve histórico que remonte ao início da instalação de tal atividade ilícita na área que compõe o objeto deste estudo.

Na década de 50, o mercado varejista de drogas ilícitas no Rio de Janeiro era composto, basicamente, pela venda de maconha nas favelas cariocas – onde

funcionava a rede de distribuição nas chamadas *bocas de fumo*. Nos anos 60, instalou-se no Rio de Janeiro a rede de distribuição de cocaína – importada da Bolívia e vendida em menor escala –, aproveitando-se da estrutura caracterizada pela utilização de favelas como pontos fixos de venda e distribuição. De fato, aí se encontram as origens de um fenômeno que veio surgir a partir de meados da década de 80 – a utilização de favelas como pontos de venda estratégicos por facções territorialmente organizadas. Os termos *bocas de fumo*, *olheiro* e *vapor* têm suas origens na década de 60, época em que disputas entre bandos rivais por *bocas* – ainda que em menor escala, se comparadas aos dias atuais – já eram registradas nos jornais (MISSE, 1999).

A omissão do Estado nas favelas quanto ao cumprimento de seus papéis decorrentes do contrato social – situação que ocorre até os dias atuais – colaborou significativamente para a implantação das bases de desenvolvimento da rede de tráfico de drogas atualmente existente no Rio de Janeiro. A falta de implantação de políticas públicas básicas e assistenciais nas favelas acarretou o surgimento de figuras locais importantes conhecidas como *donos*, que prestavam serviços assistenciais à comunidade e a protegiam da violência, aplicando uma ordem social (DOWDNEY, 2004). Nas décadas de 50 e 60, os *donos* das favelas eram *bicheiros*, *assaltantes* ou *donos de bocas*. De certa forma, os donos garantiam a ordem social local (MISSE, 1999) através de uma estrutura de controle social e de proteção que foi fundamental para a instalação e dominação das comunidades de favela pelas facções de tráfico de drogas no Rio de Janeiro a partir de meados da década de 80.

Nos anos 80, observou-se profunda alteração no cenário do tráfico de drogas no Rio de Janeiro. A chegada da cocaína colombiana e a sua alta rentabilidade em relação à maconha, o aumento do policiamento violento e repressivo durante a ditadura militar, o estabelecimento e a organização de facções de droga baseadas em territórios e o acesso das facções a armas de uso militar, além do crescimento da demanda por drogas ilícitas, especialmente a cocaína, são alguns fatores que colaboraram para o início da escalada da violência armada organizada no Rio de Janeiro (MISSE, 1999). O Comando Vermelho – a primeira facção de droga do Rio de Janeiro – surgiu no final da década de 70, dentro das prisões, onde prisioneiros políticos cumpriam pena privativa de liberdade compartilhando celas com prisioneiros comuns. Apesar de se discutir quanto à influência dos prisioneiros políticos sobre os prisioneiros comuns e quanto ao papel dessa influência no surgimento do Comando Vermelho (MISSE, 1999; AMORIM, 1993), costuma-se aceitar a tese de que o seu convívio colaborou para que prisioneiros comuns aprendessem com prisioneiros políticos noções de organização de grupos e de reciprocidade. A importância do Comando Vermelho na estrutura criminosa da cidade surgiu a partir do momento em que, do interior da prisão, seus membros passaram a organizar o crime praticado do lado de fora das grades (DOWDNEY, 2004).

A organização de atividades criminosas por membros do Comando Vermelho encarcerados coincidiu com a chegada de cocaína oriunda da Colômbia, da Bolívia e do Peru ao Rio de Janeiro, tanto para exportação, quanto para consumo local. Percebendo a alta lucratividade que poderia ser proporcionada pela venda de cocaína, membros do Comando Vermelho realizaram alguns assaltos a bancos

e seqüestros para financiar sua nova atividade ligada ao comércio de drogas, especialmente, de cocaína. As *bocas de fumo*, situadas em favelas e onde antes se vendia somente maconha, passaram a ser consideradas bases ideais de venda de cocaína a varejo, em razão da própria geografia das favelas do Rio de Janeiro, geralmente instaladas em morros, contando com vários labirintos e com poucos pontos de entrada e saída, condições favoráveis à defesa do território (DOWDNEY, 2004). Além disso, em razão da geografia social da cidade, muitas favelas se situam em bairros de classe média e de classe alta, como por exemplo, a conhecida favela da Rocinha, situada no bairro de São Conrado, onde residem pessoas de alto poder aquisitivo. Assim, a instalação de pontos de venda fixos e a proximidade entre tais pontos e o mercado consumidor varejista tornaram singular a organização do tráfico de drogas no Rio de Janeiro (SOARES, BILL e ATHAYDE, 2005, p. 249).

A definição territorial do Comando Vermelho, em relação a *bocas de fumo* situadas em comunidades de favela, ocorreu entre os anos de 1983 e 1986, período em que foram assumidas *bocas* já existentes e criadas novas *bocas* sob a bandeira coletiva do Comando Vermelho. Em razão da alta rentabilidade da cocaína – que decorre da ilegalidade da atividade e não da produtividade ou de suposta exploração excessiva do trabalho (Zaluar, 2004) –, houve um incremento da valorização dos pontos de venda a varejo, o que ensejou, a partir de meados dos anos 80, a interligação entre o tráfico de drogas e o tráfico de armas (SOARES, 2000; ZALUAR, 2004), diante da necessidade de criação e estruturação de grupos armados para a defesa das *bocas* contra eventuais invasões de *neutros*⁴ ou contra incursões policiais. Surgiram, então, os primeiros *soldados do tráfico* (DOWDNEY, 2004) e aumentou consideravelmente o número de crimes violentos, especialmente homicídio, envolvendo homens jovens que participavam direta ou indiretamente do tráfico de drogas (PEREIRA, 2003; SOARES, 2000).

Enquanto a população da Região Metropolitana do Rio de Janeiro cresceu relativamente pouco naquele período (meados da década de 80), a taxa de homicídios na mesma região, envolvendo jovens que participavam direta ou indiretamente do tráfico de drogas, praticamente triplicou (PEREIRA, 2003). Alguns anos depois, registrou-se que cerca de 65% dos homicídios dolosos ocorridos no Município do Rio de Janeiro no ano de 1992 se relacionavam ao tráfico de drogas, estimando-se que, na década de 90, o tráfico tenha produzido cerca de 20 mil vítimas, em sua maioria, do sexo masculino, pobres, jovens e não-brancos (SOARES, 2000).

Considerando o alto valor de mercado da cocaína, que entra no Brasil com preço mais alto que o ouro (ZALUAR, 2004), a sua comercialização esteve, desde o início, ligada ao tráfico de armas para a segurança do negócio. A organização das *bocas* se baseava em necessidades militares de defesa e invasão e na divisão do trabalho para empacotamento e venda da droga, permanecendo a mesma estrutura básica até os dias atuais. Naquele período, o tráfico passou a ser

4. A expressão *neutros*, na definição de Dowdney (2004, p. 33), refere-se a grupos armados das favelas que controlam o tráfico em sua comunidade, mas não devem lealdade ao Comando Vermelho ou a outra facção.

conhecido como o *movimento* e o papel de *dono* nas comunidades de favela dominadas pelo Comando Vermelho passou a ser exercido exclusivamente por traficantes, e não mais por *bicheiros* ou assaltantes, como ocorria antes. A partir da segunda metade da década de 80, a morte de alguns membros importantes do Comando Vermelho suscitou a desconfiança e a rivalidade entre os *donos* que o compunham, o que levou à fragmentação do grupo e a disputas cada vez mais violentas entre donos pelo controle de territórios, culminando com a criação de outras facções de droga em meados da década de 90: *Terceiro Comando*, *Amigos dos Amigos* e *Comando Vermelho Jovem*. Tais facções, da mesma forma, tinham (e ainda têm) finalidade puramente econômica: lucrar com a venda de drogas ilícitas (DOWDNEY, 2004).

Ao contrário do que dita subliminarmente a expressão *poder paralelo*, comumente empregada pela mídia, o *movimento* do tráfico de drogas não tem por objetivo substituir o Estado, ou seja, não tem a finalidade de suplantar política, social e militarmente o poder público. Por outro lado, também não se trata de guerra civil entre pessoas de classes sociais diferentes (ZALUAR, 2004). O controle da ordem social nas favelas exercido pelas facções de droga constitui um meio para atingir um fim: a defesa dos pontos de venda de drogas. Em última análise, as facções de droga têm um mesmo objetivo financeiro, qual seja, o controle de venda de drogas ilícitas e adotam uma mesma estratégia: a dominação de comunidades de favela como bases de poder.

As facções de droga controlam a ordem social nas favelas por meio de um sistema de reciprocidade forçada e de punição por desobediência a normas estabelecidas pelo *movimento* (a chamada *lei do tráfico*) em razão do fracasso do poder público no cumprimento de seus deveres inerentes ao contrato social. A omissão do Estado abre uma brecha que vem a ser preenchida pelo tráfico, que se torna a melhor ou a única alternativa oferecida aos moradores das favelas para a manutenção da ordem social, o que, como referido, não consiste no objetivo último do movimento, mas numa forma estratégica (reciprocidade forçada) de garantir a sua finalidade: o lucro com a venda de drogas ilícitas, especialmente cocaína e maconha (DOWDNEY, 2004).

Os traficantes suprem necessidades básicas de alimentação e vestuário dos moradores da comunidade, estimulam a economia local, garantindo trabalho para milhares de pessoas desempregadas, injetam dinheiro na comunidade, investem em atividades culturais e de lazer. Com raras exceções, praticamente todos os eventos de lazer realizados nas comunidades de favela são financiados pelo tráfico de drogas. Os bailes *funk* promovidos nas favelas, por exemplo, também conhecidos como *bailes de comunidade*, quando não são patrocinados pelo tráfico, necessitam de prévia autorização do *movimento*, que deles também se beneficia em razão da intensa venda de drogas ilícitas realizada em tais festas (ZALUAR, 2004). Em troca de tais provisões – alimentação, vestuário, lazer e emprego –, que deveriam ser garantidas pelo Estado, o *movimento* recebe dos moradores das comunidades a necessária proteção contra incursões da polícia e de facções rivais, consistindo tal proteção na possibilidade de se esconderem nas residências dos moradores ou no fornecimento de informações ou, simplesmente, na sua aderência a um código de silêncio.

Além da omissão do poder público, outro fator que reforça o domínio do tráfico sobre as comunidades de favela com base num vínculo de apoio mútuo, é o comportamento da Polícia Militar dentro das comunidades, tanto no caso de corrupção, quanto no de policiais militares honestos que, no entanto, devem obediência a uma política de segurança pública repressiva e violenta que se faz presente nas favelas através de invasões e ocupações, em vez de exercer uma presença contínua naquelas comunidades (SOARES, 2000; DOWDNEY, 2004). No caso de policiais corruptos, a brutal violência que caracteriza as suas relações com os pequenos traficantes que trabalham nas comunidades de favela pode ser explicada pela dimensão simbólica do mercado ilegal de drogas que atinge tanto bandidos quanto policiais fascinados pelo enriquecimento fácil. Mas também consiste em estratégia para facilitar a extorsão (ZALUAR, 2004).

Entre a tirania do tráfico e o despotismo da polícia – referindo-se, neste particular, a segmentos policiais específicos que se envolvem com corrupção e brutalidade, não se tratando de ofensa à imagem da corporação, que também é constituída de profissionais honestos e competentes (SOARES, BILL E ATHAYDE, 2005) –, os moradores de favelas optam por se submeter ao primeiro, diante da previsibilidade em relação às conseqüências de suas condutas em razão da incidência das *leis do tráfico* (SOARES, 2000).

Como refere SOARES:

“Ambos são temidos, causam horror e repugnância, mas o segundo é considerado mais grave, porque não segue nenhuma regra, nenhum código de conduta que permita a elaboração de estratégias de sobrevivência eficientes” (2000, p. 39).

Ao contrário da polícia, o tráfico de drogas se pauta num código normativo tanto em relação aos moradores que obedecem às suas normas – oferecendo-lhes proteção, solução de conflitos, provisão de recursos básicos –, quanto aos moradores que as infringem – neste último caso, através da aplicação de penalidades. Tais circunstâncias legitimam o tráfico enquanto poder sociopolítico que provê as necessidades básicas da comunidade e dita normas cogentes – conhecidas como leis do tráfico –, que devem ser respeitadas por todos os moradores e pelos próprios traficantes, sob pena de punições que vão desde castigos físicos a execução (pena de morte), passando pela expulsão da comunidade (SOARES, 2000).

Em regra, as normas de comportamento impostas (leis do tráfico) são as seguintes: não subtrair bens de terceiros na comunidade; não brigar com outros moradores da comunidade; não praticar violência sexual contra mulheres, crianças ou adolescentes; não agredir mulheres; não conversar com policiais; não adquirir arma sem a prévia ciência dos traficantes. Em suma, no sistema de reciprocidade forçada – ao qual os moradores das favelas certamente não se submeteriam se o Estado promovesse minimamente as políticas públicas básicas em prol daquelas comunidades (SOARES, 2000) –, os traficantes oferecem manutenção da ordem social, proteção contra conflitos, desenvolvimento da economia local, investimento em atividades de lazer e demandam da comunidade

o *código do silêncio*, pontos de venda de drogas e a obediência às leis do tráfico (DOWDNEY, 2004).

O surgimento de outras facções e a alta rentabilidade da cocaína forçou um maior investimento em armas de fogo para a segurança dos pontos de venda, operando profundas mudanças no cenário das favelas dominadas por facções de drogas e, por conseguinte, na própria relação entre os traficantes e os moradores de favelas não envolvidos no tráfico de drogas, que se vêem obrigados a conviver diariamente com o *movimento* e a testemunhar o surgimento de uma nova cultura do tráfico nas comunidades em que residem, onde drogas são vendidas abertamente e traficantes andam fortemente armados. Os traficantes se tornaram ídolos para as crianças e os adolescentes das favelas, estão mais bem organizados e violentos e são cada vez mais jovens (*idem*, 2004).

A dominação dos traficantes se tornou possível e ainda persiste porque foi construída em cima de estruturas locais de controle e proteção preexistentes que foram utilizadas pelos donos das favelas nas décadas de 50 e de 60, geralmente ligados ao *jogo do bicho*. O movimento do tráfico de drogas no Rio de Janeiro apresenta basicamente a mesma estrutura organizacional em todas as comunidades de favela, independentemente da facção que domine o tráfico local, sendo importante expor sobre o funcionamento dessa estrutura, ainda que superficialmente, a fim de se compreender melhor o importante papel, aos olhos dos traficantes, que crianças e adolescentes passaram a exercer através do uso de armas no tráfico de drogas (*ibidem*, 2004).

A estrutura do comércio de drogas no Rio de Janeiro opera em três níveis: o dos atacadistas e matutos; o dos donos e o das favelas. Sabe-se que 20% da cocaína que chega ao Rio de Janeiro se dirige ao consumo local e que o restante é exportado para países ocidentais. Os *atacadistas* organizam a importação da cocaína dos países latino-americanos produtores (Colômbia, Bolívia e Peru), bem como a importação ilegal de armas. São independentes das facções de drogas, não devendo lealdade a qualquer delas. Têm acesso aos contatos internacionais para a importação da droga, a esquemas de lavagem de dinheiro e aos níveis mais elevados de poder do Estado. Os *matutos* – também independentes de facções de drogas – são os intermediários entre os *atacadistas* e os *donos*, movendo-se livremente entre todas as facções, vendendo drogas e armas. Os *donos*, ao contrário, pertencem a uma determinada facção. São responsáveis pela compra das drogas que serão vendidas nas favelas que dominam e das armas a serem utilizadas por seus subordinados, que têm sua base nas comunidades dominadas. Adquirem as drogas e as armas dos *matutos* e, em regra, não residem nas comunidades de favela, mas as visitam regularmente (*ibidem*, 2004).

O mercado varejista de drogas ilícitas no Rio de Janeiro é composto por três facções (Comando Vermelho, Terceiro Comando e Amigos dos Amigos) e também por grupos armados não vinculados a nenhuma facção – conhecidos como *neutros* –, todos possuindo base territorial em favelas. Ao contrário do que comumente se pensa, as facções não são corporações hierarquicamente estruturadas com um chefe único a cujas decisões os donos estão submetidos, tratando-se, na verdade, de grupos de donos independentes que mantém entre si alianças frouxas de apoio mútuo decorrentes de interesses comuns, para fins

defensivos ou ofensivos. Se a aliança deixar de ser útil para um dono ou se ela se tornar uma ameaça a seus objetivos, o dono poderá sair da atual facção e declarar *neutro* seu território, juntar-se a outra facção ou até mesmo criar uma nova facção (*ibidem*, 2004). A idéia de organização em rede é a que melhor se aplica aos níveis mais baixos do tráfico de drogas – facções ou territórios neutros – já que prescinde de hierarquia, burocracia, podendo ser rapidamente desfeita e reconstruída em outras rotas e com outras pessoas. Já no nível dos atacadistas e financiadores do tráfico de drogas, observam-se as características de uma organização corporativa, hierárquica, burocratizada e centralizadora (ZALUAR, 2004).

Nenhuma facção tem um chefe único, não havendo relação de subordinação entre donos, o que não impede que um dono exerça liderança sobre os demais por suas qualidades pessoais, pelo respeito adquirido dentro da facção, mas sua função se limita a coordenar ações, orientar as atividades da facção, não tendo qualquer poder de ingerência nas favelas dominadas pelos demais donos. Já, dentro das favelas dominadas, observa-se forte relação de hierarquia entre os donos e seus subordinados (DOWDNEY, 2004), valorizando-se um estilo de chefia truculenta (ZALUAR, 2004). Nelas os *donos* ditam as normas locais (leis do tráfico), determinam as penalidades a serem aplicadas aos infratores e suprem as necessidades comunitárias. Dentro das favelas, o dono é a autoridade superior. Abaixo dele, o nível de estruturação da grade hierárquica e de organização interna dependerá de fatores que influenciem a maior ou menor probabilidade de invasão por outras facções ou de incursões policiais, tais como: volume de venda de drogas, tamanho da comunidade, estilo de liderança do dono e localização geográfica da comunidade em relação a favelas próximas que sejam controladas por outras facções. Quanto maior o risco de invasões por outras facções ou de incursões policiais, maior será a estrutura organizacional do tráfico local (DOWDNEY, 2004).

Levando em consideração o objetivo deste estudo, parece importante explicitar algumas dessas funções, que compõem a grade hierárquica do tráfico de drogas, abaixo do dono, conforme referido por DOWDNEY (2004), a saber:

- *Gerente-geral*: Responsável pela supervisão das atividades de venda de droga, defesa armada da favela e pela invasão de outros territórios. Ganha por comissão, com base na quantidade de droga vendida. Dependendo do nível de organização do movimento em determinada comunidade, o que depende dos fatores anteriormente mencionados, pode haver *subgerentes*, que se posicionam hierarquicamente abaixo do *gerente-geral*: o gerente de cocaína, o gerente de maconha e o gerente dos soldados. Em regra, os dois primeiros ganham por comissão e o último ganha um salário semanal ou mensal pago diretamente pelo *gerente-geral* ou pelo dono.

- *Gerente de boca*: Responsável pela venda de drogas num determinado ponto de venda (*boca*), ganhando por comissão com base nas vendas realizadas.

- *Soldado*: Responsável pela segurança da boca e da comunidade contra invasões de facções rivais ou de policiais. Também é utilizado para

invasões a outros territórios e para o guarnecimento de *bondes* que saem das favelas para levar drogas ou armas a outras comunidades dominadas pelo tráfico. Ganham salário fixo que pode variar entre R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) e R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) por mês.

- *Fiel*: Função surgida mais recentemente no tráfico de drogas no Rio de Janeiro. Trata-se do segurança pessoal do gerente-geral ou de um subgerente. Ganha salário semanal ou mensal e também é conhecido como *fiel do dono* ou *gerente de confiança*.

- *Vapor*: vende droga diretamente aos clientes na boca ou *no asfalto*. São pagos por comissão, com base nas vendas realizadas, podendo variar de R\$ 1.500,00 a R\$ 3.000,00 por mês. Segundo Pereira (2003), quando vende droga fora das comunidades de favela, o *vapor* não permanece num mesmo lugar, mantendo-se em circulação para se proteger de incursões policiais. Ele se *evapora* (daí o nome) e surge em outro lugar.

- *Olheiros*: Também chamados de *contenção*, são vigilantes que, posicionados estrategicamente por toda a favela, têm por função comunicar aos colegas do tráfico invasões de outras facções ou incursões policiais, através de aparelhos de rádio ou de fogos de artifício – por isso, também são conhecidos como *fogueteiros*. Ganham cerca de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por dia.

- *Endoladores*: Empacotam maconha e cocaína em pequenas embalagens que são vendidas ao consumidor final por R\$ 3,00, R\$ 5,00 ou R\$ 10,00. Recebem salário mensal ou semanal e são supervisionados diretamente pelo gerente-geral, pelo gerente de maconha ou pelo gerente de cocaína.

Como referido, o desenvolvimento do tráfico de drogas no Rio de Janeiro, dada a geografia social e o histórico de omissão do Estado em relação à inserção de políticas básicas e assistenciais nas comunidades de favela, aliado à alta rentabilidade da cocaína, levou à necessidade de armamento dos pontos de venda para a segurança da atividade ilícita, o que gerou algumas sérias conseqüências ainda observadas no cenário fluminense, dentre as quais merecem destaque, em razão do objeto deste trabalho, as que dizem respeito à cultura belicista e ao valor simbólico da arma – que se relaciona com a afirmação da masculinidade através do porte de arma e da violência (ZALUAR, 2004) –, à lealdade extrema, especialmente de adolescentes, a uma determinada facção de droga, o enfraquecimento dos laços de lealdade dentro das estruturas familiares e, claro, ao recrutamento de adolescentes para o tráfico de drogas.

Mas a análise de tais aspectos imprescinde de uma abordagem sobre a adolescência, inclusive sob um viés psicológico. Isto porque se trata de verdadeiro fenômeno o que vem ocorrendo no Rio de Janeiro nos últimos anos, especialmente a partir de meados da década de 90, em que adolescentes – e até mesmo crianças –, cada vez em maior número, têm ingressado no tráfico de drogas. Além disso, cada vez com maior freqüência adolescentes ligados ao tráfico de drogas

passaram a portar armas de fogo ostensiva e publicamente. Enfim, adolescentes cada vez mais jovens passaram a ocupar funções mais importantes dentro da rede do tráfico de drogas existente nas comunidades de favela.

Esse fenômeno se tornou crescente no Rio de Janeiro (DOWDNEY, 2004), o que denota a dimensão da gravidade do problema que perpassa por um viés ideológico de falta de políticas básicas nas comunidades de favela, por um atravessamento sociológico que diz respeito às relações sociais ou ao enfraquecimento delas, por uma via cultural, que impõe a análise dos valores culturais da sociedade, e por um modelo psicológico, que exige a compreensão de conceitos básicos de formação da personalidade e da adolescência como processo de desenvolvimento do ciclo vital em que se observam algumas características típicas, tais como a atração pelo risco, a sensação de onipotência, a busca de limites e de identidade, a necessidade de pertença a um grupo e de uma liderança, entre outras, razão pela qual estudá-la é imprescindível.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADOLESCÊNCIA

Para a análise do crescente envolvimento de adolescentes no tráfico de drogas no Rio de Janeiro, é necessária a compreensão de algumas características típicas da adolescência, as quais giram em torno da busca da identidade (OSÓRIO, 1992; KALINA, 2001; FREITAS-B, 2002; SOARES, BILL e ATHAYDE, 2005), como o gosto pelo risco, o desejo de onipotência, a busca de limites, a formação de grupos, a busca de modelos de identificação. Neste particular, diante do maior envolvimento de adolescentes do sexo masculino com o tráfico de drogas, cabe ressaltar que o processo de busca da identidade também passa pelo *etos da masculinidade* (ZALUAR, 2004), que diz respeito à afirmação da masculinidade, através do poder – valor máximo da sociedade (KALINA e PEREL, 1987) –, que se concretiza pelo uso de armas de fogo. A arma é sinônimo de *status*, de poder (FEFFERMANN, 2004), simboliza a virilidade, atrai as mulheres, incidindo sobre o imaginário dos adolescentes que se encontram numa fase de busca da identidade (SOARES, BILL e ATHAYDE, 2005). Nesse sentido, também, conclui ASSIS (1999, p. 39), que registra, a partir de entrevistas realizadas com adolescentes que trabalhavam no tráfico de drogas, que *os motivos básicos que justificam sua entrada no tráfico são: dinheiro, mulher e respeito*.

Modernamente, entende-se que a adolescência não é mera etapa de transição entre a infância e a adultez, mas uma peculiar fase do ciclo vital humano em que culmina todo o processo maturativo biopsicossocial do indivíduo, configurando um processo de desenvolvimento que, não obstante apresente algumas características universais, isto é, que se revelam presentes em diferentes culturas e marcos socioeconômicos (OSÓRIO, 1992), não é necessariamente problemática. Trata-se de uma fase de transformação, mas não necessariamente de transtorno ou de rebeldia, decorrendo os problemas dos adolescentes, em grande parte, de sua realidade familiar ou social, e não da adolescência em si (FREITAS-A, 2005). Não se pode deixar de reconhecer que o processo da adolescência passa pela

busca de identidade e pela elaboração de lutos referentes à perda da condição infantil, ou ao menos as tangencia. O adolescente pode sofrer algumas instabilidades porque deve enfrentar o mundo dos adultos, para o qual não está totalmente preparado, e desprender-se do seu mundo infantil, no qual vivia em relação de dependência (ABERASTURY e KNOBEL, 1981).

Embora se discuta se o processo adolescente – enquanto seqüência de eventos psicodinâmicos – ocorre independentemente de condições socioculturais do indivíduo, a tendência dos especialistas aponta no sentido de se considerar a adolescência como fenômeno universal, desde que assegurada ao adolescente a satisfação de necessidades básicas (alimentação, vestuário, moradia, etc.). Ainda que em condições de vida profundamente adversas, mas desde que tenha o que comer e o que vestir, todo e qualquer indivíduo apresenta características do processo adolescente (OSÓRIO, 1992). Partindo-se da premissa de que somente há adolescência se supridas necessidades vitais do ser humano, pode-se questionar se todos os adolescentes, segundo o critério etário, são, realmente, adolescentes no sentido psicossocial do termo. Pode-se questionar se os adolescentes brasileiros que pertencem a classes extremamente pobres vivenciam o processo adolescente em sua plenitude. A esta questão, SOARES, BILL e ATHAYDE (2005) respondem que, no Brasil, para os jovens pobres, de um modo geral, não há adolescência, passando-se diretamente da infância ao mundo do trabalho ou do desemprego. Contudo, pode-se afirmar que, em regra, independentemente das condições socioeconômicas, algumas características são universais entre os adolescentes, em especial, a busca de identidade, a tendência grupal e o desejo de onipotência, dentre outras.

A identidade consiste numa unidade da personalidade sentida pelo indivíduo e reconhecida por outro, relacionando-se à questão de *saber quem sou* a partir do reconhecimento do outro. Trata-se de uma função que pressupõe um equilíbrio entre três vértices: o que penso que sou, o que os outros pensam que sou e o que eu penso que os outros pensam que sou (OSÓRIO, 1992). A identidade pressupõe relação com o outro, ou melhor, pressupõe o olhar do outro. A propósito, SOARES, BILL e ATHAYDE (2005, p. 206) referem que *a identidade só existe no espelho e esse espelho é o olhar dos outros, é o reconhecimento dos outros*. Do ponto de vista psicológico, a tarefa básica da adolescência é a aquisição desse sentimento de identidade pessoal, razão pela qual se diz que *a crise evolutiva do processo adolescente é sobretudo uma crise de identidade* (OSÓRIO, 1992, p. 15).

Na busca da identidade típica da adolescência, ocorre outro fenômeno em decorrência da ansiedade gerada pela ameaça de perda da relação com os pais da infância (ou com quem tinha tal função), que é o da busca de substitutos dos objetos parentais. Isto explica a supervalorização do objeto amado quando o adolescente se apaixona, o caráter possessivo de suas relações de amizade e, especialmente, a sua busca por ídolos (OSÓRIO, 1992). A propósito, a necessidade de apego a ídolos é um dado relevante entre os adolescentes, podendo-se afirmar, juntamente com FREITAS-B (2002, p. 64), que *o adolescente tem fome de identificações*. Partindo-se da premissa de que é preferível ser alguém perverso, indesejável, a não ser nada, o adolescente, em razão da necessidade de buscar a sua identidade, pode, eventualmente, se identificar com ídolos *negativos* (ABERASTURY e KNOBEL,

1981), o que pode levá-lo à delinqüência. O adolescente elege os modelos que deve seguir e também os rivais contra quem deve lutar. Quando as condições psicológicas do adolescente são precárias, ele pode escolher modelos identificatórios negativos e sua noção de correr riscos – outra característica do processo adolescente – pode ficar severamente distorcida a ponto de, por exemplo, idealizar os chefes do tráfico de drogas, encantando-se por seu poder de vida e de morte e também pelos riscos decorrentes das guerras entre facções de tráfico de drogas e entre estas e a polícia (FREITAS-B, 2002).

Tem-se percebido um maior envolvimento de adolescentes do sexo masculino com o tráfico de drogas. Neste particular, o processo de busca da identidade também passa pelo etos da masculinidade. Adolescentes fazem uso de armas de fogo, matando e morrendo *por quaisquer motivos que ameacem o status ou o orgulho masculino de jovens em busca de uma virilidade afirmada através da violência* (ZALUAR, 2004, p. 51). Aliás, com relação à violência, não se pode desconsiderar o fato de que o adolescente, no processo de formação de sua identidade, muitas vezes impressionado com o mundo no qual lhe cabe viver, de alguma forma, *tenta elaborar sua entrada em um mundo violento como o nosso* (KALINA e PEREL, 1987, p. 36).

No processo de busca da identidade, o adolescente também recorre ao grupo de iguais, à busca da uniformidade, que lhe proporciona segurança e estima pessoal. Ocorre um processo de superidentificação em massa – em que todos se identificam com cada um –, às vezes tão intenso que parece aos membros do grupo ser impossível a sua separação. Através do fenômeno grupal, se faz a transição necessária para alcançar a individualização adulta, transferindo-se ao grupo a dependência que se mantinha com a família (ABERASTURY e KNOBEL, 1981). E por não ser possível nem desejável ao adolescente separar-se do grupo, ele se submete facilmente às suas regras, aos seus ritos de iniciação (OSÓRIO, 1992). A busca da uniformidade diz respeito à busca da identidade. Observa-se que os adolescentes, geralmente, utilizam vestimentas e acessórios de moda muito parecidos e valorizam determinadas marcas que têm valor simbólico. Esse fenômeno típico da adolescência não é um fato isolado, ocorrendo dentro de um contexto, numa sociedade que valoriza o consumo de estilo (ZALUAR, 2004).

Durante a adolescência, também se observa outra característica que se relaciona com o fato de o indivíduo converter o tempo em presente e ativo numa tentativa de manejá-lo como um objeto, de negar o fenômeno do decurso do tempo, de negar a morte. O adolescente busca desafios, deseja correr riscos (FREITAS-B, 2002). Trata-se da busca da imortalidade, típica da adolescência (ZALUAR, 2004), que diz respeito ao desejo de onipotência (KALINA, 2001). Como refere citado autor, os adolescentes, paradoxalmente, *por medo de morrer, matam-se* (*idem*, p. 81). Na busca da imortalidade, desafia-se a morte, para dar sentido à vida, através de condutas de risco que podem levar à morte (*idem*).

Partindo-se da concepção de personalidade elaborada por FREUD – denominada *Segunda Tópica* –, constituída de três instâncias (o ego, o superego e o *id*), conclui-se pela importância da imposição de limites (função paterna) para a formação da personalidade.

O *id*, segundo TRINDADE (2004, p. 61), *é a instância pulsional do psiquismo e seu conteúdo é totalmente inconsciente. O ego, por sua vez, faz a mediação dos impulsos*

do *id* com o meio ambiente, permitindo ao sujeito olhar-se a si próprio (*ibidem*). Já o superego é a expressão da interiorização das interdições e exigências da cultura, representada pelos pais, constituindo o *locus* em que se inscreve a lei (*ibidem*).

A função paterna, na linguagem psicanalítica, diz respeito à interdição da lei, das normas morais, das regras da sociedade, dos limites, tratando-se de fenômeno necessário para a inserção social do sujeito e para o seu ingresso no mundo da cultura (TRINDADE, 2002). Modernamente, entende-se que a função paterna não necessariamente precisa ser exercida pelo pai, podendo incidir através de qualquer pessoa, pois se trata de uma função delegável – portanto, atribuível a outro.

O adolescente, por ser um receptáculo propício para encarregar-se dos conflitos dos outros e assumir os aspectos mais doentios do meio em que vive, por apresentar uma especial vulnerabilidade para assimilar os impactos projetivos dos que o cercam, absorve o modelo de vida – muitas vezes repleto de mensagens contraditórias – adotado por quem porventura exerça o papel parental (FREITAS-B, 2002). Caso não se tenha exercido adequadamente a função paterna, o adolescente tende a buscar a interdição, a imposição do limite necessário à formação de sua personalidade por outros meios, através de sua conduta, até encontrá-lo, ainda que na prisão, no hospital ou na morte, tratando-se de uma forma inconsciente de encontrar um limite que não lhe foi dado pela função parental (*idem*, p. 47).

Em razão das características típicas da adolescência já enumeradas, especialmente, a busca de identidade, a tendência grupal, a substituição das figuras parentais por ídolos e a busca da imortalidade, discute-se se os adolescentes são mais vulneráveis a condutas anti-sociais e se, pelos mesmos motivos, também são mais facilmente recrutados para o trabalho no tráfico de drogas FREITAS-B (2002). Modernamente, entende-se que o comportamento de risco do adolescente – categoria em que se inclui a participação no tráfico de drogas – não decorre diretamente da adolescência, mas da incidência de fatores de risco, o que envolve sua realidade familiar ou social. Não há um ou mais motivos delimitados e determinantes para o envolvimento com drogas na adolescência, mas sim situações de vida que o favorecem ou que o inibem, denominados fatores de risco e fatores de proteção (FREITAS-A, 2005). Tanto os fatores de risco – que aumentam a probabilidade de envolvimento em condutas delinqüenciais – quanto os fatores de proteção – que diminuem a sua probabilidade – podem estar presentes no indivíduo, na família, na escola, entre os companheiros ou na comunidade.

Por certo, os fatores de risco e os fatores de proteção não têm caráter determinante, mas apenas aumentam ou diminuem, em diferente intensidade, a probabilidade de uma situação ocorrer ou se agravar. No tocante à participação de adolescentes no tráfico de drogas, parece que, em sua maioria, vivem em comunidades carentes – que, no Rio de Janeiro, geralmente, são dominadas por facções do movimento. Contudo, também há casos de adolescentes de famílias economicamente privilegiadas que se envolvem no tráfico de drogas, dado indicativo de que os fatores de risco para o ingresso de adolescentes no tráfico de drogas não podem ser objeto de uma análise simplista que se restrinja a uma abordagem socioeconômica.

Em pesquisa realizada com dois adolescentes dependentes de drogas e que também passaram a trabalhar no tráfico – um deles morador de favela e outro pertencente à alta burguesia do Rio de Janeiro, constatou-se que, apesar das grandes diferenças socioeconômicas, ambos tinham em comum a falta ou a fragilidade da função paterna. Concluiu-se que, naqueles casos pesquisados, a falta do exercício da função paterna, ou seja, a falta de imposição de limites, propiciou que os adolescentes tivessem dificuldades de respeitar proibições, interditos relacionados à moral e à ética (FREITAS-B, 2002).

Por trás do fenômeno da inscrição de adolescentes no tráfico, há outras questões culturais, sociais e psicológicas que merecem atenção. A maioria dos adolescentes pobres não se envolve em atividades criminosas, como lembra ZALUAR (2004). Não se trata, portanto, de considerar a pobreza como uma das causas diretas de delinquência. Atualmente, as modernas teorias explicativas do fenômeno da delinquência juvenil levam em consideração que vários fatores podem favorecer ou evitar o seu surgimento (fatores de risco e fatores de proteção), não mais se admitindo um enfoque determinista sobre a questão. De fato, o fenômeno da delinquência juvenil é multifatorial, devendo ser enfrentado através de um construto que leve em consideração os múltiplos fatores, sejam biológicos, psicológicos e sociológicos, dentre outros, numa relação dinâmico-dialética (TRINDADE, 2002).

4. CAMINHO DE MORTE: O RECRUTAMENTO DE ADOLESCENTES PARA O TRÁFICO DE DROGAS NO RIO DE JANEIRO

Antes da chegada da cocaína no comércio a varejo no Rio de Janeiro, crianças e adolescentes já trabalhavam no tráfico como *olheiros* e *aviõesinhos*. Naquela época, a questão de empregar ou não crianças e adolescentes no tráfico dependia da opção pessoal de quem vendia drogas na comunidade. Hoje é a regra geral, tendo ocorrido no Rio de Janeiro, especialmente a partir dos anos 80 até os dias atuais, um aumento considerável do número de adolescentes aprendidos por atos infracionais ligados ao tráfico de drogas e também o número de mortes de jovens do sexo masculino ligados a esta atividade ilícita. A chegada da cocaína gerou uma reestruturação nas relações de trabalho no tráfico para crianças e adolescentes, que passaram a receber em dinheiro e a ocupar outras funções consideradas mais elevadas na escala hierárquica. De qualquer forma, uma importante diferença em relação aos dias atuais é o fato de que a mão de obra infanto-juvenil não era armada e não era paga com dinheiro, mas com presentes. A partir de meados da década de 90, com o surgimento de outras facções e o acirramento das disputas por pontos de venda de drogas, crianças e adolescentes passaram a portar armas e a substituir traficantes adultos que haviam sido presos ou mortos, exercendo funções no tráfico que, antes, cabiam somente a estes – gerente de boca, soldado, gerente-geral, etc. (DOWDNEY, 2004).

O envolvimento de adolescentes – e até mesmo de crianças – no tráfico de drogas e nos conflitos armados decorrentes de tal atividade ilícita consiste em

fenômeno relativamente recente no Brasil, que tem como precursor e modelo o Estado do Rio de Janeiro, especialmente sua Capital e a Região Metropolitana, da qual a Baixada Fluminense faz parte. Como asseveram SOARES, BILL e ATHAYDE (2005, p. 245), *o Rio antecipou a trajetória brasileira em direção à violência armada e talvez encarne, hoje, o futuro previsível do país.*

Certamente, o fenômeno é complexo e multifatorial em suas possíveis causas, tornando-se imprescindível uma análise multidisciplinar. Uma questão a ser levada em conta é a do desemprego. As estreitas possibilidades de emprego para jovens pobres pode ser um dos fatores que levam adolescentes a ingressarem no tráfico de drogas. *Para o jovem, entrar no tráfico de drogas é, antes, uma opção pelo trabalho, já que os traficantes contribuem para a geração e expansão do 'emprego' e na construção de um mercado paralelo de trabalho* (FEFFERMAN e ATHAYDE, 2005, p. 11). No mesmo sentido, DOWDNEY (2004, p. 124) afirma que *o tráfico tem se tornado cada vez mais acessível para crianças e adolescentes desde o início dos anos 80 e mais atraente em razão da ausência de possibilidades alternativas de emprego, ascensão social, de status e de dinheiro.*

ASSIS (1999, p. 25), em pesquisa que se propôs a analisar a história de vida de jovens que praticaram atos infracionais graves e de seus irmãos que não cometeram atos de tal espécie relata que *o 'trabalho' no tráfico foi considerado pelos infratores como importante, assemelhando-se ao trabalho formal no que se refere a questões como compromisso, responsabilidade, função no processo, domínio de técnicas, hierarquia e normas de ascensão profissional.*

Crianças e adolescentes que moram em comunidades de favela precisam trabalhar para contribuir na renda familiar e, normalmente, têm menos possibilidades de emprego. A alta rentabilidade, a possibilidade de ascensão na estrutura hierárquica, além do *status* que o tráfico de drogas propiciam, são fatores que, associados ao declínio de oferta de trabalho para adolescentes, contribuem para o seu ingresso no tráfico de drogas (DOWDNEY, 2004). No entanto, embora a questão socioeconômica deva ser levada em conta, ela claramente não é determinista, nem a única a ser considerada (SOARES, 2000). A falta de perspectiva de inserção social certamente mexe com a auto-estima do adolescente pobre, que é socialmente invisível (SOARES, 2003). A invisibilidade social incomoda qualquer ser humano, mas especialmente na adolescência, etapa do ciclo vital em que se está em busca da identidade pessoal. E a identidade passa pelo outro (Osório, 1992), pressupondo o olhar do outro (SOARES, BILL e ATHAYDE, 2005).

A busca da identidade, típica da adolescência, passa pela busca da visibilidade social, pela aceitação no grupo social. Sem outras formas de alcançar a visibilidade, o adolescente pobre morador de favela dominada pelo tráfico de drogas no Rio de Janeiro pode ver sua chance de acesso ao olhar do outro através do tráfico de drogas. De fato, a privação que incomoda esse adolescente não é apenas dos bens materiais que a pobreza não o deixa alcançar, mas principalmente do valor simbólico dos bens de consumo valorizados pela sociedade (ZALUAR, 2004). Como refere a citada antropóloga, *é a maior visibilidade da privação relativa, e não a carência propriamente dita, que reforça a "motivação para o ato desviante"* (ZALUAR, 2004, p. 158). Afirma a autora que muitos bens materiais *têm importância simbólica – de afirmação da posição hierárquica ou de uma identidade*

através do estilo – mais do que para a sobrevivência física (ZALUAR, 2004, p. 159), como parece ocorrer com relação a roupas e acessórios de moda de marca, carros, motocicletas, etc.

Num mundo presenteísta, crianças e adolescentes se vêem inseridos numa sociedade que incentiva o consumo exacerbado, que valoriza aqueles que podem consumir e ostentar, que atribui valor ao ser humano em razão do ter, e não em razão do ser (KALINA, 2001). Atualmente, parece que o paradigma de consumismo e do prazer a qualquer custo sustenta *uma sociedade que substituiu a autoridade moralista pela felicidade inseqüente das sensações* (COSTA, 2003, p. 139).

Na mesma linha de pensamento, DOWDNEY assinala que:

“Crianças e adolescentes das favelas têm muita consciência das metas de consumo da sociedade, mas, tendo pais pobres e poucas possibilidades de emprego, têm poucos meios de concretizar essas metas. O tráfico propicia um meio acessível de chegar a esse fim. A importância crescente que as crianças e adolescentes das favelas dão à compra de bens de consumo é suficiente para que muitos achem que vale a pena arriscar sua vida ou matar para satisfazer seus desejos” (2004, p. 125).

Segundo ASSIS, em pesquisa já mencionada, a necessidade de consumo de bens e serviços ficou mais evidente nos adolescentes infratores:

“As roupas de marca do tipo Nike, Reebok, Redley, Company, Cyclone e Taco foram as preferidas desses entrevistados. Os gastos com diversão, como baile, hotel, motel, namoradas e amigos são apresentados em seguida e mostram a rapidez da circulação do dinheiro adquirido através de atos infracionais. Os irmãos e primos mostraram uma escala de prioridades para o gasto do dinheiro e a preocupação com o futuro. As roupas de marca ficaram em segundo plano” (1999, p. 25).

Na busca de visibilidade social e não havendo perspectiva de alcançá-la através de outros meios, o jovem, sob a influência dos valores de uma sociedade que valoriza as atividades de lazer e de consumo (ZALUAR, 2004), encontra no tráfico de drogas uma chance de ser visto. Conforme refere SOARES (2000, p. 159), *o tráfico seduz a garotada oferecendo-lhe recursos simbólicos compensatórios de sua invisibilidade social. O principal deles é a arma. Para afirmar sua masculinidade, o adolescente que participa do tráfico se arma e precisa demonstrar disposição para matar. O etos da masculinidade determina que se responda às provocações com violência para se conseguir o respeito dos demais e a admiração das mulheres. O fascínio pelas armas, o poder imposto pela violência e pelo terror aos moradores do local em que atuam, a defesa extrema do orgulho masculino construído sobre o controle do território são observados nas quadrilhas de adolescentes e jovens traficantes dos bairros pobres e favelas do Rio de Janeiro* (ZALUAR, 2004). Ao lado da arma, a moda também é um recurso de poder, sendo ambos *objetos economicamente úteis e instrumentos simbólicos de distinção, valorização e pertencimento – de uniformização, portanto, ao menos no âmbito do grupo* (SOARES, BILL e ATHAYDE,

2005, p. 230). Entre os principais objetivos do adolescente em alcançar *status* através do ingresso no tráfico de drogas, está o de conquistar o desejo das mulheres (*idem*), o de afirmar a sua masculinidade (ZALUAR, 2004; ASSIS, 1999).

Por trás do envolvimento no tráfico de drogas, podem estar escondidos desejos de visibilidade, valorização e poder, instrumentalizados pelo porte ostensivo de armas de fogo e pela possibilidade – decorrente do *dinheiro fácil* – de acesso a bens de consumo valorizados pelas classes mais abastadas (ZALUAR, 2004; FEFFERMANN, 2004, SOARES, BILL e ATHAYDE, 2005). Diante da pressão social que leva a aquisição de determinados *estilos de consumo* (ZALUAR, 2004) impostos a todos como custo para a felicidade, o adolescente torna-se *presa fácil desse tipo de apelo; ele também quer ter sucesso, aparecer como importante* (FREITAS-B, 2002, p. 43).

Além da arma e de artigos de moda, é preciso gastar rapidamente o dinheiro que o tráfico traz facilmente. Nesse sentido, ZALUAR (2004, p. 196) refere que *outro aspecto notável é a compulsão a repetir o ato criminoso por causa do consumo orgiástico e que os jovens bandidos expressam na frase muitas vezes repetida: "o que se ganha fácil, sai fácil"*.

O tráfico de drogas torna-se, então, uma opção de visibilidade, entendida como valorização perante o outro (SOARES, BILL e ATHAYDE, 2005). A possibilidade de ganhar e de gastar dinheiro rapidamente com bens de consumo e de lazer, o porte de armas de fogo e a defesa dos pontos de drogas são importantes fatores de confirmação da masculinidade para os vários adolescentes que vêm sendo largamente recrutados para o tráfico de drogas.

De fato, o tráfico oferece aos jovens da favela tudo que a incapacidade de ingressar no mercado de trabalho informal lhes nega: *status*, dinheiro, acesso a bens de consumo, possibilidade de ascensão social (DOWDNEY, 2004). E para alcançar tais metas, é necessário que não se tenha qualquer sentimento de piedade em relação ao outro. À medida que crescem a indiferença em relação ao sofrimento alheio e a capacidade de matar sem demonstrar insegurança, crescem também o respeito e o medo que o jovem desperta – e deseja – nos demais membros da comunidade (ASSIS, 1999; SOARES, BILL e ATHAYDE, 2005).

Outro fator importante se refere à normalização do tráfico de drogas nas comunidades de favela. Não raro, a atividade do tráfico de drogas se apresenta como normal para crianças e adolescentes que cresceram em comunidades já dominadas pelo tráfico antes mesmo de terem nascido. Desde meados da década de 80, crianças têm nascido e crescido nas comunidades de favela dominadas pelas facções do tráfico, presenciando as atividades do movimento, às vezes até mesmo realizadas por parentes ou vizinhos ou por outros grupos de referência. Assim, a normalização do tráfico na comunidade durante os últimos 20 anos pode ter influenciado o envolvimento crescente de crianças e adolescentes no comércio de drogas ilícitas (DOWDNEY, 2004).

BILL e ATHAYDE (2006, p. 49-50) retratam essa *normalidade* ao relatarem, com detalhes, cena em que crianças de uma determinada comunidade de favela do Rio de Janeiro brincavam de *boca de fumo*. Em outra cena da brincadeira relatada pelos citados autores, *"uma menina entra correndo e chorando, dizendo que o marido tinha sido assassinado. Ela chora e pede um fortalecimento ao gerente da boca, que dá à moça o dinheiro do enterro. Outra cena: entra outra menina para pegar dinheiro para*

pagar o arrego dos policiais, que garantem o funcionamento da boca sem surpresas” (idem, p. 51).

As citadas cenas também retratam a autoridade que um gerente de boca – quanto mais um dono – exerce numa comunidade de favela dominada pelo tráfico de drogas, o que também incide sobre o imaginário do adolescente, que se encontra em busca de figuras de identificação. O gerente de boca ou o dono podem vir a se tornar ídolos para o adolescente, como refere ZALUAR:

“O poder do bandido armado e montado na grana é incontestável. Todos eles o temem. O adolescente que procura seus espelhos vê cada vez mais apenas essa figura que ostenta todos os atributos do poder que não admite oposição – a arma na cintura –, bem como os objetos mais cobiçados do consumismo atual – o carro do ano, as roupas de grife, o brilho do pó” (2004, p. 63-64).

Outro atrativo do tráfico de drogas para os adolescentes consiste na possibilidade de ascensão social através de sistema que recompensa lealdade e capacidade. DOWDNEY (2004, p. 140) registra que, diante da pergunta *qual o seu sonho?*, um gerente de boca de 15 anos de idade respondeu *ser dono de boca*. A maioria das crianças e adolescentes que ingressam no tráfico sonha chegar a ser dono ou gerente-geral e inicia suas atividades exercendo a função de olheiro, passando a exercer, se aprovado na avaliação, a função de vapor e, depois, uma vez avaliado positivamente, gerente. Contudo, poucos chegam a tal posição, em razão do grande número de mortes de crianças e adolescentes envolvidos no tráfico de drogas em decorrência dos conflitos armados (DOWDNEY, 2004; Zaluar, 2004).

A idade média de ingresso no tráfico de drogas como atividade laborativa em tempo integral ocorre por volta dos 13 anos de idade (ASSIS, 1999). Mas para que inicie sua ascensão na escala hierárquica das funções de tempo integral do movimento, a criança ou o adolescente leva um tempo andando com traficantes, denominados, com a incorreção gramatical, *os amigo* (DOWDNEY, 2004). Os traficantes são presenças constantes na comunidade, sendo natural que convivam com crianças e adolescentes que passem muito tempo na rua. Os traficantes, inicialmente, confiam tarefas simples a tais garotos, como comprar um lanche e transmitir recados. Se eles vierem a demonstrar interesse no tráfico, algumas tarefas mais arriscadas passam a lhes ser confiadas, como guardar armas em casa, carregar munições, levar armas ou drogas para a rua. Apesar de não se tratar de um sistema deliberado, o processo acaba funcionando como um teste de confiabilidade e de capacidade. Depois de ter andado bastante com traficantes, o garoto estará apto a começar a trabalhar (DOWDNEY, 2004). Como refere ZALUAR (2003, p. 17), *na linguagem da favela, é preciso ter conceito e ganhar consideração dos chefes para poder traficar*.

Para ascender na escala hierárquica do tráfico, os que optam por tal atividade são constantemente avaliados, verificando-se se estão preparados para exercer função que requeira maior responsabilidade. Entram na avaliação qualidades

necessárias em qualquer organização militar: confiabilidade, capacidade de cumprir ordens, habilidade no manejo de armas, saber matar, coragem, discrição, frieza sob fogo e em situações de conflito armado (DOWDNEY, 2004). Crianças e adolescentes são *aceitos* no tráfico. Não são forçados a ingressar no *movimento*. Ao contrário, são eles que pedem para entrar no tráfico (DOWDNEY, 2004). A propósito, ASSIS (1999, p. 39) ressalta que *as falas mais freqüentes foram a da entrada para o tráfico como opção*, relacionando-se a causa da escolha à falta de dinheiro para comprar roupas, ao acesso a armas ou ao destino. Quanto à possibilidade de sair do tráfico, ASSIS (*ibidem*) afirma que *a fala predominante é a de que podem sair, desde que estejam "limpos", isto é, não estejam devendo nada e não tenham comprometido o sigilo do negócio*.

Outro fator de motivação para o ingresso no tráfico de drogas consiste na busca da imortalidade, no desejo de onipotência (KALINA, 2001), na busca de desafios, no desejo de correr riscos (FREITAS-B, 2002) – características típicas da adolescência. Adolescentes entram no tráfico, que lhes dá acesso a armas, pela sensação, pela emoção, para aparecer no jornal, encontrando sua imortalidade na mídia (ZALUAR, 2004). Buscam a visibilidade (SOARES, BILL e ATHAYDE, 2005). Paradoxalmente, adolescentes que ingressam no tráfico buscam a imortalidade através de um caminho que os leva à morte, entendida como interdição, podendo se concretizar através da prisão, de privações físicas decorrentes de conflitos violentos ou até mesmo da interrupção da vida. Trata-se da busca da lei, da interdição, da função paterna que não lhes foi imposta (TRINDADE, 2002).

Ainda que se saiba que a função paterna não precisa ser atribuída necessariamente ao pai, podendo ser exercida por qualquer pessoa, merece destaque o fato de que muitos adolescentes envolvidos em atos infracionais especialmente graves, como o tráfico de drogas, não têm contato com o pai ou sequer o conhecem, demonstrando, às vezes, um sentimento de ódio em relação a ele (ASSIS, 1999). Já em relação à mãe, manifestam forte vínculo afetivo, como referem VOLPI (2001) e FEFFERMANN (2004). A propósito, DOWDNEY (2004) registra que 30% dos entrevistados envolvidos no tráfico de drogas (crianças, adolescentes e adultos) tinham perdido um ou ambos os pais ainda crianças, 60% passaram a viver sozinhos logo após o seu ingresso no tráfico (desde os 12 anos) e 30% continuaram a viver com a mãe solteira. Registra, ainda, que o aumento do número de famílias monoparentais chefiadas somente por mães e a perda dos valores familiares contribuíram para o envolvimento de crianças e adolescentes no tráfico de drogas (*idem*), entendimento do qual PEREIRA (2003, p. 89) parece discordar, acreditando que a questão não se liga à *desagregação familiar ou ao fato de a mulher ser a chefe da família, mas a uma postura dos pais mais aberta ao diálogo*.

A respeito da *desorganização familiar como explicação para o comportamento dos jovens* envolvidos no tráfico de drogas, Feffermann assevera que:

"(...) estas justificações são uma forma de imputar a estas famílias, oprimidas pelas condições socioeconômicas em que vivem, um fardo que não pertence somente a elas. O conceito de família desestruturada é parte de todos estes discursos que, ideologicamente, afirmam que a família de classes populares, por princípio, é desestruturada" (2004, p. 418).

Segundo a citada autora, a realidade é contrária ao que os discursos ideológicos propagam:

“As famílias dos jovens entrevistados se preocupam com os filhos, e por fim é o que pode facultar a saída de alguns jovens do tráfico. Depositar principalmente nas famílias a responsabilidade do jovem ingressar no tráfico de drogas é uma forma de as autoridades se eximirem de qualquer dever, e de os estudiosos não entrarem em contato com a complexidade deste fenômeno” (*idem*, p. 419).

Outro importante fator relacionado ao tráfico de drogas consiste na transposição da estrutura e dos valores do *movimento* para os bailes *funk* realizados em favelas. Em regra, nas comunidades de favela dominadas pelo tráfico de drogas, tais festas são por este patrocinadas, tratando-se de oportunidade de intensa venda de drogas entre os participantes do evento e de disseminação de valores ligados ao tráfico, como a masculinidade afirmada através da violência. Nos bailes *funk*, há presença maciça de adolescentes ligados ao tráfico de drogas e de outros que, embora não envolvidos com o movimento, sofrem a incidência de fatores de risco (evasão escolar, uso de drogas, etc.). Em alguns bailes de comunidade, ocorrem disputas entre grupos previamente divididos (lados A e B), durante *quinze minutos de alegria, em que os jovens desenvolvem o ethos da masculinidade que os obriga a se mostrar corajosos nos bailes e a brigar* (PEREIRA, 2003, p. 32).

A reprodução dos valores e da organização do tráfico de drogas no baile *funk* é evidente, como refere o citado autor (*idem*, p. 33):

“Por causa dessa associação estreita com traficantes nos bailes da comunidade e devido à representação ritual da guerra entre quadrilhas e facções que acontece no baile, é possível afirmar que o baile *funk* (...) condiciona os jovens para a guerra que enfrentam nas favelas da cidade. Ali aprendem os valores da coragem no combate e da indiferença diante do sofrimento do inimigo. Tornam-se ‘durões’ ou ‘machões’.”

Segundo ASSIS, adolescentes envolvidos com atos infracionais graves, especialmente o tráfico de drogas, revelam preferência por baile *funk* enquanto opção de lazer:

“Alguns infratores relatam gostar de baile *funk*, justamente pela violência que ocorre nos mesmos: ‘vale tudo, a gente entrava armado, brigando um com o outro’. Outro fator observado nas entrevistas dos infratores é a reprodução da hierarquia do tráfico nesses locais: ‘ia todo mundo armado, eu ia com o dono e tinha segurança, uns dez cabeças armados’” (1999, p. 24).

Outro aspecto relevante a respeito de adolescentes que se envolvem no tráfico de drogas consiste na *negação do valor da vida do outro e, por vezes, da própria vida* (Assis, 1999, p. 40), o que *dá a dimensão da gravidade de sua situação existencial (ibidem)*. A negação do valor da vida também pode ser traduzida pela ausência de projeto de vida futura, fato que se revela corrente entre os adolescentes envolvidos no tráfico de drogas, como refere Assis:

“Os planos futuros dos infratores mostram o trabalho como a forma escolhida para adquirir dinheiro para o seu sustento e o de sua família. Nesses casos, o sentido é de ocupação não especializada, não havendo preocupação por nenhuma atividade específica: ‘qualquer emprego serve’” (1999, p. 25).

A ausência de projetos de vida parece indicar falta ou fragilidade de desejo e de auto-estima, podendo sinalizar a busca da morte, no sentido de *possibilidade de se obter um estado mental no qual não exista a angústia, nem os conflitos* (KALINA, 2001, p. 104). Paradoxalmente, *para viver em paz (idem, p. 105)*, muitos adolescentes, em plena fase de formação de sua identidade, trilham um caminho de morte.

5. PESQUISA: ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Com base em revisão teórica, realizou-se pesquisa com 28 adolescentes do sexo masculino que, em razão do envolvimento no tráfico de drogas (na Capital ou na Baixada Fluminense), encontravam-se em cumprimento de medida socioeducativa de internação ou de semiliberdade⁵. A pesquisa, realizada através de entrevistas individuais com os adolescentes, e tendo por objetivo detectar os principais motivos que os levaram ao tráfico de drogas, partiu de algumas hipóteses que poderiam responder a essa questão (H.1 - ganho rápido e fácil de dinheiro; H.2 - aquisição de drogas para uso próprio; H.3 - busca de poder e *status*; H.4 - sobrevivência; H.5 - busca de identidade; H.6 - conquista de mulheres; H.7 - busca da morte). A partir das entrevistas realizadas, colheram-se dados socioeconômicos, dados referentes ao uso e ao tráfico de drogas, aos principais hábitos de lazer e ao medo da morte, além de informações acerca das perspectivas de vida futura dos adolescentes. Os dados apurados demonstram que o ingresso de adolescentes no tráfico de drogas tem em suas origens múltiplos fatores, destacando-se a busca da identidade (no caso específico, de uma identidade masculina) que se afirma através do poder. Poder que se concretiza por meio de

5. As medidas socioeducativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro são: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação (art. 112, incisos I a VI, da Lei Federal nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente).

várias formas: vestimenta de marca reconhecida, arma, dinheiro no bolso, conquista de mulheres.

Procurou-se fazer um mapeamento com relação a dados socioeconômicos da população pesquisada, tendo-se constatado alguns aspectos relevantes. Quase todos os adolescentes residem com sua família (26 registros). Contudo, a ausência do pai se revelou em grande parte das famílias dos adolescentes, cuja única referência familiar é a mãe (16 registros). Embora ausência do pai não signifique, necessariamente, ausência de função paterna – função que constitui fator de prevenção de delinquência juvenil (TRINDADE, 2002; FREITAS-B, 2002) – trata-se de dado que merece destaque. A propósito, a maioria dos adolescentes demonstrou profunda admiração por sua mãe e, no mínimo, indiferença – chegando a ódio em alguns casos – pelo pai, confirmando-se, neste particular, a revisão teórica realizada (ASSIS, 1999; VOLPI, 2001; FEFFERMANN, 2004; DOWDNEY, 2004).

A renda familiar mensal dos adolescentes é muito baixa (3 recebem menos de 1 salário mínimo, enquanto 10 recebem de 1 a 2 salários mínimos e 5 recebem de 3 a 4 salários mínimos), confirmando não somente a bibliografia pesquisada, mas também o que o trabalho cotidiano denuncia: o sistema socioeducativo, especialmente no tocante aos programas de privação de liberdade (VOLPI, 2001), é predominantemente voltado à classe pobre. Observou-se também que grande parte dos entrevistados demonstrou ignorância a respeito da renda média familiar (10 registros), dado que vem de encontro com outro relativo às influências e motivações que levaram os adolescentes ao tráfico de drogas. A maioria dos entrevistados atribuiu o seu ingresso no tráfico de drogas a fatores outros que não dizem respeito ao sustento de necessidades básicas próprias ou de sua família, como se observará adiante, mas sim a fatores de cunho individual que não pressupõem um comprometimento com as necessidades do núcleo familiar. Por exemplo, alguns adolescentes afirmaram ter ingressado no tráfico de drogas para comprar roupas de marca para si. No tocante à situação escolar, observou-se grande incidência de baixo grau de escolaridade (9 registros até a 4ª série e 16 registros da 5ª à 8ª série), levando-se em conta a idade dos entrevistados (17 tinham 17 anos de idade, 9 tinham 16 anos, 1 tinha 15 anos de idade e 1 tinha 14 anos)⁶.

Quanto à inserção no mercado de trabalho, metade da amostra afirmou trabalhar (no mercado informal) e outra metade informou que não trabalhava. Revelou-se interessante dado a respeito da visão dos entrevistados sobre a caracterização do tráfico de drogas enquanto trabalho. Primeiramente, indagou-se aos entrevistados se eles trabalhavam, ao que metade respondeu afirmativamente e a outra metade, negativamente. Mais adiante, no curso das entrevistas, também se indagou aos adolescentes se trabalhavam no tráfico de drogas, ao que 6 responderam afirmativamente e 21 referiram já ter trabalhado no movimento no passado. Ao se fazer o cruzamento dos dados relativos a ambas as variáveis (*exercício de atividade laborativa* e *envolvimento no tráfico de drogas*), verificou-se que, mesmo diante do fato incontestável de que os entrevistados

6. Os 28 adolescentes entrevistados foram escolhidos aleatoriamente, de tal sorte que, diante da aleatoriedade da amostra, não se obedeceu a uma divisão predeterminada de faixas etárias.

recebiam dinheiro do tráfico de drogas em decorrência do emprego de sua força de trabalho, considerá-lo, ou não, como um trabalho constitui uma questão até mesmo para eles.

Passando-se à questão do uso de drogas, que configura uma das hipóteses relativas ao problema de pesquisa (H.2), constatou-se que todos os membros da amostra usavam ou já haviam usado pelo menos um tipo de droga (lícita ou ilícita). A droga ilícita mais largamente utilizada é a maconha (23 casos), seguida da cocaína (8 registros), do *crack* (3 menções) e do éxtase (2 registros). Em relação às drogas lícitas, o cigarro é a substância psicoativa mais largamente utilizada pela população estudada (20 casos). Em seguida, vem o álcool (10 menções) e o *loló* (8 registros). Apesar do uso de drogas pela população investigada constituir regra geral, pequena parcela dos adolescentes revelou ter ingressado no tráfico visando à aquisição de drogas para uso próprio, isto é, para sustentar o vício em substâncias entorpecentes (1 registro), de modo que se pode concluir pela pequena incidência da referida hipótese.

Em relação à função exercida no momento da apreensão, a maioria trabalhava como *vapor* (16), 8 eram *gerentes* e 3 exerciam outra função (*abastecedor*⁷). Confirmando a revisão teórica, constatou-se que a maioria dos adolescentes envolvidos no tráfico de drogas ingressa nos níveis funcionais mais baixos (*olheiro* ou *vapor*) para que, depois, possa ascender na escala hierárquica, caso demonstre algumas características necessárias para o exercício de ofício hierarquicamente superior (DOWDNEY, 2004; ZALUAR, 2004). De fato, a possibilidade de ascensão social através de sistema que recompensa lealdade e capacidade constitui um atrativo do tráfico de drogas para os adolescentes.

O rendimento financeiro dos adolescentes entrevistados em decorrência de suas atividades ligadas ao tráfico de drogas é muito superior à renda de suas respectivas famílias. Nesta investigação, perguntou-se aos entrevistados sobre sua renda média semanal no tráfico de drogas, tendo se observado que 8 sujeitos afirmaram ganhar semanalmente com as atividades do tráfico de drogas menos de 1 salário mínimo, 8 ganhavam de 1 a 2 salários mínimos, 7 percebiam de 3 a 5 salários mínimos. Apenas 1 entrevistado afirmou ganhar mais de 10 salários mínimos por semana e nenhum entrevistado referiu ganhar de 6 a 10 salários mínimos⁸. Tais dados indicam que o tráfico de drogas pode ser encarado por esses adolescentes – que não têm perspectiva de inserção no mercado de trabalho formal em razão de sua baixa escolaridade e da pequeníssima oferta de emprego nos dias atuais – como uma alternativa, mesmo com todos os riscos inerentes a tal atividade ilícita, especialmente a morte. Aproximando-se da revisão teórica

7. Função não mencionada na revisão bibliográfica realizada e tampouco prevista no instrumento de pesquisa.

8. Um dos entrevistados informou ganhar outro valor não previsto no instrumento de pesquisa e dois não souberam informar quanto ganhavam com as atividades do tráfico de drogas. Um dos entrevistados negou envolvimento com o tráfico de drogas, de modo que sua resposta foi computada como *sem informação*, juntamente com os dois adolescentes que não souberam informar o seu ganho semanal com o tráfico.

quanto à idade média de ingresso no tráfico de drogas como atividade laborativa – o que, de acordo com ASSIS (1999), ocorre por volta dos 13 anos de idade – constatou-se que metade da amostra se envolveu entre 13 e 15 anos de idade, enquanto 9 entrevistados ingressaram acima dos 15 anos, de modo que a fase de maior risco se encontra logo no início da adolescência.

A constatação de que muitos dos adolescentes portavam armas (18) durante o exercício das atividades ligadas ao tráfico de drogas confirma a revisão teórica, que aponta larga utilização de armas de fogo por esses adolescentes. Outro dado importante consiste não somente no sentimento de prazer de usar arma de fogo ou de desejo em fazê-lo, conforme revelado por boa parte dos entrevistados (10), mas também na indiferença apontada por alguns deles (7). O prazer assumido e revelado pelos entrevistados é um dado importante que se relaciona com uma das hipóteses do problema de pesquisa (H.3), confirmada neste estudo, partindo-se da premissa de que arma simboliza poder. Assim, a busca de poder parece ser um dos principais motivos de seu ingresso no tráfico de drogas. Por outro lado, não menos importante é o dado relativo ao sentimento de indiferença entre alguns adolescentes em relação ao uso de arma (7 entrevistados). Ainda que a indiferença possa, aparentemente, contrariar a hipótese relativa à busca de poder, ela pode indicar outro dado não menos importante: a desvalorização da vida. Desvalorização da vida do outro que pode traduzir a desvalorização de sua própria vida (ASSIS, 1999).

Diante dos dados referentes aos hábitos de lazer, constatou-se que a população estudada tem os mesmos gostos de qualquer outro adolescente do Rio de Janeiro, especialmente, jogar futebol, ir a eventos dançantes, ir à praia e ouvir música. Em relação ao baile *funk*, confirmou-se sua estreita vinculação ao tráfico de drogas (PEREIRA, 2003; ZALUAR, 2004), já que alguns adolescentes mencionaram não mais frequentar este tipo de festa para evitar novo envolvimento com o tráfico.

Com relação aos motivos – sob a ótica dos próprios adolescentes – que os levaram ao tráfico de drogas, a maior parte se referiu à possibilidade de comprar roupas, tênis e outros acessórios de moda de marca reconhecida (10 registros). Boa parte mencionou a conquista de mulheres (8 registros), a influência de grupo de amigos (8 registros), a rapidez e a facilidade de ganhar dinheiro com o tráfico de drogas (7 registros). Os poucos que se referiram ao acesso a armas de fogo (2 menções) e à busca de poder (1 menção) também mencionaram pelo menos um daqueles outros motivos majoritariamente registrados. Tais motivos são fatores que se interpenetram, indicando como denominador comum a afirmação da identidade masculina, de modo que a maior incidência revelou-se nas razões que a ela se referem. Neste particular, observou-se que as hipóteses relativas ao ganho rápido e fácil de dinheiro (H.1), à busca de poder e *status* (H.3) e à conquista de mulheres (H.6) se referem à busca da identidade (masculina), que também configura uma das hipóteses formuladas (H.5). Desta forma, chegou-se à conclusão de que a 5ª hipótese é a base das demais mencionadas (H.1, H.3 e H.6), revelando-se a resposta ao problema de pesquisa predominantemente no sentido da busca da identidade.

A propósito, cabe observar o que um adolescente respondeu diante da pergunta *por que você entrou para o tráfico de drogas?*, conforme trecho a seguir transcrito:

— *É dinheiro rápido...*

— *Para quê?*

- *Pra mim montar mais peça pra mim. Quanto mais roupa eu tenho, mais roupa eu quero ter.*

T.E.S., 15 anos.

Diante da mesma pergunta, outro entrevistado assim respondeu:

— *Ter dinheiro, carro, arma, moto, mulher, poder...*

L.E.S.M., 16 anos.

Somente um entrevistado referiu o destino como única razão para o seu ingresso no tráfico de drogas:

— *Eu acho que quando é pra ser, vai ser.*

D.M., 16 anos.

Apenas um entrevistado mencionou outra razão não prevista no instrumento de pesquisa como única razão para seu ingresso no tráfico de drogas:

— *Eu entrei mesmo por querer mesmo.*

M.G.S., 17 anos.

A hipótese *aquisição de drogas para uso próprio* (H.2) se revelou apenas em relação a um adolescente que afirmou ter ingressado no tráfico de drogas para sustentar seu vício em substâncias entorpecentes. Da mesma forma, a hipótese relativa à *sobrevivência* (H.4) não apresentou incidência considerável, já que somente dois entrevistados afirmaram ter ingressado no tráfico de drogas para suprir suas necessidades básicas ou para sustentar a família. Neste último caso, ambos os adolescentes haviam afirmado que a renda familiar mensal equivalia a menos de 1 salário mínimo, o que indica a compatibilidade entre os dados *renda familiar mensal* – relacionado à realidade econômico-financeira do adolescente e de sua família – e o *motivo que levou o adolescente ao tráfico de drogas* (sobrevivência).

Passando à hipótese referente à *busca da morte* (H.7), indagou-se aos entrevistados a respeito do medo da morte, considerando a premissa – a qual é conhecida inclusive pelos que ingressam no *movimento* – de que o tráfico de drogas leva à morte, seja no sentido literal de interrupção da vida, seja no sentido lato de interdição, concretizada através da prisão ou de privações físicas decorrentes

de conflitos violentos. Levou-se em conta também a busca da imortalidade, o desejo de onipotência – apontados como características típicas da adolescência – e o suposto paradoxo entre estas características e o medo da morte. Constatou-se grande incidência de casos em que se afirmou medo de morrer (18 entrevistados), contra pequena parcela de registros em que os entrevistados disseram não ter medo de nada, nem mesmo da morte (8 entrevistados), tratando-se de dado relevante, pois indica que grande parte da população estudada efetivamente tem medo de morrer. Sabedores de que a via do tráfico de drogas leva à morte (com o sentido já mencionado), grande número de adolescentes que a temem trilham este caminho cuja linha de chegada é demarcada pelo próprio objeto temido. Em relação a esta parcela da população pesquisada parece ter se confirmado o paradoxo a que se refere KALINA (2001, p. 81): *por medo de morrer, matam-se.*

Embora não se possa afirmar que os adolescentes ingressam no tráfico de drogas em busca da morte (no sentido amplo de interdição), os dados obtidos parecem sinalizar ao menos a falta de perspectiva de vida futura, isto é, a falta de projeto de vida por parte de muitos adolescentes inscritos no tráfico de drogas, o que não necessariamente corresponde à *busca* de morte. Ao contrário, constatou-se que grande parte da população estudada efetivamente tem *medo de morrer* (18 registros). Por outro lado, a *falta de perspectiva de vida futura* se confirmou em grande parte dos casos investigados, tratando-se de hipótese que, embora não prevista no trabalho de pesquisa realizado, apresentou-se como dado relevante.

Diante da pergunta *como você se vê daqui a um ano?*, 19 entrevistados deram respostas extremamente vagas, dentre as quais se destacaram as seguintes: *trabalhando; estudando; mudar de vida; ficar com minha família.* A esta mesma pergunta, 4 entrevistados referiram não saber como se viam dentro de um ano. Diante da pergunta *como você se vê daqui a cinco anos?*, 11 entrevistados deram respostas extremamente vagas, dentre as quais também se destacaram as seguintes: *trabalhando; estudando; mudar de vida; ficar com minha família.* A esta mesma pergunta, 10 entrevistados referiram não saber como se viam dentro de cinco anos. Muitos foram os adolescentes que deram respostas vagas (acima mencionadas) que, na verdade, indicavam a inexistência de projetos de vida. Alguns deles simplesmente assumiram não saber como se viam no futuro. Note-se que o somatório, dentro de cada período, de um ou de cinco anos, entre os que não sabiam e os que referiram pretender trabalhar, estudar, mudar de vida ou estar com a família permaneceu semelhante, passando de 23 no primeiro caso (um ano) a 21 no segundo (cinco anos), o que denota a ausência de projeto de vida futura em grande parte dos adolescentes envolvidos no tráfico de drogas.

Assim, diante dos dados obtidos, é possível que a falta de perspectiva de vida futura seja um dos principais motivos para o ingresso de adolescentes no tráfico de drogas, configurando uma hipótese que, apesar de não prevista neste estudo, restou demonstrada através das entrevistas realizadas.

6. CONCLUSÕES

A partir da análise dos dados obtidos e da revisão teórica realizada, conclui-se que o fenômeno da inserção de adolescentes no tráfico de drogas no Rio de Janeiro – que constitui modelo seguido por outras regiões do Brasil – é multifatorial, tratando-se de uma realidade a merecer análise que também leve em conta aspectos de ordem psicológica que caracterizam o processo adolescente, especialmente a busca da identidade (no caso estudado, uma identidade masculina), que se afirma através dos valores culturais vigentes, em especial a valorização do poder, que se traduz de diversas formas: pela conquista de mulheres, pela ostentação de roupas e acessórios de moda de marca reconhecida pelos adolescentes, pelo porte de arma de fogo, pelo dinheiro no bolso, entre outras. Cientes dos valores da sociedade capitalista em que estão inseridos – valores que giram em torno do poder – e não tendo meios legítimos de alcançá-los, alguns adolescentes assumem o risco da morte, no amplo sentido de interdição (concretizada através da prisão, de privações físicas decorrentes de conflitos violentos ou até mesmo da interrupção da vida) para alcançar os atributos de valorização social. Buscam visibilidade, buscam sua identidade.

No entanto, o que tais jovens têm encontrado como resposta da sociedade a seus anseios por reconhecimento? Uma repressão ainda mais estigmatizante e excludente. O poder público, tradicionalmente omissivo nas comunidades de favela, somente se faz presente através de ocupação policial, visando a reprimir o tráfico de drogas através de confronto armado. Ingressa nas comunidades, entra em confronto com os traficantes, muitas vezes vitimizando fatalmente pessoas inocentes, e, uma vez concluída a missão, dali se retira, sem exercer outras funções que dizem respeito a políticas básicas de que são tão carentes tais comunidades. Esse é o perfil do poder público que conhecem os adolescentes nascidos e criados em favelas dominadas pelo tráfico de drogas. Essa postura nada mais é do que reflexo da sociedade, que demanda soluções unicamente repressivas para um problema que vem tomando proporções alarmantes.

Não se pretende, por meio desse apontamento crítico, diminuir a importância do poder punitivo do Estado, que tem relevante papel na organização da vida em sociedade. Mas essa solução não basta, é insuficiente. São necessárias e urgentes iniciativas direcionadas a adolescentes das camadas populares que tenham por preocupação promover a sua auto-estima. É preciso que o poder público e a sociedade civil – sendo esta verdadeira protagonista da democracia participativa e, portanto, também responsável pela implementação e fiscalização de políticas públicas, especialmente aquelas voltadas à garantia de direitos de crianças e adolescentes⁹ – disputem com o tráfico de drogas, visando à conquista desses adolescentes, por meio de estratégias que levem em conta o que muitos deles buscam através daquele caminho (de morte certa): reconhecimento, visibilidade, identidade.

9. Através dos Conselhos de Direitos (art. 88, inc. II, do E.C.A.), que tem por fundamento constitucional o disposto no art. 227, § 7º, c/c o art. 204, inc. II e no art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República, a sociedade civil delibera e fiscaliza políticas públicas referentes a crianças e adolescentes.

Este parece ser um grande desafio a ser enfrentado pela sociedade civil, pelo poder público e pelo sistema de justiça, que, por ora, vêm tratando os adolescentes que se envolvem no tráfico de drogas exclusivamente sob o viés repressivo, deixando-se de lado, como se não existissem, diversas questões que permeiam o fenômeno, como se o caminho do tráfico de drogas não fosse o caminho de morte pelo qual esses adolescentes procuram nos mostrar que existem.

7. BIBLIOGRAFIA

ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Maurício. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Trad. Suzana Maria Garagoray Balve. Porto Alegre : Artmed, 1981.

AMORIM, Carlos. *Comando Vermelho: a história secreta do crime organizado*, 5ª ed. Rio de Janeiro : Record, 1993.

ASSIS, Simone Gonçalves de. *Traçando caminhos numa sociedade violenta: a vida de jovens infratores e seus irmãos não infratores*. Rio de Janeiro / Brasília: FIOCRUZ-CLAVES / UNESCO / Departamento da Criança e do Adolescente – Secretaria de Estado dos Direitos Humanos – Ministério da Justiça, 1999.

BILL, MV; ATHAYDE, Celso. *Falcão: meninos do tráfico*. Rio de Janeiro : Objetiva, 2006.

COSTA, Jurandir Freire. *A moral: a cultura do prazer*. In: FILHO, Aziz; FILHO, Francisco Alves (org.). *Paraíso Armado: interpretações da violência no Rio de Janeiro*. São Paulo : Garçon, 2003.

DOWDNEY, Luke. *Crianças do tráfico: um estudo de caso de crianças em violência armada organizada no Rio de Janeiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro : 7 Letras, 2004.

FEFFERMAN, Marisa. *Vidas arriscadas: um estudo sobre os jovens inscritos no tráfico de drogas em São Paulo*. São Paulo, 2004. Tese de Doutorado, Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo.

_____; ATHAYDE, Phydia de. *Vidas arriscadas*. In: *Carta Capital*, p. 8-13, 17/08/05.

FREITAS-A, Carmen C6. *As drogas na adolescência*. In: *Formação de multiplicadores de informações preventivas sobre drogas*. Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD e Universidade Federal de Santa Catarina, 2002.

FREITAS-B, Luiz Alberto Pinheiro de. *Adolescência, família e drogas: a função paterna e a questão dos limites*. Rio de Janeiro: Mauad, 2002.

KALINA, Eduardo. *Clínica e terapêutica de adicções*. Trad. Francisco Franke Settineri. Porto Alegre : Artmed, 2001.

HELENA, Maria (org.). *Para além das grades: elementos para a transformação do sistema socioeducativo*. Rio de Janeiro : PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2005.

_____ ; PEREL, Marina. *Violências: enfoque circular*. Trad. Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1987.

MISSE, Michel. *Malandros, marginais e vagabundos: a acumulação social da violência no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 1999. Tese de Doutorado, IUPERJ.

SOARES, Luiz Eduardo. *Meu Casaco de General: 500 dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro : Companhia das Letras, 2000.

_____. *A droga e a arma: mercadores da morte*. In: FILHO, Aziz; FILHO, Francisco Alves (org.). *Paraíso Armado: interpretações da violência no Rio de Janeiro*. São Paulo : Garçon, 2003.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

CLÁUDIO HENRIQUE DA CRUZ VIANA*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A conquista dos direitos e a judicialização da política. 3. O judiciário diante da clássica tripartição dos poderes. 4. Os tribunais e o Estado moderno. 5. Repercussão do estado regulador no plano teórico do direito. 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

“Pedimos a los tribunales que defiendan nuestra libertad, que reduzan las tensiones raciales, que condenen la guerra y la contaminación, que nos protejan de los poderes públicos y de nuestras tentaciones privadas, que impongan penas.... que compensen las diferencias entre los individuos, que resuciten la economía, que nos tutelen antes de nacer, que nos casen, que nos concedan el divorcio y, si no que nos sepulten, al menos que aseguren que se paguen los gastos de nuestro funeral (HUFSTEDDER, 1971, p. 901)”¹.

Não seria difícil continuarmos enunciando o extenso rol de demandas que diariamente são levadas aos tribunais, o que demonstra a intensa relação que a sociedade trava com o Poder Judiciário. A importância social e política da Justiça é realidade presente em todas as democracias contemporâneas.

O avanço do Estado regulador teve relevante influência sobre a tradicional relação entre os três Poderes. Verifica-se que o Executivo, ao selecionar a melhor política pública para sua agenda, precisa de se utilizar de normas jurídicas, avançando sobre um espaço até então ocupado pelo Legislativo.

O Judiciário não fica indiferente a esse processo, colocando-se como verdadeiro “escudo da sociedade” contra os avanços do Executivo, assumindo, assim, um novo perfil. Surge, então, o que se tem denominado por “Judicialização da Política”.

O item I deste trabalho ocupa-se desse tema. Primeiro é demonstrado como

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli. *Los jueces y la política*, 1999, p. 15.

se chegou à denominada judicialização da política, analisando-se, sucintamente, o processo de conquista dos direitos humanos. Logo em seguida, no item II, fala-se sobre separação de Poderes, demonstrando-se como a tripartição foi concebida e qual sentido tem nos dias atuais.

No item III, focaliza-se a importância dos Tribunais no Estado Moderno, distinguindo-se em três grandes períodos no seu significado sociopolítico: o período do Estado Liberal, o do pós-guerra e o período atual, em que o Estado-providência encontra-se em crise no mundo.

No último tópico (item IV), demonstra-se que a nova postura do Poder Judiciário, a partir do pós-guerra, colabora para o surgimento de uma visão crítica do positivismo jurídico. A Constituição brasileira de 1988 já adota um modelo societário e comunitário, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humana, rompendo com a cultura positivista e privatista vigente entre nós.

2. A CONQUISTA DOS DIREITOS E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Os direitos humanos são direitos históricos, surgidos a partir dos conflitos travados pelos grupos humanos em busca de sua inserção social e das transformações produzidas por tais conflitos no seio da sociedade.

Nos séculos XVII e XVIII, a luta dos indivíduos contra os Estados absolutistas faz emergir os denominados direitos civis e políticos (liberdade, consciência, expressão...), também chamados de direitos de primeira geração. O indivíduo é o titular de tais direitos, que são oponíveis ao Estado. A subjetividade é o seu traço mais característico.

Segundo BONAVIDES, entram na categoria do *status negativo*, fazendo ressaltar na ordem dos valores políticos a separação entre Sociedade e Estado: "São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil"².

Esta concepção teve grande influência do direito natural, para quem o homem tem direitos naturais, anteriores à instituição do poder civil. BOBBIO destaca que a afirmação de que o homem, enquanto tal, fora e antes da formação de qualquer grupo social, tem direitos originários representa uma verdadeira reviravolta tanto na teoria quanto na prática políticas de então.

"Tradicionalmente, tanto no pensamento político clássico quanto naquele que predominou na Idade Média, a relação política foi considerada

2. Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*, 1994, p. 518.

como uma relação desigual, na qual um dos dois sujeitos da relação está no alto enquanto o outro está em baixo; e na qual o que está no alto é o governante em relação ao governado (...). Nos termos da linguagem política, a potestas vem antes da libertas, no sentido de que a esfera da liberdade reservada aos indivíduos é concedida magnanimamente pelos donos do poder”³.

O pensamento político moderno nasce justamente dessa inversão de ponto de vista, ou seja, deixa-se de lado a concepção de homem “animal político que nasce do grupo social”, para que se considere o homem como indivíduo em si mesmo. Daí a necessidade de se chegar a um estado anterior (“estado da natureza”) a toda a forma de organização. Sintetiza BOBBIO:

“Enquanto os indivíduos eram considerados como sendo originariamente membros de um grupo social natural, como a família (que era um grupo organizado hierarquicamente), não nasciam nem livres, já que eram membros submetidos à autoridade paterna, nem iguais, já que a relação entre pai e filho é a relação de um superior com um inferior. Somente formulando a hipótese de um estado originário, sem sociedade nem Estado, no qual os homens vivem sem outras leis além das leis naturais, (que não são impostas por uma autoridade externa, mas obedecidas em consciência), é que se pode sustentar o corajoso princípio contra-intuitivo e claramente anti-histórico de que os homens nascem livres e iguais, como se lê nas palavras que abrem solenemente a declaração: ‘Os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’. Na realidade, os homens não nascem livres nem iguais. Que os homens nasçam livres e iguais é uma exigência da razão, não uma constatação de fato ou um dado histórico. É uma hipótese que permite inverter radicalmente a concepção tradicional, segundo a qual o poder político – o poder sobre os homens chamados de *imperium* – proceda de cima para baixo e não vice-versa”⁴.

Verifica-se, com essa inversão, o nascimento da concepção individualista da sociedade e da história, onde o indivíduo vem em primeiro lugar. E da concepção individualista da sociedade vem a democracia moderna⁵.

Com a revolução industrial, ocasião em que o artesão deixa a oficina em direção à fábrica, tornando-se operário, sujeito à autoridade do patrão, uma nova categoria de direitos começa a clamar proteção (os direitos sociais e econômicos). A disputa entre o capital e o trabalho exige que se lute também pela consagração de novos direitos. Assim, tanto o Manifesto Comunista de MARX e ENGELS (1848)

3. Norberto Bobbio. *A era dos direitos*, 1992, p. 116.

4. *Id.*, *ib.*, p. 118.

5. Segundo Bobbio, a democracia moderna deve ser entendida como “o poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais uma fundamental, a que atribui a cada um, do mesmo modo como a todos os outros, o direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade” (*op. cit.*, p. 119).

como a doutrina social da Igreja (a encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII, em 1891) alardearam essa nova expectativa de direitos, que acabaram merecendo consagração nas constituições do pós-guerra (direitos denominados de segunda geração).

Não adiantaria a conquista de direitos políticos meramente formais, já que acompanhados de completa desigualdade social. Era preciso estender o princípio democrático da esfera política para o social e econômico. Emergiu, assim, por volta de 1850, o movimento socialista.

O projeto dos primeiros socialistas adeptos do comunismo era a construção de uma sociedade dentro da sociedade, um mundo à parte, independente do mundo "burguês". Desejava-se desviar do capitalismo e de sua forma de vida. Entretanto, a consolidação das instituições políticas burguesas, fez com que o pensamento socialista verificasse que não seria possível uma efetiva postura de distanciamento e independência. Não se poderia ignorar as instituições políticas ("burguesas") estabelecidas. E para que se alcançasse mudança social era preciso, também, mudança política.

MARX afirmou que os trabalhadores precisavam de organização, através de um partido, para que esse partido conquistasse o poder. O grande dilema era saber se para alcançar o poder o partido deveria usar do processo eleitoral (o voto).

Os anarquistas não acreditavam nesse mecanismo, seja porque viam a ação política como algo ineficaz, seja porque temiam que a utilização de instituições burguesas desnaturasse o movimento socialista.

Mas, entre os socialistas, a decisão foi de participar. Apesar de terem dúvidas de que se vencessem no voto a classe burguesa respeitaria o resultado e aceitaria as modificações, optaram pela utilização daquele instrumental já pronto, ao menos para divulgar seus projetos.

Na verdade, a participação política é fundamental no mundo capitalista, onde o detentor do capital acaba sendo, também, o detentor das decisões. A democracia proporciona aos trabalhadores a oportunidade de defender seus interesses, influenciando na esfera de decisões.

Ressalta PRZEWORSKI⁶ que a política eleitoral constitui o mecanismo pelo qual todo cidadão pode reivindicar seu direito a bens e serviços. Apesar dos trabalhadores, como produtores imediatos, não terem direito legal ao produto, como cidadãos podem obter tal direito via sistema político, chegando a intervir na própria organização da produção e na alocação dos lucros.

A participação eleitoral, porém, tem as suas dificuldades. A uma porque nem sempre o interesse da coletividade de operários é compatível com o interesse individual de cada trabalhador, sendo comum a existência de incompatibilidades.

6. Adam Przeworski. *Capitalismo e social democracia*. Tradução de Laura Teixeira Motta, São Paulo, 1989.

Mesmo dentre a coletividade de trabalhadores há grupos distintos, que também podem ter interesses antagônicos.

A duas porque o capitalismo e os “burgueses” acabaram por conseguir difundir ideologicamente seu modo de vida, que começou a ser visto, muitas vezes, como objetivo da própria classe operária. A luta de muitos acabaria sendo para que todos tornassem-se “burgueses”.

A três porque o “proletariado” não conseguiu, como regra, se tornar a maioria, não podendo, dessa forma, governar sozinho. Era preciso fazer concessões...

Verificou-se a necessidade da criação de estratégias para ampliação do apoio eleitoral, que não podia ficar restrito ao operariado. Era preciso que a pauta do partido do operariado fosse expandida, com a inclusão de questões que transcendessem a seus próprios interesses, como o transporte, a saúde, a educação, o consumidor... Esses não são interesses apenas do operariado como classe, mas dos pobres, dos consumidores, dos usuários de transportes públicos, etc.

Com isso, reinstalou-se uma visão da política desvinculada do conceito de classe. Quando os partidos social-democratas tornam-se partidos de toda a nação, reforçam a idéia de política como um processo de definição do bem estar da coletividade e não de uma classe apenas.

Para alcançar seus objetivos finais (abolir a exploração e a divisão da sociedade em classes, remover as desigualdades sociais e injustiças...) os social-democratas passaram a tomar medidas imediatas, que consistiram em reformas para atender às necessidades mais próximas do povo.

A social democracia passou a sustentar a nacionalização dos meios de produção, maneira de combater a propriedade privada e realizar a revolução socialista. Entretanto, faltavam métodos para a consecução do programa social democrata. O que fazer de imediato se não tinham condições de empreender um programa de nacionalização a curto prazo? Trabalharam por medidas *ad hoc* para melhorar as condições de vida dos trabalhadores: programas habitacionais, legislação sobre salário mínimo, proteção contra desemprego, pensão para idosos, etc.

Contudo foram as idéias de KEYNES que fizeram os social-democratas descobrirem exatamente o que necessitavam: uma política econômica precisa para a gestão de economias capitalistas⁷. O Estado passa, nessa concepção, a regulador do pleno emprego, tendo um papel ativo de controlador do mercado. Além disso, o keynesianismo defendia que a elevação salarial representava incremento do consumo, o que, por sua vez, aumentava a produção e o emprego. Essa teoria, além de justificar uma participação socialista no governo, conferia um caráter universalista aos interesses dos trabalhadores.

Desenvolve-se nesse período o “estado do bem-estar”. Os social-democratas afastam-se do projeto de nacionalização, sem negarem que o Estado possa

7. Adam Przeworski, *op. cit.*, p. 53.

dedicar-se excepcionalmente a atividades econômicas. Mas, partem para um novo caminho.

“Daí que o Estado do Bem-Estar [...] consista, na verdade, uma combinação do dirigismo econômico do estilo keynesiano, que aproximou a administração pública do mercado, com a mudança operada no sistema do direito, que passou a unir, de modo heteróclito, princípios que antes estavam subordinados ao direito privado ou público. Se o direito privado clássico se assentava sobre a liberdade individual e sobre o pressuposto de auto-limitação dos indivíduos, o fato de ele ter admitido um elemento de justiça, como a proteção do “economicamente desfavorecido” introduzida pelo Direito do Trabalho, emprestou-lhe um novo significado, pondo-o a serviço da justiça social. Sob esse ângulo, nas palavras de Habermas, “considerações de ética social infiltraram-se em regiões do direito que, até então, se limitavam a garantir a autonomia privada”⁸.

O advento do *Welfare State* fez com que os órgãos estatais passassem a desempenhar funções que antes não lhes eram próprias. O legislativo, originariamente concebido para preponderar sobre os demais Poderes, começa a abdicar de funções, tendo sua esfera de influência diminuída. O Estado do bem-estar exige um Executivo mais dinâmico, com possibilidade inclusive de legislar através de delegações legislativas. Selecionando a melhor política pública para sua agenda, o Estado traduzia suas opções criando normas jurídicas.

“No *Welfare State*, dissociado o sistema político da formação democrática da opinião, a Administração não apenas se racionaliza e se burocratiza como também, e principalmente, se autoprograma, apropriando-se da iniciativa das leis, quer por deter o monopólio das informações essenciais sobre a vida social, quer pela perícia técnica de seus quadros em atuar sobre elas.

.....

A primazia do Executivo em face do legislativo seria constitutiva da operação do Estado social, ao tempo em que faz do direito um de seus principais recursos de comunicação [...] O Estado Social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar de sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas”⁹.

O Judiciário não fica indiferente a esse processo. É chamado para interpretar as normas, decidir sobre sua legalidade e aplicação, enfim, passa a ser visto como verdadeiro “escudo da sociedade” contra os avanços do Estado, intervindo em

8. Viana Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, 1999, p. 16.

9. *Id.*, *ib.*, p. 20.

questões eminentemente políticas e sociais. “A linguagem e os procedimentos do direito, porque são dominantes nesta forma de Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia”¹⁰. O Poder Judiciário acaba sendo investido, pelo próprio caráter da lei no estado social, no papel de “legislador implícito”.

VIANNA destaca que em torno do Poder Judiciário tem-se criado uma:

“nova arena pública, externa ao circuito clássico “sociedade civil — partidos — representação — formação da vontade majoritária, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nesta nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos — como no caso de países que admitem o controle abstrato de normas —, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separam o *tempo passado*, de onde a lei geral abstrata hauria o seu fundamento, do *tempo futuro*, aberto à infiltração do imaginário, do ético e do justo”¹¹.

Portanto, a agenda da igualdade importará mais que difundir o direito na sociedade: redefine a relação entre os três Poderes, entregando ao Judiciário funções de controle dos Poderes políticos. Exercer o “controle sobre a agenda igualitária e sobre as suas repercussões sociais dependeria, então, de o Poder Judiciário exercer jurisdição sobre a forma de comunicação nela dominantes — que é a do direito — erigindo-se em um “terceiro gigante” capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador”¹².

GUARNIERI e PEDERZOLI observam esse fenômeno aduzindo que a intervenção cada vez mais penetrante do “Estado providência” em setores que o “Estado liberal” deixava ao controle privado tem levado a uma expansão sem precedentes do sistema jurídico e da esfera de decisões do juiz.

“Como Froedman (1994b, p. 22) pone de relieve, no existen hoy sectores pontencilamente inmunes a la intervención pública y, por tanto, tampoco existen áreas que puedan sustraerse a la eventual decisión de un juez. De una manera si se quiere obvia, allí donde hay una ley, allí hay también un juez que en cualquier momento puede verse infestado de la tarea de interpretarla y de aplicarla. En realidad, este tema no es nada banal. Como se há visto, es precisamente a través de la sentencia como un simple enundiado normativo se convierte en una verdadera y atuéntica norma de derecho positivo (Tarello, 1974; Baratta, 1990), al menos para las partes implicadas, que están obligadas a respetarla, pero no hay que

10. *Id.*, *loc. cit.*

11. Luiz Werneck Viana, *op. cit.*, p. 22/23.

12. *Id.*, *ib.*, p. 20.

*olvidar que la decisión del juez suele tener consecuencias que van más allá de los intereses normalmente representados en el juicio*¹³.

Por oportuno, deve ficar claro que no Brasil não há Estado providência, em seu sentido clássico, ou seja, Estado que distribui benefícios sociais. Entretanto, todo este processo também ocorre, já que nossa Constituição afasta-se do liberalismo puro, que impunha ao Estado dever de abstenção, assumindo papel interventor tanto na economia, quanto nas relações sociais.

Merece ser destacada, também, a importância do Ministério Público neste processo, seja porque muitas vezes mobiliza a participação de grupos sociais, levando ao Judiciário demandas de interesse coletivo; seja porque o Princípio da Inércia do Poder Judiciário (o Judiciário somente pode agir quando provocado: *ne procedat iudex ex officio*), acaba por limitar sua manifestação de vontade, impedindo sua intervenção espontânea. O Ministério Público coloca-se, outrossim, como alavanca para possibilitar essa nova relação entre os Poderes.

Todo esse complexo processo, que tem sido denominado de “judicialização da política”, tem gerado inúmeras perplexidades e questionamentos sobre a independência e a legitimidade do Judiciário para intervir, numa sociedade democrática, nos rumos políticos traçados pelos outros Poderes.

3. O JUDICIÁRIO DIANTE DA CLÁSSICA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes encontrou em MONTESQUIEU sua maior expressão. Referindo-se ao Estado inglês, do qual era grande admirador, afirmou que em cada Estado há três espécies de poderes: o “Legislativo”; o “Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes”; e o “Executivo das que dependem do Direito Civil”. Sobre a função de cada poder explicava o autor citado:

“Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz e a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune crimes ou julga as demandas dos particulares. A este último chama-se Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado”¹⁴.

13. Carlo Guarnieri e Patrizia Perderzoli, *op. cit.*, p. 18.

14. Charles de Secondat, Baron de Montesquieu. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo, p. 165.

O Poder Judiciário, segundo essa concepção, não passava de mero executor das leis, “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”¹⁵. Suas funções restringiam-se à punição de criminosos e ao julgamento de querelas entre os particulares. A liberdade de criação dos juízes era, portanto, extremamente limitada. Sobre o tema escreveu LEAL:

“O que parece estar por trás da concepção exposta por Montesquieu é a necessidade de limitar ao máximo a liberdade de criação do juiz de modo a preservar o princípio da segurança jurídica, na medida em que se possa ter uma certa previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais, o princípio da igualdade, na medida em que os casos iguais não sejam resolvidos de forma distinta, e o princípio da unidade do direito, na medida em que o direito seja aplicado uniformemente no território em que vige”¹⁶.

MONTESQUIEU dizia que os julgamentos deviam ser fixos, representando, na realidade, o próprio texto das leis. Assim, sua intenção era evitar o arbítrio judicial. Acresce-se a isso, que esta mesma concepção aplicava-se também ao Executivo.

“Tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário tinham a função de aplicar o direito. Previu-se, na verdade, uma divisão de competências. Enquanto a um cabia aplicar o direito das gentes, ao outro cabia aplicar o direito civil. Não se falava em controle judicial da atividade do executivo. Tal disposição dos poderes traduzia uma prevalência da lei, em última análise, resulta na supremacia do Parlamento”¹⁷.

MONTESQUIEU defendia, ainda, o equilíbrio entre os três Poderes, diferenciando a técnica de estatuir da faculdade de impedir, em razão da dinâmica dos Poderes. Antecipa assim a noção dos “freios e contrapesos” (*checks and balances*), admitindo o veto do Executivo para frear proposição legislativa¹⁸.

No século XVIII, o princípio, baseado na noção de lei (ídolo dos que viviam naquela época), ganhou consistência e radicalidade. Visava-se à diminuição do poder do monarca, sendo afastado o absolutismo até então existente. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão o explicitou em seu artigo 16: “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem constituição”.

ACKER comenta que naquela época era tão grande o receio de retorno do absolutismo, que a separação imaginada por Montesquieu tornou-se total e drástica:

15. *Id.*, *op. cit.*, p. 176.

16. Roger Stiefelmann Leal, A judicialização da política, in *Cadernos de Direito constitucional e ciência Política*, nº 29, Rio de Janeiro, p. 230/231.

17. *Id.*, *loc. cit.*

18. Kildare Gonçalves Carvalho, *Direito constitucional didático*, Belo Horizonte, p. 87.

“Chegava-se mesmo, por força de uma completa e integral vedação de delegação de poderes, a situações de impasse de impossível superação. A interpretação, por exemplo, encontrava pouco espaço num Judiciário totalmente impedido de se afastar da vontade do legislador. Esta, se não clara, deveria ser pelo próprio legislador explicitada, sem o que a lei quedava-se inaplicável. Quanto ao Executivo, nenhum poder regulamentar lhe cabia. Com isso se chegou ao extremo de uma completa alienação do Estado face à realidade palpável da mobilidade social”¹⁹.

Hoje, considera-se que dentre as dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito está a denominada divisão de poderes. O pensamento político contemporâneo repugna a ilimitação do poder. O poder, mesmo legítimo, deve ser limitado. Entretanto, não se pode conceber a separação de Poderes tal qual em *O espírito das leis*.

Sobre o tema, CANOTILHO leciona que a constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação transporta duas dimensões complementares: uma negativa (leia-se separação como divisão, controle e limite do poder) e outra positiva (a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas). Destaca o autor:

“O princípio da separação como forma e meio de limite do poder (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do Estado (K. Hesse alude aqui a “*Massigung der staatsmacht*”) e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos. O princípio da separação como princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação de funções do Estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos do Estado. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder”²⁰.

Verifica-se, pois, que a separação de poderes está diretamente relacionada à ordenação das funções estatais, obtendo-se um controle recíproco do poder (*checks and balances*) e uma ordenação jurídica de limites dos órgãos do poder. Decorre daí, que, muitas vezes, estará o Legislativo praticando atos jurisdicionais e administrativos, estará a Administração exercendo competências dos outros Poderes e, também o Judiciário desempenhando típicas funções administrativas e legislativas. O mais importante num Estado constitucional de direito será saber se o que o juiz, o governo e o parlamento fazem pode ser feito por cada um deles. A natureza do ato é questão instrumental, importando tão somente para o enquadramento da competência.

19. Anna Brito da Rocha Acker. *Poder normativo e regime democrático*, São Paulo, p. 16.

20. J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, Coimbra, p. 365.

É preciso, contudo, que se fique atento para que o núcleo essencial dos limites de competência não seja violado, a fim de que não se vulnere todo o sistema de legitimação, controle e sanção, definido no texto constitucional. Exemplifica Canotilho com o possível deslocamento da proteção jurídica dos tribunais para outro órgão, como o Parlamento. Isso poderia conduzir a que o Parlamento confirmasse as próprias arbitrariedades do Governo, principalmente quando houvesse maioria governista naquele órgão²¹.

Nesta concepção de separação de Poderes não mais há lugar para os juízes "boca da lei". É o que veremos a seguir.

4. OS TRIBUNAIS E O ESTADO MODERNO

O Poder Judiciário tem sido considerado um dos pilares do Estado Moderno, podendo-se distinguir três grandes períodos no seu significado sociopolítico: o período do Estado liberal, o período do pós-guerra e o período atual, em que o Estado-providência encontra-se em crise no mundo²².

No período do Estado liberal, que desenvolveu-se durante todo o século XIX até a Primeira Guerra Mundial, consolidou-se o modelo judicial moderno. O Poder Legislativo prevalece sobre os demais, conforme a clássica separação de Montesquieu. O Princípio da Legalidade é extremado, cabendo ao Judiciário a reprodução da vontade legislativa pré-constituída. O Poder Judiciário é, portanto, retrospectivo, volta-se sempre ao passado (momento em que a norma foi concebida). Na resolução dos conflitos dá-se prioridade à segurança jurídica, prevista na universalidade da lei. A independência dos Tribunais resume-se apenas à aplicação da lei, havendo submissão administrativa e financeira aos demais Poderes.

É importante destacar que o Judiciário, nesse período, ficou de fora dos grandes debates sociais, apesar da explosão dos conflitos dessa natureza. Boaventura Santos destaca que "confinados como estavam à administração da Justiça retributiva", tiveram os Tribunais de se acomodar aos padrões de Justiça distributiva adotados pelos outros Poderes. Foi assim, continua o autor citado, "que a justiça retributiva se transformou numa questão de direito, enquanto a justiça distributiva passou a ser uma questão política"²³.

No período do pós guerra (ou período do Estado providência em muitos países) começaram a se alterar as condições político-jurídicas até então vigentes: a teoria da separação dos Poderes é revista, assumindo o Executivo a predominância dentre os demais Poderes; a explosão legislativa faz naufragar o

21. *Op. cit.*, p. 367.

22. Santos, Boaventura de Souza. Os tribunais nas sociedades contemporâneas, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 30, ano 11, fevereiro de 1986, p. 29/62.

23. Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*, p. 33.

princípio da subsunção lógica dos fatos à lei, aumentando cada vez mais a necessidade interpretativa pelo Judiciário; a proteção jurídica passa a ser necessária para que as intervenções estatais sejam controladas.

CARNEIRO enfatiza que “a nova ordem resgata a dimensão social do Estado, com mais intensidade no que concerne à ordem jurídica”, não mais sendo suficiente a igualdade formal, “que se utiliza de conceitos quase casuísticos, como se observa com facilidade nas grandes codificações”. Busca-se a igualdade material, sendo a utilização de conceitos jurídicos indeterminados cada vez mais comum, “o que exige uma atuação mais efetiva do controle do Poder”, sendo preciso que os juízes “deixem de simular a mera declaração do conteúdo da lei para se utilizar de instrumentos técnicos e dogmáticos para interpretar e aplicar a lei”²⁴.

Atualmente tem-se falado em crise do Estado-providência no mundo, devido, basicamente, à incapacidade financeira do Estado para satisfazer seu “papel social”. E, normalmente, quando há maior necessidade de que o Estado desempenhe esse papel, menor é a condição econômica para desempenhá-lo. Santos aponta, ainda, como causas dessa crise “a criação de enormes burocracias que acumulam um peso político próprio, que lhes permite funcionar com elevado nível de desperdício e ineficiência”; “as alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho tornadas possíveis pelas sucessivas revoluções tecnológicas”; “a difusão do modelo neoliberal e do seu credo desregulamentador a partir da década de 80”; “a sempre crescente proeminência das agências financeiras internacionais (Banco Mundial, FMI)” e “a globalização da economia”²⁵.

A desregulamentação da economia e a chamada globalização trouxeram aos Tribunais uma nova realidade jurídica. Por um lado, a desregulamentação vem proporcionando uma significativa produção legislativa específica e elaborada. Por outro lado, a globalização faz surgir toda uma legislação internacional e transnacional. A multiplicação de contratos internacionais enseja a contradição entre inúmeras legislações. Ao lado do crescimento quantitativo das demandas, é inegável o aumento qualitativo, ou seja, os litígios apresentam-se mais complexos. Os direitos da terceira geração (direitos difusos e coletivos)²⁶ exigem reformulação técnica e preparação, que os Tribunais, na verdade, não têm.

Outra marca desse período é a crise da representação política (crise do sistema partidário, da participação política...). Esta crise, gerada por diversos fatores, é singularmente agravada pela corrupção. “O afrouxamento das referências éticas

24. Paulo César Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça – juizados especiais cíveis e ação civil pública*, Rio de Janeiro, 1999.

25. Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*, p. 37.

26. A Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, define interesse difuso os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, I) e interesse coletivo o o transindividual, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

no exercício do poder político, combinado com as deficiências do controle do poder por parte dos cidadãos, permitiu que essa promiscuidade redundasse num aumento dramático da corrupção²⁷.

Na sociedade democrática, a corrupção é suscetível de se alastrar basicamente porque sendo menor a concentração de poder, maior é a classe

política e maiores são as relações dos políticos com o poder econômico. Destaca BOAVENTURA SANTOS:

“A corrupção é, conjuntamente com o crime organizado (...) a grande criminalidade desse terceiro período e coloca os Tribunais no centro de um complexo problema de controle social. No segundo período, a explosão da litigiosidade deu-se sobretudo no domínio civil, e foi aí que a visibilidade social e política dos Tribunais teve lugar. No período atual, a visibilidade, sem deixar de existir no domínio civil, desloca-se de algum modo para o domínio penal²⁸.”

Registre-se que o aumento da corrupção é apenas um dos sintomas da crise da democracia, mas o combate a ela coloca o sistema judicial perante uma situação dilemática. Se o Judiciário, em nome do corporativismo, se exime de uma atuação agressiva contra a corrupção para preservar a sua independência, acaba colaborando, por omissão, para a degradação do sistema democrático, que, em última instância, lhe garante a independência efetiva.

“Se, pelo contrário, assume uma posição ativa de combate à corrupção, tem de contar com ataques demolidores à sua independência por parte sobretudo do Poder Executivo, ao mesmo tempo em que se coloca na contingência de ver transferida para si a confiança dos cidadãos no sistema político, o que, por ser órgão soberano não diretamente eleito, acaba por suscitar com acuidade a questão da legitimidade²⁹.”

5. REPERCUSSÃO DO ESTADO REGULADOR NO PLANO TEÓRICO DO DIREITO

A nova postura do Poder Judiciário, com o surgimento do “Estado Providência” em alguns países e do “Estado Regulador”, aqui no Brasil, faz surgir no plano teórico uma visão crítica do positivismo jurídico extremado. A criatividade interpretativa e o enaltecimento da Justiça como valor necessário à aplicação da lei passam a ser componentes fundamentais da atividade jurídica.

27. Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*, p. 39.

28. *Id.*, *op. cit.*, p. 39.

29. *Id.*, *op. cit.*, p. 40 e 41.

Escolas filosóficas e teorias jurídicas empenham-se em demonstrar que o direito não se reduz a uma lógica formal, mas é “antes uma questão complexa, na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, a luz dos fatos e de sua prova”³⁰.

Merece ser destacado, ainda, o denominado “movimento de retorno ao direito”, vivido a partir dos anos 80. Tal movimento foi como uma resposta ao “mundo desencantado”, que precisava descobrir de onde vinha a força do direito. O afastamento do direito natural, com o advento do positivismo jurídico, fez com que o direito perdesse sua fonte legitimadora, chegando a ser apontado como mero instrumento para manutenção do poder sobre o mais fraco.

CITTADINO leciona que “o movimento de retorno ao direito [...] pretende exatamente encontrar um fundamento ético para a crescente juridificação das relações sociais, que hoje envolve não apenas o mundo econômico, mas também aquilo que Habermas designa por mundo da vida. É, portanto, contra a racionalidade sistêmico-instrumental do positivismo jurídico que o movimento de retorno ao direito se constitui”³¹.

CAPPELLETTI afirma que a legislação com finalidade social é muito diferente da legislação tradicional, conduzindo o Estado a superar os limites tradicionais de “proteção” e “repressão”. Os direitos sociais pedem para a sua execução a intervenção ativa do Estado, impondo-se aos juízes importantíssimas implicações.

“É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda a interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo também se torna o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”³².

Não obstante, tal postura ainda não foi assimilada totalmente entre nós. O mesmo CAPPELLETTI chama a atenção para essa dificuldade:

“Em face de legislação social que se limita, freqüentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação

30. Miguel Reale, *Filosofia do direito*. São Paulo, p. 497.

31. Gisele Cittadino, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro, p. 143.

32. Mauro Cappelletti, *Juízes legisladores?* Porto Alegre, p. 42.

do futuro, os juízes de determinado país bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou self-executing, de tais leis ou direitos programáticos. [...] Mais cedo ou mais tarde, no entanto, [...] os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas um ‘ramo’³³.

A evolução que a Justiça conheceu fez cada vez mais visível a distância entre a representação tradicional do juiz como “boca da lei” e as funções que na realidade desempenha. É o que diz GUARNIERI e PEDERZOLI:

“En cierta medida esta distancia también depende del hecho de que la imagen clásica del juez ejecutor no pretendía tanto describir sus comportamientos cuanto más bien prescribir límites a sus prerrogativas, en el ámbito de un marco ideológico en gran parte heredado de la Revolución Francesa y marcado por la indiscutible supremacía del poder legislativo. En realidad, como ya había puesto de relieve Kelsen (1926) la decisión del juez no es, ni nunca puede ser, pramente declarativa ni agotarse en el mero enunciado de la voluntad del legislador. Al interpretar la ley o juez concurre de hecho a crear el derecho. Mejor dicho, su decisión es una auténtica “norma jurídica individual”³⁴.

A Constituição brasileira de 1988, rompendo com a cultura jurídica positivista e privatista vigente entre nós, adota um modelo societário e comunitário, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humanas. É o que escreveu JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“O constituinte (...) rejeitou a chamada constituição sintética, que é a constituição negativa, porque construtora apenas de liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de constituição-garantia (ou constituição-quadro). A função garantia não só foi preservada como até ampliada na nova constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdade-limites. Assumi o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura...”³⁵.

Para CITTADINO o denominado constitucionalismo societário e comunitário “toma a constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores”³⁶, sendo objetivo principal da constituição a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade. A constituição é aberta aos valores do ambiente sociocultural da comunidade. “As constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, se abrem a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais)”³⁷.

33. *Id.*, *loc. cit.*

34. Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli, *op. cit.*, pp. 16 e 17.

35. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, p. 6.

36. Gisele Cittadino, *op. cit.*, p. 16.

37. Gisele Cittadino, *op. cit.*, pp. 16 e 17.

Pode-se afirmar que a dimensão “comunitária” da Constituição de 1988 está presente em três grandes temas adotados em seu texto: a definição do fundamento ético do ordenamento jurídico e amplo sistema de direitos fundamentais; a atribuição de caráter político à Corte Suprema; e institutos processuais destinados a garantir a efetivação dos direitos, controlando a omissão do poder público.

No bojo deste último tema constitucional, pode-se incluir o Ministério Público, órgão que alcançou relevante destaque em nossa Carta Política, recebendo poderes e garantias das mais relevantes para a concretização da conquista dos direitos.

O Ministério Público passa a ser tratado pela Constituição em capítulo próprio e distinto dos demais Poderes (“Das Funções Essenciais à Justiça”), sendo definido como função essencial à prestação jurisdicional do Estado, tendo a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Para tanto, foram-lhe outorgadas autonomias administrativa e financeira, gozando seus membros das mesmas garantias dos magistrados (inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e vitaliciedade). É clara a preocupação constitucional em preservar a independência do Ministério Público, tendo o texto maior afastado, inclusive, a representação judicial das pessoas jurídicas de direito público da sua esfera de atuação.

A ação civil pública, importante instrumento para a defesa dos direitos transindividuais, foi elevada ao patamar constitucional e colocada dentre as funções institucionais do Ministério Público, mostrando-se um eficiente meio para garantia desses direitos.

6. CONCLUSÕES

Do que foi exposto, algumas conclusões evidenciam-se:

Em primeiro lugar, que o advento do “estado do bem-estar” e do estado democrático de direito inscritos nas constituições contemporâneas fez com que os órgãos estatais passassem a desempenhar funções que antes não lhes eram próprias. O Poder Executivo assume um papel mais dinâmico, chegando inclusive a legislar, a fim de implementar uma melhor política pública para a sua agenda. E ao fazer do direito um dos seus principais recursos, o Poder Judiciário é chamado para interpretar e decidir sobre as normas criadas, mobilizando esse Poder para o exercício de um novo papel. O Poder Judiciário transforma-se em controlador dos Poderes políticos.

Na verdade, a separação dos Poderes tal como concebida por Montesquieu não mais encontra espaço em nossa realidade jurídica. Não se pode perder de vista o momento histórico em que foi concebida a tripartição dos Poderes, ocasião em que o receio de volta ao absolutismo fez com que se hiperdimensionasse o poder do Legislativo, sendo o Judiciário subjugado a um plano inferior. Hoje a separação de poderes está diretamente relacionada à ordenação das funções estatais.

Em segundo lugar, que a crise do “estado providência”, provocada pelas burocracias estatais criadas para que o Estado cumpra seu papel social, pelas alterações nos sistemas produtivos e nas regulamentações do trabalho, pela difusão do modelo neoliberal e da globalização da economia, dentre outros, trouxe aos Tribunais uma nova realidade jurídica: o aumento quantitativo e qualitativo das demandas. Exigem-se, cada vez mais, reformulação técnica e preparação dos Tribunais.

Em terceiro lugar, o “estado do bem-estar” acentua no plano teórico do direito uma visão crítica do positivismo jurídico extremado. Busca-se um fundamento ético para o direito. Reforça-se o caráter criativo da jurisprudência. Não há, outrossim, mais lugar para o Juiz “boca da lei”, que exclusivamente reproduz em suas decisões a vontade do legislador.

A Constituição de 1988, rompendo com a nossa tradição positivista, adota um modelo societário e comunitário, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade.

Em quarto lugar, há que se concluir que todo esse processo não significa atribuição de superpoderes ao Judiciário, já que sua própria natureza e característica impedem que assim seja (o Judiciário é Poder inerte, que é chamado a aplicar normas pré-existentes, utilizando-se de procedimento também já estabelecido, de forma fundamentada, estando suas decisões sempre sujeitas à revisão).

PEDOFILIA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

DAMÁSIO DE JESUS

A pedofilia é, atualmente, um dos temas mais discutidos em seminários e congressos no mundo inteiro. No Brasil, não poderia ser diferente. A população é assolada, diariamente, por notícias envolvendo abusos sexuais de crianças e adolescentes. Dentre as polêmicas, questiona-se o perfil do pedófilo, seus meios de atuação, a veiculação de imagens pornográficas pela internet, a lavagem de dinheiro, o tráfico nacional e internacional de crianças e o crime organizado transnacional. Aliado a tais complexidades está o problema da legislação penal vigente em nosso País.

Não temos, no Brasil, uma legislação específica que defina a conduta típica de pedofilia. Não há uma norma incriminadora especial, autônoma, a ser aplicada nesses casos. Uma vez constatada a prática de atos pedófilos, o operador do Direito deve valer-se das descrições de crimes diversos que se assemelhem à pedofilia ou sirvam de meio para sua prática. Podemos falar em constrangimento ilegal (art. 146 do CP), ameaça (art. 147 do CP), seqüestro e cárcere privado (art. 148 do CP), lesões corporais (art. 129 do CP), etc. Quanto aos abusos sexuais, utilizamos os dispositivos referentes aos crimes contra os costumes, como estupro e atentado violento ao pudor (art. 213 e segs. do CP). Dependendo da idade da vítima, a qual, em regra, é menor de 14 anos, pode restar configurada a presunção de violência (art. 224 do CP), o que torna a sanção mais severa. Em caráter especial, no combate à veiculação da pornografia infantil, contamos com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), restando, ainda, as leis referentes ao Crime Organizado (Lei nº 9.034/90) e à Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), que podem ser utilizadas diante de organizações criminosas. Nem mesmo esse emaranhado de normas, porém, dá conta do problema. Por não serem tipos penais específicos aos casos, os autores dos fatos muitas vezes conseguem se furtar das acusações.

Conhecida e praticada por antigas civilizações, a pedofilia tomou dimensões gigantescas, passou a ser repudiada e, finalmente, nos dias de hoje, tornou-se um comércio extremamente lucrativo e pernicioso. É preciso atentar para a circunstância de que não estamos mais diante de autor e vítima, mas sim de uma cadeia de criminosos, em que cada um desempenha uma função, existindo, inclusive, co-autores que nem sequer se encaixam no sentido literal da palavra "pedofilia", vocábulo de origem grega, cujo significado é amor ou amizade por infantes.

Procurando atender aos direitos de proteção à criança contra o abuso sexual, o Brasil adaptou suas leis aos diplomas internacionais e criou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que, por sua vez, nos arts. 240 e 241 incriminam as divulgações e publicações de fotografias ou imagens pornográficas, além de cenas de sexo explícito, envolvendo infantes. Alterado pela Lei nº 10.764/2003, os dispositivos penais citados deixam de mencionar, por exemplo, a aquisição de material pornográfico, possibilitando ao consumidor pedófilo manter-se nesse lucrativo mercado de abusos. Aliás, são esses consumidores que financiam esse comércio, cujas conseqüências e lucros são incalculáveis.

O tema está longe de ser esgotado. Até o momento, as questões têm sido suscitadas e debatidas por especialistas do mundo inteiro. No Brasil, o tema não tem sido questionado pelos especialistas no campo psicológico e penal. A Editora Revista do Advogado, contudo, acaba de lançar uma obra preciosíssima, a qual, sem ter a pretensão de dar a palavra final, suscita discussões que necessitam ser assumidas e desvendadas pelas comunidades jurídica e leiga. No campo da ação, é preciso que o Estado, por meio de uma equipe multidisciplinar, composta por legisladores, operadores do Direito, psicólogos e assistentes sociais, trate o assunto com a devida importância, visando conter o avanço dessa nova versão de pedofilia, informatizada, muito mais rápida e devastadora, criando leis eficazes e programas de prevenção e assistência às vítimas dos abusos sexuais. Não basta, entretanto, que haja leis. Elas precisam ser aplicadas. Saliente-se, por fim, que a população tem papel fundamental na prevenção do delito, pois é por meio de denúncias que os abusos chegam ao conhecimento das autoridades policiais, possibilitando o desmantelamento das redes e a punição dos criminosos.

Novembro de 2006

SOBRE UM TEMPO RAZOÁVEL PARA O JUIZ

DENNIS ACETI B. FERREIRA *

A Emenda Constitucional nº 45, datada do ano de 2004, dentre outras inovações, fez inserir na Carta Magna de 1988 o tema da denominada “razoável duração do processo”, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso LXXVIII.

Tal temática, longe de inovadora, já viera consagrada, em textos internacionais, como pioneiramente na Convenção Européia dos Direitos do Homem, também conhecida como “Convenção de Roma”, datada dos idos de 1950. Mais adiante, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, dispunha sobre o direito ao julgamento sem dilações indevidas. Por último, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do ano de 1969¹.

No plano interno, abstraindo-se a já superada questão da constitucionalidade, referida determinação legal deu azo a que, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça desse continuidade à estratégia de agilização do trâmite dos processos, o que, de se admitir, resultou em até elogiável avanço com a mobilização dos magistrados no sentido de acelerar a entrega da prestação jurisdicional, culminando com um assumido primeiro lugar em rapidez na condução de processos em âmbito nacional. Demais disso, e desde então, a alta cúpula do Poder Judiciário local tratou de espalhar a todos os ventos essa nova realidade vivida por seus integrantes.

No bojo das medidas adotadas pelo Poder Judiciário Fluminense, todavia, uma delas é de chamar a atenção: a extinção de varas criminais em cidades de intenso tráfego de processos-crime, tudo a partir da avaliação de dados estatísticos. A

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes.

1. Segundo o artigo 6º, nº 1, da CEDH: “Qualquer pessoa tem o direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um Tribunal independente e imparcial estabelecido pela Lei.” O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos assim dispõe, em seu artigo 14, nº 3: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) c) de ser julgado sem dilações indevidas”. O Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 7º, nº 5, dispõe que: “(...) Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo (...)”.

motivação: seriam poucas as ações penais em andamento, nada obstante um volumoso quantitativo de investigações criminais a cargo da agência policial².

Dentre tais comarcas, podemos destacar a de São Gonçalo que, com uma população estimada em torno de 1 milhão de habitantes, na região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, passou a viver curioso quadro na área da segurança pública, tomada em sua concepção mais ampla.

Contando com quatro delegacias distritais e dois batalhões da polícia militar (um deles, com abrangência estadual, para combate às infrações penais ambientais), a população convive com cenas diárias de preocupante violência, sendo certo que parte considerável dos números se refere aos índices de homicídios.

Sob o aspecto da investigação formal, somam-se em torno de 16.000³ os inquéritos policiais que tramitam nas delegacias policiais e que, em sua esmagadora maioria, têm como certo o caminho do arquivamento ou, em caso de ação penal, o da absolvição. As causas, de há muito debatidas e pesquisadas, vão desde a falta de condições pessoais e materiais das agências policiais ao drama vivido pelo juiz quando se depara com a tarefa de, (re)construindo um fato pretérito, ter de apenar alguém com amparo em provas produzidas em cenário absolutamente diverso daquele em que se deu a infração penal.

Nada obstante tal preocupante realidade, o TJRJ não tem levado em conta os índices oficiais que, mensalmente, são divulgados pelos órgãos incumbidos da segurança pública e que os jornais locais não cansam de estampar em suas primeiras páginas. Como destacado, recentemente o TJRJ extinguiu duas das cinco varas criminais existentes naquela comarca e, comenta-se, uma outra já estaria na iminência de desaparecer⁴.

Tal iniciativa sugere, além da natural perplexidade, profunda reflexão e o conseqüente debate por parte dos órgãos incumbidos do tema da segurança pública, e, mais do que isto, a orfandade da própria população que, desmobilizada, se vê subjugada a um estado cada vez menor na seara da prestação de serviços de segurança pública, ao mesmo tempo em que anualmente constata o agigantamento dos investimentos para o custeio da mesma máquina.

A diminuição do número de órgãos encarregados do julgamento das infrações penais, na verdade, em nada contribui para a melhoria de tão importante trabalho.

2. Hoje, segundo informação oriunda das remanescentes 2ª e 3ª Varas Criminais de São Gonçalo, tramitam, em cada uma delas, cerca de 1.600 processos, sem contar a 4ª Vara Criminal, cuja competência é exclusiva para os crimes dolosos contra a vida.

3. Aqui não se contam as infrações penais de menor potencial ofensivo, sujeitas a julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, bem como aquelas outras que, em grande número, mesmo sofrendo registro oficial pelas agências policiais, não chegam a ganhar contorno de maior legalidade, sucumbindo à interrupção interna sem qualquer controle externo; refiro-me, nesta última hipótese, às sindicâncias policiais, também denominadas VPIs, supostamente previstas no parágrafo 3º do artigo 5º do CPP.

4. A medida de extinção de varas criminais, na verdade, não se limita àquela cidade, já que outras, como Nova Iguaçu, também sofreram idêntica intervenção.

Pelo contrário, condena os juízes criminais a, abarrotados de trabalho, decidir a toque de caixa temas relativos à liberdade dos jurisdicionados. Culpa, ao que se infere, da tão decantada efetividade do processo porque mais das vezes confundida com a rapidez na tomada de decisões de mérito.

Não se pode aceitar que julgamentos de casos penais estejam sujeitos à lógica do “tempo é dinheiro”, bem ao gosto dos liberais e demais seguidores do ideário liberal-individualista, legado com o qual somos obrigados a conviver a cerca de dois séculos e que, alérgico ao tema do estado do bem-estar-social, reza por uma cartilha de enxugamento do papel do Estado em favor da pulsação dos interesses privados e ao sabor do mercado livre.

O processo, como se sabe, tem, e *deve sempre ter*, seu tempo normal de maturação. Não pode sujeitar-se à instantaneidade da sociedade de consumo em que vivemos⁵.

O juiz, vale a pena o destaque, precisa de um tempo mínimo para refletir, avaliar, pensar e repensar as coisas do processo-crime. Não se pode transigir com a necessidade de um tempo razoável para tão importante missão que, não raro, traz contundentes e arrasadoras conseqüências para a vida não somente do réu, mas também para a de seus familiares, amigos, colegas de trabalho, etc.

É fácil perceber que tomadas de decisões outras, como a venda de um imóvel ou mesmo a compra de um determinado veículo, não raro impõem meses de reflexão até seu aperfeiçoamento e conclusão. Por que se infligir ao julgador o peso de uma decisão judicial penal em prazo exíguo e obediente às estatísticas do tribunal?

Não se pode deixar, no trato do processo penal, e mesmo da investigação criminal, que o fenômeno da instantaneidade subtraia do magistrado a necessária tranqüilidade para o julgamento da causa penal. É, portanto, corretíssimo o que se afirma no sentido de que o “processo tem o seu tempo, pois deve dar oportunidade para as partes mostrarem e usarem suas armas, deve ter tempo para oportunizar a dúvida, fomentar o debate e a prudência de quem julga”⁶.

A magistratura, que deve ser integrada por profissionais da mais alta especialização, exige preparo pessoal e profissional que nunca cessa. Leitura e atualização nos temas do direito, freqüência a cursos, palestras e eventos de igual natureza, tudo com o escopo de humanizar o magistrado e maturá-lo à tão importante missão de julgar mais do que réus, homem. Tal envolvimento,

5. Observe-se, para reflexão, que as informações hoje nos chegam em tempo real, sem que o indivíduo tenha tempo mínimo para degustar qualquer dos temas; mais, em outra banda, a temática da perpetuação da realidade diária não mais se contenta com os flashes e a espera, para posterior momento, da revelação da fotografia. Exigem-se, para ontem, mecanismos que, cada vez mais, revelem o fato presente e, imediatamente, já passado, numa confusão que torna o homem um ser que já não vive o seu tempo; pelo contrário, vive um futuro que não conhece e um passado que já não mais existe.

6. Aury Lopes Jr. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da Instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 29.

exigível à boa preparação do juiz, evidentemente não se coaduna com uma política de efetividade qualificada e quantificada em frios números.

A postura do Tribunal, extinguindo varas criminais e, por conseguinte, aumentando demasiadamente a carga de trabalho dos magistrados pode, em primeiro plano, parecer moralizadora. Melhor refletida, todavia, revela a preferência estatal pela quantidade em desfavor da qualidade das decisões judiciais e pelo pouco colorido horizonte para os réus sujeitos à ação persecutória estatal. Um menor número de varas criminais indubitavelmente resulta em um considerável aumento de feitos a enfrentar e a conseqüente necessidade de julgar muitos com muito pouca qualidade!

A sociedade do Estado do Rio de Janeiro, para além da necessidade de ser consultada sobre os caminhos da "segurança pública" como um todo, tem o dever de mais se envolver em tão importante debate, pena, mantendo-se os atuais níveis da criminalidade, ver "regurgitado", em seu próprio colo, o erro, pela precipitação e celeridade, da tomada de decisões judiciais com sabor de mercado.

Niterói, abril de 2007.

O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: RESPONSABILIDADE ÉTICA E MORAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUA DESARTICULAÇÃO

EMERSON GARCIA *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Natureza jurídica das sanções cominadas na Lei de Improbidade. 3. Atos de improbidade e crimes de responsabilidade: noções distintas e inconfundíveis. 4. Interpretação constitucional. 5. Ideologia dinâmica de interpretação constitucional. 6. A impossibilidade de a jurisdição constitucional ignorar a realidade. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Poucos anos após a reestruturação democrática do País, o legislador infraconstitucional, valendo-se da liberdade de conformação deixada pelo art. 37, § 4º, da Constituição da República, editou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. A denominada Lei de Improbidade pode ser considerada um diploma de inegável singularidade sob múltiplos aspectos: *a)* foi proposta e sancionada pelo Presidente Fernando Collor de Mello, primeiro e único Chefe de Estado brasileiro a ser afastado do cargo num processo de *impeachment*; *b)* alcança todo agente que mantenha contato com o dinheiro público, ainda que sua atividade seja estritamente privada, bem como os detentores de mandato eletivo, classe política tradicionalmente imune a qualquer sancionamento (art. 2º) e *c)* coexiste com as demais esferas de responsabilidade (penal, administrativa e política), permitindo que um juiz com competência cível aplique as severas penalidades que comina.

As singularidades da Lei de Improbidade somou-se uma contundente atuação do Ministério Público brasileiro, Instituição que assumiu um relevante papel no âmbito das estruturas estatais de poder. O resultado dessa simbiose é de todos conhecido: múltiplas ações foram ajuizadas contra agentes públicos que, até

* 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 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).

então, somente eram “alcançados” pela mítica figura da responsabilidade política, uma espécie de “sino sem badalo”, tamanha a raridade de sua aplicação.

Como desdobramento, também aqui se fez presente a velha máxima de Newton: “para toda ação há uma reação...”.

Além da retórica populista, sempre calcada na requentada argumentação de que a atuação do Ministério Público é movida por “razões políticas” ou que seus membros só desejam “aparecer”, praticando excessos de toda ordem, pouco tardou até que as retaliações germinassem no plano legislativo. Essa tendência foi especialmente sentida com a edição da Medida Provisória nº 2.088/35, de 27 de dezembro de 2000, em que o Sr. Presidente da República, sob os auspícios da urgência e da necessidade, a) instaurou uma fase prévia no rito processual, postergando ao máximo o próprio aperfeiçoamento da relação processual, b) considerou ato de improbidade o ajuizamento da ação contra um réu “que se saiba inocente”, c) permitiu que o réu, em reconvenção, pleiteasse a aplicação das sanções ao subscritor da ação (nota: a reconvenção era ajuizada contra quem não era parte no processo, pois o autor da ação era o Ministério Público ou a pessoa jurídica lesada) e, para fechar com chave de ouro, d) quando a imputação fosse considerada “manifestamente improcedente”, o agente público seria condenado ao pagamento de uma multa não superior a R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais).

É fácil constatar que a generalidade da Medida Provisória não conseguiu encobrir o seu real destinatário: o Ministério Público. Para justificar o abuso na edição de medidas provisórias, o Sr. Presidente da República, em cadeia nacional de televisão, declarou que a MP nº 2.088-35/00 era necessária para conter os abusos de alguns membros do Ministério Público.

Com essa farisaica e extravagante explicação, o Chefe do Executivo Federal, que jurou defender a Constituição da República, tentou aniquilar o mais eficaz instrumento de combate à corrupção posto à disposição da sociedade brasileira, simplesmente para punir *alguns* abusos. Nas hipóteses de abuso – se é que algum existiu – a lei é pródiga em punições, estando o autor sujeito a sanções de ordem civil, criminal e disciplinar, logo, inexistia qualquer justificativa *idônea* para atingir uma Instituição que tem a incumbência de defender a ordem jurídica e o regime democrático.

Essa Medida Provisória, longe de representar uma mera opção política ou uma resposta necessária aos anseios da comunidade, talvez seja um dos mais graves atentados à incipiente democracia pátria. Em vez de municiar aqueles que estão entrenchados na luta contra a corrupção, o Executivo apontou-lhes pesada artilharia; em lugar de um escudo, pintou-lhes um alvo no peito. Esse fato, no entanto, não passou despercebido à opinião pública, o que levou o Sr. Presidente da República, ante a avalanche de críticas¹, a introduzir modificações na reedição subsequente da Medida Provisória nº 2.088. Nesta reedição, no

1. “A medida provisória que estipula uma penalidade financeira contra os promotores caso suas denúncias não sejam aceitas pelos pretórios é, em si mesma, um golpe contra a Carta Magna (configurando um golpe de Estado) (...). Se o Ministério Público não investiga livremente os que

entanto, foi mantida a fase prévia, o que, ainda hoje, consubstancia um percalço diuturnamente enfrentado para a concreção das sanções da Lei de Improbidade.

Esse lamentável episódio não deve ser esquecido. Pelo contrário, merece ser objeto de constante e contínua reflexão, sendo um marco significativo de duas vertentes opostas: a certeza de que os governantes não hesitarão em retaliar todos aqueles que *ousem* combater a corrupção e a importância da opinião pública, que não permaneceu silente ao constatar que estava na iminência de ver enfraquecido o maior algoz da corrupção no Brasil².

Outro exemplo é a persistência daqueles que lutam por estender às ações de improbidade o foro por prerrogativa de função previsto na esfera criminal. Acostumados com essa regra de exceção que, a nosso ver, sequer deveria existir em um país que se diz democrático, sonham em transferir à esfera cível a impunidade que assola a seara criminal. Não que a impunidade também não seja a regra em termos de combate à improbidade, mas, sim, porque os arautos da “tese da prerrogativa” há muito perceberam que são grandes as perspectivas de alteração desse quadro. Pergunta-se: quem deseja a manutenção do *status quo*, a população ou aqueles que se acostumaram e pensam em institucionalizar a confortável sensação de liberdade que a garantia da impunidade lhes causa? Alguém seria ingênuo o suficiente para não perceber as consequências que a pretendida alteração legislativa causaria no combate à improbidade? Basta afirmar que as investigações e a conseqüente propositura das ações deixariam de ser realizadas por milhares de Promotores de Justiça e Procuradores da República e passariam a ser concentradas nas mãos de alguns poucos Chefes

devem guardar as riquezas nacionais, ele também nada pode fazer contra os que subtraem os bens privados. O governo não ponderou o risco: indo contra os promotores, ele subverte os ideais da vida civil. Santo Agostinho diz que o Estado sem valores não se diferencia das quadrilhas.” (Roberto Romano, professor de ética e de filosofia política na Unicamp, “Em Defesa do Ministério Público”, in *Folha de S. Paulo*, edição de 8/1/2001). “Nossa democracia já possui instrumentos para corrigir excessos e punir irresponsáveis sem uma medida que, para alguns, ficaria perfeita nos compêndios jurídicos do regime militar... fragilizar o acusador pode não ser o melhor caminho para evitar acusações injustas. Pode acabar soando mais ou menos como aquela história de tirar o sofá da sala para evitar o que todo mundo sabe o quê. Ou, como já diziam nossas avós quando éramos crianças e tínhamos ser punidos por malfetores alheios: quem não deve, não teme” (Helena Chagas, in “Na contramão”, *O Globo*, edição de 8/1/2001). “O Ministério Público está apenas fazendo seu trabalho. Está se excedendo? Promotores de Justiça com vontade de aparecer são a melhor novidade da República nestes últimos anos. Contrapartida direta da proliferação de corruptos e corruptores com vontade de não aparecer. Dizem que o Supremo derrubará a medida provisória intimidadora, mas só o fato de ela ter sido bolada e editada mostra como vivemos em tempos assustadoramente interessantes” (Luís Fernando Veríssimo, mimeo).

-
2. Ao discorrer sobre os graves casos de corrupção detectados durante a administração do Presidente norte-americano Harry S. Truman, Jules Abels destacou quatro pontos principais (*The Truman Scandals, Henry Regnery Company, Chicago, 1956, pp. 307-314, apud* Francisco Bilac Moreira Pinto, *Enriquecimento ilícito no Exercício de cargos públicos, Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp. 35-37*). De acordo com o primeiro, a corrupção, além de ter se disseminado entre grande número de funcionários públicos espalhados por todo o País, infestou a máquina arrecadadora de impostos, o que poderia gerar a irritação dos contribuintes e levá-los a uma evasão fiscal em massa. O segundo ponto demonstrava que a corrupção na administração Truman, além de epidêmica, formava uma faixa contínua que abrangia vários órgãos e era contagiosa. O terceiro ponto deixava claro que os escândalos não só eram epidêmicos, como também constituíam doença endêmica da administra-

institucionais, diga-se de passagem, escolhidos pelo Chefe do Executivo, o que acrescenta um indesejável componente político à estrutura organizacional do Ministério Público — mau-vezo que os defensores da “tese da prerrogativa” teimam em não extirpar.

Resistências à parte, foi editada a Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que conferiu nova redação ao parágrafo 2º do art. 84 do Código de Processo Penal (!?) e estendeu às ações de improbidade o foro por prerrogativa de função consagrado na esfera criminal. Por ser basilar que a legislação infraconstitucional somente pode elastecer a competência dos Tribunais quando expressamente autorizada pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do preceito³. O “esforço”, no entanto, não foi em vão. Essa singela alteração legislativa paralisou a grande maioria das ações de improbidade que tramitavam em todo o País, contribuindo para o desvanecimento de provas e a dilapidação de patrimônios, isto para não falar na formação de códigos paralelos de conduta, pois a indefinição do juízo competente inviabilizava a adoção de medidas coercivas sobre a esfera jurídica alheia, sedimentando uma confortável sensação de impunidade.

A tese, que continua a ser discutida no Congresso Nacional, desta feita no âmbito de uma reforma constitucional, perdeu muito do seu “brilho”. Explica-se: se em passado recente discutia-se o juízo competente para julgar os altos escalões do poder pela prática de atos de improbidade, hoje já se nega a própria possibilidade de virem a praticá-los. Essa interessante linha argumentativa foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal por meio da Reclamação nº 2.138/2002, alegando-se que: *a) o Tribunal é competente para processar os Ministros de Estado por crime de responsabilidade; b) qualquer atentado à probidade configura crime de responsabilidade e, conseqüentemente; c) o juiz federal de primeira instância, ao reconhecer-se competente para julgar Ministro de Estado que utilizara aviões da FAB para desfrutar momentos de lazer em Fernando de Noronha (praxe administrativa, segundo o agente), usurpou a competência do Tribunal.*

ção, pois eram conseqüência de uma filosofia de governo essencialmente política, visando sempre vencer a eleição seguinte e fortalecer o Partido Democrático, do qual dependiam os homens politicamente ambiciosos que cercavam o Presidente Truman. O quarto ponto, por sua importância, merece ser literalmente transcrito: *“consiste em que a administração de Harry Truman, longe de tomar medidas efetivas para aniquilar a corrupção, em alguns casos protegia os culpados, em outros permanecia indiferente, ou empregava a máquina da administração para bloquear e desviar os investigadores da corrupção. As fraudes foram reveladas, não por causa da administração, mas apesar dela.”*

-
3. ADI nº 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/09/2005. Na ocasião, com três votos vencidos (Gilmar Mendes, Eros Grau e Ellen Gracie, que defenderam a similitude entre ato de improbidade e crime de responsabilidade), o Tribunal decidiu que: a ação de improbidade tem natureza cível, enquanto o foro por prerrogativa de função restringe-se à seara penal; ao equiparar a ação civil por ato de improbidade à ação penal, a lei contrariou o art. 37, § 4º, da Constituição; o foro por prerrogativa pressupõe a atualidade do exercício da função, isto sob pena de transmutar-se em privilégio, ferindo o princípio da isonomia; o Legislativo não poderia, por via infraconstitucional, desautorizar o cancelamento da Súmula nº 394; e a competência do Supremo Tribunal Federal foi exaustivamente prevista na Constituição, somente podendo ser ampliada por emenda ou, pelo próprio Tribunal, com o auxílio da teoria dos poderes implícitos.

Apesar de o resultado da Reclamação já estar definido, isso por existirem seis votos a favor e apenas um contra (o do Ministro Carlos Velloso), o acolhimento da tese ainda permanece em aberto, já que o Tribunal sofreu consideráveis alterações em sua composição. O teor dos debates, no entanto, deixa evidente que o Tribunal não compactuará com a possibilidade de os altos escalões do poder responderem por atos de improbidade. Acresça-se ser igualmente factível que se estabeleça uma espécie de “apartheid jurídico”: os agentes políticos que, nos crimes de responsabilidade, tenham o foro por prerrogativa de função previsto na Constituição, não praticam atos de improbidade; os demais (leia-se: os Prefeitos Municipais), sim.

À luz desse quadro, aparentemente sacramentado, parece-nos relevante demonstrar o equívoco da tese (óbvio, não fosse o fato de estar sendo acolhida pelo Supremo Tribunal Federal) e, principalmente, a sua discrepância em relação ao papel diuturnamente desempenhado pela jurisdição constitucional na interpretação da Constituição. Com isso, espera-se demonstrar o pesado fardo a ser deixado pelo Supremo Tribunal Federal para a população brasileira, pois, como afirmou o Ministro Carlos Velloso, essa tese “é um convite para a corrupção”.

2. NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES COMINADAS NA LEI DE IMPROBIDADE

Com o evoluir das civilizações e a constante mutação das relações intersubjetivas, foi inevitável o aperfeiçoamento do regramento social. Outrora de proporções reduzidas, ao alcance e sob o controle de todos; hodiernamente, afigura-se elevado de complexidade ímpar, culminando em ser aglutinado em compartimentos normativos, os quais se encontram subdivididos conforme a natureza e a importância dos interesses tutelados.

Com esteio em tal concepção, formulou-se a dicotomia entre o público e o privado, bem como a inevitável repartição de cada um desses ramos consoante grau de especificidade que identificavam as novas ramificações como espécies do mesmo gênero, com pontos comuns de contato, mas igualmente com dissonâncias que desaconselhavam a análise e a disciplina de forma conjunta. No entanto, qualquer que seja o ramo em que esteja armazenada a norma de conduta, ela normalmente apresenta um componente indissociável, qual seja, uma sanção para a sua inobservância.

A sanção será passível de aplicação sempre que for identificada a subsunção de determinada conduta ao preceito proibitivo previsto de forma explícita ou implícita na norma. A sanção, pena ou reprimenda apresenta-se como o elo de uma grande cadeia, cujo desdobramento lógico possibilita a concreção do ideal de bem-estar social; caracterizando-se, ainda, como instrumento garantidor da soberania do direito, concebido este não como mero ideal abstrato, mas como fator perpétuo e indissociável do bem-estar geral.

Como se vê, sob o prisma ôntico, não há distinção entre as sanções cominadas nos diferentes ramos do direito, quer tenham natureza penal, civil, política ou

administrativa, pois, em essência, todas visam a recompor, coibir ou prevenir um padrão de conduta violado, cuja observância apresenta-se necessária à manutenção do elo de encadeamento das relações sociais.

Sob o aspecto axiológico, por sua vez, as sanções apresentarão diferentes dosimetrias conforme a natureza da norma violada e a importância do interesse tutelado, distinguindo-se, igualmente, consoante a forma, os critérios, as garantias e os responsáveis pela aplicação. Em suma, as sanções variarão em conformidade com os valores que se buscou preservar.

Caberá ao órgão incumbido da produção normativa, direcionado pelos fatores sócio-culturais da época, identificar os interesses que devem ser tutelados e estabelecer as sanções em que incorrerão aqueles que os violarem. Inexistindo um elenco apriorístico de sanções cuja aplicação esteja adstrita a determinado ramo do direito, torna-se possível dizer que o poder sancionador do Estado forma um alicerce comum, do qual se irradiam distintos efeitos, os quais apresentarão peculiaridades próprias conforme a seara em que venham a se manifestar.

No direito positivo pátrio, não são encontrados parâmetros aptos a infirmar a regra geral acima exposta, existindo unicamente sanções que são preponderantemente aplicadas em determinado ramo do direito. À guisa de ilustração, pode-se mencionar:

a) o cerceamento da liberdade do cidadão, normalmente sanção de natureza penal (art. 5º, XLVI, CF/1988), também é passível de ser utilizado como sanção contra o depositário infiel e o inadimplente do débito alimentar (art. 5º, LXVII, da CF/1988), erigindo-se como eficaz meio de coerção para o cumprimento de tais obrigações e, igualmente, como sanção disciplinar em relação aos militares, não podendo ser afastado nem mesmo com a utilização do *habeas corpus* (art. 142, § 2º, da CF/1988);

b) a infração aos deveres funcionais pode acarretar para o servidor público a perda do cargo, que poderá caracterizar uma sanção de natureza cível (art. 37, § 4º, da CF/1988), administrativa (art. 41, § 1º, II e III, da CF/1988) ou penal (art. 5º, XLVI, da CF/1988);

c) a suspensão dos direitos políticos pode apresentar-se como consequência de uma sanção penal (art. 15, III, da CF/1988) ou de uma sanção política (art. 85 da CF/1988 e Lei nº 1.079/1950).

No âmbito específico da improbidade administrativa, tal qual disciplinada na Lei nº 8.429/1992, as sanções serão aplicadas por um órgão jurisdicional, com abstração de qualquer concepção de natureza hierárquica, o que afasta a possibilidade de sua caracterização como sanção disciplinar (*rectius*: administrativa).

De acordo com o art. 12, a perda de bens ou valores de origem ilícita, o ressarcimento do dano, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e a proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público, são passíveis de aplicação por um órgão jurisdicional, restando analisar

se possuem natureza penal ou cível (*rectius*: extrapenal). À luz do direito posto, inclinamo-nos por esta última⁴, alicerçando-se tal concepção nos seguintes fatores:

a) o art. 37, § 4º, *in fine*, da Constituição, estabelece as sanções para os atos de improbidade e prevê que estas serão aplicadas de acordo com a gradação prevista em lei e “sem prejuízo da ação penal cabível”;

b) regulamentando esse dispositivo constitucional, dispõe o art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 que as sanções serão aplicadas independentemente de outras de natureza penal;

c) as condutas ilícitas elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, ante o emprego do vocábulo “notadamente”, tem caráter meramente enunciativo,

4. No mesmo sentido: STJ, 6ª T., REsp. nº 161.322/PE, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 7/3/2002, DJ de 16/9/2002; 6ª T., HC nº 13.894/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 21/2/2002, DJ de 22/4/2002, p. 260; 1ª T., MC nº 3.018-60, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 10/4/2001, DJ de 17/9/2001, p. 108; 6ª T., REsp. nº 150.329, rel. Min. Vicente Leal, j. em 2/3/1999, DJ de 5/4/1999; 1ª Seção, AGRRL nº 748-SP, rel. Min. Peçanha Martins, j. em 13/6/2001, DJ de 10/9/2001. A 2ª Turma do STJ, por ocasião do julgamento do AGRMC nº 2.840-SP, ocorrido em 2/8/2001, publicado no DJ de 17/9/2001, p. 128, sendo relatora a Min. Eliana Calmon, deixou assentado que “decidida pela Corte Especial a competência da Primeira Seção para o julgamento de cautelares oriundas de processo de natureza civil, onde se questiona improbidade administrativa e já extinto o mandato do Prefeito, perde o objeto a ação cautelar”. A Corte Especial do STJ, do mesmo modo, já decidiu que não há usurpação de competência do Tribunal em caso de “inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público para apurar atos de improbidade administrativa cuja prática é atribuída a agentes políticos que, em instância penal e em sede de mandado de segurança, são jurisdicionados originariamente do Superior Tribunal de Justiça. A competência originária do STJ está arrolada no art. 105, I, da Constituição Federal, não comportando extravasamento que ultrapasse os rígidos limites nele fixados” (Rec. nº 580/GO, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 17/10/2001, DJ de 18/2/2002, p. 210). Na doutrina: José Antonio Lisboa Neiva, *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005, p. 26; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 52; George Sarmento, *Improbidade administrativa*, Porto Alegre: Editora Síntese, 2002, p. 192; Sérgio Monteiro Medeiros, *Lei de improbidade. Comentários e anotações jurisprudenciais*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 3; Fábio Medina Osório, *Improbidade administrativa. Observações sobre a Lei 9.429/1992*, 2ª ed., Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, pp. 217-224; Marino Pazagli Filho e alii, *Improbidade administrativa, aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, 4ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 135; Marino Pazzagli Filho, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 115; Carlos Frederico Brito dos Santos, *Improbidade administrativa, reflexões sobre a Lei nº 8.429/1992*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1; Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa, comentários à Lei 8.429/1992 e Legislação complementar*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 87; Wallace Paiva Martins Júnior, *Probidade administrativa*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 255; Antonio José de Mattos Neto, “Responsabilidade Civil por Improbidade Administrativa”, RT-752/31; José Augusto Delgado, “Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa”, in *Improbidade administrativa, questões polêmicas e atuais*, org. por Cássio Scarpinelle Bueno e alii, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 211; Sérgio Ferraz, “Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa”, in *Improbidade administrativa, questões polêmicas e atuais*, p. 370; José Nilo de Castro, “Improbidade administrativa municipal”, in *Caderno de Direito Municipal* nº 8/2000, p. 82; Fábio Konder Comparato, “Ações de improbidade administrativa”, RTDP nº 26/153; José Guilherme Giacomuzzi, *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública, o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 179; Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho, *Discrecionalidade administrativa, ação de improbidade & controle principiológico*, Curitiba: Editora Juruá, 2004, pp. 134/136 e “A eficácia social da atuação

o que apresenta total incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade que rege a seara penal⁵, segundo o qual a norma incriminadora deve conter expressa e prévia descrição da conduta criminosa;

d) o processo criminal atinge de forma mais incisiva o *status dignitatis* do indivíduo, o que exige expressa caracterização da conduta como infração penal, sendo relevante frisar que ela produzirá variados efeitos secundários;

e) a utilização do vocábulo “pena” no art. 12 da Lei nº 8.429/92 não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude com o direito penal é meramente semântica;

f) a referência a “inquérito policial” constante do art. 22 da Lei nº 8.429/92 também não permite a vinculação dos ilícitos previstos neste diploma legal à esfera penal, já que o mesmo dispositivo estabelece a possibilidade de o Ministério Público requisitar a instauração de processo administrativo e não exclui a utilização do inquérito civil previsto na Lei nº 7.347/85, o que demonstra que cada qual será utilizado em conformidade com a ótica de análise do ilícito e possibilitará a colheita de provas para a aplicação de distintas sanções ao agente;

g) a aplicação das sanções elencadas no art. 12 da Lei de Improbidade pressupõe o ajuizamento de ação civil (art. 18), possuindo legitimidade ativa *ad causam* o Ministério Público e o ente ao qual esteja vinculado o agente público, enquanto que as sanções penais são aplicadas em ações de igual natureza, tendo legitimidade, salvo as exceções constitucionais, unicamente o Ministério Público.

do Ministério Público no combate à improbidade Administrativa”, RDA-227/253; Walter Claudius Rothenburg, “Ação por improbidade administrativa: aspectos de relevo”, in *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/1992*, org. por José Adércio Leite Sampaio et alii, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p. 462/466); Carlos Eduardo Terçarolli, *Improbidade administrativa no exercício das funções do Ministério Público*, Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 75; e Benedicto de Tolosa Filho, *Comentários à lei de improbidade administrativa*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp 42-46 e 134. Flávio Sátiro Fernandes (“Improbidade administrativa”, RDA-210/177) fala em sanções de natureza política ou cível. Francisco Octavio de Almeida Prado (*Improbidade administrativa*, São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 20-29) sustenta que a disciplina básica dos atos de improbidade, não obstante a existência de pontos de tangenciamento com o direito civil (v.g.: reparação do dano), encarta-se no direito público, e mais precisamente no âmbito do direito administrativo, situando-se as sanções cominadas no âmbito do direito administrativo sancionador. Fernando Rodrigues Martins (ob. cit., p. 83) entende que as sanções tem natureza civil (ressarcimento, perdimento e multa), administrativa (perda da função e proibição de contratar) e constitucional (suspensão dos direitos políticos), entendimento que é encampado por Waldo Fazzio Júnior (*Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*, São Paulo: Atlas, 2001, pp. 47 e 296), para quem há um consórcio de penalidades civis, políticas e administrativas. José Jairo Gomes, (“Apontamentos sobre a Improbidade Administrativa”, in *Improbidade Administrativa, 10 anos da Lei nº 8.429/1992*, p. 258) as identifica como sendo sanções de “responsabilidade por ilícito civil-administrativo, de natureza *sui generis*”. Affonso Ghizzo Neto (*Improbidade administrativa e lei de responsabilidade fiscal*, Florianópolis: Habitus, 2001, p. 83) visualiza uma natureza administrativa-disciplinar. O STJ, por sua 3ª Seção, em posição isolada, também entendeu que a Lei nº 8.429/1992 dispõe sobre ilícitos penais (MS nº 6.478, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 26/4/2000, DJ de 29/5/2000)..

5. Art. 5º, XXXIX, da CF/1988.

Em que pese à sua natureza extrapenal, a aplicação das sanções cominadas na Lei de Improbidade, não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, que sempre assumirá uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que este, como visto, deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão.

A questão ora estudada, longe de apresentar importância meramente acadêmica, possui grande relevo para a fixação do rito a ser seguido e para a identificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar a lide, já que parcela considerável dos agentes ímprobos goza de foro por prerrogativa de função nas causas de natureza criminal⁶.

Identificada a natureza cível das sanções a serem aplicadas, inafastável será a utilização das regras gerais de competência nas ações que versem sobre improbidade administrativa, o que culminará em atribuir ao Juízo monocrático, *v. g.*, o processo e o julgamento das causas em que o Presidente da República⁷, o Procurador-Geral da República⁸, Senadores⁹, Deputados Federais¹⁰, Prefeitos¹¹,

6. Nos crimes comuns, o Prefeito será julgado perante o Tribunal de Justiça (art. 29, X, da CF/1988); os membros do Congresso Nacional perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, b, da CF/1988); o Governador e os membros dos Tribunais Regionais Federais, Regionais do Trabalho e de Justiça perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, a, da CF/1988), etc.

7. STF, AGRG em Petição nº 693-4, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 12/8/1993, DJ de 1º/3/1996, p. 5.013. Em reiteradas oportunidades, o STF decidiu que não é competente para processar e julgar as ações populares ajuizadas em face do Presidente da República (Petições nº 2.239/RS, DJU de 2/2/01; 1.546/RJ, 1.282 (AgRg)/RJ, 713/RJ, 682/MS e 626/MG).

8. TRF-1ª R., AG nº 01000132274/DF, DJ de 4/5/2001, p. 640.

9. STF, AGRG em Reclamação nº 1.110-1, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/11/1999, DJ de 7/12/1999, p. 58. Lê-se, na ementa do julgado, que “o Supremo Tribunal Federal – mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns – não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas. Precedentes”.

10. STF, Inq. nº 1.205-5, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 21/2/1997, DJ de 4/3/1997, p. 4.800-1, e STF, Pleno HC nº 80.112-PR, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 1º/8/2000, DJ de 17/11/2000. Neste último caso, o *writ* havia sido impetrado visando ao trancamento de inquérito civil público instaurado para apurar a prática de atos de improbidade em que se vislumbrava o envolvimento de Deputado Federal. Anteriormente ao julgamento, o Tribunal foi cientificado do ajuizamento, em primeira instância, de “ação civil pública declaratória de ato de improbidade administrativa e ressarcimento por dano causado ao patrimônio público, com pedido de liminar de indisponibilidade e de afastamento de cargo público”. Ao final, não vislumbrando qualquer usurpação de sua competência, terminou por denegar a ordem, à unanimidade, ante a inexistência de ameaça ao direito de ir e vir do paciente. Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence ressaltou ser “óbvio que do inquérito civil para apurar improbidade administrativa pode resultar a colheita de elementos informativos de natureza criminal”, mas deixava claro “que a circunstância de o fato a apurar ter repercussões penais não elide a possibilidade do inquérito civil e só por si não desloca para o Supremo Tribunal Federal a competência para realizá-lo”.

11. STJ, 6ª Turma, RMS nº 6.208, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 10/11/1998, DJ de 15/3/1999. Não merece ser acolhida a tese de que os amplos termos do art. 29, X, da CF/1988 (“julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça”) impediriam que o Prefeito fosse julgado pelo juiz monocrático por atos de improbidade. Tem-se, aqui, aquilo que Larenz (*in Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 535) denominou de “lacuna oculta”, presente sempre que “a lei contém precisamente uma regra aplicável a casos

Conselheiros dos Tribunais de Contas¹², membros dos Tribunais Regionais do Trabalho¹³ e Juízes de Tribunais Regionais Federais¹⁴ figurem no pólo passivo.

Há quem procure sustentar a aplicabilidade do foro por prerrogativa de função nesta seara sob o argumento de que a severidade das sanções cominadas o justificaria, pois teriam “forte conteúdo penal”¹⁵. Essa tese, no entanto, possui maior alicerce na emoção que propriamente na razão. Com efeito, o caráter penal ou extrapenal de determinada sanção, como vimos, é determinado pela opção política do legislador, não propriamente por sua severidade (*rectius*: real perspectiva de efetividade, o que em muito justifica o temor de alguns). Além

desta espécie, mas que, segundo o seu sentido e fim, não se ajusta a este determinado grupo de casos, porque não atende à sua especificidade, relevante para a valoração”. Essa “lacuna oculta” será preenchida a partir da interpretação da disposição normativa, norteada, principalmente, por critérios teleológico-sistemáticos. Especificamente em relação aos preceitos constitucionais que dispõem sobre o foro por prerrogativa de função, constata-se a observância de duas diretrizes básicas: referem-se à matéria criminal e a algumas causas em que haja restrição de direitos fundamentais do cidadão, sendo a autoridade contemplada com o foro especial a responsável pela coação (*v.g.*: mandado de segurança, *habeas corpus*, etc.). Em nenhum momento a Constituição prestigiou entendimento tão amplo quanto aquele sugerido pelos defensores da tese de que o Prefeito não poderia ser julgado em 1ª instância por atos de improbidade. À simples e cômoda interpretação literal do art. 29, X, da CF/1988 deve ser preferida aquela que desvende a sua *ratio* e preserva a harmonia do sistema, o que terminará por afastar a iniquidade que surgiria com a conclusão de que o Prefeito, em flagrante dissonância do princípio da isonomia, é o único agente público no Brasil a gozar de foro especial para o julgamento dos atos de improbidade. A 2ª Turma do STJ, do mesmo modo, já decidiu que “o Prefeito Municipal só tem o Tribunal de Justiça como seu juiz natural nas ações penais, e não nas cíveis” (ROMS nº 2.621/PR, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 15/5/1997, DJ de 23/06/1997, RSTJ 98/140). Na ocasião, afirmou o relator: “ora, como bem asseverou o eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, ao proferir o seu voto-condutor no RMS n. 1.981/AM, ‘a regra contida no art. 29, VIII, da Constituição Federal deve ser interpretada com temperamento, de forma sistemática e integrativa a outros princípios constitucionais, por isso que compete ao Tribunal de Justiça julgar o Prefeito Municipal apenas no pertinente aos crimes comuns’ (1ª Turma do STJ, unânime, publicado na RSTJ 58/167)”. No mesmo sentido: Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, pp. 260-261.

-
12. STJ, Corte Especial, Rec. nº 780/AP, rel. Min. César Asfor Rocha, red. des. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 7/11/2001, DJ de 7/10/2002.
 13. STJ, Corte Especial, Rec. nº 591, rel. Min. Nilson Naves, j. em 12/12/1999, DJ de 15/5/2000. Em parecer sobre o tema, Paulo Brossard sustenta a competência do STJ para processar e julgar membro de Tribunal Regional do Trabalho por ato de improbidade (*in* revista *Interesse Público* nº 2/108). Aduz, em síntese, que apesar de as sanções da Lei nº 8.429/1992 terem natureza cível, deve ser realizada uma “construção constitucional” visando à utilização das regras de competência relativas à matéria criminal (ante a parcial similitude dos efeitos da decisão – perda do cargo e suspensão dos direitos políticos), pois, em que pese reconhecer a não aceitação de uma interpretação extensiva em tal seara, “a Constituição não é aleijada”, postulado este que certamente seria violado fosse admitido que um juiz inferior julgasse outro de hierarquia superior, isto em nítida afronta ao sistema constitucional consagrado de 1824 a 1988, máxime quando possa resultar em perda do cargo de juiz. Não obstante o brilho dos argumentos, entendemos que a capacidade de criação do direito é deferida ao legislador, não ao intérprete, motivo pelo qual não encampamos quer as premissas, quer a conclusão.
 14. STJ, Corte Especial, HC nº 22.342/RJ, rel. Min. Félix Fischer, j. em 18/9/2002, DJ de 23/6/2003, p. 231.
 15. Nesse sentido: Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, “Competência para julgar ação de improbidade administrativa”, *in* *Revista de Informação Legislativa* nº 138/213.

disso, não se nos afigura possível igualar, porquanto vegetais, frutas e leguminosas, pois cada qual possui suas características intrínsecas. A competência, do mesmo modo, e isto é importante repetir, é determinada em conformidade com a natureza da matéria versada, o que impede a extensão do foro por prerrogativa de função, sob os auspícios de uma pseudo “força de compreensão”, às ações de natureza cível.

3. ATOS DE IMPROBIDADE E CRIMES DE RESPONSABILIDADE: NOÇÕES DISTINTAS E INCONFUNDÍVEIS

A tese de que a Lei de Improbidade veicularia crimes de responsabilidade encontrou pouco prestígio na doutrina¹⁶ e nenhuma adesão na jurisprudência. A primeira dificuldade que se encontra é identificar o que venham a ser crimes de responsabilidade, proposição que enseja não poucas dúvidas e perplexidades. Para o Presidente da República, crime de responsabilidade é uma infração político-administrativa que o sujeita a um julgamento político (sem necessidade de fundamentação) perante o Senado Federal¹⁷. Para o Ministro de Estado, é uma infração associada a atos políticos e administrativos que o sujeita a um julgamento totalmente jurídico (com a necessidade de fundamentação) perante o Supremo Tribunal Federal¹⁸. Para o Prefeito Municipal, é um crime comum, que o sujeita a uma pena de prisão¹⁹. E para os Senadores, Deputados e Vereadores? Não é nada. Em outras palavras, esses agentes não se enquadram

16. Para Álvaro Lazzarini (*Temas de direito administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64) tais sanções têm natureza política, com o que não concordamos, ante a natureza do órgão que as aplicará e a necessidade de fundamentação da decisão a ser proferida (art. 93, IX, da CF/1988), o que possibilita seu reexame por outro órgão em havendo irresignação; elementos estes incompatíveis com uma decisão essencialmente política. Ives Gandra da Silva Martins (*Aspectos procedimentais do instituto jurídico do ‘impeachment’ e conformação da figura da improbidade administrativa*, in RT n° 685/287) sustenta que as sanções teriam natureza penal, já que a Lei n° 8.429/1992 tipifica verdadeiros crimes de responsabilidade. Sérgio de Andréa Ferreira (*A Probidade na Administração Pública*, in Boletim de Direito Administrativo, agosto/2002, 623), do mesmo modo, afirma que “os atos de improbidade são espécies do mesmo gênero dos crimes de responsabilidade e das infrações político-administrativas”.

17. Art. 52, I e parágrafo único, da CF/1988.

18. Art. 102, I, c, da CF/1988.

19. Art. 1° do Decreto-Lei n° 201/1967. O mesmo diploma normativo, em seu art. 4°, fala nas “*infrações-político-administrativas dos Prefeitos Municipais*”, o que se assemelharia aos crimes de responsabilidade da Lei n° 1.079/1950. Nesse sentido: “Penal. Processual Penal. Prefeito: Crime de Responsabilidade. D.L. 201, de 1967, artigo 1°: crimes comuns. I. – Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1° do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1°), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1°, § 1°) e o processo é o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art. 2°). No art. 4°, o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pelo Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade. II. – A ação penal contra

na tipologia dos crimes de responsabilidade, estando sujeitos, unicamente, ao controle político realizado no âmbito do próprio Parlamento, o que, eventualmente, pode resultar na perda do mandato²⁰.

A partir dessa constatação inicial, já se pode afirmar que a “tese” prestigiada por inúmeros Ministros do Supremo Tribunal Federal não comporta uma resposta linear, pois, para alguns agentes, o crime de responsabilidade ensejará um julgamento jurídico e, para outros, um julgamento político, isto para não falarmos naqueles que sequer são alcançados pela tipologia legal.

Avançando nos alicerces estruturais da curiosa e criativa “tese”, argumenta-se que boa parte dos atos de improbidade definidos na Lei nº 8.429/92 encontra correspondência na tipologia da Lei nº 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade, o que seria suficiente para demonstrar que a infração política absorveria o ato de improbidade. Além disso, o próprio texto constitucional, em seu art. 85, V, teria recepcionado esse entendimento ao dispor que o Presidente da República praticaria crime de responsabilidade sempre que atentasse contra a probidade na Administração, possibilitando o seu *impeachment*. Como o parágrafo único do último preceito dispõe que esse tipo de crime seria definido em “lei especial”, nada mais “natural” que concluir que a Lei de Improbidade faz as vezes de tal lei. Afinal, se é crime de responsabilidade atentar contra a probidade, qualquer conduta que consubstancie improbidade administrativa será, em última *ratio*, crime de responsabilidade.

Com a devida vênia daqueles que encampam esse entendimento, não tem ele a mínima plausibilidade jurídica. Inicialmente, cumpre manifestar um certo alívio na constatação de que os crimes contra a Administração Pública tipificados em “leis especiais”, que consubstanciam evidentes manifestações de desprezo à probidade, não foram considerados crimes de responsabilidade!

O *impeachment*, desde a sua gênese, é tratado como um instituto de natureza político-constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar²¹. Os crimes de responsabilidade,

prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato. III. – Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV. – HC indeferido.” (STF, Pleno, HC nº 60.671/PI, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/05/1995).

20. Como única exceção, pode ser mencionado o crime de responsabilidade passível de ser praticado pelo Presidente da Câmara dos Vereadores que gastar mais de 70% de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com subsídio de seus Vereadores (art. 29-A, §§ 1º e 3º, da CF/1988).
21. Essa constatação é reforçada pela redação do art. 42 da Lei nº 1.079/1950: “A denúncia só poderá ser recebida se o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo”. Deixando o cargo, suprimida estaria a responsabilidade política do agente. O art. 3º da Lei nº 1.079/1950 ressaltou, de forma expressa, que ainda seria possível o julgamento do agente, perante o órgão jurisdicional competente, em tendo praticado crime comum. Não bastasse isto, o art. 52, parágrafo único, da Constituição, dispõe que, no julgamento dos crimes de responsabilidade imputados ao Presidente e ao Vice-Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, ao Procurador-Geral da República e ao Advogado-Geral da União, “funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida

do mesmo modo, consubstanciam infrações políticas, sujeitando o agente a um julgamento de igual natureza. Nesse sentido, aliás, dispunha a Exposição de Motivos que acompanhava a Lei nº 1.079/1950, ao tratar do *iter* a ser seguido na persecução dos crimes de responsabilidade, que “ao conjunto de providências e medidas que o constituem, dá-se o nome de processo, porque este é o termo genérico com que se designam os atos de acusação, defesa e julgamento, mas é, em última análise, um processo *sui generis*, que não se confunde e se não pode confundir com o processo judiciário, porque promana de outros fundamentos e visa outros fins”²².

Entender que ao Legislativo é defeso atribuir conseqüências criminais, cíveis, políticas ou administrativas a um mesmo fato, inclusive com identidade de tipologia, é algo novo na ciência jurídica. Se o Constituinte originário não impôs tal vedação, será legítimo ao pseudo-intérprete impô-la? E o pior, é crível a tese de que a Lei nº 1.079/1950 é especial em relação à Lei nº 8.429/1992, culminado em absorver a última? Não pode o agente público responder por seus atos em diferentes esferas, todas previamente definidas e individualizadas pelo Legislador? Como é fácil perceber, é por demais difícil sustentar que uma resposta positiva a esses questionamentos possa ser amparada pela Constituição, pela moral ou pela razão.

Não se pode perder de vista que a própria Constituição fala, separadamente, em “atos de improbidade”²³ e em “crimes de responsabilidade”²⁴, remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional²⁵. Como se constata, por imperativo

por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”. À luz desses preceitos, resta incontroversa a dicotomia e a independência entre as instâncias política e jurisdicional.

22. “El enfrentamiento y discusión política se traslada de la sede parlamentaria a los tribunales y, por ende, a la opinión pública a través de los medios de comunicación. Pero, sobre todo se confunden dos conceptos radicalmente diferentes: la responsabilidad política y la penal. El segundo es una responsabilidad subjetiva, por culpa o dolo, y la primera es una responsabilidad objetiva que además de culpa y dolo incluye la responsabilidad in vigilando e in eligendo. El proceso de exigencia es diferente, la responsabilidad penal requiere la fijación nítida y firme de los hechos hasta conducir a un convencimiento judicial de la culpabilidad, mientras que la responsabilidad política requiere sólo el convencimiento político-moral de tal culpabilidad. El parámetro de juicio es diverso, el de la responsabilidad judicial es el ordenamiento jurídico penal (que incluye únicamente las conductas que merecen el máximo desvalor por parte de la sociedad), mientras que en la política el parámetro de juicio es un código de conducta más vinculado a la moral y ética públicas. En fin, tras esta construcción subyace una identificación absolutamente inaceptable y que no resiste el más mínimo juicio desde una perspectiva democrática: la identificación entre inocencia política e inocencia penal. Esta identificación lleva a la aberrante conclusión de que los responsables políticos pueden desempeñar su cargo como quieran siempre que sus conductas no signifiquen la comisión de un delito” (Rafael Bastos Gisbert, “La corrupción de los gobernantes: responsabilidad política y responsabilidad penal, in *La Corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, org. por Eduardo A. Fabián Caparrós, Salamanca: Ratio Legis, 2000, p. 37).

23. Arts 15, V, e 37, § 4º, da CF/1988.

24. Arts. 29, §§ 2º e 3º; 50, *caput* e § 1º; 52, I; 85, *caput* e parágrafo único; 86, *caput* e § 1º, II; 96, III; 100, § 6º; 102, I, c; 105, I, a; 108, I, a; e 167, § 1º, da CF/1988.

25. Arts. 37, § 4º e 85, parágrafo único, da CF/1988.

constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, a serem aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em *bis in idem*.

Com escusas pela obviedade, pode-se afirmar que a Lei nº 1.079/1950 é a lei especial a que refere o parágrafo único do art. 85 da Constituição, enquanto a Lei nº 8.429/1992 é a lei a que se refere o § 4º do art. 37.

Os agentes políticos, assim, são sujeitos ativos em potencial dos atos de improbidade, conclusão, aliás, que encontra ressonância nos termos extremamente amplos do art. 2º da Lei de Improbidade: “*reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.*”

Apesar da clareza desses argumentos, ainda se deve perquirir se seria (ética e moralmente) permitido ao intérprete último da Constituição construir uma interpretação semelhante àquela que vem paulatinamente delineando.

4. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação jurídica reflete um processo intelectualivo que permite sejam alcançados conteúdos normativos a partir de fórmulas lingüísticas²⁶, indicativo de que o intérprete constrói a norma com observância de um dado balizamento: o texto normativo²⁷. O intérprete identifica a fonte de direito, associa a disposição normativa à realidade e, a partir de uma operação mental, individualiza a norma²⁸. Essa atividade não reflete propriamente uma “(re)produção”²⁹, pois o

26. Na síntese de Karl Korinek, “*interpretação jurídica é como um processo mental para compreender*” [Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in Staatsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag, Wien: Manzsche Verlags, 1991, p. 363 (365)].

27. Cf. Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 8ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 254.

28. Cf. Vergottini, *Diritto costituzionale*, 3ª ed., Padova: CEDAM, 2001, p. 163. Segundo o autor, a interpretação é o “*perfil dinâmico*” da fonte. A interpretação, no entanto, não se confunde com a aplicação: “*interpretar equivale a preparar o iter que produzirá em cada caso a norma ad hoc, mas finaliza quando o sujeito intérprete decide entre as soluções possíveis: a partir daqui, o momento que vivemos é o da aplicação e não outro*” (Raúl Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 13)..

29. Em sentido contrário: Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 82. Nas palavras de Savigny, a interpretação é a “*reconstrução do conteúdo da lei*” (Metodologia Jurídica (*Juristische methodenlehre*), trad. de Heloísa da Graça Buratti, Editora Rideel, p. 25).

texto não possui um sentido imanente³⁰, em que a atividade do intérprete se limitaria a mostrar o seu conteúdo³¹.

Sob a epígrafe da interpretação jurídica podem ser incluídos dois sentidos distintos: a) a análise do significado de um conjunto de dados lingüísticos e, mais especificamente, de textos normativos; e b) o ato pelo qual se produz uma norma particular a partir da concretização de uma disposição normativa geral e abstrata³². Esse processo, por sua vez, sofre a influência de fatores práticos, teóricos e ideológicos³³, que refletem, respectivamente, a realidade, a metodologia jurídica e os valores prestigiados pelo intérprete.

A interpretação jurídica, assim, deve ser concebida como um processo aberto, não de submissão a um conteúdo estruturalmente definido ou, mesmo, de recepção de uma ordem previamente dada³⁴. A operação conducente à identificação do conteúdo da norma assume uma feição necessariamente criativa³⁵: não no sentido da edição de uma norma geral a partir de um vazio legislativo, mas como reflexo da integração da atividade do intérprete àquela iniciada pelo legislador.

Não é por outra razão que se atribui ao intérprete um poder de nível idêntico ao da autoridade que editou a disposição normativa objeto de interpretação: “o intérprete da lei detém um poder legislativo e o intérprete da Constituição um Poder Constituinte”³⁶. As opções valorativas do intérprete terminam por aperfeiçoar os contornos semânticos da disposição normativa, assumindo vital importância na construção do seu conteúdo³⁷: poder constituinte e intérprete — em momentos que, embora sucessivos, integram uma unicidade operativa — são os responsáveis pela individualização da norma constitucional.

O reconhecimento da força normativa da Constituição e a necessidade de determinar o seu significado bem demonstram que a interpretação constitucional

30. Cf. Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 594.

31. Cf. Friedrich Müller, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 3ª ed., trad. de Peter Naumann, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, pp. 53/54.

32. Cf. Otto Pfersmann, *Esquisse d’une Théorie des Droits Fondamentaux*, in *Droits des libertés fondamentaux*, org. por Louis Favoreau, 2ª ed., Paris: Dalloz, 2002, p. 83 (83/84)..

33. Cf. Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, 1ª ed., reimp., Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p. 18.

33. Cf. Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, 1ª ed., reimp., Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p. 18.

34. Cf. Peter Häberle, *Hermenêutica Tradicional — A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição (Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation)*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, 1ª reimp., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30.

35. Cf. Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*, trad. de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 61.

36. Hamon, Troper e Burdeau, *Manuel de droit constitutionnel*, 27ª ed., Paris: L.G.D.J, 2001, p. 59.

37. Cf. Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Madrid: Cuadernos Civitas, 2001, p. 83.

em muito se assemelha à interpretação jurídica em geral. As especificidades, no entanto, não permitem uma ampla e irrestrita superposição entre essas figuras. Apesar de igualmente voltada ao delineamento da norma, a interpretação constitucional é diretamente influenciada pelo caráter fundante da Constituição, que ocupa uma posição de preeminência na hierarquia do sistema, sendo este um nítido diferencial em relação à interpretação das demais espécies normativas³⁸. A supremacia constitucional é um claro indicativo de que o processo de concretização das normas constitucionais, incluindo a atividade interpretativa, apresenta funções e métodos próprios, conferindo-lhe algumas características de inegável singularidade.

Acresça-se que a interpretação constitucional sofre a ação de três elementos hermenêuticos que apresentam uma operatividade mais limitada no âmbito da interpretação jurídica em geral. São eles a evolutividade, a politicidade e a extrema sensibilidade axiológica³⁹. A evolutividade sofre a influência dos contornos acentuadamente abertos das disposições constitucionais, o que lhes assegura grande mobilidade e um grande poder de adaptação aos circunstancialismos presentes no momento de sua aplicação. A politicidade está associada ao fato de a ordem constitucional regular as principais “*portas de entrada*” da política na esfera do direito, que são a organização dos órgãos de soberania e o processo de elaboração normativa. Quanto ao fator axiológico, é possível afirmar que as Constituições modernas, sectárias do pluralismo político e que buscam harmonizar uma multiplicidade de padrões ideológicos, ao que se soma a estrutura demasiado aberta de suas disposições, são o campo propício à proliferação de valores, de indiscutível relevância na concretização do seu conteúdo.

Interpretação e modificação refletem os dois níveis de desenvolvimento constitucional, sendo necessariamente influenciadas pelas “*cristalizações culturais*” do meio social⁴⁰. Assim, é absolutamente normal que disposições constitucionais idênticas sejam interpretadas de forma diferente no tempo e no espaço, permitindo que de um mesmo texto sejam extraídos conteúdos distintos conforme a cultura em que apareça⁴¹.

A interpenetração entre texto normativo e realidade é um claro indicativo de que a norma constitucional não é atemporal ou indiferente aos padrões sociais do momento de sua aplicação. Ainda que a Constituição formal apresente uma vocação à perenidade, característica inerente à própria concepção de constitucionalismo, as normas dela extraídas não assumem um contorno idêntico. A norma constitucional é volátil, sustentando-se a partir de um discurso argumentativo contemporâneo à realidade que direciona a sua concretização⁴².

38. Cf. Aguila, *Cinq questions...*, in RFDC nº 21, p. 9 (15), 1995.

39. Cf. Canosa Usera, *Interpretación...*, p. 106.

40. Cf. Peter Häberle, *Teoría de la constitución como ciência de la cultura*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 44.

41. Cf. Häberle, *Teoría de la Constitución...*, p. 45.

42. Como afirmou Hesse, “*não há interpretação da Constituição independentemente de problemas concretos*” (*Elementos de Direito Constitucional...*, p. 62)..

A integração entre os planos real e jurídico também se faz sentir na orientação constitucional aberta, representada por HÄBERLE com a tensão entre o possível (potencialidades normativas do texto), o necessário (reflete as pré-compreensões e aspirações do intérprete) e o real (os condicionamentos de ordem circunstancial)⁴³. Entre esses fatores produz-se-á tanto uma relação de concorrência, como, sobretudo, de cooperação, exigindo seja identificada a “*dose correta*” de cada um deles para que o processo de concretização seja corretamente finalizado: uma “*boa*” exegese constitucional tenderá a ser o resultado dessa tríade cognitiva.

A Constituição, corretamente interpretada, alcançará um “*final feliz*” (*happy ending*), noção indicativa daquilo que a justiça ou a filosofia política requer⁴⁴, vale dizer, corresponderá aos valores supremos ou históricos que inspiram a ordem jurídica⁴⁵. A partir da atividade desenvolvida pelo intérprete, a Constituição, como o direito, pode ser justa ou injusta, conclusão que será alcançada com a realização de um juízo valorativo voltado à interação entre disposição normativa e realidade⁴⁶. Em outras palavras, somente será possível concluir pela justiça ou injustiça de uma disposição constitucional ao final do processo de concretização. O objetivo da interpretação constitucional é conduzir o operador do direito à obtenção de um resultado racionalmente justificável e constitucionalmente correto.

A importância da interpretação constitucional decorre de três fatores principais⁴⁷: a) a indeterminação de sentido do texto, que pode ser vago ou ambíguo, absorvendo uma pluralidade de conteúdos, isto sem olvidar que as disposições constitucionais são acentuadamente conflitantes; b) a irrelevância da intenção dos constituintes e c) a evolução das concepções políticas e sociais, exigindo a contínua atualização do conteúdo normativo da Constituição.

5. IDEOLOGIA DINÂMICA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Entrando em vigor, a Constituição assume individualidade própria e desprende-se da vontade constituinte: o conteúdo da ordem constitucional é

43. *Pluralismo y constitución. estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta (Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft)*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, pp. 59 e ss.

44. Cf. James. E. Fleming, “*Constitutional tragedy in dying: or whose tragedy is it, anyway?*”, in *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, org. por William N. Eskridge Jr. e Sanford Levinson, New York: New York University Press, 1998, p. 162 (168)..

46. Cf. Francesco Carnelutti, “*Il primato del diritto*”, in *Discorsi Intorno al Diritto*, Padova: CEDAM, 1937, pp. 16/17. Nas palavras do autor, “*a justiça é como a beleza: provavelmente aquele tanto de divino que nós procuramos vincular à forma humana*”.

47. Cf. Hamon, Troper e Burdeau, *Manuel...*, p. 57.

encontrado a partir de seu texto, não do elemento anímico que influenciou o poder responsável pela sua elaboração.

Longe de ser um instrumento de regulação meramente sazonal, a Constituição é vocacionada à continuidade, devendo acompanhar o Estado em todas as suas vicissitudes históricas, sociais e culturais. No entanto, se o texto (programa da norma) é o mesmo, como assegurar a sobrevivência da ordem constitucional em realidade (âmbito da norma) distinta daquela contemporânea à sua entrada em vigor? Como regular situações futuras, desconhecidas quando do surgimento da Constituição? Em uma palavra, com a sua *interpretação*.

A Constituição, ainda que estática no texto, é dinâmica no conteúdo⁴⁸, estando o seu evoluir dependente de uma interpretação prospectiva, vale dizer, de uma identificação de sentido contemporânea à sua aplicação. Fosse prestigiado o seu sentido originário, ignorando-se todo o processo evolutivo da sociedade, o *dever ser* se distanciaria de tal modo do *ser* que terminaria por transmutar-se em algo *impossível de ser*. Tal ocorrendo, a Constituição não mais poderia subsistir, acarretando a ruptura da ordem constitucional, efeito inevitável na medida em que as alterações na vida social são mais céleres que as alterações promovidas nas disposições constitucionais.

Observado o balizamento fixado pelo texto constitucional, é ampla a liberdade do intérprete na sua constante releitura, permitindo que, sem acréscimos, modificações ou supressões, seja a Constituição continuamente atualizada.

Wróblewski⁴⁹ atribuiu a essa concepção o designativo de *ideologia dinâmica de interpretação jurídica*, contrapondo-a à *ideologia estática de interpretação jurídica*. A primeira defende a adaptação do direito às necessidades da vida social, desprendendo-o do legislador histórico; a segunda, por sua vez, prestigia os valores básicos de certeza e estabilidade, vinculando a norma à vontade do legislador histórico e não admitindo seja ela atualizada pelo intérprete⁵⁰. Enquanto

48. A Constituição, como sistema normativo aberto e dinâmico, apresenta "uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'" (Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.145)..

49. *Constitución y teoría...*, 2001, pp. 72/75.

50. É célebre a teoria de Savigny, ao afirmar que interpretar significa "transportar-se ao ponto de vista do legislador, reproduzir artificialmente suas operações e recompor a lei pelo pensamento" (*Traité de droit romain*, Tome Premier, trad. de M. CH. Guenoux, Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, Imprimeurs de L'Institut de France, 1840, p. 207). O reconhecimento de que o processo de concretização da norma é essencialmente criativo, reflexo inevitável de um sistema aberto, pode ser considerado o "grande triunfo da hermenêutica" (Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, pp. 62 e 184). Como afirmou Radbruch, "a lei pode ser muito mais inteligente do que os seus criadores" (*Filosofia do Direito*, trad. de Marlene Holzhausen, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 164). Apesar da evolução do constitucionalismo contemporâneo, francamente partidário da ideologia dinâmica, merece lembrança que o direito alemão vivenciou uma vaga de refluxo com a ascensão do Nacional-Socialismo e a prevalência do *Führerprinzip* (princípio de organização política que atribua às ordens do *Führer* força de lei), conferindo uma feição personalista à interpretação.

a ideologia dinâmica visualiza matizes de adaptabilidade e criatividade na interpretação, melhor se adaptando às vicissitudes da vida social, a estática a conceber como uma atividade de descobrimento, resultando num “governo dos mortos sobre os vivos”⁵¹. Apesar de voltada à interação entre texto e realidade, essa classificação, quanto aos seus efeitos, pode ser reconduzida às teorias subjetiva e objetiva, conforme seja prestigiada, ou não, a vontade do legislador⁵².

Também se pode falar em interpretação como “ato de conhecimento” ou “ato de vontade”⁵³. No primeiro caso, parte-se da premissa de que o texto possui uma unidade de sentido, que encontra abrigo na vontade do legislador; no segundo, ao revés, é reconhecida a impossibilidade de se atribuir um sentido claro e unívoco ao texto e aos seus mentores, não bastando o mero conhecimento de algo previamente ultimado, sendo necessária a consciente formação do que anteriormente fora apenas delineado⁵⁴.

Acresça-se que a norma constitucional, apesar de individualizada a partir de um texto, sofre a influência de outros textos e de outras normas igualmente integrantes do sistema⁵⁵. Uma disposição constitucional não pode ser concebida como uma partícula isolada, insuscetível de influência do exterior e impassível de influenciá-lo. Integra uma unidade existencial (a Constituição) e será direcionada por essa unidade no processo de delineamento da norma. Essa constatação também contribui para demonstrar a inviabilidade da ideologia estática, pois a interação das disposições e das normas do sistema impede a manutenção do seu sentido original sempre que novas disposições sejam aprovadas ou antigas disposições sejam modificadas ou suprimidas⁵⁶.

A força normativa da Constituição não se coaduna com o subjetivismo da *mens legislatoris*, não sendo legítimo que seu alcance e seus efeitos sejam forjados em elementos de natureza individual, já que sua gênese se encontra atrelada a

51. Józef Wróblewski (*Constitución y teoría...*, p. 76). Thomas Paine, em obra escrita no final do Século XVIII, ao discorrer sobre a imutabilidade de determinadas disposições constitucionais, proferiu sentença que bem sintetiza as críticas à ideologia estática: “nunca existiu, nunca existirá e nunca poderá existir um Parlamento, nem corpo algum de homens, nem geração destes em nenhum país, que possua o direito ou o poder de obrigar e controlar a posteridade ‘até o fim dos tempos’ (...). Todas as épocas e gerações devem ser livres e atuar por si mesmas em todos os casos em que atuaram por si mesmas as épocas e gerações que as precederam. A vaidade e a presunção de governar além da tumba é a mais ridícula e insolente de todas as tiranias. O homem não tem direito de propriedade sobre o homem, nem nenhuma geração tem direito de propriedade sobre as gerações vindouras” (*Los derechos del hombre*, trad. de José Antonio Fernández de Castro e Tomás Muñoz Molina, México: Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 35/36).

52. Cf. Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, de J. Baptista Machado, 8ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 170/183.

53. Cf. Hamon, Troper e Burdeau, *Manuel...*, pp. 58/59.

54. Cf. Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, de J. Baptista Machado, 8ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 170/183.

55. Cf. Hamon, Troper e Burdeau, *Manuel...*, pp. 58/59.

56. Nesse sentido: Hesse, *Elementos de direito constitucional...*, pp. 56 e ss.

57. Cf. Norberto Bobbio, *Teoria dell’Ordinamento Giuridico*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1960, p. 3.

58. Cf. Wróblewski (*Constitución ...*, p. 76) e Engisch (*Introdução ao Pensamento...*, p. 171)..

caracteres eminentemente sociológicos. Em síntese: “*interpretatio ex nunc e não interpretatio ex tunc*”⁵⁷.

6. A IMPOSSIBILIDADE DE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL IGNORAR A REALIDADE

As intensas transformações vivenciadas pela metódica constitucional exige sejam revisitados aspectos nucleares de atuação da jurisdição constitucional, que, no processo de concretização da norma, passará a apreciar a realidade de forma mais intensa, não raro com a necessidade de dilação probatória.

No direito norte-americano, tornou-se célebre o memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis (*Brandeis-Brief*) no Caso *Muller vs. State of Oregon*⁵⁸, que dedicava duas páginas às questões jurídicas e cento e dez aos efeitos deletérios que a longa duração da jornada de trabalho causava à mulher. Com isto, contribuiu para que o Supremo Tribunal reconhecesse que o papel social e biológico dessa camada da população poderia ser comprometido pelo trabalho excessivo⁵⁹. Memoriais como esse, anota Tribe, “*ajudaram a salvar inúmeros estatutos da invalidação*”, contribuindo para que o Supremo Tribunal visualizasse a “*real e substancial*” relação entre o estatuto e os seus objetivos⁶⁰.

No direito alemão, o *Bundesverfassungsgericht* tem analisado as prognoses legislativas e a possibilidade de ocorrerem os fatos em que se baseiam: no caso *Apotheken-Urteil*, o Tribunal verificou a constitucionalidade de lei do Estado da Baviera que exigia uma especial autorização da autoridade competente para a instalação de novas farmácias (*BVerfGE 7, 377*). Ao reconhecer a incompatibilidade dessa medida com a liberdade de exercício profissional garantida na *Grundgesetz*, baseou-se nos seguintes argumentos: *a*) laudos periciais demonstravam que a liberdade de instalação de farmácias em outros países do mesmo nível civilizatório da Alemanha não trazia qualquer ameaça à saúde pública; *b*) em razão do elevado custo de instalação, essa liberdade não conduziria, necessariamente, a uma exagerada multiplicação desses estabelecimentos; *c*) o possível risco de os farmacêuticos não cumprirem os seus deveres legais em razão da diminuição de sua capacidade financeira, consequência do aumento de competitividade, era infundado, já que, além de as opções pessoais equivocadas não poderiam justificar medidas legislativas dessa natureza, a superação do modelo de farmácia de fabricação pelo de entrega aumentava o tempo livre do farmacêutico; *d*) opiniões de peritos indicavam que a maior

57. Cf. Engisch, *Introdução ao pensamento....*, p. 173.

58. 208 U.S. 412, 1908.

59. Cf. Nowak e Rotunda, *American constitutional law*, 5ª ed., St. Paul: West Publishing Co, 1995, pp. 376/377.

60. *American constitutional law*, 2ª ed., Nova Iorque: The Foundation Press, 1988, pp. 568 e 573.

procura de medicamentos decorreria de circunstancialismos associados ao pós-guerra (*v.g.*: desnutrição e patologias de ordem psicológica)⁶¹.

No direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em não poucas ocasiões, tem moldado a norma constitucional à luz da realidade, chegando mesmo a realizar uma interpretação ab-rogante nas hipóteses em que a disposição normativa mostrou-se totalmente dissonante dos fins a que se destinava.

O Tribunal, por sua Primeira Turma, em julgamento emblemático, proferiu decisão que, no caso concreto, afastou a incidência de regra constitucional que se mostrava absolutamente incompatível com a situação de anormalidade institucional presente no momento de sua aplicação: trata-se do *Habeas Corpus* nº 89.417-7, julgado em 22 de Agosto de 2006, sendo relatora a Ministra Cármen Lúcia⁶².

O *habeas corpus* foi impetrado por parlamentar do Estado de Rondônia, cuja prisão "em flagrante" fora decretada pela Ministra relatora do Inquérito nº 529, do Superior Tribunal de Justiça, sob a acusação de ser ele o chefe de uma organização criminosa instalada na Assembléia Legislativa de Rondônia, organização esta que se ramificara pelas principais estruturas de poder do Estado, cooptando, inclusive, membros do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas, o que terminou por atrair o caso para a esfera federal. Sustentava-se a incompetência do Superior Tribunal de Justiça e, em especial, a violação aos parágrafos segundo e terceiro do art. 53 c/c o parágrafo primeiro do art. 27, ambos da Constituição da República. De acordo com esses preceitos, o Deputado Estadual, desde a expedição do diploma, *a*) somente poderia ser preso em caso de flagrante de crime inafiançável, *b*) nesse caso, os autos deveriam ser remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Assembléia Legislativa, para que resolvesse sobre a prisão e *c*) iniciado o processo criminal, por crime praticado após a diplomação, deveria o órgão jurisdicional dar ciência à Assembléia Legislativa, que poderia sustar a tramitação da ação enquanto durasse o mandato. Alegava-se, ainda, a incongruência de um mandado de prisão "em flagrante", figura inexistente no direito brasileiro, bem como que a alegada flagrância referia-se ao crime de quadrilha, cuja pena mínima era de 1 (um) ano de prisão, não se tratando, portanto, de crime inafiançável. Quanto aos demais crimes imputados ao impetrante, como não havia flagrante, não poderiam legitimar a sua prisão.

A Ministra relatora iniciou o seu voto realizando uma ampla exposição das circunstâncias fáticas subjacentes ao caso, conferindo especial ênfase ao preocupante quadro de anormalidade institucional que se instalara no Estado de Rondônia: *a*) todos os Deputados Estaduais estavam sendo investigados pela sua participação no crime organizado; *b*) a organização havia cooptado membros das principais estruturas de poder do Estado, inclusive o Presidente do Tribunal de Justiça e membros do Tribunal de Contas e *c*) além de desviar recursos públicos,

61. Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 3ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pp. 475/477.

62. O voto da Ministra relatora foi obtido junto ao seu gabinete, acrescentando-se que o acórdão ainda não foi objeto de publicação.

os membros da organização condicionavam a produção normativa à obtenção de benesses.

A alegada incompetência do Superior Tribunal de Justiça foi, de pronto, afastada, isto porque alguns membros da organização criminosa deveriam ser julgados perante esse órgão, o que exercia uma *vis atractiva* em relação a todos os demais. No que concerne à alegada violação ao estatuto protetivo da imunidade parlamentar, a Ministra reconheceu que a decisão da intitulada autoridade coatora, apesar de destoar do claro sentido das regras constitucionais invocadas, era plenamente justificada pelas circunstâncias do caso, harmonizando-se com as demais normas do sistema.

Em seu voto, afirmou a Ministra que a Constituição, ao mesmo tempo em que assegura a imunidade relativa dos parlamentares, o que é feito em benefício do eleitor com vistas à autonomia do órgão legiferante, proíbe a impunidade absoluta de quem quer que seja, sendo estes os referenciais de interpretação das disposições constitucionais suscitadas pelo impetrante. Invocando as lições de Black e de Rui Barbosa, defendeu que qualquer lei deve ser interpretada em consonância com a realidade, o seu espírito e a razão, não podendo ser excluída do sistema em que inserida. A imunidade parlamentar existe para o regular funcionamento das instituições democráticas, não para legitimar a sua destruição e autorizar a prática de crimes⁶³. No caso concreto, a aplicação das regras invocadas pelo impetrante sempre asseguraria a sua impunidade, pois a manutenção da prisão seria decidida pelos demais integrantes da organização criminosa, seus pares na Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia.

Perante esse lamentável quadro, questiona a Ministra: *“como se cogitar, então, numa situação de absoluta anomalia institucional, jurídica e ética, que os membros daquela Casa poderiam decidir livremente sobre a prisão de um de seus membros, máxime quando ele é tido como ‘o chefe indiscutível da organização (criminosa) (que) coordena as ações do grupo e cobra dos demais integrantes o cumprimento das tarefas que lhes são repassadas. As indicações para importantes cargos... são de sua responsabilidade, e controla, mediante pagamento, os deputados estaduais’ (fls. 80)?”* Sendo evidente a impossibilidade de os parlamentares decidirem livremente sobre a prisão, como se aplicar as regras constitucionais invocadas? Em situações desse tipo, *“há que se sacrificar a interpretação literal e isolada de uma regra para se assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema constitucional”*. Apesar de ser o impetrante um parlamentar, a necessidade de garantir a segurança pública indica que *“a prisão haverá de ser aplicada segundo as regras que valem para todos quando o status funcional de alguém já não esteja em perfeita adequação ao ofício que determina a aplicação do regime jurídico constitucional ao agente”*.

63. Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia: *“a Constituição não diferencia o parlamentar para privilegiá-lo. Distingue-o e torna-o imune ao processo judicial e até mesmo à prisão para que os princípios do Estado Democrático da República sejam cumpridos; jamais para que eles sejam desvirtuados. Afinal, o que se garante é a imunidade, não a impunidade. Essa é incompatível com a Democracia, com a República e com o próprio princípio do Estado de Direito.”*

Apesar do não atendimento das regras específicas que regulam a prisão de parlamentares, “o que se tem por demonstrado é que o mínimo do conteúdo normativo exigido para a prisão decretada, na contingência de uma excepcional condição, foi atendido.” (...) “A prisão atende, portanto, à ordem pública, ao princípio da segurança de todos e de cada um dos membros da sociedade. Nem se indague sobre a excepcionalidade e a gravidade da prisão, mais ainda quando se volta contra um agente que representa o povo”.

Em outro julgamento, o Pleno do Supremo Tribunal Federal negou provimento à Reclamação ajuizada contra ato de Tribunal de Justiça, que determinara o seqüestro de verbas do Estado para a quitação de precatório que beneficiava pessoa portadora de doença grave e incurável⁶⁴. Como observou o Ministro Eros Grau, o Tribunal firmara o entendimento, partindo da literalidade do § 2º do art. 100 da Constituição, que o seqüestro somente seria cabível se houvesse preterição ao direito de preferência na quitação do precatório, o que não ocorria no caso concreto. Apesar disso, a Reclamação não foi acolhida pela unanimidade dos Ministros, já que a situação deveria ser considerada uma exceção à regra constitucional.

Volvendo à Reclamação nº 2.138/2000, é pouco provável que os Ministros do Supremo Tribunal Federal desconhecem haver (muita) corrupção no Brasil⁶⁵, o que em muito dificulta a compreensão das razões que o estão levando a desarticular a Lei de Improbidade. Também é difícil imaginar que tenha passado despercebido ao Tribunal o efeito devastador que sua decisão causará em termos de proliferação da corrupção. A explicação é simples: como os altos escalões de poder estarão imunes à Lei de Improbidade, é fácil imaginar que neles será concentrado todo o poder de decisão, sujeitando-os, tão-somente, à responsabilização nas esferas política e criminal, cuja ineficácia não precisa ser lembrada ou explicada.

A posição do Tribunal destoa *a)* do senso comum da esmagadora maioria da coletividade, pois, salvo engano, não visualizamos a existência de movimentos sociais “pró” e “contra” a corrupção, *b)* da quase totalidade da doutrina, *c)* de todos os tribunais do País⁶⁶ e *d)* dos compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional (*v.g.*: Convenção Interamericana de Combate à Corrupção e Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção).

64. STF, Pleno, Reclamação nº 3.034, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 21/09/2006.

65. Sobre as múltiplas estatísticas a respeito do tema, remetemos à primeira parte da obra *Improbidade administrativa*, 3ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 11/14.

66. Como não poderia deixar de ser, da semente plantada no Supremo Tribunal Federal já começam a germinar as primeiras ervas daninhas, como é o caso do acórdão proferido pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 456.649/MG, rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, j. em 05/09/2006, em que se afirmou que Prefeitos e Vereadores, como agentes políticos que são, não se submetem à Lei de Improbidade.

7. CONCLUSÃO

Na conhecida classificação de Heidenheimer⁶⁷, que leva em consideração a percepção das elites e da opinião pública em relação à corrupção, esta se subdivide em negra, cinza e branca. Na corrupção negra, é divisado um consenso entre as elites e a opinião pública quanto à reprovação de um ato e à imprescindibilidade de sua punição. Na corrupção cinza, alguns elementos, normalmente oriundos das elites, defendem a punição do ato, enquanto a maioria da população assume uma posição dúbia. Por último, na corrupção branca, a maior parte das elites e da população, por tolerar certos atos de corrupção, não apóia com vigor a sua criminalização e conseqüente coibição.

Arriscaríamos afirmar que, no Brasil, temos uma corrupção negra, claramente endêmica, em vários setores da vida pública. Esse estado de coisas bem demonstra a elevada responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na recepção da "tese" que lhe foi apresentada⁶⁸. Discussões em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, por certo, voltarão a aflorar, o que é sempre temerário no âmbito de um Estado de Direito democraticamente constituído, mas recém saído de um longo período ditatorial.

Espera-se, no entanto, sofra a questão maior amadurecimento no âmbito do mais elevado tribunal brasileiro, o que, por certo, contribuirá para sedimentar os próprios alicerces do Estado brasileiro, evitando o descrédito das instituições e, conseqüentemente, da própria democracia.

67. *Perspectives on the perception of corruption, in Political corruption, A. Handbook*, org. por Arnold Heidenheimer et alii, 3ª ed., Londres: Transactions Pub., 1993, pp. 161 e segs.

68. A gravidade da situação não passou despercebida a múltiplos setores da sociedade. Para citar apenas uma iniciativa que busca contornar os seus efeitos deletérios, merece menção a Sugestão nº 226/2006, apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil, em maio de 2006, à Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados. Nesse documento, a OAB propõe seja apresentado um projeto de lei que promova um acréscimo à parte final do art. 1º da Lei de Improbidade, *verbis*: "Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público (...) serão punidos na forma desta lei, sem prejuízo da aplicação ao responsável, conforme as circunstâncias, das sanções cominadas na Lei nº 1079, de 10 de abril de 1950".

A MORDAÇA PARA OS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

HUGO NIGRO MAZZILLI *

Não raro, é o membro do Ministério Público procurado por repórteres ou jornalistas, em busca de notícias sobre processos em andamento ou sobre questões jurídicas de maior repercussão. Outras vezes, é ele quem procura relacionar-se com a imprensa.

Entendemos normal que sejam prestados pelo Ministério Público os devidos esclarecimentos à população, final destinatária de seus trabalhos.

O Ministério Público paulista tem longa tradição de recomendar que o representante da Instituição se abstenha de participar de programas de rádio, televisão ou de qualquer outro meio de comunicação que, por sua forma ou natureza, possam comprometer a respeitabilidade de seu cargo ou o prestígio da Instituição. Entretanto, já houve época em que se entendia que "qualquer entrevista à imprensa, rádio ou televisão, na condição de representante do Ministério Público, envolvendo assunto da administração pública ou funcional, deveria ser precedida de autorização do Procurador-Geral de Justiça"¹.

Pode um ato regulamentar criar uma exigência como essa?

Sabemos que o regulamento não pode "criar direitos ou obrigações novas, que a lei não criou; ampliar, restringir, ou modificar direitos ou obrigações constantes de lei; ordenar ou proibir o que a lei não ordena nem proíbe; facultar ou vedar por modo diverso do estabelecido em lei; extinguir ou anular direitos ou obrigações que a lei conferiu; criar princípios novos ou diversos; alterar a forma que, segundo a lei, deve revestir um ato; atingir, alterando-o por qualquer modo, o texto ou o espírito da lei"².

Gozando os membros do Ministério Público de regime jurídico especial e independência no exercício de suas funções, e não constando desse regime a proibição pretendida, a vedação contida em tal dispositivo continha autêntica e

* Procurador de Justiça aposentado, Advogado. Professor no Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Consultor Jurídico e autor de diversos livros.

1. Ato nº 1/84-PGJ/CSMP/CGMP, já revogado pelo Ato nº 168/98, que é omissivo sobre a matéria (*Justitia*, 128:168)..

2. Vicente Ráo. *O direito e a vida dos direitos*, Resenha Universitária, v. 1, t. 2, nº 225, p. 269, 1976.

írrita inovação regulamentar. Não há dúvida de que não tem o membro do Ministério Público o direito de expor assuntos sigilosos da Administração ou do seu ofício, que soube por força de seu exercício funcional: isso poderia até mesmo constituir ato de improbidade administrativa, além de crime de violação de sigilo funcional. Contudo, as revelações à imprensa que não violem o sigilo funcional não será o regulamento que as pode vedar: o critério para a entrevista há de ser o bom senso do próprio membro do Ministério Público, e os limites, apenas os da lei.

O primeiro precedente de maior repercussão que tivemos no Ministério Público paulista sobre entrevistas de um membro da Instituição à imprensa envolveu o Procurador de Justiça Hélio Pereira Bicudo, no célebre caso do Esquadrão da Morte, na década de 1970. O então Procurador-Geral de Justiça tentou punir seu par por ter dado entrevistas à imprensa, mas o Colégio de Procuradores de Justiça acolheu o recurso do Procurador, para inocentá-lo³.

Não há dúvida de que não pode o membro do Ministério Público utilizar-se do seu direito à liberdade de expressão para violar o sigilo funcional ou para referir-se de forma depreciativa às autoridades constituídas ou ainda aos atos da Administração⁴. Contudo, tem todo o direito de fazer críticas às atuações ou omissões de sua própria Instituição, com manifesto intuito construtivo. E, como ficou destacado nas razões do Procurador de Justiça Hélio P. Bicudo, “não constitui quebra do sigilo o direito inalienável de cabal explicação, à opinião pública, de atos praticados por representantes da Administração e que, por equívocos, podem ser interpretados de forma negativa, em detrimento do patrimônio moral de um cidadão, seja ele, ou não, membro do Ministério Público”.

A tendência de querer calar os membros do Ministério Público é, porém, algo recorrente e tem defensores dentro e fora da Instituição.

Três décadas depois dos fatos relatados anteriormente, agora quando a chefia do Ministério Público de São Paulo estava nas mãos de aliado político do Governador do Estado⁵, fizemos pela grande imprensa duras críticas à falta de independência do Ministério Público paulista e, em razão disso, fomos atacados porque não deveríamos “lavar roupa suja fora de casa” Como se a falta de independência do Ministério Público fosse uma questão apenas interna corporis...⁶.

No Congresso Nacional, o relatório da Reforma do Judiciário (1999) tinha proposto uma alteração constitucional para proibir, entre outras autoridades, que os membros do Ministério Público, quando investigassem crimes, atos de

3. DJE de 12-07-77, p. 32.

4. V. revista *Jurisprenal*, 43:147.

5. O então Procurador-Geral de Justiça renunciou ao seu cargo para tornar-se Secretário de Estado do Governador (dez. de 1993).

6. Naturalmente, os membros do Ministério Público de São Paulo endossaram majoritariamente nossas críticas, investindo-nos no Conselho Superior para resgatar a independência da Instituição (v. nosso discurso de posse em *Justitia*, 165:281, de jan. 1994)..

improbidade administrativa ou outra matéria afeta à sua atuação, revelassem indevidamente a terceiros ou aos meios de comunicação fatos ou informações de que tivessem ciência em razão do cargo, e que violassem o sigilo legal, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas⁷. Ao mesmo tempo, outros projetos de leis ordinárias têm insistido em temas semelhantes, tendo a matéria ficado conhecida na imprensa como Lei da Mordada. Dizem os autores dessas propostas que querem impedir o estrelismo de autoridades que devassam a vida de acusados, causando-lhes prejuízos insuperáveis, mesmo se depois vierem a ser reconhecidos inocentes.

Embora entendamos que os membros do Ministério Público devem ter extrema sobriedade no contato com a imprensa, de nossa parte cremos, porém, que, para combater eventuais abusos, a lei já pune criminalmente a quebra do sigilo funcional, além de sujeitar seus infratores às graves sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), isso tudo sem prejuízo da responsabilização cível por danos patrimoniais e morais. Mas, amordaçar e intimidar quem investiga em nome da sociedade é tentativa condenável, até porque, agentes públicos que são, o delegado, o juiz e o promotor têm seu trabalho iluminado pelos princípios gerais da Administração, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade e, especialmente, publicidade. A publicidade pode e deve ser restrita quando isso decorra de exigência de lei (sigilo legal) ou ainda quando convenha ao interesse da própria investigação ou ao interesse da coletividade (como é o caso da privacidade das pessoas). Mas, se transformarmos em regra a exceção (o sigilo nas investigações), voltaremos às investigações secretas, com o alheamento da imprensa e da sociedade para toda a corrupção que só será saneada em público neste País.

Por fim, é sintomático que essa reação dos políticos brasileiros se volte contra a publicidade das investigações, exatamente agora que o Ministério Público, mais bem dotado pela Constituição de 1988, está investigando os atos de improbidade dos próprios políticos e dos administradores, como nunca ainda se tinha feito neste País...

7. Esse dispositivo não foi, porém, aprovado na Reforma do Judiciário (EC nº 45/04).

RESPONSABILIDADE POR OBRIGAÇÕES E DÉVIDAS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA NA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL, NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E NA FALÊNCIA

JORGE LOBO *

SUMÁRIO: 1. Direito da Economia. 2. Distinção entre sociedade e empresa na doutrina e na LRF. 2.1. Na doutrina. 2.2. Na Lei nº 11.101/2005. 2.3. Empresa, estabelecimento, filial e unidade produtiva. 3.1. Na Lei nº 11.101/2005. 3.2. No Código Civil e na doutrina. 4. Responsabilidade por obrigações e dévidas da sociedade empresária. 4.1. Na recuperação extrajudicial. 4.2. Na recuperação judicial. 4.3. Alienação de estabelecimento, filial e unidade produtiva. 4.3. Na falência. 5. Resumo.

1. DIREITO DA ECONOMIA

O Direito Comercial, codificado no começo do século XIX, sob a inspiração das idéias de GROCIO, LOCKE, ROUSSEAU e outros e do Direito Natural racionalista, que fez do homem titular de direitos pessoais, intangíveis e inalienáveis, primava pelo caráter eminentemente liberal e individualista, alicerçado nos princípios da liberdade (de contratar) e da igualdade (ainda que meramente formal), por isso era considerado um direito especial em relação ao Direito Civil, parte, portanto, do Direito Privado, embora com metodologia e técnica próprias, oriundas da *aequitas mercatoria*¹.

Na Europa, a partir do término da Primeira Guerra Mundial, nos EUA, com o *crash* da Bolsa de Nova York, e, no Brasil, sob o comando do 1º Governo Militar, contudo, o Direito Comercial experimentou uma revolucionária transformação, eis que o Estado passou a intervir no funcionamento do mercado, quer como agente da atividade econômica, quer como órgão regulador.

A propósito do assunto, ORLANDO GOMES, ao discorrer sobre “aspectos do dirigismo econômico” e das “mudanças na estrutura política, na constituição econômica e na experiência jurídica”, ensina, com maestria: “na área econômica, a mudança capital deu-se pela substituição da economia liberal pela economia

* Jorge Lobo é Procurador de Justiça aposentado.

1. A *aequitas mercatoria* era um processo rápido, simples e econômico, consoante as regras da verdade sabida e da boa-fé, presidido por juízes experientes em negócios.

dirigida. Implicou essa mudança a limitação do conteúdo do princípio básico da constituição econômica: a liberdade de iniciativa. A modificação verificou-se em dois sentidos: (1ª) a atividade econômica dos particulares passou a ser limitada, fiscalizada e controlada pelo Estado (intervencionismo estatal); (2ª) as pessoas de direito público entregaram-se ao exercício de atividades econômicas e o Estado se tornou empresário².

Por isso, pode-se dividir o Direito Comercial em três ciclos ou fases, o da pré-codificação, o da codificação e o da pós-codificação, havendo imperado, nos dois primeiros, com ou sem “lei escrita”, o princípio da livre iniciativa e, no terceiro, o princípio do dirigismo econômico, daí falar-se, cada vez mais, em *publicização do Direito Comercial*³, que eu prefiro denominar de *transformação do Direito Comercial em Direito da Economia*⁴.

A “Recuperação Judicial da Empresa” é um instituto do Direito da Economia⁵, que se pauta pela *idéia de eficácia técnica* e não pela *idéia de justiça*, o que salta aos olhos quando se examina o tema “responsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial, na recuperação judicial e na falência”, eis que o Estado, no exercício pleno de seu poder de dispor e regular a atividade econômica do particular, em especial das sociedades empresárias em estado de crise, lança mão de *normas de política legislativa* que visam a atender precipuamente aos interesses sociais, ainda que, por vezes, em detrimento de direitos individuais, inalienáveis e intangíveis.

2. DISTINÇÃO ENTRE SOCIEDADE E EMPRESA NA DOUTRINA E NA LRF

2.1. NA DOUTRINA

Em alentado e excelente estudo⁶, JEAN PAILLUSSEAU, no capítulo dedicado “às dificuldades da percepção da empresa”⁷, após exclamar: “nada é mais desconcertante do que falar da empresa”⁸, afirma que a noção de “empresa está obscurecida e deformada por análises filosóficas, visões ideológicas e discussões

2. Orlando Gomes e Antunes Varela. *Direito econômico*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, p. 54.

3. Bruno Nubens Barbosa Miragem. “Do Direito Comercial ao Direito Empresarial – Formação histórica e tendências do direito brasileiro”. *Revista de Direito Privado*, nº 17, Ano 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2004, p. 75.

4. Sobre as diferentes teorias quanto ao Direito Econômico e seus defensores, leia-se Modesto Carvalhosa, *Direito econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.

5. Conforme sustentei no artigo “Recuperação judicial da empresa” in *Recuperação de empresas – Uma múltipla visão da nova lei*. Coordenado por Fátima Bayma de Oliveira. São Paulo, Pearson Prentice Hall, 2006.

6. “Qu’est-ce que l’entreprise?”, in *L’entreprise: nouveaux apports*, Ed. Economica, 1987, pp. 11 a 87.

7. *Ob. cit.*, p. 11.

8. *Loc. cit.*

políticas”⁹ e, creio poder acrescentar com segurança, por dúvidas e controvérsias quanto à sua *natureza jurídica*.

A propósito desse intrincado e polêmico tema, a doutrina, pátria e alienígena, divide-se, fundamentalmente, em três correntes¹⁰: a subjetivista ou personalista, a objetivista ou materialista e a unitária¹¹.

Para os subjetivistas, a empresa é sujeito de direito, decorrência natural e necessária de sua personificação, titular de direitos, interesses e obrigações próprios, distintos e autônomos dos de seus sócios.

Para os objetivistas, a empresa é objeto de direito, pois ela consiste apenas na afetação de certos bens e direitos, de propriedade de uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas, a determinada atividade organizada dos fatores de produção, não existindo nem ativa, nem passivamente, não respondendo nem por obrigações, nem dívidas, por carecer de personalidade jurídica.

A propósito, na monografia “Cessão da Empresa”¹², JEAN PAILLUSSEAU, JEAN-JACQUES CAUSSAIN, HENRY LAZARSKI e PHILIPPE PEYMAURE doutrinam: “A empresa não tem personalidade moral, ela não é uma pessoa jurídica. A própria noção de empresa não é uma noção jurídica. A empresa pertence ao domínio das realidades econômicas e sociais. A simples observação das empresas demonstra que a empresa é: 1. uma atividade econômica; 2. um conjunto de meios afetados à atividade; 3. uma organização; 4. uma comunidade humana organizada; 5. um centro de decisão e de poder; 6. um ‘acionariado’; 7. um centro de interesses; 8) um objeto de organização jurídica”¹³.

Para os unitaristas, há equiparação entre sociedade e empresa¹⁴.

9. *Idem*, p. 12.

10. Sobre o assunto, meu estudo “A Empresa: novo instituto jurídico”, in *Revista da EMERJ*, nº 17, pp. 94-110; na França, Claude Champaud, “*Prospective de l’entreprise*”, in *Connaissance politique, L’entreprise*, Dalloz, fev. 1983, p. 8 e segs.; na Itália, Ravà, “*Il sistema del diritto civile di fronte all’azienda*”, *Riv. Dir. Com.*, 1970, I, p. 1 e segs., e nos *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Nápoles, 1972, vol. IV, p. 81.

11. Há, ainda, os que pensam que a empresa não é nem sujeito, nem objeto de direito, mas um simples fato. Eis a lição de Barbero: “Pode parecer curioso que o Código fale de empresa, mas, não a define, e, ao invés, define o ‘empresário’. Isso, entretanto, é significativo: não é uma extravagância, mas, um produto espontâneo da natureza das coisas. (...) A empresa ‘não existe’, mas, ‘se exerce’, não é ‘um ser’ nem sujeito, nem objeto, mas, ‘um fato’; que é, o que existe, são ‘o empresário’, como sujeito, e o ‘estabelecimento’ como objeto. O exercício que o ‘empresário’ faz do estabelecimento constitui exatamente a ‘empresa’” (*apud* Waldirio Bulgarelli. *A teoria jurídica da empresa*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 143).

12. *Cession d’entreprise*. Paris: Dalloz, 1999, 4e. ed.

13. “*L’entreprise n’a pas la personnalité morale, elle n’est donc pas une personne juridique. La notion même d’entreprise n’est pas une notion juridique. L’entreprise appartient au domaine des réalités économiques et sociales (...)*” “*La simple observation des entreprises montre que l’entreprise est: 1. – Une activité économique; 2. – Un ensemble de moyens affectés à l’activité; 3. – Une organisation; 4. – Une communauté humaine organisée; 5. – Un centre de décisions et de pouvoir; 6. – Un ‘actionariat’; 7. – Un centre d’intérêts; 8. – Un objet d’organisation juridique*” (ob. cit., pp. 1-2).

14. Como, por exemplo, sustenta Philippe de la Chapelle, *L’évaluation des entreprises* (Paris: Economica, 2004, 2e éd., pág. 14). Para o ínclito Waldirio Bulgarelli, “o novo Código Civil (...) suprimiu o dualismo comerciante-empresário, distinguindo unicamente entre os sujeitos de Direito aqueles que são empresários daqueles que não são” (ob. cit., p. 84).

2.2. NA LEI Nº 11.101/2005

Entre as inúmeras inovações da LRF, destaca-se a nítida distinção entre sociedade e empresa, pois, para a LRF:

a) a sociedade é ser; a empresa, atividade produtiva economicamente organizada;

b) a sociedade é sujeito de direito; a empresa, objeto de direito;

c) a sociedade é ficção jurídica; a empresa, realidade social;

d) a sociedade é forma¹⁵; a empresa, conteúdo;

e) a sociedade é instituto *jurídico*; a empresa, fenômeno econômico;

f) a sociedade alicerça-se na teoria do contrato plurilateral; a empresa, na teoria da organização¹⁶;

g) a sociedade é a personificação da empresa; a empresa, a concretude da sociedade.

A distinção entre sociedade e empresa começa no artigo 47, o primeiro do Capítulo III da LRF, ao ficar patente que o *objeto* da ação de recuperação judicial é “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”, *rectius*, da sociedade¹⁷; a *finalidade imediata*, “permitir a manutenção da fonte produtiva”, *rectius*, da empresa, e a *finalidade mediata*, promover a “preservação da empresa e sua função social”.

E prossegue no art. 50, quando ora usa a palavra sociedade, expressa ou implicitamente, conforme se verifica nos incisos II, que regula a “cisão, incorporação e fusão da sociedade”; III, que cuida da “alteração do controle societário”, e VI, que prevê “aumento do *capital social*”; ora o vocábulo empresa, consoante o inciso XIII, que versa sobre o “usufruto da *empresa*”, para completar-se no Capítulo V, que disciplina a falência do devedor, em especial na Seção XI, arts. 140 e 141, que contêm a palavra *empresa* três vezes, e, ainda, nos arts. 142, § 1º, e 145, § 2º.

3. EMPRESA, ESTABELECIMENTO, FILIAL E UNIDADE PRODUTIVA

3.1. NA LEI Nº 11.101/2005

A LRF, em quatro artigos, calcada no perfil patrimonial da empresa, trata de *estabelecimento* (art. 50, VII, e art. 140, I e III), *filial* (art. 60, *caput*, art. 140, II, e 141) e *unidade produtiva* (art. 60, *caput*, e art. 140, II).

15. Para Mossa, “a sociedade não é senão uma organização formal da empresa” (*Società per azioni*, Pádua, 1957, p. 68 e segs., *apud* Fabio Konder Comparato, *Aspectos jurídicos da macroempresa*, Revista dos Tribunais, 1970, p. 57)..

16. Confira-se na excelente monografia de Bulgarelli, *A Teoria jurídica da empresa*, cit., p. 123 e segs.

17. Conforme se verifica do art. 1º da LRF, a palavra devedor engloba a expressão “sociedade empresária” e o vocábulo “empresário”.

Da leitura desses artigos e incisos, constata-se que, para a LRF, a empresa pode ser:

- a) um *todo único* (art. 50, XIII, e 141, *caput*);
- b) formada por um ou mais *estabelecimentos* (art. 140, I);
- c) constituída por uma ou mais *filiais* (art. 60, *caput*, 140, II, e 141, *caput*); e
- d) composta por uma ou mais *unidades produtivas* (art. 60, *caput*, e 140, II).

Verifica-se, ademais, que a LRF permite:

a) o usufruto e a alienação da empresa como um *todo único* (arts. 50, XIII, e 141, *caput*);

b) a alienação da empresa com a venda de seus *estabelecimentos* em bloco (art. 140, I);

c) a alienação da empresa com a venda *isoladamente* de suas *filiais* ou *unidades produtivas* (art. 140, II); e

d) a alienação de *filiais* ou de *unidades produtivas isoladas* (art. 60, *caput*), segundo as normas do art. 142, desde que previsto o “*trespasse de estabelecimento*” (arts. 50, VII, c/c. art. 60, *caput*) no plano de recuperação, aprovado pela assembléia geral de credores e homologado pelo juízo.

3.2. NO CÓDIGO CIVIL E NA DOCTRINA

Conceito de empresa — A empresa, ensinou ASQUINI, ao profligar o conceito jurídico unitário de Vivante, é um fenômeno poliédrico com quatro perfis: o subjetivo (a empresa como propulsora da atividade econômica, isto é, a empresa como empresário); o funcional (a empresa como organização produtiva); o patrimonial (a empresa com seu próprio patrimônio, composto por um ou mais estabelecimentos) e o corporativo (a empresa como a união entre o empresário, titular da empresa, e seus colaboradores)¹⁸.

Conceito de estabelecimento — Como já acentuei, “o art. 60, *caput*, da LRF, sob a denominação ‘alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor’, trata, em verdade, do decantado ‘trespasse de estabelecimento empresarial’¹⁹, cabendo destacar que a LRF peca, às vezes, por desprezar vocábulos e expressões consagradas²⁰, como ocorre *in casu*, ao empregar a palavra ‘filiais’ e a expressão ‘unidades produtivas isoladas’ ao invés do clássico

18. Desenvolvi o tema no meu livro *Sociedade limitada*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, vol. I, pp. 20 a 30.

19. Meus comentários ao art. 60, da LRF, na obra coordenada por Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 160-163

20. Por exemplo, entre outros, no art. 47, ao substituir “estado de crise econômico-financeira”, de uso corrente no país e no exterior, por “situação de crise econômico-financeira”.

'estabelecimento', hoje, inclusive, objeto de minuciosa disciplina no Código Civil, arts. 1.142 e segs."

Ex vi do art. 1.142, do Código Civil, estabelecimento é "todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária", vale dizer, é uma "universitas ou, mais precisamente, uma *universitas facti*", portanto um 'conjunto de objetos de direito'²¹, composto de coisas corpóreas (bens imóveis, móveis e semoventes) e incorpóreas (nome empresarial, insígnias, marcas, patentes de invenção, *know how*, aviamento, etc.)", ou, como elucida Oscar Barreto Filho, ao discriminar "'os elementos imateriais' do estabelecimento: (...): 1ª, os sinais distintivos: o nome comercial objetivo; o título e a insígnia do estabelecimento; as marcas de indústria, de comércio e de serviço; a expressão ou sinal de propaganda; 2ª, as recompensas industriais; 3ª, os privilégios industriais: as patentes de invenção; os modelos e desenhos industriais; 4ª, as obras literárias, artísticas ou científicas; 5ª, o ponto ou local de negócio; 6ª, os serviços do pessoal; 7ª, a clientela ou freguesia", lecionando, ainda, que "essa enumeração não é limitativa, pois inclui apenas os institutos mais característicos, que são regulados de modo especial pela lei comercial, e se encontram presentes com maior frequência no estabelecimento; não foram arroladas, por exemplo, as concessões de serviços públicos, as autorizações administrativas, etc., que também representam valores econômicos"²², que mantêm, entre si, uma "relação funcional de complementaridade ou interdependência"²³.

Conceito de filial e unidade produtiva — O Código Civil, no Livro II da Parte Especial, que tem como epígrafe "Do direito da Empresa", não faz nenhuma referência a "unidade produtiva", mas apenas a "filial", "agência" e "sucursal" (arts. 969 e 1.152, § 2º), espécies do gênero "estabelecimento", disciplinado, exaustivamente, repito, nos arts. 1.142 a 1.149, razão pela qual o conceito jurídico de estabelecimento do art. 1.142, do Código Civil, com os supedâneos ministrados pela doutrina, deve ser utilizado para definir "filial" e "unidade produtiva" e o sentido e alcance das normas da LRF, que delas se ocupam.

4. RESPONSABILIDADE POR OBRIGAÇÕES E DÍVIDAS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

4.1. NA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A alienação de empresa, de estabelecimento, de filial e de unidade produtiva, seja a venda conjunta ou separada, sujeita o adquirente às normas do Código Civil (art. 1.146), da CLT (arts. 10 e 448) e do CTN (art. 133).

21. Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo, Saraiva, 1988, 2ª ed., p. 45, n° 31.

22. Ob. cit., p. 158, n° 120.

23. *Idem*, p. 100, n° 75.

4.2. NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Alienação de empresa — A LRF não trata da alienação extrajudicial ou judicial da empresa no processo de recuperação judicial, devendo, em consequência, aplicar-se a ambas as hipóteses, quando se tratar de obrigações e dívidas em geral, o regime instituído pelo Código Civil no art. 1.146²⁴; quando versar sobre dívidas trabalhistas, os arts. 10 e 448, da CLT, e sobre dívidas fiscais, o art. 133, do CTN.

4.3. ALIENAÇÃO DE ESTABELECIMENTO, FILIAL E UNIDADE PRODUTIVA

Alienação extrajudicial — Durante o processo de recuperação judicial, antes ou após a aprovação do plano de reestruturação, o devedor pode alienar, *extrajudicialmente*, estabelecimento(s), filial(ais) e unidade(s) produtiva(s), devendo, para tanto, na forma do art. 56, da LRF, pedir autorização ao juízo.

Efetivada a alienação extrajudicial, *ex vi* do art. 1.146, do Código Civil:

a) o adquirente responde por todas as obrigações e dívidas, de toda e qualquer natureza e espécie, vencidas e vincendas, contabilizadas nos livros da matriz ou nos livros do estabelecimento, da filial e da unidade produtiva, quando descentralizados os lançamentos contábeis;

b) o alienante responde solidariamente com o adquirente, pelo prazo de um ano: quanto aos créditos vencidos, da publicação do contrato de venda na imprensa oficial (arts. 1.146 c/c 1.144²⁵, do CC); quanto aos créditos vincendos, da data do vencimento;

c) o empregado, esteja ou não contabilizado o seu crédito, pode ajuizar reclamação trabalhista contra o alienante, o adquirente ou ambos²⁶;

d) o adquirente de estabelecimento, filial e unidade produtiva, que continuar a exploração de atividade, sob a mesma firma social ou denominação ou em nome individual, responde integralmente pelas dívidas fiscais do alienante até a data da venda se esta cessar a exploração da atividade e subsidiariamente com

24. Sobre o tema, discorrerei, minuciosamente, no item 4.3, logo abaixo.

25. "Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial".

26. Arts. 10 e 448, da CLT: "Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados." "Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados."

o alienante se este prosseguir na exploração de atividade ou iniciativa, dentro de seis meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ramo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão (art. 133, do CTN).

Alienação judicial — A partir da dicotomia entre sociedade — *uma realidade jurídica* — e empresa — *uma realidade econômica e social* — e do *perfil patrimonial* preconizada na definição de Asquini e com a finalidade de preservar a empresa ou uma ou mais de suas partes integrantes, por ela denominadas *estabelecimento, filial e unidade produtiva*, a LRF institui *privilégios* para beneficiar o adquirente através de *normas excepcionais*, que não admitem, por conseguinte, *interpretação analógica ou extensiva*, como veremos a seguir.

A alienação ou trespasse judicial de estabelecimento, de filial e de unidade produtiva, se realizado durante o processo de recuperação em fiel observância à norma excepcional do art. 60, da LRF, e das regras cogentes do art. 142, da LRF, livra o adquirente de ônus, gravames, obrigações e dívidas, vencidas e vincendas, contabilizadas nos livros da matriz ou de estabelecimento, de filial e de unidade produtiva, inclusive as de natureza tributária e trabalhista.

Anotese, por oportuno, que, em virtude de os créditos tributários não estarem sujeitos à ação de recuperação judicial e, portanto, não sofrerem os efeitos da sentença homologatória do plano de recuperação (art. 59, *caput*, da LRF), fez-se mister deixar patente, no parágrafo único, do art. 60, da LRF, e repeti-lo na LC 118/05, que alterou o art. 133, do CTN, que o adquirente de estabelecimento empresarial não responde pelas obrigações tributárias do devedor, não tendo havido necessidade de mencionar-se as de natureza trabalhista eis que os empregados e ex-empregados são sujeitos passivos da ação de recuperação judicial da sociedade empresária.

Por conseguinte, verificando-se: 1ª) tratar-se de alienação de estabelecimento, filial ou unidade produtiva; 2ª) estar a alienação prevista no plano de recuperação; 3ª) ter sido o plano aprovado pela assembléia geral de credores e homologado pelo juízo e 4ª) haver sido observado o princípio da legalidade formal, insito no art. 142, da LRF, o adquirente não responde por ônus, gravames, obrigações e dívidas, vencidas e vincendas, do vendedor.

Todavia, se qualquer desses requisitos não tiver sido preenchido, como, por exemplo, se a alienação não tiver sido de estabelecimento, mas da empresa, de seu “core business”, ou se a aprovação do plano de recuperação contiver vícios formais e/ou materiais, ou se houver sido preterida qualquer das formalidades essenciais do art. 142, em especial as prescritas no § 1º, do art. 142, da LRF, há sucessão universal e deve aplicar-se, quando se tratar de obrigações e dívidas em geral, o regime instituído pelo art. 1.146, do Código Civil; quando versar sobre obrigações tributárias, o art. 133, do Código Tributário Nacional, e sobre obrigações trabalhistas, os arts. 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A razão, frise-se, é simples e decorre de consagrado cânone de hermenêutica jurídica: as disposições excepcionais, que criam privilégio — como o do par. único, do art. 60, da LRF —, interpretam-se restritivamente desde os romanos, que ensinaram há milênios: — *“exceptiones sunt strictissimae interpretationis”* (“interpretam-se as exceções estritissimamente”).

Ressalte-se, ademais, que, caso o objeto da alienação judicial esteja gravado com ônus reais, o devedor será obrigado a substituir a garantia, com a concordância do credor (art. 50, § 1º, da LRF), a fim de que o arrematante, pago o preço, o receba livre e desembaraçado.

Observe-se, outrossim, por derradeiro, que só *não* haverá sucessão tributária se o devedor houver cumprido à risca o que dispõe o art. 57, da LRF²⁷, pois o art. 60, parágrafo único, da LRF, pressupõe que o devedor não tenha dívida tributária, prova que deve produzir com a juntada de certidões negativas, nos termos dos arts. 151, 205 e 206, do CTN.

4.3. NA FALÊNCIA

Ao disciplinar a realização do ativo da sociedade empresária falida, a LRF, com a finalidade de garantir a unidade da empresa e evitar a perda de valor, prevê duas modalidades de alienação:

a) “a alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco” (art. 140, I); e

b) “a alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente” (art. 140, II).

Ex vi do art. 141, II, da LRF, a alienação de empresa como um *todo único* (art. 141, *caput*); a alienação de empresa formada por um ou mais *estabelecimentos* (art. 140, I) e a alienação de empresa constituída por uma ou mais *filiais* ou *unidades produtivas* (art. 140, II), sejam as alienações realizadas em conjunto ou separadamente (art. 140, I e II, *c/c*, 141, *caput*), livra o adquirente de qualquer ônus ou gravame e de qualquer obrigação e dívida da sociedade falida, “inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidente de trabalho”²⁸, salvo se “o arrematante for sócio da sociedade falida, ou sociedade controlada pelo falido; parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do falido ou de sócio da sociedade falida; ou identificado como agente do falido com o objetivo de fraudar a sucessão” (art. 141, § 1º), ficando os credores sub-rogados no produto da realização do ativo (art. 141, I), de acordo com a ordem de preferência do art. 83, da LRF.

27. “Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional.”

28. Atente-se para o disposto no § 2º, do art. 141, da LRF, *verbis*: “Empregados do devedor contratados pelo arrematante serão admitidos mediante novos contratos de trabalho e o arrematante não responde por obrigações decorrentes do contrato anterior.” Por conseguinte, o adquirente, mesmo contratando empregados da sociedade falida, não responde por obrigações e dívidas decorrentes do contrato de trabalho anterior.

5. RESUMO

Em resumo, conclui-se que:

1ª) O adquirente *não* é responsável pelas obrigações e dívidas da sociedade quando houver alienação judicial de empresa, estabelecimento, filial ou unidade produtiva:

a) na recuperação judicial, se a alienação estiver prevista no plano de recuperação (art. 60, parágrafo único da LRF); e

b) na falência (art. 141, II da LRF);

2ª) O adquirente é responsável pelas obrigações e dívidas da sociedade quando houver alienação de empresa, estabelecimento, filial ou unidade produtiva (arts. 1.146 do CC, 10 e 448 da CLT e 133 do CTN):

a) na recuperação extrajudicial;

b) na recuperação judicial, quando a venda for extrajudicial, ou, se judicial, não tiver sido prevista no plano de recuperação ou não observar os arts. 60 e 142 da LRF, e

c) na falência, nas hipóteses do art. 141, § 1º, da LRF.

A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE — UMA VISÃO PANORÂMICA*

JORGE MIRANDA **

SUMÁRIO: 1. Poder político e Direito. 2. A fiscalização da constitucionalidade em Direito Comparado. 3. Os grandes modelos ou sistemas típicos. 4. A fiscalização da constitucionalidade em Portugal. 5. A fiscalização após 1976. 6. Aspectos gerais do regime actual. 7. A experiência do sistema. 8. Perspectivas de futuro.

1. PODER POLÍTICO E DIREITO

I — O Estado não pode viver à margem do Direito. Ele actua sempre através de processos ou procedimentos jurídicos ou através de operações materiais que remontam a normas de competência. E, sobretudo, encontra-se adstrito às normas substantivas ou de fundo que decreta, por uma dupla necessidade de coerência interna e de coesão social.

Como escreve GUSTAV RADBRUCH¹, *“o positivismo jurídico e político pressupõe, quando levado logicamente às suas últimas conseqüências, um preceito jurídico de direito natural na base de todas as suas construções”*. Eis esse preceito: *“quando numa colectividade existe um supremo governante, o que ele ordenar deve ser obedecido”*. Ora, só os governantes, pela circunstância de o serem, se acham em condições de poder pôr termo por meio dum acto de autoridade, à luta das opiniões — ou melhor, em condições de poderem impor, eles, uma decisão e de a tornarem eficaz — o que equivale a reconhecer unicamente neles o poder de garantir a segurança do direito. Mas se esta garantia da segurança jurídica é que constitui o fundamento e o título justificativo do poder dos governantes para fundar e criar o direito... são ainda essa mesma garantia e essa mesma segurança jurídica que devem afinal servir também de limites a esse mesmo poder. Continua RADBRUCH: *“só por via da obrigatoriedade das suas leis e da certeza dessa obrigatoriedade,*

* Lição proferida na sessão inaugural do Curso de Direito da Universidade de Minho. Publicado na *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ano 3, n. 5, janeiro/junho, 1995. Texto em português europeu.

** Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. *Filosofia do Direito*, 4ª ed., portuguesa, Coimbra, 1961, vol. II, págs. 134 e segs.

é que o Estado tem o poder legislativo. Mas uma tal certeza e a segurança que lhe está ligada desapareceriam, se o Estado pudesse, ele próprio, libertar-se da obrigatoriedade das suas leis. Ou, por outras palavras: pode dizer-se que o Estado não é chamado ao poder de legislar senão porque promete, e não pode deixar de prometer, sujeitar-se às leis que ele próprio faz; esta sujeição é a condição para ele poder ser chamado a legislar. E, assim, pode também dizer-se que os dois preceitos jurídicos de direito natural — o que estabelece o poder legislativo de todo o governante e o que estabelece a sujeição desse mesmo governante às suas próprias leis — se acham indissoluvelmente ligados um ao outro. Os governantes cessariam de ter o direito de legislar, desde que procurassem fugir ao cumprimento e respeito devido às suas próprias leis, comprometendo assim, eles próprios, a segurança jurídica. É no mesmo momento em que o poder é assumido por alguém que é também por esse alguém assumida, necessária e iniludivelmente, a obrigação de fundar um Estado de direito... Em resumo: é ainda um direito supra-positivo e natural que obriga o Estado a manter-se sujeito às suas próprias leis. O preceito jurídico que isto determina é o mesmo que serve de fundamento à obrigatoriedade do direito positivo”.

II — Pode considerar-se, não sem razão, este tipo de limitação do Estado pelo Direito como puramente formal: porque, se o Estado deve obediência às suas leis enquanto vigorem, também pode revogá-las, substituindo ou negando os direitos e garantias que daquelas constem.

No entanto, não é fácil, diante dos condicionalismos políticos, económicos, sociais e culturais em que o Estado se move, retirar ou apagar direitos e garantias dos indivíduos e dos grupos, porque as reacções e as resistências nem sempre são de afastar e, na nossa época, ganham ressonância internacional. E, por outro lado, as formas jurídicas possuem um dinamismo próprio, visto que as leis, uma vez decretadas, desprendem-se de quem as tenha feito, valem por si e o seu objectivo pode servir intenções ou interesses diferentes dos que tiveram em vista os seus autores.

Para além disto, que já é muito, importa ter em conta que a limitação do poder político pode e deve procurar-se noutra sede: em sede de uma limitação material, e não já formal, através de um conteúdo preceptivo que se impõe por si ou através da referência a valores permanentes e superiores a qualquer decisão política.

Do que se trata então não é de limitação pelas formas dos actos, mas de limitação por regras que impeçam o Estado de invadir (ou deixar invadir por outros poderes sociais) as esferas próprias das pessoas. Limitação material significa disciplina do poder — inclusive, do poder constituinte — contenção dos governantes e defesa dos direitos dos governados; traduz-se no respeito pela autonomia destes últimos; implica instrumentos jurídicos de garantia.

Sejam quais forem os fins, a limitação do poder depende, em última instância, da concepção de governantes e governados sobre as suas relações recíprocas, do equilíbrio entre liberdade e autoridade, sem sacrifício, em caso algum, da primeira à segunda (salvo em estado de necessidade), da efectiva observância pelos governantes dos direitos dos governados e da consciência que estes possuam tanto dos seus direitos como dos seus deveres cívicos.

Um Estado com fins muito reduzidos pode, na prática, salvaguardar pior a esfera livre das pessoas do que um Estado com dilatados fins, por não lhes dar ou tirar-lhes segurança no exercício dos direitos e por, naquilo em que intervém, se afirmar prepotente e arbitrário. Tal como, em contrapartida, mais acentuada intervenção do Estado pode destinar-se justamente a dar condições de liberdade e igualdade às pessoas.

Tudo consiste em saber se, diante dos fins que o Estado actual é capaz de levar a cabo, há ou não respeito pela liberdade individual e institucional. Somente se verifica limitação quando o Estado - pelos pontos fixos em que assenta, pelo fundamento para que apela, pela coerência da sua política com os princípios e valores professados - admite e promove esta liberdade na sua acção concreta, na prática.

Eis um feixe de perguntas cuja resposta tem de se encontrar não tanto no terreno da Filosofia jurídica e política quanto no da História e do Direito público positivo. É aqui que se vão encontrar diferentes situações e sistemas; é aqui que se exhibe uma maior ou menor vinculação do Estado a normas jurídicas de sua lavra ou de origem que o transcende - com os inerentes reflexos nos cidadãos e na comunidade política em geral; é aqui que tem ou não sentido falar em Estado de Direito, na acepção exacta do termo; e é aqui que se tem de equacionar a problemática da fiscalização da constitucionalidade.

2. A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE EM DIREITO COMPARADO

I — Os grandes pressupostos da fiscalização da constitucionalidade das leis e dos demais actos jurídico-públicos revelam-se, primeiro, a existência de uma Constituição em sentido formal, e, em segundo lugar, a consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos acompanhada da vontade de instituir meios adequados.

Não [é] preciso que haja Constituição formal para que se produza inconstitucionalidade e, muito menos, que a Constituição seja rígida. Basta que haja Constituição em sentido material, e não apenas em sentido institucional. Mas em Constituição material e flexível, como a britânica (e, de certo modo, também em Constituição formal e flexível), a inconstitucionalidade não se configura violação jurídica autónoma e, de qualquer sorte, não se propiciam condições para a organização de uma fiscalização.

Em contrapartida, não é suficiente a emanação de uma Constituição em sentido formal para que o sistema se dote de um aparelho de fiscalização e, muito menos, de uma fiscalização jurisdicional — porque, lógica e historicamente, não se confundem inconstitucionalidade e fiscalização da inconstitucionalidade. É preciso, além disso, que a supremacia da Constituição se revele um princípio jurídico operativo.

II — O constitucionalismo liberal europeu não possuiu uma clara consciência da necessidade de garantia constitucional por três causas principais — por, no seu optimismo, acreditar numa espécie de harmonia política e na força, ao mesmo tempo, obrigatória e dissuasora das Constituições escritas; por a Constituição não ser tomada rigorosamente como fundamento ou como critério de validade das leis; por a lei ser entendida como razão, e não como vontade.

Não deixou de haver então garantias graciosas e políticas - desde o direito de petição à vigilância do cumprimento da Constituição pelas Câmaras parlamentares e à predisposição, embora esporádica, de um ou outro órgão político com essa função. Em alguns países, na prática, os tribunais invocaram ou tentaram in-vocar um poder de não aplicação de normas inconstitucionais — assim, na Grécia desde 1859, na Noruega desde 1890, em Portugal. Afora isso e sem embargo de outros antecedentes, o século XIX não conheceu sistemas de controlo jurisdiccional devidamente estruturados. Para tal concorreram ainda uma visão rígida e mecanicista da separação dos poderes ou (contrariamente, mas com resultados idênticos) a concepção jacobina da unidade da soberania e da democracia absoluta.

De modo diferente se passaram as coisas nos Estados Unidos por causas e em circunstâncias favoráveis igualmente bem conhecidas: o grande papel atribuído aos juizes na vida colectiva, a tradição das Constituições limitativas coloniais, a concepção do poder constituinte de que HAMILTON se fez arauto, a estrutura federativa.

III - Ao invés, no século XX não só se perde o optimismo liberal acerca da Constituição e se adquire a convicção de que ela só poderá servir de garantia — de garantia dos direitos das pessoas ou da ordem social e política — se for garantida como alguns poderosos factores elevam a inconstitucionalidade a núcleo de toda a problemática do Direito constitucional e, quiçá, do Direito público.

Assim, verificam-se:

— No plano da realidade constitucional, o imperativo de melhor defesa dos direitos dos indivíduos e dos grupos perante o dilatar da acção do Estado e da penetração da sociedade pelo político, a crise da lei e as experiências totalitárias e autoritárias, vividas ou temidas;

— No plano da organização política, as transformações e as novas exigências de divisão de poderes, bem como a expansão das formas de Estado regional e de Estado federal;

— No plano conceitual, o aprofundamento do princípio da legalidade da administração, homólogo do princípio da constitucionalidade dos actos legislativos e de governo, a difusão das noções (kelsenianas e não kelsenianas) da estrutura escalonada da ordem jurídica e o prevalecer das tendências normativistas sobre as decisionistas;

— No plano valorativo, a revivescência do jusnaturalismo, de diversas inspirações.

Duas linhas de força vão conduzir à formação e à difusão na Europa (e também fora da Europa) de sistemas de fiscalização jurisdicional ou jurisdicionalizada da validade das leis e de outros actos jurídico-públicos.

Uma, endógena, resulta do desenvolvimento dos institutos e meios do Estado de Direito, crescentemente aperfeiçoados, de maneira a eliminar ou a diminuir as imunidades do poder e a permitir o controlo tanto concreto como abstracto das normas jurídicas. A outra, exógena, liga-se ao incremento das tarefas do Estado e das demais entidades públicas, à passagem do Estado liberal para o Estado social e à resposta às violações ou às tentativas de violação de direitos, liberdades e garantias; e prende-se ainda à exigência de formas de solução de conflitos jurídicos em ordenamentos plurilegislativos (regionais e federais).

3. OS GRANDES MODELOS OU SISTEMAS TÍPICOS

I — A observação histórico-comparativa revela três grandes modelos ou sistemas típicos de garantia da constitucionalidade.

São esses modelos:

1º) O modelo de fiscalização *política*, dito habitualmente de tipo francês (por ligado aos dogmas do constitucionalismo francês — e, portanto, europeu — dos séculos XVIII e XIX, embora tenha tido também aplicação em sistemas de índole de todo em todo contrastantes como os marxistas-leninistas);

2º) O modelo de *fiscalização judicial* (*judicial review*) nascido nos Estados Unidos em 1803;

3º) O modelo de *fiscalização jurisdicional concentrada em Tribunal Constitucional* ou de matriz austríaca (por ter por paradigma o tribunal instituído pela Constituição austríaca de 1920, sob influência de Kelsen).

II — No modelo político, deve subdistinguir-se entre:

a) Fiscalização pelo próprio Parlamento, pelo órgão legislativo *qua tale* — é o que se encontra, primeiro, em quase todos os países europeus no século XIX e, depois, no constitucionalismo marxista-leninista do século XX e em alguns novos Estados da Ásia e da África sob influência deste ou com constitucionalismo embrionário.

b) Fiscalização por órgão especialmente constituído para o efeito, seja ligado ao Parlamento (Comité Constitucional francês de 1946 a 1958, Comissão Constitucional romena de 1965 a 1989, Comité de Supervisão Constitucional criado na União Soviética em 1989), seja dele independente ou órgão a *se* (*juria constitucional de Siéyes*, Senado Conservador napoleônico, Conselho Constitucional francês de 1958).

III — O modelo judicialista baseia-se no poder normal do juiz de recusar a aplicação de leis inconstitucionais aos litígios que tenha de dirimir.

No seu estado puro de fiscalização difusa, concreta, incidental e, em princípio, por via de excepção, surgiu e desenvolveu-se por costume constitucional nos Estados Unidos e foi adoptado — por osmose ou não — em vários momentos, em diversos países: além da Grécia, da Noruega e de Portugal, em países anglo-saxónicos dotados de Constituições escritas, em países latino-americanos, na Dinamarca, na Roménia (nas primeiras décadas do século XX), na Alemanha de Weimar, no Japão desde 1946, na Itália entre 1948 e 1956, na Suécia.

Em alguns casos, a adaptação ou o funcionamento do sistema levou à concentração em supremos tribunais, através de recurso obrigatório ou de outras formas, com reserva ou primado de apreciação da inconstitucionalidade: Suíça (desde 1874, quanto às leis cantonais, únicas susceptíveis de controlo jurisdicional), alguns países da *Commonwealth* e da América Latina, Irlanda, Filipinas.

IV - O modelo de Tribunal Constitucional dir-se-ia *prima facie* agregar elementos do modelo político e elementos do modelo judicialista, por o Tribunal ostentar características de órgão jurisdicional, mas não ser um tribunal como os outros — antes de mais, pela sua composição e pelo modo de recrutamento dos juízes.

Mais correcto afigura-se — quer a nível de conceitos, quer a nível de experiência — defini-lo como um *tertium genus*, entender que se trata de um tribunal em que se esgota uma ordem de jurisdição diferente tanto da dos tribunais judiciais como da dos tribunais administrativos, de um tribunal com competência especializada no campo do Direito constitucional.

Pensado inicialmente para exercer fiscalização abstracta, principal e por via de acção, a breve trecho (desde 1929, na Áustria e, pouco depois, noutras Constituições) passou a intervir na fiscalização concreta, mediante a subida obrigatória de incidentes de inconstitucionalidade provenientes de quaisquer tribunais (firmando-se, pois, uma comunicação entre eles).

Como Tribunais Constitucionais mais significativos e com papel mais activo na conformação e na concretização das próprias Constituições, mencionem-se os da Áustria, da Espanha (Constituições de 1931 e de 1978), da Itália (Constituição de 1947) e da República Federal da Alemanha (Constituição de 1949). Com alguma precariedade, indiquem-se os da Checoslováquia (Constituição de 1921), de Chipre (Constituição de 1960), da Turquia (Constituições de 1961 e 1982), da Jugoslávia (Constituições de 1963 e 1974), do Equador (Constituição de 1978) e do Peru (Constituição de 1979). Recentemente, foram implantados Tribunais Constitucionais na Polónia, na Hungria e na Bulgária (entre outros países).

V — Estão muito divulgados e são quase clássicos os argumentos favoráveis e os contrários à fiscalização judicial difusa e à fiscalização concentrada.

Em abono da primeira, diz-se que só ela confere aos tribunais a sua plena dignidade de órgãos de soberania, responsabilizados no cumprimento da Constituição; que, com ela, a questão de inconstitucionalidade se põe naturalmente, como questão jurídica, e não política (pois *jura novit curia*); que ela permite a maior eficácia possível da garantia da Constituição, já que, sem haver que aguardar pela decisão de qualquer órgão central, o tribunal que julga no caso concreto deixa de aplicar a lei inconstitucional.

Contra a fiscalização difusa invocam-se a possibilidade de desarmonia de julgados, com o conseqüente risco de desvalorização dos julgamentos de inconstitucionalidade e da própria Constituição; e a diluição do poder de controlo pelas centenas de tribunais existentes, com o conseqüente risco de não acatamento das decisões pelos órgãos políticos, legislativos e administrativos.

Em favor da fiscalização concentrada apontam-se a certeza do direito, mormente quando haja eficácia geral das decisões sobre inconstitucionalidade; o aprofundamento das questões, ligado às especialidades da interpretação constitucional, com a conseqüente formação de uma jurisprudência enriquecedora do conteúdo da Constituição; a sensibilidade às implicações políticas ou comunitárias globais dos problemas; o realçar da autoridade do órgão fiscalizador a par dos órgãos legislativos e de governo (o que significa que, se a concentração diminui a posição de cada um dos restantes tribunais, em contrapartida reforça a dos tribunais no seu conjunto, do Poder Judicial ou do tribunal de concentração no confronto dos demais órgãos de soberania).

Contra a fiscalização concentrada alegam-se o perigo de um exagerado poder do órgão fiscalizador ou a sua vulnerabilidade às pressões vindas dos órgãos com poder efectivo no Estado; a rigidez do funcionamento do sistema, os riscos de cristalização jurisprudencial e, muitas vezes, a sua desproporção frente às necessidades de decisão jurídica a satisfazer; o acabar por se subtrair, na prática, a Constituição, a sua interpretação e os seus valores aos tribunais judiciais.

Pode supor-se que estes argumentos — de política constitucional — se neutralizam reciprocamente. Em última análise, porém, por reais que sejam os méritos e os deméritos que apresentem, fiscalização difusa e fiscalização concentrada hão de valer mais ou menos consoante os sistemas jurídico-políticos em que venham a ser integradas e aplicadas.

A lição do Direito comparado é muito clara: 1º) que a fiscalização jurisdicional difusa só adquire total autenticidade e efectividade em sistemas judicialistas como os anglo-saxónicos (com forte autoridade social dos juizes, consciência de constitucionalidade na comunidade jurídica e mecanismos de harmonização de julgados), ao passo que o tribunal constitucional se mostra mais idóneo para levar a cabo a fiscalização nos sistemas continentais; 2º) que a fiscalização difusa pode existir com diferentes sistemas políticos (pelo menos, teoricamente) e é sempre uma salvaguarda potencial da constitucionalidade, mas que a fiscalização concentrada apenas tem sentido num sistema de divisão do poder político, do qual vem a ser uma das peças mais relevantes.

4. A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

I — No constitucionalismo português podem ser assinalados três grandes períodos na evolução e no desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade:

1º) De 1822 a 1911 - na vigência das três Constituições monárquicas - a fiscalização é puramente política, a cargo das Cortes, ainda que com esboços, nas décadas finais, de abertura a certa intervenção dos tribunais;

2º) De 1911 a 1976 — na vigência das Constituições de 1911 e 1933 e das leis constitucionais revolucionárias de 1974 e 1975 — domina, em princípio, o modelo de fiscalização judicial difusa, mas atenuada por elementos de fiscalização política e, sobretudo, com pouca aplicação prática;

3º) A partir de 1976 — na vigência da Constituição de 1976 — prevalece a fiscalização concentrada, mas integrada com a fiscalização judicial difusa e, entre 1976 e 1982 com fiscalização política, dentro de um complexo sistema misto.

II - Se o primeiro período se apresenta relativamente homogêneo, já os dois subsequentes exigem ainda subdivisões. No segundo período, sucedem-se três fases:

a) Entre 1911 e 1933, só fiscalização judicial difusa;

b) Entre 1933 e 1974, fiscalização judicial difusa, mas limitada por os tribunais não poderem conhecer da inconstitucionalidade orgânica ou formal dos diplomas promulgados;

c) Entre 1974 e 1976, fiscalização judicial difusa, embora comprimida pela existência de órgãos políticos revolucionários.

No terceiro período, importa distinguir:

a) Entre 1976 e 1982, fiscalização judicial difusa, fiscalização concentrada na Comissão Constitucional (com estrutura ambivalente) e fiscalização política cometida ao Conselho da Revolução;

b) Desde 1982, fiscalização judicial difusa e fiscalização concentrada no Tribunal Constitucional.

5. A FISCALIZAÇÃO APÓS 1976

I — O sistema de fiscalização da constitucionalidade adoptado em 1976 revelar-se-ia um sistema complexo, por pretender cobrir todas ou quase todas

as modalidades possíveis de controlo, e um sistema misto, por compreender os tribunais, o Conselho de Revolução e, entre aqueles e este, a Comissão Constitucional.

Facilmente se enxerga como a subsistência da fiscalização judicial era uma homenagem ao princípio implantado em 1911 e uma afirmação do carácter jurídico da garantia; a presença do Conselho da Revolução um elemento revolucionário remanescente a título transitório até a primeira revisão constitucional; e a criação da Comissão Constitucional como que a prefiguração de um tribunal constitucional.

A Comissão Constitucional veio a ser o primeiro órgão específico de garantia da Constituição, o primeiro órgão instituído apenas para isso, em todo o Constitucionalismo português e a sua composição era análoga à composição corrente de tribunais constitucionais, pois, dos seus nove membros, quatro eram juízes, designados pelo Supremo Tribunal de Justiça (um) e pelo Conselho Superior da Magistratura (três), e cinco, não juízes, designados pelo Presidente da República (um), pelo Conselho da Revolução (três) e pela Assembléia da República (um).

Não se tratava, porém, em rigor, de um tribunal constitucional. Em primeiro lugar, porque desempenhava funções auxiliares de outro órgão, aliás de grande importância. Em segundo lugar, porque, mesmo enquanto tribunal com concentração de competência em matéria de inconstitucionalidade, não estava investida de um poder exclusivo, nem de um poder genérico de decidir sobre a inconstitucionalidade de normas jurídicas: coexistia a par dos tribunais e só conhecia da inconstitucionalidade de certas normas.

II—O tema da fiscalização da constitucionalidade foi dos temas fundamentais da revisão constitucional de 1981-1982, em virtude de a prevista extinção do Conselho da Revolução obrigar a reponderar o sistema e haver mais ou menos clara consciência de que o equilíbrio dos órgãos do poder e o alcance efectivo das normas constitucionais iriam depender do modo como a garantia viesse a ser estruturada e posta em acção.

Em teoria, o legislador da revisão gozava de uma grande margem de liberdade para escolher o sistema que considerasse mais adequado, salvo o imperativo (por se tratar do limite material) de conservação da fiscalização tanto da inconstitucionalidade por acção quanto da inconstitucionalidade por omissão (art. 290º, alínea *m*). Na prática, encontrava-se condicionado (como não podia deixar de ser) pelo sistema vindo de 1976.

Não se regressou, pura e simplesmente, ao modelo da fiscalização difusa, nem se substituiu o Conselho da Revolução por um novo órgão político. Entendeu-se que era altura de formar um tribunal constitucional como órgão de contencioso de normas jurídicas que receberia as competências do Conselho, da Comissão Constitucional e, relativamente a actos respeitantes as regiões autónomas (segundo a Lei nº 15/79, de 19 de maio), do Supremo Tribunal Administrativo. Mas não se moldou o acesso ao Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta, em termos idênticos aos que são adoptados na generalidade

dos países em que existe concentração do controlo - exactamente por causa da fiscalização judicial difusa.

O Tribunal Constitucional teria 10 membros eleitos pela Assembléia da República, por maioria de dois terços, e 3 outros cooptados por aqueles — e devendo 6 dos juizes ser escolhidos de entre juizes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas. Logo na altura considere, e continuo a considerar, esta composição criticável por três motivos: 1º) por não assegurar a pluralidade de origens pro-piciadora das máximas virtualidades do princípio; 2º) por ser incongruente com o sistema de governo semipresidencial; 3º) por a designação parlamentar de juizes de carreira introduzir conotações político-partidárias na magistratura.

III — A segunda revisão constitucional, concluída em 1989, introduziria algumas modificações na inserção sistemática do Tribunal dentro da parte III da Constituição e algumas inovações de organização e funcionamento (estas justificadas, aquelas não).

As três principais inovações foram:

— A previsão de recurso para o plenário do Tribunal Constitucional de decisões contraditórias no domínio da mesma norma (art. 226º, nº 3) — inovação, como é evidente, destinada a facilitar a harmonia de julgados, superando uma anterior omissão ou deficiência do regime do Tribunal;

— A previsão de um regime específico de fiscalização preventiva das chamadas leis orgânicas, (figura, de discutível razão de ser, então criada);

- A consagração expressa, ultrapassando a anterior controvérsia, do controlo da legalidade de normas jurídicas frente às "*leis de valor reforçado*" ou leis ordinárias reforçadas (novos preceitos dos arts. 280º, nº 2, alínea *c*, e 281º, nº 1, alínea *b*).

6. ASPECTOS GERAIS DO REGIME ACTUAL

I - Passo, de seguida, a caracterizar os aspectos gerais da fiscalização da constitucionalidade no actual Direito português, tal como resultam dos arts. 207º e 277º e segs. da Constituição, completados pela lei orgânica do Tribunal Constitucional (a Lei nº 28/82, de 15 de novembro, com as modificações introduzidas pela Lei nº 143/85, de 26 de novembro, e pela Lei nº 85/89, de 7 de setembro).

Considerarei os aspectos gerais, e não mais do que eles, para me confinar aos limites de visão panorâmica e do tempo de que disponho. Considerarei os aspectos gerais da fiscalização da constitucionalidade, e não também da fiscalização de legalidade, que a Constituição e a lei orgânica do Tribunal Constitucional àquela assimilam ou de que aproximam: da legalidade, correspondente a conformidade

de leis ordinárias comuns com leis de valor reforçado ou de decretos legislativos regionais com leis gerais da República (arts. 280º e 28º) e da legalidade *sui generis*, correspondente à conformidade de normas de Direito ordinário interno com normas de Direito internacional convencional (art. 70º, nº 1, alínea i), da Lei nº 28/82, após 1989).

II - a) Quanto ao objecto, em primeiro lugar, a fiscalização é de normas ou actos normativos - de actos normativos, numa noção lata ou "*funcional*", visto que a jurisprudência vinda desde a Comissão Constitucional entende que, quando se trate de actos legislativos, quaisquer preceitos neles inseridos, mesmo se individuais e concretos, são susceptíveis de fiscalização.

Excluídos ficam, pois, os actos administrativos e as decisões judiciais, sujeitos a outras formas de controlo mais adequados à sua natureza: a impugnação contenciosa perante os tribunais administrativos e os recursos para tribunais superiores. E excluídos ficam também os actos políticos ou de governo, salvo os referendos, nacional e locais.

b) Em segundo lugar, a fiscalização é só de actos normativos públicos, expressão de poder público. Não de actos normativos fundados na autonomia privada, na autonomia associativa ou na autonomia colectiva.

Em contrapartida, é de *todos* os actos normativos públicos, desde as leis de revisão constitucional às leis ordinárias, aos regimentos parlamentares e a quaisquer actos normativos surgidos no âmbito da função política, da administrativa e da jurisdicional.

c) A fiscalização abrange normas de Direito internacional convencional e pode abranger normas criadas por organizações internacionais e, inclusive, normas de Direito comunitário europeu. Tal é imposto pelo princípio geral da constitucionalidade, pelo menos quando estejam em causa direitos fundamentais. Mas outros princípios que não podem ser escamoteados - como o da boa-fé nas relações in-ternacionais e as exigências estruturais do Direito comunitário - suscitam aqui problemas extremamente complexos, como se sabe.

d) Em quarto lugar, a fiscalização é tanto do Direito posterior às normas constitucionais parâmetro da constitucionalidade como do Direito anterior; é tanto de inconstitucionalidade originária como de inconstitucionalidade superveniente.

e) Em quinto lugar, a fiscalização é de normas aprovadas, conquanto ainda não publicadas — na fiscalização preventiva; e de normas já publicadas, embora ainda não ou *já não* em vigor — na fiscalização sucessiva. Pode haver fiscalização da constitucionalidade de normas revogadas, caducas ou suspensas, desde que se revista de interesse útil em relação ao tempo em que elas foram vigentes ou produzem ou produziram efeitos.

III — Quanto aos órgãos de fiscalização, eles são somente os tribunais — os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional em especial — e somente no exercício de função jurisdicional, não quando investidos em competências não jurisdicionais.

Os órgãos administrativos não são órgãos de fiscalização; não podem, ao contrário do que sucede com os tribunais, recusar-se a aplicar normas que repute desconformes com a Constituição. Só é de exceptuar aqui a violação por lei de direitos, liberdades e garantias que nunca podem ser suspensos mesmo em estado de sítio (art. 19º, nº 6) - direitos esses, cuja fortíssima valorização constitucional, e não um autónomo poder de garantia, se vem a projectar sobre a actuação dos órgãos administrativos.

Muito menos poderiam os órgãos políticos negar-se a cumprir qualquer norma jurídica por inconstitucional ou ilegal, sob pena de subversão do Estado de Direito.

IV — A Constituição distingue entre fiscalização concreta e fiscalização abstracta e reparte esta em fiscalização preventiva, sucessiva e da inconstitucionalidade por omissão. A primeira é difusa na origem e eventualmente concentrada no fim; a segunda, sempre concentrada no Tribunal Constitucional.

Donde, quatro modalidades, com regimes específicos:

a) A fiscalização concreta (arts. 207º e 280º) desencadeia-se nos casos concretos submetidos aos tribunais. Se houver uma conexão entre a questão objecto de causa e a questão de constitucionalidade da norma aplicável, o juiz deverá decidila e não sustar o andamento do processo (como noutros países). Da decisão caberá, depois, recurso, observados certos requisitos, para o Tribunal Constitucional, que, por seu turno, decidirá também em concreto. Nisto reside a originalidade do sistema português.

b) A fiscalização preventiva (arts. 278º e 279º) dirige-se só a normas constantes de convenções internacionais, de actos legislativos e de decretos regulamentares regionais de leis gerais da República e, tirando as leis orgânicas, é apenas de iniciativa do Presidente da República antes da promulgação, da ratificação ou da assinatura dos diplomas ou de iniciativa dos Ministros da República para as regiões autónomas antes da assinatura. Não preclude a fiscalização sucessiva.

c) A fiscalização sucessiva abstracta (art. 281º), tal como a concreta, essa versa sobre quaisquer normas de quaisquer diplomas. Ao contrário da preventiva, não está sujeita a prazos. E pode ser da iniciativa de certos órgãos (como o Presidente da República e o Provedor de Justiça) ou de certo número de Deputados; e, quando o Tribunal Constitucional tenha julgado inconstitucional a mesma norma em três casos concretos, de iniciativa de qualquer juiz do Tribunal ou do Ministério Público.

A declaração de inconstitucionalidade produz efeitos obrigatórios gerais para todas as autoridades e todos os particulares, retroactivamente - quer dizer, desde a emissão da norma ordinária ou da nova norma constitucional, consoante seja inconstitucionalidade originária ou superveniente (art. 282º, nºs, 1 e 2). Porém, ressalvam-se os casos julgados e admite-se a limitação de efeitos, por razões de equidade, de segurança jurídica ou interesse público de excepcional relevo (art. 282º, nºs, 3 e 4).

d) A fiscalização de inconstitucionalidade por omissão (art. 283º), por último, refere-se a normas legislativas destinadas a tornar exequíveis normas constitucionais. A iniciativa compete ao Presidente da República, ao Provedor

de Justiça e, no tocante às regiões autónomas, aos presidentes das respectivas assembleias legislativas regionais.

Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente. Não mais, porque um órgão jurisdicional não poderia substituir-se aos órgãos legislativos baseados no sufrágio universal.

V — Finalmente, a fiscalização nos termos assim descritos não esgota os meios de garantia da constitucionalidade contemplados na Constituição: sejam meios não institucionais, como o exercício do direito de petição pelos cidadãos (art. 52º, nºs 1 e 2) ou do direito de resistência (arts. 21º e 106º, nº 3); seja a fiscalização genérica do cumprimento da Constituição pela Assembleia da República (art. 165º, alínea a)), sejam, indirectamente, formas de defesa da Constituição como a proibição de organizações de ideologia fascista (art. 46º, nº 4) ou sanções constitucionais como a dissolução dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas por prática de actos contrários à Constituição (art. 236º).

Para além de outras diferenças, o essencial está em que apenas na fiscalização — pelos tribunais em geral ou pelo Tribunal Constitucional — se atingem actos normativos e os seus efeitos, se verificam conseqüências sobre a subsistência desses actos (sejam quais forem os valores jurídicos negativos que se lhes atribuam).

7. A EXPERIÊNCIA DO SISTEMA

I — Seria, evidentemente, impossível examinar agora a experiência do regime de fiscalização da constitucionalidade ao longo dos 17 anos de vigência da Constituição de 1976. Não obstante, ressaltam à vista desarmada dois pontos: a intensificação da fiscalização difusa, por um lado, e o papel dinamizador da Comissão e do Tribunal Constitucional, por outro lado.

De 1911 a 1976, em 65 anos, tinham sido escassíssimos os casos em que os tribunais portugueses se recusaram a aplicar leis por inconstitucionalidade: talvez não mais do que vinte ou trinta. Pelo contrário, a partir de 1976 têm sido centenas as questões de inconstitucionalidade suscitadas em tribunal.

A explicação reside, antes de mais, na força normativa que a nova Constituição adquiriu, em contraste com o carácter largamente *nominal* das Constituições de 1911 e de 1933 (e *semântico* também desta), e nos progressos da cultura jurídico-constitucional entretanto registrados no País. Reside ainda na já mencionada inadequação do modelo difuso fora de sistemas judicialistas. Ou seja: a criação de órgãos de competência concentrada e específica, longe de secar a intervenção dos tribunais na garantia da constitucionalidade, tem-se revelado um poderosíssimo incentivo ao seu desenvolvimento.

Porém, o impulso fundamental coube à Comissão Constitucional e ao Tribunal Constitucional. Foram eles que enfrentaram as grandes tarefas de interpretação

e aplicação de uma Constituição muito vasta, inovadora e de carácter compromissório, que procuraram aprofundar o princípio da igualdade ou o regime dos direitos fundamentais, que elaboraram as matérias de organização económica ou de autonomia regional. Ainda antes das revisões de 1982 e de 1989, foi a jurisprudência constitucional que, sabendo descobrir a linha média harmonizadora do Estado de Direito democrático, permitiu à Constituição enraizar-se no ordenamento e ganhar efectividade.

II — A amplitude da fiscalização da constitucionalidade e o volume de trabalho do Tribunal Constitucional podem avaliar-se observando o quadro das suas decisões de 1983 a 1992, nos primeiros dez anos de funcionamento².

Assim:

Na fiscalização concreta

— Recursos	2.819
— Reclamações	188
— Na fiscalização preventiva	51
— Na fiscalização sucessiva abstracta	189
— Na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.....	9

Total de decisões 3.252

Sem contar com decisões interlocutórias e meramente processuais, o sentido das decisões foi o seguinte:

Na fiscalização concreta

— Inconstitucionalidade	512
— Não inconstitucionalidade	737

Na fiscalização preventiva

— Inconstitucionalidade	20
— Inconstitucionalidade parcial	13
— Não inconstitucionalidade	14

Na fiscalização sucessiva abstracta

— Inconstitucionalidade	87
— Inconstitucionalidade parcial	27
— Não inconstitucionalidade	42

2. Os números foram fornecidos pelos serviços do Tribunal.

E a iniciativa desta fiscalização proveio de:

— Presidente da República	2
— Presidente da Assembléia da República	18
— Primeiro-Ministro	10
— Procurador-Geral da República	30
— Provedor de Justiça	53
— Grupos de Deputados	19
— Ministros da República e órgãos das regiões autónomas	8

III — Não creio o Tribunal Constitucional isento de alguns reparos: atrasos nas decisões de fiscalização sucessiva; excessiva carga doutrinal ou académica dos acórdãos (compreensível numa primeira fase, mas não agora - o que contribui para esses atrasos); algum protagonismo exterior ou menor discreção de um ou outro juiz. Tais reparos não impedem uma apreciação globalmente positiva.

Por outro lado, ao menor relevo, mormente nos últimos anos, do Parlamento na vida institucional do País, tem correspondido um realçar da actividade do Tribunal Constitucional e de outros órgãos de controlo jurisdicional ou parajurisdicional, porventura acima do que, em diversas circunstâncias, seria de esperar. É natural que assim aconteça e não pode contestar-se a legitimidade de que o Tribunal e esses outros órgãos gozam no âmbito de um sistema jurídico e político — como o nosso e como o de todos os Estados de constitucionalismo ocidental — assente na divisão e na limitação de poderes.

8. PERSPECTIVAS DE FUTURO

I — A terminar, que perspectivas de futuro ou que necessidades de reforma para o sistema português de fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas?

Se não têm sido ouvidas vozes contestando o regime de fiscalização concreta ou o essencial deste regime, já muitas se têm levantado contra a fiscalização preventiva e contra a da inconstitucionalidade por omissão. Em contrapartida, mais de uma vez se tem preconizado a introdução no nosso Direito de uma acção constitucional de defesa, semelhante ao recurso de amparo espanhol ou à *Verfassungsbeschwerde* germânica. Assim como o modo de designação dos juízes do Tribunal Constitucional continua bem longe de lograr consenso.

Como é sabido, quaisquer alterações a respeito destes pontos requereriam revisão da Constituição, a qual só poderá efectuar-se a partir de 25 de novembro de 1997 (quer dizer, 5 anos depois da publicação da última lei de revisão) ou, eventualmente, antes desta data, mas com assunção de poderes de revisão por

mais de quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções (porquanto a nova fórmula do art. 284º vale para o futuro e não se fez disposição transitória na revisão de 1992 autoqualificando-a de revisão "extraordinária"). A despeito disto, não quero deixar de me pronunciar sobre os problemas assim postos.

II — Resumidamente, como tem de ser:

a) Continuo sendo favorável à fiscalização preventiva.

Suprimi-la afectaria o equilíbrio dos órgãos de soberania e acarretaria conseqüências muito negativas, pela possibilidade de criação de factos consumados legislativos com inconstitucionalidades grosseiras, quer a nível nacional quer a nível regional. Se em alguns casos pode ter sido arrastado o Tribunal para as fronteiras do contraditório político, noutros casos, se ela tivesse sido desencadeada, pode supor-se que se tivesse evitado a arrastamento de certas questões (basta pensar na Lei nº 20/92, sobre propinas no ensino superior). Além disso, a fiscalização preventiva parece ser a forma mais adequada de controlo da constitucionalidade de convenções internacionais.

b) Quanto à fiscalização da inconstitucionalidade por omissão - aliás, tão pouco posta em prática - ela é postulada pela estrutura de certas normas constitucionais, as não exequíveis por si mesmas; e, em vez de ser extinta, bem poderia ser incrementada mediante uma comunicação com a fiscalização concreta.

c) Tenho muitas dúvidas, no mínimo, a respeito da acção directa de inconstitucionalidade. Ela apresenta-se de muito difícil configuração. Já existe (e essa, sim, deve ser alargada) a acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em Direito administrativo, em obediência ao art. 268º da Constituição. E os cidadãos já hoje têm acesso directo ou quase directo ao Tribunal Constitucional, por via de recurso e por via de petição perante o Provedor de Justiça (que, como se viu, tem sido o sujeito mais activo de iniciativa da fiscalização sucessiva abstracta).

d) No tocante à composição do Tribunal Constitucional, mantenho a opinião sustentada tanto em 1975 como em 1980 e 1982 no sentido da diversidade de designações dos juizes (pelo Parlamento e também pelo Presidente da República e pelos tribunais superiores ou pelo Conselho Superior da Magistratura). Receio, no entanto, que os dois partidos maioritários que vêem no Tribunal (para empregar uma expressão feliz de MIGUEL GALVÃO TELES) uma espécie de tribunal arbitral, não aceitem modificar as actuais formas de designação.

Mais fácil talvez venha a ser conseguir o triunfo de duas idéias que desde 1975 tenho lançado e que parecem ir fazendo o seu curso: para maior garantia da independência dos juizes, a sua designação por mandatos mais longos e a sua não recondução.

III — Por fim, mesmo sem revisão constitucional, seria possível e necessário modificar e melhorar vários preceitos da Lei nº 28/82. Tive já ocasião de, a este propósito, apresentar e fundamentar algumas sugestões, em junho, no colóquio comemorativo do 10º aniversário do Tribunal.

Eis as sugestões: 1º) atribuição ao Tribunal de competência de controlo da con-formidade de actos legislativos com os resultados de referendo político vinculativo (art. 118º da Constituição); 2º) criação de um recurso contencioso em favor dos titulares de órgãos do Estado, das regiões autónomas e do poder local contra actos políticos inconstitucionais que afectem a sua situação; 3º) efectivação, perante o Tribunal, da responsabilidade civil do Estado por actos legislativos; 4º) atribuição de competência ao Tribunal para conhecer de recursos de decisões sobre irregularidades de actos eleitorais no âmbito das assembleias políticas e até, porventura, no âmbito de partidos políticos (que são associações com relevância constitucional); 5º) em contrapartida, redução dos casos de recursos para o Tribunal no domínio das eleições para o poder local; 6) para maior celeridade do julgamento na fiscalização concreta, desdobramento das actuais duas secções; 7º) alguns aperfeiçoamentos das normas processuais.

CONTROLE DA POLÍCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO VERSUS DOMÍNIO POLICIAL DA INVESTIGAÇÃO NA EUROPA, ESPECIALMENTE NA ALEMANHA*

KAI AMBOS **

SUMÁRIO: 1. Observação preliminar. 2. A Situação Legal. 2.1. Fundamentos. 2.2. Imprecisões normativas. 3. A realidade do processo. 4. Criminalidade organizada e a luta preventiva contra a delinquência. 4.1. Fundamentos. 4.2. Luta preventiva contra o delito e Estado de Direito. 5. Reformas? 6. Conclusão.

1. OBSERVAÇÃO PRELIMINAR

De acordo com o propósito do legislador reformista do século XIX, com a criação do Ministério Público Alemão (*Staatsanwaltschaft*) buscava-se alcançar fundamentalmente três objetivos¹: a derrogação do tradicional processo inquisitivo mediante a realização da forma separada das funções de acusação e

* Título original do artigo em alemão: *Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei versus Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens*. A tradução primeiramente foi feita do alemão para o espanhol por Teresa Manso Porto, colaboradora científica do Instituto Max Planck de Friburgo, com revisão e atualização do autor. A versão para o português foi feita, originalmente, em uma primeira versão, e para outro fim, por Fauzi Hassan Choukr, mestre e doutor em Processo pela Universidade de São Paulo, mas, em uma segunda versão, especialmente para esta publicação na *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, o artigo foi adaptado, com trechos que sofreram nova versão, para uma melhor compreensão no português e, ainda, novamente revista, especialmente as palavras e notas que permaneceram no texto em espanhol, por Marcellus Polastri Lima, mestre e doutor em Ciências Penais pela UFMG. Agradeço, ainda, ao meu colega Dr. Jörg Kinzig por importantes referências. O *Cand. iur.* Martin Viciano Gofferje merece também meu agradecimento por seu apoio na comparação do texto.

** O Professor Kai Ambos é catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional e Chefe do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional do Instituto de Ciências Criminais da Georg-August Universidade de Göttingen-Alemanha, além de Juiz do Tribunal Estadual de Göttingen-Alemanha.

1. Roxin, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft*, DRiZ 1969, p. 385 e segs.

ajuizamento por parte do Ministério Público e dos Juizes; o surgimento de uma instituição objetivamente encarregada da investigação, que ao mesmo tempo haveria de assumir o papel de guardião da lei com respeito à atuação estatal e, finalmente – relacionado com este último –, o controle jurídico-estatal das investigações policiais. Deste modo, devido às suas amplas atribuições de direito material, o Ministério Público acabaria por se converter em “*dueño e señor de la investigación procesal*”² – com respeito, especialmente, à polícia – já que agora se torna um garantidor de um processo jurídico-estatal revestido de verdadeira força judicial³. A esse ponto de partida histórico voltaremos posteriormente. Sem embargo, merece ser mencionado que a luta do Ministério Público pelo controle da polícia deixou marcas em sua conquista histórica na Alemanha, sendo que é tão antiga como a própria instituição, o que deve ser realçado, haja vista a intenção de teceremos comentários a partir de uma perspectiva atual da contradição existente entre a situação legal (1) e a realidade do processo (2), para, ao final, nos ocuparmos da chamada e almejada busca da luta preventiva contra a delinquência criminal (3).

2. A SITUAÇÃO LEGAL

2.1. FUNDAMENTOS

Ao Ministério Público, na Alemanha, incumbe exercer a acusação pública (princípio de acusação, previsto no § 152, I, StPO)⁴. Está o órgão obrigado a intervir em qualquer feito penal com possibilidade de persecução, logicamente sempre e quando haja indícios suficientes, ou seja, quando exista o que se chama “de uma suspeita inicial” (princípio da legalidade aqui previsto em lei: § 152, II). É sempre o Ministério Público que decide acerca do resultado final da investigação processual na medida em que formula a acusação (§ 170, I) ou também pode decidir — por razões de oportunidade (§ 153 e segs.) ou por motivos fáticos ou jurídicos (§ 170, II) – sobre o arquivamento do procedimento investigatório. Segundo a concepção normativa do ordenamento processual Alemão, o Ministério Público deve, tal como assinala o Supremo Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*), “*garantir o correto transcurso das investigações e exercer o permanente controle jurídico da atividade de investigação policial (...); está obrigado a*

2. *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional, Alemão, cf.: *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, p. 231; *cf.* na – inabarcável literatura existente como, entre outros, Hellmann, *Strafprozeßrecht*, 1998, § 3 núm. marg. 1. NT (é comum se dizer no Brasil *dominis litis* na ação penal, mas aqui se fala em “dono da investigação criminal”).

3. *Cfr.* Riess, *Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, Libro-homenaje a Schäfer* (1980), p. 155 (194).

4. Parágrafos sem designação específica correspondem ao Ordenamento procesal alemão (*Strafprozeßordnung*, StPO).

exercer a função de controle e direção, (...) a competência exclusiva da direção material"⁵. Segundo o § 161, I, primeiro inciso, em uma primeira alternativa, o Ministério Público pode, inclusive, assumir, de forma direta, as investigações.

Isso é somente uma possibilidade teórica, pois, na verdade o Ministério Público Alemão não dispõe de uma polícia própria ou mesmo "judiciária", tal como se dá no direito francês sob o rótulo de *police judiciaire*⁶, ou como existe também na Espanha e na América Latina também rotulada de como polícia judiciária.

O Ministério Público alemão seria, como expressou uma vez KERN⁷, uma "cabeça sem mãos" e, como tal, é dependente da polícia. Geralmente, o Ministério Público deixa que as investigações sejam realizadas por uma parte da polícia (§ 161, I, primeiro inciso, segunda alternativa); e essa, "como verdadeiro *braço prolongado do Ministério Público*"⁸, está obrigada a satisfazer a requisição ou a investigação pretendida pelo Ministério Público (§ 161 I segundo inciso), estando vinculada – não em âmbito repressivo – às ordens desse⁹. Trata-se de uma relação legal de obrigação, de um mandato *a iure*. A polícia é mandatária do Ministério Público¹⁰. Devem ser distinguidas duas categorias de funcionários policiais: de um lado, temos os chamados funcionários auxiliares do Ministério Público conforme disposto no § 152 da Lei de Organização Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*) – tal qual os *officiers de police judiciaire auxiliaires* franceses¹¹ – e, por outro lado, os funcionários policiais ordinários, que não possuem o *status* dos funcionários auxiliares do *parquet*. Dito *status* se determina através de regimentos executivos dos Estados Federais respectivos por grupos (§ 152, II, GVG), ou seja, nomeiam-se os grupos de funcionários que devem ser considerados funcionários auxiliares do Ministério Público no sentido da lei. Assim, por exemplo, na Baviera encontram-se entre os funcionários auxiliares

5. *Bundesgerichtshof Strafsachen* (Corte Suprema, assuntos penais = BGHSt), t. 34, pág. 215 (217); a mesma abordagem se dá em NJW 1987, p. 1.033. Cfr. Görgen, *Die organisatorische Stellung der Staatsanwaltschaft*, 1973, p. 53 e segs.; Rüping, *Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei*, ZStW 95 (1983), p. 894 e segs.; acerca do controle através do ministério público e do juiz de investigação cfr. Cédras, en: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, 2000, p. 327. NT StPO (Código de Processo Penal Alemão).

6. Aqui, no entanto, é necessário fazer algumas diferenciações. Assim, segundo Gómez Colomer, na Espanha não existe uma polícia judicial no sentido de um corpo policial pertencente exclusivamente ao Ministério Público. Cf.: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), *supra*, p. 311 e sobre a América Latina, cfr. Ambos/Woischnik, ZStW 113 (2001), p. 334 e segs., com ulteriores resenhas bibliográficas.

7. Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, 1965, p. 227; cfr. também Roxin, *supra*, p. 388.

8. *Bundesverwaltungsgericht* (Supremo Tribunal Administrativo = BVerwG), t. 7, p. 255 (263); cf. o mesmo em NJW 1975, p. 893.

9. Sobre as limitações da "faculdade" de dar instruções – que também deriva do § 152 I GVG – cfr. Habel, *Möglichkeiten einer Reform des Verhältnisses von Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren*, 1982, p. 44 e segs.

10. Cfr. para maior detalhe acerca disto Görgen, em nota *supra*, pp. 89, 123 e 162; bem como Habel, em nota *supra*, p. 47; Kunzmann, *Die Kollision zwischen der Aufgabe der Gefahrenabwehr und anderen Aufgaben der Polizei*, 1990, p. 27 e segs., 157.

11. Cfr. Görgen, em nota *supra*, p. 54.

do Ministério Público funcionários da administração financeira e tributária, da polícia federal (polícia criminal e polícia unifor-mizada), da Administração de flora, caça e pesca, assim como das direções de minas do Governo¹². Disposições similares encontram-se nos regramentos dos outros Estados Federais da Alemanha¹³, cabendo acentuar que não são apenas convocados membros da polícia criminal, mas também, fundamentalmente, de serviços de categoria intermédia, setores da polícia comum¹⁴. Quando se trata de uma tarefa determinada pelo Ministério Público a funcionários auxiliares fala-se em requisição (“*Auftrag*”), ao passo que, se é destinada a funcionários de polícia ordinários, fala-se de requerimento (“*Ersuchen*”)¹⁵. A verdadeira diferença entre funcionários de polícia ordinários e funcionários auxiliares está em que algumas das medidas coercitivas previstas no ordenamento processual para casos de “perigo na demora em proceder” não podem ser adotadas por funcionários de polícia ordinários, mas somente por funcionários auxiliares – aqueles do Ministério Público –, como, por exemplo, realização de exame de corpo de delito conforme o § 81, II ou uma busca e apreensão domiciliar de acordo com o § 105 I¹⁶.

2.2. IMPRECIÇÕES NORMATIVAS

A relação entre polícia e Ministério Público a nível normativo não está livre de certas imprecisões. Isso se dá, por um lado, pelo fato de que a polícia e o Ministério Público servem a “senhores” distintos: a polícia está subordinada no aspecto jurídico-organizativo aos respectivos ministérios estatais do interior, enquanto que o Ministério Público depende do Ministério da Justiça. Já no aspecto disciplinar, o funcionário de polícia ordinário somente está sujeito a seus superiores policiais. O Ministério Público, na Alemanha, além de suas faculdades

12. Regramento acerca dos Funcionários Auxiliares do Ministério Público de 21 de dezembro de 1995, *Bayerisches Gesetz und Verordnungsblatt (BayGVBl.)* 1/1996, p. 4.

13. Cfr., por ex., o Regramento do Governo Federal de Baden-Württemberg de 12 de fevereiro de 1996, *Gesetzblatt (GBl.)* de 6 de março de 1996, p. 184; também o Regramento de Renânia do Norte-Westfalia de 31 de agosto de 1982 (GVBl. 592), *Änderungsverordnung* de 7 de maio de 1985 (GVBl. 382), assim como de Thüringen, de 12 de junho de 1996 (GVBl. 110).

14. Cfr. também Kühne, *Strafprozessrecht*, 5. ed., 1999, núm. marg. 147; Hellmann, nota supra, § 3 núm. marg. 91; Peters, *Strafprozess*, 4. ed., 1985, § 24 IV; detalhadamente Habel, nota supra, p. 52 e segs., que lamenta que não se tenham funcionários auxiliares de maior graduação.

15. Cfr. Beulke, *Strafprozessrecht*, 5. ed., 2000, número marginal. 102; Volk, *Strafprozessrecht*, 1999, § 7, número. marginal 5 e segs.; Füllkrug, *Neue Formen der Kriminalitätsbekämpfung und ihre Auswirkungen auf das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei*, ZRP 1984, p. 193 (194).

16. Ademais, a conformidade com o § 98 I (cfr. também § 111 e I), a investigação de outras pessoas segundo o § 81 c V, emprego de meios técnicos (§ 100c I) segundo o § 100 d I, estabelecimento com o fim de realizar uma detenção segundo o § 131 I, busca e captura segundo o § 131, c, I, medidas para assegurar a persecução o a execução segundo o § 132 II, pesquisas policiais com registro de dados nos casos do § 163 d II, assim como procedimentos prolongados segundo o § 163, f, III. – Os funcionários auxiliares dispõe além disto – com independência do perigo em demora injustificada – das faculdades do § 100, b, III e § 111, f, I.

de investigação e vigilância, não possui nenhum poder disciplinar sobre a polícia no exercício de suas funções repressivas¹⁷. Já na Exposição de Motivos da Lei de Organização Judiciária ficou caracterizada a relação entre Ministério Público e polícia como *“inacabada e indeterminada enquanto a seus limites (...) pois não existe um vínculo organizativo entre ambas as Instituições”*¹⁸. Ultimamente foi qualificada tal relação de *“instável”*¹⁹, sendo que nesse sentido, manifestou-se, desde logo, a suspeita de que se deve conformar conscientemente com essa indeterminação, a fim de não submeter a *“suposta”* eficácia policial a maiores limitações. Assim, MITTERMAIER já expunha a opinião de *“que com uma escassa liberdade de movimentos e a posição da instituição policial, a discricionariedade para dispor convenientemente, segundo as necessidades do caso concreto, há de ser transpassada a uma boa eficiência da polícia, eficiência esta que não está garantida”*²⁰. Sobre isso, o direito vigente – e como já fazia, inclusive, o Ordenamento Processual do Império – resulta contraditório enquanto faculta à polícia – dentro dos limites do chamado primeiro momento de atuação²¹ ou, como dizemos hoje em dia, a primeira intervenção policial²² – *“o poder de investigar feitos penais e a determinar todas as ordens que não permitam dilação...”* (§ 163, I, primeiro inciso). Por outro lado, fica a polícia obrigada a dar cópia das *“autuações sem demora”* ao Ministério Público (§ 163 II, segundo inciso) e deve se submeter, de maneira geral, às ordens do Ministério Público (§ 161, I). Isso sempre foi tradicionalmente interpretado como um *“mandato policial”* outorgado pelo Ministério Público conforme o § 1.61, I, e, o ordenamento processual considera na generalidade dos casos, enquanto que a faculdade da primeira intervenção feita pela polícia, de conformidade com o § 163, I, trata-se somente de uma faculdade em caso de urgente necessidade, ou seja, é uma exceção²³. Ao contrário da dita relação de regra-exceção, isto é, da submissão estrita da polícia ao *parquet*, fala-se em uma autorização ilimitada de funções, em regra, em se tratando de uma primeira intervenção, ou, em outras palavras, poderá, *“investigar feitos penais e adotar todas as medidas que não admitam demora, para evitar que se atrapalhe ou se crie obstáculo à futura causa”*²⁴. Ademais, a última Lei de Reforma do Procedimento Penal Alemão (*Strafverfahrensänderungsgesetz, StVÄG*) de 2 de agosto de 2000, converteu a atribuição originária de funções contida nos §§ 161, I, e 1.63, I, em uma cláusula geral de investigação²⁵. Ressalte-se que essa atribuição deve se limitar unicamente à faculdade de adotar medidas

17. Cfr. Görgen, nota supra, p. 112; Habel, nota supra, p. 47 e segs.

18. Cfr. Hahn, *Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz*, 1º ed., 1879, p. 153.

19. Cfr. Rüping, nota supra, p. 916.

20. Mittermaier, *Gesammelte Schriften* 14 (1862), p. 41; cit. segundo RÜPING, nota supra, p. 897.

21. Assim era no direito prussiano, cfr. Görgen nota supra, p. 40 e segs.

22. Cfr. Pfeiffer, *Strafprozeßordnung*, 3. ed. 2000, § 163 núms. margs. 1 e 2.

23. Cfr. Peters, em nota supra, § 24 Ap. 3; Pfeiffer, *ib.* em nota supra, § 163 núm. marg. 10; cfr. da mesma maneira, Görgen, nota supra, págs. 69 e segs., que pretende limitar as atribuições da polícia às medidas impostergáveis.

24. Cfr. *Karlsruher, Kommentar-Wache*, 4. ed. 1999, § 163 núm. marg. 4; Rüping, nota supra, p. 65 e ss.; Habel, nota supra, p. 41 e segs.

25. Cfr. Hilger, *Zum Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999) – Parte 1*, NStZ 2000, p. 561 (563 e segs.).

de investigação que sejam menos intensivas no que diz respeito ao ataque a direitos fundamentais, com mais atenção ao caso das medidas coercitivas individuais (*Einzeleingriffsermächtigungen*)²⁶. O certo é que a polícia também está facultada – no limite desta primeira intervenção (“*com este fim*”) – de levar a cabo investigações de todo tipo” uma verdadeira faculdade de investigação procedimental penal²⁷. Essa faculdade adquire maior significado caso seja considerada, dentro do contexto, uma discussão acerca de competência²⁸ da polícia para a adoção das chamadas investigações prévias, investigações em estado prévio ou investigações iniciais. Sobre isto voltar-se-á mais adiante. Finalmente, nesse contexto, deve também ser advertido que o fato de haver disposição legal determinando que deva se dar cópias das “*atuações sem demora*” (§ 163, II) – tendo por base uma sentença do Tribunal do Império (*Reichsgericht*) de 1883 – sempre houve a interpretação relativamente generosa no sentido de que a obrigação de entrega não se exige até que se tenha “*autuado*”, ou se tenha investigado algo²⁹. Assim, “*sem demora*” significa depois que já haja o asseguramento ou preservação impostergável dos elementos de investigação, das devidas atuações da investigação e de sua documentação escrita no sumário³⁰. Pois bem, nessa discussão não se deve perder de vista a dimensão histórica. No processo inquisitivo da primeira metade do século XIX era uma prática habitual que os funcionários de polícia monopolizassem completamente a fase de investigação e já entregassem diretamente a questão ao tribunal penal desde que o fato já estivesse totalmente investigado e pronto para seu ajuizamento definitivo³¹. Com a criação do Ministério Público e a introdução de um procedimento penal reformado, durante a segunda metade do século XIX, isso primeiro na Prússia, à polícia se contrapôs um órgão de controle jurisdicional³², se bem que não se alcançou um controle total da polícia pelo Ministério Público. Em 1845, o célebre v. SAVIGNY, então ministro prussiano de legislação, acordou com o novo Ministro de Justiça Uhden: “*o Ministério Público deve mostrar-se efetivo*

26. Exemplos em *ibidem*, 564; e, na mesma opinião Murmann/Grassmann, *Die strafprozessuale Zusatzfrage im Ersten Juristischen Staatsexamen*, Juristische Schulung (JuS) anexo ao fascículo 3/2001, p. 1 (6).

27. Cfr. Pfeiffer, nota supra, § 163 núm. marg. 2. Em posição crítica, P. A. Albrecht, *Vom Unheil der Reformbemühungen im Strafverfahren*, StV 2001, pág. 416 (419), que fala inclusive de uma “*violação constitucional*”. Cfr. Görgen, nota supra, págs. 68 e segs.; Habel, nota supra, p. 63 e segs.

28. (NT e do revisor pra esta publicação: no direito brasileiro, como visto se diz “*atribuição*”). Cfr. Pfeiffer, nota supra, § 163 núm. marg. 10; além disto, entre outros, AK-Achenbach, Tomo 2, Parte 1, 1992, § 163 núm. marg. 25. Cfr. Schünemann, *Polizei und Staatsanwaltschaft – Parte 1, Kriminalistik* 1999, p. 74 (76 e segs.).

29. Cfr. Görgen, nota supra, p. 48 e ss.; Habel, nota supra, p. 15 e ss., 24 e s.; e com detalhes, Collin, “*Wächter der Gesetze*” oder “*Organ der Staatsregierung*”? *Konzipierung, Einrichtung und Anteilung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium*, 2000, p. 62 e segs.; e, no mesmo sentido, Füllkrug, nota supra, p. 193 e segs.

30. Citação segundo Otto, *Die preussische Staatsanwaltschaft*, Berlin 1899, p. 35. Segundo Collin, supra nota, p. 77 e sendo que, a composição original provinha de Friedberg, colaborador de Uhden, enquanto que Savigny unicamente deu seu “*de acordo*” no posicionamento.

31. Citação segundo Otto, nota supra, p. 40 e segs.

32. Citação segundo Otto, nota supra, p. 40 e com de Collin, nota supra, p. 37.

não somente no interesse do Estado, senão também em grau similar em favor do acusado, isto é, para sua defesa. Ele contribuirá essencialmente encontrar o apoio público para a nova implantação que se pretende, rebatendo a opinião de que só visa proporcionar ao Estado novos instrumentos, particularmente nos crimes políticos”³³. Conseqüentemente, também a polícia haveria de se submeter ao controle do Ministério Público, como bem ressaltou, por exemplo, o voto de v. SAVIGNY de 17 de dezembro 1845: “precisamente nas (...) operações de polícia onde subjaz o perigo de uma infração jurídica e a experiência mostra como não são poucas vezes que os agentes de polícia inferiores (...) incorrem em semelhantes infrações”³⁴. Posteriormente, na “Promemória do Ministro de Estado e do Ministro de Justiça v. Savidny e Uhden acerca da implantação do Ministério Público”, de 23 de março de 1846, este ficou incumbido de ser tal qual “como guardião da lei (...) a intervir desde o começo para que em face de todos os aspectos da lei, esta resulte satisfeita”, estendendo-se o controle jurídico do Ministério Público de maneira expressa “às operações policiais precedentes (...) pois, de outro modo uma parte do procedimento essencial e às vezes, freqüentemente, até muito pré-julgadora, ficaria excluída de seu controle”³⁵.

Basicamente, o Ministério Público foi e deveria ser concebido como órgão de controle da polícia. Não se pode ignorar, entretanto, que, por outro lado, o Ministério Público sempre foi visto como órgão do Estado e representante de seus interesses³⁶, e desde então se manifestou uma certa crítica de que um controle por parte do Ministério Público acabaria por obstaculizar uma atividade policial efetiva³⁷.

Sugeriu-se, portanto, que, entre um procedimento de investigação jurídico-estatal e a eficiência policial, existe uma contradição insolúvel, o que é uma visão reconhecida até a atualidade. Finalmente, o regulamento prussiano de 3 de janeiro de 1849 submeteu a polícia a um (limitado) direito de investigação (“direito de requisição”) do Ministério Público, porém subordinou o Ministério Público ao Ministério de Justiça, deixando para a polícia a faculdade de investigar autonomamente³⁸. Ainda que com isto fracassasse a concepção originária de um dos colaboradores de Uhden, Friedberg, consistente em conceder ao Ministério Público o “império material” sobre a polícia no sentido de uma faculdade de

33. Cfr. Collin, nota supra, p. 64 e segs.

34. Cfr. Habel, nota supra, p. 30; Collin, tb. nota supra, p. 78.

35. Cfr. § 4 do Regulamento de 1849, em Collin, nota supra, p. 205; também idem *ibidem*, p. 91 e segs.; Rüping, nota supra, p. 896; Roxin, *Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals uns heute*, DRiZ 1997, pág. 109(111). Sobre a Lei de 1846, cfr. Collin, *op. cit.*, p. 83 e segs.

36. Collin, nota supra n° 32, p. 85 e segs., 205, 210; ademais, o direito de requisição do Ministério Público era interpretado como um mero direito de petição aos funcionários de polícia (*ibidem*, págs. 208 e segs.). Acerca dos posteriores esforços em vão para um controle da polícia: *ibidem*, p. 218 e segs. (221).

37. Cfr. Gleß, en: Gleß/Grote/Heine (Eds.), *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, Tomo 1, 2001, p. 660 e segs.; Ambos, en: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.) nota supra nota, págs. 513 e segs.; também o mesmo é defendido por Eur.J.Crime CrLCrj 8 (2000), p. 89 (105 f.); Cfr. Ambos, supra nota 6, p. 512 e segs.; também, no mesmo sentido Eur.J.Crime CrLCrj 8 (2000), p. 89 (105 f.); Gleß, nota supra, p. 662.

38. Bräutigam, *Probleme der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft*, DRiZ 1992, p. 214.

controle e ordenação absolutos³⁹, na verdade, com a institucionalização do Ministério Público se alcançou, ao menos, um contrapeso à polícia. Um superficial exame na história confirma a tese já formulada no princípio: a luta do Ministério Público pelo controle da polícia é tão antiga como a sua própria Instituição. Ademais, a idéia de um controle jurisdicional externo das investigações policiais já foi implantada em quase todos os ordenamentos continentais europeus⁴⁰ – a exceção da Dinamarca –, enquanto que nos procedimentos penais anglo-americanos, como se conhece, as investigações (“*investigation*”) são levadas a cabo pela polícia de uma maneira praticamente autônoma, e só tem lugar um controle interno dentro da própria hierarquia policial⁴¹.

3. A REALIDADE DO PROCESSO

Na prática, tanto os que atuam na administração de justiça como os que se dedicam à ciência jurídica criticam em igual medida, o domínio policial na fase de investigação, deixando de cumprir o desiderato legal de um Ministério Público que seja o *dominis litis* e senhor do procedimento de investigação. Assim, observa com resignação a Procuradora-Chefe do Ministério Público Margarete Bräutigam que membros veteranos do Ministério Público ao ouvirem o termo “*faculdade de direção*” balancem a cabeça, negando, de forma a indicar que posição fática e realidade jurídicas são duas coisas totalmente distintas⁴². Segundo a opinião do Procurador-Chefe do Ministério de Munich MANFRED WICK, a polícia invadiu o terreno do Ministério Público precisamente no campo da luta preventiva contra a criminalidade, e domina partes da fase de investigação sem estar sujeita a controle algum⁴³. Nas investigações científicas se critica que, na realidade do

39. Cfr. fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen., nota supra, p. 90 e segs., 303 e seg.; também Paeffgen, nota supra, p. 14; Wick, também nota supra, p. 219.

40. Cfr. fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, *Die Staatsanwaltschaft im Prozeßstrafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1978, p. 90 e segs., 303 e segs.; também Lilie, *Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren*, ZStW 106 (1994), p. 625 (626). Wolter, *Datenschutz und Strafprozeß*, ZStW 107 (1995), p. 793 (813, 826), que lamenta que o moderno direito processual penal de segurança, entre outras coisas, disimula a faculdade de direção material do Ministério Público. Para Roxin (em nota supra, p. 119), “hoje a opinião geral é que não é o Ministério Público o dono e senhor da fase prévia, e sim que as investigações, sob inobservância do § 163 II 1, se realizam basicamente pela polícia sob sua própria responsabilidade”. (de maneira similar, o mesmo é defendido em, *Strafverfahrensrecht*, 25. ed. 1998, § 10 núm. marg. 34). Schünemann, tb. em nota supra, pág. 146, adverte que a polícia passou de ajudante a “senhor” oculto do processo penal; cfr. neste sentido Habel, nota supra, pp. 2, 41 e segs., 199.

41. Cfr. Gleß, nota supra, p. 661.

42. Cfr. por ex. Paeffgen, “*Verpolizeilichung des Strafprozesses – Chimäre oder Gefahr?*”, en Wolter (ed.), *Symposium für Rudolphi*, 1995, p. 13 (14) com ulteriores resenhas bibliográficas; cfr. ainda Schoreit, nota supra, p. 449; Schaefer, *Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft – Polizei*, *Libro-homenagem a Hanack* (1999), p. 191 (196); Schünemann, nota supra, p. 78; Albrecht, nota supra, p. 417 e segs.

43. Cfr. fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 90 e segs., 303 e segs.; também Paeffgen, nota supra, p. 14; Wick, também nota supra, p. 219.

processo, com respeito a vários e amplos âmbitos de criminalidade, o Ministério Público só aparece no esclarecimento dos procedimentos ou nos feitos judiciais. Quanto à coleta de elementos de investigação ou informação em fase de diligências prévias, acaba sendo um coadjuvante secundário ou “marginal”⁴⁴. A expressão “*policialização*” (*Verpolizeilichung*) da fase de investigação, o que inclusive se transmite a todo o processo penal – ocorre, por certo, também em outros ordenamentos jurídicos da Europa continental⁴⁵ – acaba por imperar, entendendo-se por tal, em geral, o crescente papel dominante que cada vez mais tem a polícia na investigação dos feitos. Concretamente, isto significa que, nos âmbitos de criminalidade menor e média, a polícia dirige as investigações de maneira praticamente autônoma⁴⁶, ou seja, averigua os feitos com independência e somente informa ao Ministério Público – “*sem demora*” – quando obtém um resultado da investigação que esteja pronto para ser apresentado ao mesmo. Pelo contrário, o Ministério Público exerce mais decididamente suas faculdades de direção na investigação de crimes capitais, como o homicídio, e na criminalidade econômica tradicional⁴⁷. Essa situação ocorre devido à conhecida dependência do Ministério Público acerca do resultado das investigações policiais⁴⁸ e a “*revalorização*” da criminalidade por parte da polícia⁴⁹. Sem querer cair em exagero, pode ser dito que o executivo tentou adaptar a situação normativa à situação real e efetiva através de certas recomendações ou mediante a promulgação de disposições de nível inferior à lei. Um exemplo das primeiras são as “*diretrizes sobre a nova configuração das relações entre a polícia e o Ministério Público*”⁵⁰, aprovadas em 1975 pela Conferência de Ministros de interior e da justiça, em cujo número 7 d) se advoga, por exemplo, a favor de uma faculdade geral da polícia de se encarregar, de forma autônoma, do procedimento dentro

44. Cfr. com pensamentos diferenciados Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 161 e ss., 268 e ss., 304; também, entre outros, Bräutigam, nota supra, p. 215 e segs.; Hellmann, nota supra, § 3, núm. marg. 58; Roxin, nota supra, p. 120.

45. Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 81 e segs., 86, 307 e segs., 317, 322 e segs.

46. Fundamentalmente Steffen, *Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens*, 1976, p. 292 e segs.

47. Fundamentalmente Steffen, *Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens*, 1976, p. 292 e segs. e passim; o mesmo, *Die polizeiliche Ermittlungstätigkeit, Kriminalistik*, 1976, p. 97 e segs.; Kaiser, *Kriminologische Forschung in Deutschland und die empirischen Untersuchungen am Max-Planck-Institut, ZStW* 83 (1971), p. 1.093 (1.110 e segs.); também Kuhlmann, nota supra, p. 268, assim como também de forma bem desenvolvida e com referências Habel, em nota supra, p. 58 e segs. – Sobre freqüente precoce suposição policial de dolo de homicídio devido a uma orientação excessivamente parcial do resultado de acusação cfr. Sessar, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, 1981, p. 208 e segs. e passim; Eisenberg, *Kriminologie*, 5. ed., 2000, § 45 núm. marg. 15; cfr. também Kaiser, *Kriminologie*, 3. ed., 1996 § 37 números. marginais. 24 e segs.; Bock, *Kriminologie*, 2. ed., 2000, núms. marginais. 262 e segs.

48. Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 95 e ss.; criticamente Kuhlmann, nota supra, p. 266 e ss.; também Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl. 1998 (edic. espanhol Cfr. Blankenburg/Sessar/Steffen, tb. nota supra de Daniel Pastor e Gabriela Cordoba, Buenos Aires 2000), § 10 núms. margs. 34 e segs.

49. Reprodução em Kuhlmann, nota supra, p. 266 em nota 7.

50. Cfr. Kuhlmann, *ibidem*.

de certo prazo – que pode ser prorrogável – por dez semanas, isso a partir da data e apresentação da *notitia criminis* ou do começo das investigações⁵¹. Com isso, se é certo que não se opta explicitamente por uma investigação policial, acaba-se por renunciar-se a um procedimento de investigação mais perfeito que esteja, conforme é o desejo da lei, plenamente nas mãos do Ministério Público⁵². Ainda mais importantes são, sem dúvida, as diretivas comuns do *Bund** e dos *Länder*** para o processo penal e o procedimento de imposição de multas (*Bußgeldverfahren*, RiStBV)⁵³. Ali se pode ler no núm. 3 ap. 1 “que o Ministério Público (...) nos casos relevantes ou (...) difíceis (deverá) esclarecer, por si só, o ocorrido desde a primeira intervenção”⁵⁴, do que se deduz, em raciocínio contrário, que isto não seria aplicável nos casos de criminalidade menor ou mesmo média, isto é, a criminalidade de massa, porquanto, nesses casos, o que se dá, até mesmo por disposição normativa, é que se deve atribuir à polícia maiores faculdades de investigação com autonomia. Mesmo que o Ministério Público, de acordo com o disposto no núm. 3 ap. 2 da RiStBV, tenha o dever de dirigir as investigações também nesses casos e, de forma especial, possa dispor de medidas concretas relativas a certa classe de atos específicos de investigação, bem como a sua execução, já que não se pode falar *stricto sensu* de um exercício da direção material quando o Ministério Público unicamente decide com base nos resultados de investigação, obtidos de forma autônoma pela polícia*. A divisão de atribuições descrita pra os casos das formas tradicionais de criminalidade se deve fundamentalmente ao motivo de que, em regra geral, é a polícia que primeiro toma conhecimento dos feitos penais — por meio de uma *notitia criminis*⁵⁵ ou através de outro meio — enquanto que o Ministério Público não está permanentemente à disposição para imediatamente perseguir qualquer fato suspeito⁵⁶. Nos casos em concreto e também juridicamente, se poderia sustentar,

51. Reprodução em *Kleinknecht/Meyer-Gofner*, StPO, 44. ed. 1999, p. 1.813 e segs.

52. Conclusão do autor.

* NT: nota do tradutor e revisor para esta publicação — Ente Federativo Maior (v.g. República Alemã).

** NT: nota do tradutor e revisor para esta publicação: Estados membros ou Regiões.

53. Cfr. de maneira similar Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 92.

54. Sobre os (outros) motivos do domínio policial na criminalidade tradicional cfr. Habel, em nota supra, p. 62 e segs.; cf. também Lillie, nota supra, p. 627 e segs.; Roxin, também em nota supra, p. 119 e segs.

* NT: quando se refere à denúncia, na verdade temos é a chamada *notitia criminis*, na locução tradicional da doutrina brasileira, vez que a palavra denúncia tem significado distinto daquele empregado pelo autor no idioma espanhol e no direito brasileiro.

55. Cfr. entre outros Hellmann, nota supra, § 3 núm. marg. 62; AK-Achenbach, nota supra, § 163 núm. marg. 4.

56. Cfr. entre outros Weßlau, *Vorfelddermittlungen – Probleme der Legalisierung vorbeugender Verbrechensbekämpfung aus prozessualer Sicht*, 1989, p. 27; Schüler Springorum, *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, p. 248; Merten/Merten, *Vorbeugende Verbrechensbekämpfung*, ZRP 1991, p. 213 (217); Kniesel, *Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit – eine unendliche Geschichte*, ZRP 1992, p. 164 e segs.; Lisken, *Vorfelddringriffe im Bereich der Organisierten Kriminalität – gemeinsame Aufgabe von Verfassungsschutz und Polizei?*, ZRP 1994, p. 264 (265); Wolter, nota supra, p. 824; Hoppe, *Vorfelddermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung organisierter Kriminalität*, 1999, p. 25 e segs.; Artzt, *Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfelddermittlungen*, 2000, p. 11 e segs.

sem qualquer dificuldade, que a polícia também pudesse fazer uma “primeira investigação” do assunto, para depois, remeter as “autuações” ao Ministério Público, isso quando já possa mostrar um resultado das investigações que seja aproveitável processualmente de forma significativa⁵⁷, sobretudo tendo em conta que também, neste caso, o Ministério Público conserva uma notável influência através de seus poderes e atribuições de dispor medidas próprias, especialmente aquela de concluir a investigação (§ 170). Partindo desse ponto de vista, é perfeitamente compreensível que a atual discussão jurídico-política e dogmática gire menos em torno da criminalidade tradicional e mais em torno da luta contra o chamado “crime organizado” através de investigações prévias à própria prática do delito (ou seja, preventivamente). Esse aspecto será abordado mais detidamente a seguir.

4. CRIMINALIDADE ORGANIZADA E LUTA PREVENTIVA CONTRA A DELINQUÊNCIA

4.1. FUNDAMENTOS

A prevenção de delitos ou investigações de crimes ainda não cometidos consiste em medidas policiais de inquirição e investigação que são levadas a cabo quando surge um suspeito inicial no sentido do § 152, II, do StPO, tendo como meta sondar um ambiente ainda nebuloso ou um meio social determinado onde se supõe que possa ocorrer a comissão (futura) de delitos. Aqui se trata inteiramente de elementos de investigação que se dirigem contra a chamada criminalidade organizada (CO) e está definida no número 2. 1. do Anexo E a — RiStBV — da seguinte forma: “Criminalidade organizada é a comissão de feitos penais planejada e determinada pela ambição de lucro ou poder, a qual, individualmente ou em seu conjunto, adquire notável relevância quando mais de dois participantes atuam sob divisão de trabalho durante um tempo prolongado ou indeterminado: a) empregando estruturas industriais ou semi-comerciais, b) empregando a força ou outros meios idôneos para a intimidação, ou c) exercendo influência sobre a política, os meios de comunicação, a administração pública, a justiça ou a economia”⁵⁸. Segundo a RiStBV, as

57. Cfr. em: Kleinknecht/Meyer-Goßner, nota supra, p. 1914. A definição tem sua origem em uma definição de um grupo de trabalho dos ministros e senadores de justiça e dos ministros e senadores de interior dos *Länder* do ano de 1990 (cfr. Hoppe, nota supra, p. 172 e segs.; Kinzig, *Organisierte Kriminalität und ihre Einflussnahme auf Polizei, Wirtschaft und Justiz in Deutschland*, en: Militello/Arnold/Paoli (eds.), *Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen*, 2000, p. 191 (196 e segs.); Gropp, en: Gropp/Huber (eds.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, 2001, p. 65 (84)..

58. Segundo o Núm. 2.2 de Anexo E RiStBV, as formas de manifestação da criminalidade organizada são “múltiplas. Junto a formas de organização estruturadas, construídas hierarquicamente (com freqüência respaldadas auxiliariamente através da solidariedade étnica, a língua, aos costumes, o entorno social ou familiar) se encontram – sobre a base de um sistema de conexões pessoais ou comerciais criminalmente úteis – concentrações dos autores dos crimes com distintos graus de

manifestações da CO não só são multiformes, como podem ser detectadas em quase todos os âmbitos de criminalidade que se possa imaginar – desde o tráfico de drogas até o roubo domiciliar com a divisão do lucro obtido, passando pelo tráfico de pessoas⁵⁹. A consideração se um determinado fato pertence ao conceito de criminalidade organizada é possível de ser obtida através de utilização de numerosos indicadores, mesmo que só poucos deles sejam precisos⁶⁰. No fundo, nesse conceito de CO estruturado aqui, a grosso modo, procura-se abarcar qualquer prática punível de tipo industrial ou semi-comercial desempenhada por mais de duas pessoas ou – segundo os cânones internacionais – por três

vinculação no concurso de pessoas, cuja concreta configuração se determina através dos respectivos interesses criminosos”. O Número 2.3 menciona numerosos âmbitos de criminalidade, bem como os procedimentos penais em relação com o terrorismo, que estão expressamente excluídos no Número 2.1 (Kleinknecht/Meyer-Göfner, nota supra, p. 1.914).

59. O Núm. 2.4 Anexo E — RiStBV remete, neste sentido, aos seguintes “*indicadores gerais para reconhecer e obter sucessos relevantes desde o ponto de vista da criminalidade organizada*” (Kleinknecht/Meyer-Göfner, nota supra, p. 1.919 e segs.). Preparação e planificação do fato penal: planificação precisa; adaptação às exigências do mercado através do aproveitamento das lacunas do mercado, reconhecimento de necessidades ou similares; trabalho com responsabilidade; altos investimentos, por ex. através de financiamento antecipado proveniente de fontes desconhecidas. – Execução do fato penal: execução qualificada, precisa e profissional do fato; emprego de conhecimentos e meios econômicos proporcional mais dispendiosos, desconhecidos ou difíceis de se colocar em marcha; atuação de especialistas (também do estrangeiro); atuação mediante divisão de trabalho. – Aproveitamento do lucro obtido através do fato penal: forte orientação no sentido da obtenção de benefícios; refluxo ao curso econômico legal; transmissões no lote de atividades econômicas (legais) próprias; medidas que demonstrem lavagem de dinheiro. – Comportamentos conspiradores por parte do autor: contra - observação; isolamento; nomes falsos; codificação do idioma e de documentos e escrituras. – Contatos do autor circunstancial do fato: seja supraregional; nacional; internacional. – Estrutura dos grupos: construção hierárquica; um comportamento não explicável a um simples exame da autoridade e dependência entre vários suspeitos; sistema interno de sanções. – Ajuda para membros do grupo: apoio na fuga; contratação de certos advogados e pagamento de honorários através de terceiros (laranjas); levar e já ter em mãos procuração com poderes amplos de representação previamente mencionados para advogados; altas ofertas de fiança; ameaça e intimidação de partícpes no processo; inexistência de testemunhas; típico silêncio por claro temor por parte dos afetados; surgimento repentino de testemunhos de defesa; assessoramento na prisão preventiva ou na condenação; assistência a parentes; readmissão imediata após a soltura. – Corrupção: inclusão de um estilo de vida luxuoso do autor; aquisição de certas dependências (por exemplo, através do sexo, jogos de azar proibidos, créditos ou juros utilizando-se de usura); pagamento de subornos, empréstimo de casas de veraneio ou para férias, veículos de luxo, etc. – Afã de monopólio: “Aquisição” de empresas comerciais ou participações; direção de empresas comerciais por meio de “testas- de-ferro (laranjas); controle de determinados setores comerciais (cassinos, bordéis); “garantia de proteção” em troca de pagamento de despesas em procedimentos penais ou de imposição de multa. – Atividades públicas: publicações com uma orientação determinada ou caráter tendencioso; partrocínios, como verdadeiro mecenas, de forma ostensiva, entre outros casos, de atividades desportivas; busca de contato com personagens da vida pública. De forma crítica, Wessel, *Organisierte Kriminalität und soziale Kontrolle*, 2001, p. 55 e segs, com outras referências bibliográficas.

60. Cfr. Art. 2 (a) *UM Convention against Transnational Organised Crime* de 2.11.2000, UM Doc. A/55/383 — Paoli, *Das organisierte Verbrechen in Italien und Deutschland*, en: Militello/Arnold/Paoli (eds.) nota supra, p. 58.

pessoas⁶¹. Trata-se, portanto, de avaliação de maneira predominante — e aqui resulta clara a influência da “*illegal-enterprise Theorie*” dos Estados Unidos⁶² — de uma “*criminalidade de domínio econômico*”⁶³, o que é o mesmo que — expressado de forma mais “neutra” — criminalidade econômica organizada de forma coletiva. Pelo contrário, o exercício de influência sobre a política, os meios de comunicação, a administração pública, a justiça ou a economia só se exige como uma alternativa, pois a infiltração social acarretada, ainda que com influência eventual desde o setor policial⁶⁴, não se pode demonstrar empiricamente, ao menos no que diz respeito à República Federal Alemã⁶⁵. A política criminal nacional atua, na Alemanha, *nolens volens*, ou seja, sem solidez científica, o que não surpreende muito, quando se recorda que, na Alemanha, o conceito foi admitido em texto de uma obra (ou de uma exclusiva raiz), que foi ver sucesso editorial, porém bem carente de fundamentação científica, que é o *bestseller Der Mob*, do periodista bávaro DAGOBERT LINDLAU. Porém, se a suposta periculosidade da CO (criminalidade organizada) não existe de fato, ou não existe na magnitude que se propaga por parte da polícia⁶⁶, a estratégia prévia que se utiliza, em certa medida, não teria razão de ser. Com ela, deveria ser claro que a partir de um ponto de vista meramente lógico, só se pode falar em uma coisa — estratégias prévias — quando a outra — a CO que é o objeto de investigação — esteja definida exatamente ou, ao menos, de forma mais exata. Para evitar mal entendidos, não se trata aqui de levar a cabo uma gama de conceitos nem de questionar se existem (e se sempre existiram) formas organizadas de criminalidade. Nesse sentido, posso fazer remissão as minhas próprias investigações de campo realizadas na Colômbia, Peru e Bolívia⁶⁷. A definição oficial de CO como criminalidade econômica organizada de forma coletiva deve ser analisada de forma crítica, pois proporciona um conceito de CO tão carente de contornos que já não é capaz de cumprir sua função de legitimar um direito penal especial de segurança⁶⁸.

61. Arnold, *Kriminelle Vereinigung und organisierte Kriminalität in Deutschland und anderen europäischen Staaten*, in: Militello / Arnold / Paoli (eds.) nota supra, p. 95; bem como cf. GROPP, nota supra, p. 331 e segs.

62. Cfr. de maneira similar Albrecht, *Organisierte Kriminalität und neuere Strafprozessreformen in Deutschland*, in *Libro-homenagem a Nishihara* (1998), Tomo 5, p. 311 (318), para quem os elementos da definição de CO não permitem uma diferenciação entre CO e comércio econômico organizado; crítico também a este respeito Wessel, em nota supra, p. 54 com outras referências bibliográficas.

63. Ultimamente indicada em um congresso científico da Fundação Friedrich Ebert, cfr. FAZ de 22.5.01.

64. Cfr. Albrecht, nota p. 317. Se perigo potencial da CO efetivamente reside no “efeito demolidor para o sistema democrático” e seu reverso é a corrupção, então um conceito fundamentado teoricamente seria muito difícil de ser elaborado em base empírica e resultaria, de qualquer modo, impossível; e, de qualquer forma, os quadros informativos até agora existentes não são exatos e adequados. Cfr. também KINZIG, em nota supra, pp. 197, 205, 217.

65. Cfr. de forma instrutiva e crítica Schüler Springorum, nota supra, p. 237 e ss

66. Dúvidas são levantadas, dentre outros em Kinzig, nota supra, p. 192.

67. Cfr. Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, 1993, p. 38 e segs., 56 e segs., 88 e segs., 115 e segs. Acerca da história de Pablo Escobar, cfr. entre outros Bowden, *Killing Pablo*, 2001.

68. Cfr. de nuevo Wessel, nota supra, p. 71 e segs., 217 e segs. e ainda; cfr. também Albrecht, nota supra, p. 317, segundo o qual, hoje não se pode deixar de mencionar que existe um certo desvalor, quando não uma crise nos intentos de descrever a CO (criminalidade organizada) de forma compreensível.

Não falta muito, portanto, para se chegar à afirmação de que, “por princípio”, as chamadas “estratégias policiais em estado prévio” são necessárias porque uma pseudosubmissão às futuras possibilidades processual-penais impediria “uma eficiente luta contra a criminalidade”⁶⁹. Nesse caso, tal conclusão se fundamenta na “policialização” da luta contra a CO por meio, não só da necessidade, como, também, de uma suposta efetividade da luta preventiva contra o delito. Isso pode ser demonstrado empiricamente de forma mínima como também a própria CO (criminalidade organizada). A *vexata quaestio*, quanto à discussão, mostra, pelo menos que uma ciência do direito penal moderna e sobretudo, também, uma moderna política criminal não podem sobreviver sem uma investigação criminológica de seus fundamentos⁷⁰.

4.2. LUTA PREVENTIVA CONTRA O DELITO E ESTADO DE DIREITO

Admitida a existência da CO (criminalidade organizada) – apesar de haver um justificado ceticismo na base científica – coloca-se naturalmente, a questão de como pode alguém se fazer dono de semelhante fenômeno de criminalidade sem estratégias pró-ativas. Não se pode colocar em dúvida que, como consta no Anexo E da RiStBV sob o rótulo de “investigações iniciais”, a CO se manifesta raramente por si só, pois, neste âmbito, quase não se interpõem notícias-crime. Isto se deve, especialmente, ao fato de que, no caso da CO, trata-se de uma forma de criminalidade que não gera “verdadeiras” vítimas, de maneira que, por isso, só há que se prescindir – contrariamente ao que sucede na criminalidade clássica – de pessoas diretamente afetadas que sejam testemunhas presenciais. No caso em que haja vítimas e/ou testemunhos imediatos, esses normalmente não se mostram muito dispostos a cooperar por medo a represálias. Tampouco se pode ignorar que as formas de criminalidade que, na sua maior parte, operam de forma anônima e neutra são difíceis de serem identificadas e de serem delimitadas espacial e pessoalmente. Por isso, ao se investigar ou esclarecer a persecução eficaz da CO se pressupõe, como se indica no Anexo E da RiStBV, que o Ministério Público e a polícia, no limite de suas atribuições legais, recolham por si mesmos as informações ou reúnam as que já possuam a fim de conseguirem algum enfoque para novas investigações, ou seja, que realizem as chamadas investigações iniciais. No que tange à suspeita inicial, essa teria lugar quando, segundo a experiência criminalística, existisse uma possibilidade, ainda que pequena, de que se tenha cometido um fato penal que possa ser objeto de persecução. Inclusive quando houver a existência de uma suspeita inicial, mas essa seja pouco clara, os órgãos de persecução penal poderiam buscar enfoques

69. Kriesel, nota supra, p. 164.

70. Cfr. novamente Albrecht, nota supra, p. 338, que denuncia a falta de investigação empírica, especialmente de avaliação, e reclama apoios.

para novas investigações com a finalidade de seu melhor esclarecimento. Pela especial periculosidade da CO, na suposição de existência de “pontos de partida” em relação a feitos penais devem-se esgotar, em regra geral, as possibilidades de esclarecimento. Não se trata, nessas investigações iniciais, ou seja, nessa luta preventiva contra a delinqüência, de persecução reativa em face de uma suspeita inicial no sentido do § 152, II, mas de obtenção ativa de verdadeira suspeita, mediante conjugação de diferentes atos de investigação⁷¹. Aqui, como restou provado em recente estudo de MATTHIAS ARTZT⁷², “fazem um jogo de papéis”: de um lado, com meras suposições criminalísticas; essas já seriam consideradas como primeira fonte para o início do caminho para a configuração de uma suspeita, sem qualquer embasamento na existência de verdadeiros pontos de partida fáticos, no máximo teriam a ver com a confusão entre idéia e realidade⁷³ e, por outro lado, haveria uma suspeita geral ou uma pré-suspeita de que, na verdade, seria como um estado prévio imediato à desejada verdadeira suspeita inicial, e, assim, estaria caracterizada, por se tratar de uma situação incerta de suspeita, mais um indício generalizado⁷⁴. O quadro resultante é claro: a luta preventiva contra a criminalidade se apartou em muito do nebuloso quadro procedimental-penal daquela necessária “suspeita inicial”. De fato, o que se faz é um procedimento de diligências policiais prévias, cuja finalidade principal consiste em “buscar demonstrar” uma suspeita concreta através de suposições criminalísticas de modo totalmente subjetivas⁷⁵. O procedimento de diligências prévias comum, ou seja, aquele previsto no ordenamento processual penal⁷⁶, converte-se em “burla” normativa. As necessidades corretas, a partir de considerações perante um verdadeiro Estado de direito, defronte a uma fase policial de obtenção de suspeitas prévias até chegar à suspeita inicial procedimental-penal⁷⁷ são óbvias: a revelação policial da criminalidade demonstrada por estudos criminológicos⁷⁷ adquire uma nova qualidade, pois a polícia obtém, de forma verdadeiramente ativa e por ela mesma os pontos básicos da investigação de forma completamente autônoma e, em ocasiões, até faz originar uma delinqüência** – através da provocação ao fato⁷⁸ – quando não,

71. Cf. Steinmetz, *Zur Kumulierung strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen*, NStZ 2001, 344 com comentário de BGH NStZ 2001, 386.

72. Artzt, nota supra, p. 108 e segs.

73. *Idem*, p. 122.

74. *Idem*, *ibidem*, p. 132.

75. Cfr. bem como *ibidem*, p. 163; cfr. também Núm. 6. 4. primer guión, Anexo E RiStBV: Objetivo das primeiras investigações ou esclarecimento da suspeita inicial da situação de perigo.

76. Cfr. entre outros Füllkrug, nota supra, p. 194.

* NT (do tradutor e revisor para esta publicação): se diz no Brasil: se passar da mera suspeita para a possibilidade, autorizando o inquérito, para, só depois, havendo uma *probabilidade*, se autorizar o início da ação penal.

77. Cfr. texto de nota supra, p. 194.

** NT (do tradutor e revisor para esta publicação): entre nós tal seria denominado como crime impossível na forma do art. 17 do CP e da Súmula 145 do STF — o chamado flagrante preparado ou provocado.

78. Cfr. fundamentalmente Eschelbach, *Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten*, StV 2000, p. 390 (391) com exemplos de repertório acerca da provocação do fato: forma insistente de influir sobre pessoas especialmente selecionadas, seleção mediante exibição de grandes somas de dinheiro,

inclusive acaba por “produzir” o fato dito delituoso. A atuação policial com estratégias de investigação “em estado prévio” é, por isso, tão pouco transparente como os próprios critérios que dão motivo para se investigar determinados círculos ou grupos de “possíveis” autores de crimes. Já se fala até de uma “volta a um processo inquisitivo feito por uma autoridade secreta sem qualquer forma judicial”⁷⁹. Porém, a questão tem relevância não só a partir de considerações sobre o prisma de um necessário Estado de direito, mas também por razões de efetividade policial na luta contra a criminalidade organizada. Pode-se partir do pressuposto de que os recursos policiais nunca serão suficientes para poder investigar e combater todas as manifestações de criminalidade organizada.

Precisamente por razões de efetividade tudo depende, essencialmente, da correta eleição dos objetivos e objetos da investigação. Finalmente, não se pode deixar de lado a conclusão de que a existência fática de diligências prévias de investigação policial obrigatoriamente leva a uma transformação da essência do procedimento de investigação para um verdadeiro processo de investigação “que está moldado pelo pensamento policial e que com ele, conforme a experiência demonstra, perde enquanto morfologia ou mesmo utilidade judicial e transparência”⁸⁰. Enquanto que a polícia, no limite das investigações em estado prévio, trabalha orientada para obter “uma suspeita inicial”, o Ministério Público examina dita suspeita inicial analisando sua solidez para uma correta ulterior acusação e – em última instância – visando a obter a condenação do acusado ou acusados. À luz da crescente importância do procedimento de investigação como núcleo fático e ponto culminante para o início do processo⁸¹, haverá que constatar ainda, que as diligências prévias de investigação modificam a essência do processo penal em seu conjunto. Estas observações e objeções realizadas a partir de considerações do Estado de direito, só podem ser equilibradas mediante o real estabelecimento de um contra – poder jurídico. Em um procedimento acusatório de investigação ao estilo alemão, este contra-poder só pode ser o Ministério Público. A discussão acerca da organização e coordenação correta da luta preventiva contra a delinquência – como proteção de utilização perigosa da ação policial-preventiva ou mesmo na persecução penal repressiva⁸² – tem aqui um lugar secundário; a

aproveitamento de situações de necessidade, preparação precisa e direção intensiva da comissão responsável por feitos penais, obtenção de meios para a consumação do fato, assim como a disposição de múltiplas suposições de fato. Criticando como Körner, *Tatprovokation und BiM-Sachen*, 17 Grupo de Trabalho do Comitê Central da Luta contra a Criminalidade relacionada com as Drogas (ZfB), manuscrito ainda não publicado, Frankfurt 1.2.2001. De um caso concreto nos dá notícia von Danwitz, *Anmerkungen zu einem Irrweg in der Bekämpfung der Drogenkriminalität*, StV 1995, p. 431. A Corte Suprema (BGH NJW 2000, p. 1.123 e segs.) se mantém – em que pesem as críticas da doutrina – na adoção de uma “solução de mediação da pena” e rechaça outras soluções propostas pela doutrina (como o impedimento processual, a proibição de obtenção e utilização de tais elementos viciados e a valoração como meio de prova; referências in *ibidem*, p. 1.124).

79. Köhler, StV (Revista Alemã) 1994, 386 (388); conforme P. A. Albrecht, em nota supra, p. 418. Wick, nota supra, p. 220.

80. Cfr. também Wick, nota supra, p. 220

81. Wolter, *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, 1991, p. 35, 53 e segs.

82. Cfr. a reprovação do atual estado de discussão em Hoppe, nota supra, p. 95 e segs. A favor de uma valoração em função do objetivo da medida, cf. Görger, em nota supra, p. 164 e segs.; Habel,

decisão depende, também, em muitos aspectos, não tanto das melhores razões jurídicas, mas muito da origem e dos interesses particulares de quem deve tomar as decisões ou posturas⁸³. Na prática, trata-se de algo totalmente distinto, de uma questão de poder, a saber: se o Ministério Público, enquanto ao tema central de seus poderes, pode ir além da mera acusação técnica na luta preventiva contra a delinquência, supervisionando pessoalmente os atos de polícia. Como é natural, isso pressupõe que a luta preventiva contra a delinquência se aloque na persecução penal, já que, no caso de proteção “frente a um mero perigo”, como assinala explicitamente o núm. 6 do Anexo E RiStBV, não foi atribuído tal atuar como faculdade/poder de direção ao Ministério Público. A coordenação dentro da persecução penal se fundamenta no sentido de que a luta preventiva contra a criminalidade quanto à obtenção de suspeitas noticiadas sempre constitui também uma previsão uma *conditio* para a posterior persecução penal, ou seja, justificaria sempre uma intervenção repressivo-policial⁸⁴. Isto se confirma, também, através da Lei de Reforma do Processo Penal Alemão de 1999 (*Strafverfahrensänderungsgesetz*, StVÄG), que reconhece como fim – um componente que associa o registro e a conservação preventiva de dados à persecução penal (§§ 483 e segs.)⁸⁵ —, um âmbito de regulamentação, que até

também em nota supra, p. 40. *Cfr.* também Kunzmann, em nota supra, p. 32 e segs., 91 e segs., parra quem nos resultados acaba por optar (177) por uma ponderação de interesses. Desde uma perspectiva comparada Grote, em: Gleß/Grote/Heine (Eds.), nota supra (tomo 2), p. 563 e segs. – Segundo o Núm. 6. 4. Anexo E RiStBV nas investigações iniciais existem com frequência elementos que podem ser úteis para a persecução penal e para a defesa defronte a perigos em situações complexas, ou ainda se entrelaçam uns e outros no transcurso de um processo de reconhecimento ou de concretização de uma situação investigatória. — Sobre a primeira aparição na jurisdição constitucional de uma medida de luta preventiva contra a delinquência — o teste de identidade do DNA segundo o § 2 da Lei sobre tal teste de Identidade do DNA (*DNA-Identitätsfeststellungsgesetz*) em conjunto com o § 81 g StPO — na persecução penal *cfr.* Senge NSTZ 2001, p. 331 (*Comentário à sentença do tribunal constitucional alemão*, BVerfG NSTZ 2001, p. 328).

83. Assim, cf. Hoppe, nota supra, págs. 95 e segs., assume em seu trabalho, realizado com assessoria do jurista de direito público von Münch, que, enquanto a prevenção de feitos penais sob a norma jurídico-policia de aquisição de tarefas, as investigações no estado prévio destinadas a prevenção para a investigação de futuros feitos penais seriam, em regra, não permitidas; como resultado final, mas, ao contrário, seriam enquadráveis, enquanto medidas para mera eliminação de um perigo abstrato (*sic*), dentro da defesa policial frente a perigos sociais (p. 169 e segs.). Artzt (nota supra, p. 91 e segs.), por sua parte, diferencia, de forma mais convincente que Hoppe entre um ponto de vista jurídico-policia e um ponto de vista processual. Precisamente sua concepção coloca de forma manifesta que a seleção exclusiva de medidas de direito policial ou de direito procedimental-processual depende do ponto de partida e da origem de quem opina: desde o âmbito do direito policial tende-se a submeter a luta preventiva contra a criminalidade com caráter geral ao direito policial, enquanto que os processualistas penais querem submetê-la, em regra geral, necessariamente à faculdade/poder de direção material que ostenta a Ministério Público, no direito processual penal.

84. *Cfr.* Hund, *Polizeiliches Effektivitätsdenken contra Rechtsstaat*, ZRP 1991, p. 463 (465); Artzt, nota supra, p. 95 e segs.; Wolter, nota supra, p. 829; no resultado final, bem como Merten/Merten, nota supra, p. 220; deixa a discussão em aberto Kriesel, nota supra, p. 165.

85. Hilger, *Zum Strafverfahrensrechtsänderungsgesetz 1999* (StVÄG 1999) – 2. Parte, NSTZ 2001, p. 15 (17).

agora estava reservado somente ao direito policial. Evidentemente, não se deve deixar de lado que a fundamentação jurídica realizada não trouxe êxito maior, ao menos enquanto não se reduza o desequilíbrio de recursos que existe entre Ministério Público e polícia. As razões para o reforço do maior peso investigatório da polícia, defendidas manifestamente sobretudo por LILIE, por entender que a polícia possui os melhores recursos pessoais e técnicos, assim como profissionalização técnico-criminalística⁸⁶, acentuam-se ainda mais dentro do âmbito da luta preventiva contra a delinquência porque a polícia é quem possui a soberania nas decisões e sobre os dados obtidos. Soberania na decisão a polícia possui, na medida em que pode decidir quando, onde, e contra quem, irão atuar nas chamadas “investigações estruturais”⁸⁷ (“hoje se ataca o bairro de prostitutas, amanhã, o dos albaneses”). A soberania sobre os dados que estejam em poder da polícia se baseia em que, com o chamado sistema “Inpol” (Sistema de Informação da Polícia), só ela disporia de um banco central de dados para fins investigatórios e o Ministério Público não teria nenhum acesso direto a esse sistema. Também, a crescente internacionalização fortalece a supremacia da polícia, pois essa se manifesta única e preferencialmente, sobretudo ao nível europeu, como fenômeno de policialização carente de instâncias de controle jurídico⁸⁸. Assim, a Polícia Européia (Europol), não só no que diz respeito à proteção jurídica de dados, como também, como regra geral, não está sujeita a nenhum tipo de controle jurídico, pois um Ministério Público europeu, como idealizado e necessário, até essa data, só existe no papel⁸⁹.

5. REFORMAS?

Até agora, as reformas, no que diz respeito à relação entre Ministério Público e polícia, têm tido por meta o descontentamento com “a policialização” de forma superficial no procedimento de investigação e especialmente levando em conta as supostas exigências de uma luta mais eficaz contra a criminalidade organizada na forma de recomendações ministeriais e disposições de nível inferior à lei (regulamentares)⁹⁰. Assim, a princípio, incrementou-se uma tendência ao “policialismo” no sentido de investigações autônomas de polícia no estágio

86. Cfr. Lilie, em nota supra, p. 627 e segs.; bem como Kühne, também em nota supra, número marginal 135; Hellmann, nota supra, § 3 número marginal 4; Roxin, nota supra, p.119.

87. Cfr. sobre este conceito, entre outros, Lirken, nota supra nota, p. 264; Artzt, nota supra, p. 2; Weßlau, *Waffengleichheit mit dem Organisierten Verbrechen*?, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV) 1997, p. 238 (241).

88. Cfr. Lilie, nota supra, p. 631 e segs.; Schaefer, nota, p. 196 e segs.

89. Cfr. Nelles, *Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozessrecht für Europa?*, *ZStW* 109 (1997), p. 727 (730).

90. Crítico com a Europol Schaefer, nota supra, p. 197 e segs.; P.A. Albrecht, *Europäische Informalisierung des Strafrechts*, *StV* 2001, p. 69 e segs.; fundamentadamente entre outros Gleß/Grote/Heine (Eds.),

anterior ao processo penal. Com a adaptação do instrumentário processual-penal às necessidades jurídico-policiais mediante a criação de autorizações legais para adotar medidas especiais de investigação destinadas a combater a criminalidade organizada⁹¹, fortalece-se, a posição jurídica do Ministério Público e dos tribunais frente à polícia, pois ditas medidas de investigação – devido à importância e lugar que ocupam no ordenamento processual – integram-se dentro da persecução penal e ficam subordinadas ao controle jurídico do Ministério Público*. Também, a recente interpretação restritiva feita pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) do conceito de “perigo na demora”⁹², que desenvolverá seus efeitos para além dos registros domiciliários conforme o art. 13, II, da Constituição Alemã (*Grundgesetz*, GG) e § 105, I, 1⁹³, move-se nesta direção. Contudo – além do já mencionado desequilíbrio de recursos – não se deve desconsiderar que o Ministério Público só pode entrar em ação quando (e se chegam) a seu conhecimento as investigações policiais. No âmbito da luta preventiva contra a delinquência, isso somente ocorre na prática, quando a polícia requer ao Ministério Público o implemento de uma medida coercitiva que não possa decretar por si mesma – ou seja: o que a polícia não pode fazer por si só nem em caso de perigo de demora⁹⁴. Um exemplo de importância prática é o decreto das escutas telefônicas⁹⁵ conforme o § 100 a. A este respeito remetemos o leitor ao estudo de investigações realizado atualmente por Kinzig no Instituto Max Planck⁹⁶. De outro lado, as propostas de reforma que pretendiam melhorar estas anomalias mediante a criação de uma unidade policial própria para o Ministério Público, tendo como base o modelo francês ou badense⁹⁷, fracassaram

nota supra. Sobre o estabelecimento de um “European Public Prosecutor” cfr. Arts. 18 e segs. *Corpus Iuris*, en: Delmas-Marty/Vervaele (Eds.), *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Vol. I, 2000, p. 196 e segs.; crítico com o *Corpus Iuris* – podendo se consultar por muitos outros – Weigend, *Spricht Europa mit zwei Zungen?*, StV 2001, p. 63 (65 e segs.) – Sobre “Eurojust” neste contexto Hamm, *Der Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden und der Anspruch auf ein faires Verfahren*, StV 2001, p. 81 (84 e segs.).

91. Cfr. texto nota 53.

* NT do revisor e tradutor para este trabalho: na Alemanha, o promotor tem o poder de decretar cautelares independentemente do juiz.

92. Cfr. Gropp, en: Militello/Arnold/Paoli, nota, p. 334 e segs.

93. BVerfG EuGRZ 2001, 156, Leitsatz 1 b) o ‘perigo na demora’ deve estar fundamentado em feitos referidos ao caso concreto. Meras especulações, estimacões hipotéticas ou presunções independentes do caso ou baseadas unicamente na experiência criminalística cotidiana não são suficientes“. A ordenação por parte judicial ha de ser a regra, não a exceção.

94. Ver Amelung, *Die Entscheidung des BVerfG zur “Gefahr im Verzug”* i.S. des Art. 13 II GG, NStZ 2001, 337 (342 f.) estendendo esta decisão a medidas coercitivas da mesma natureza, por ex., a interceptação telefônica segundo §§ 100 b I, 100 d I.

95. Segundo uma primeira impressão desta investigação, ainda não foi confirmada a validade, em questões de criminalidade organizada, se o processo de investigação começa freqüentemente com a solicitação de uma medida especial de investigação, como, por ex., a interceptação telefônica segundo o § 100 a.

96. Cfr. em nota supra, assim como – já adentrando-se no “sistema badense” (NY Baden-região alemã) – Habel, nota supra, p. 80 e segs., 164 e segs., 192 e segs.; sobre a província prusiana do Rin cfr. Collin, v.g. nota nota, p. 205 e segs.

97. Cfr. histórico-juridicamente Collin, nota supra, p. 205 e segs.

sistematicamente na Alemanha, seja por culpa da polícia, seja perante os ministérios do interior⁹⁸. Assim, anteriores defensores desta solução, como por exemplo ROXIN⁹⁹, atualmente se resignam a sustentar que ela é inviável¹⁰⁰. Tampouco a análise fundamental de HABEL em 1982¹⁰¹ acerca das propostas distintas de reformas relativas à relação entre a polícia e Ministério Público teve muita transcendência. Os critérios jurídico-políticos para uma reforma desenvolvidos por este autor merecem, sem embargo, ser levados em conta, pois intentou conjugar, por igual, interesses policiais e Ministério Público, ou seja: as perspectivas de eficácia com as do Estado de direito¹⁰². Sobre tal base, pode se formular, para a atual discussão acerca da reforma, as três diretrizes seguintes: a unidade corporativa da polícia deve se manter tanto no aspecto organizativo como no funcional, como uma polícia judicial com independência jurídico-organizativa e com competências somente repressivas, não sendo recomendável, assim, que a ela se associem perdas de eficiência e conflitos e, ademais, na prática, não se pode separar estritamente as atividades policiais preventivas daquelas repressivas (uma dupla funcionalidade). Ou seja, em todo caso, entraria em consideração uma absorção temporal limitada de determinados funcionários da polícia ao Ministério Público (no sentido do "sistema badense")¹⁰³ e, neste caso, o *parquet* ficaria dotado de poder disciplinar sobre estes funcionários¹⁰⁴. A autoridade acusatória deve participar de forma mais ampla e o mais brevemente possível das investigações para poder exercer sua função de controle sobre a polícia. Portanto, também, e, sobretudo no âmbito da luta preventiva contra a delinqüência, deve ser informada sem demora das medidas de investigação em andamento, ou mesmo com anterioridade, da fixação de pontos prioritários de investigação no chamado estado prévio, e não tão-somente ser lembrada quando a polícia pretenda requerer medidas de cautela ou medidas coercitivas. Especialmente, deve o Ministério Público vir a ter acesso ilimitado a todo o efetivo dos dados policiais¹⁰⁵. Tal inicial participação não só é correta num Estado direito, como também é exigível por razões de eficácia, pois incrementa a qualidade (jurídica) dos resultados da investigação e, a seu próprio interesse,

98. Roxin, nota supra, p. 121; o mesmo, na nota supra 51, § 10, número. marginal. 35, ambos com ulteriores referências bibliográficas; crítico também a respeito Rüping, em nota supra, p. 908.

99. Habel, nota supra, p. 71 e segs., 102 e segs.

100. *Idem*, p. 184 e segs.

101. *Ibidem*, p. 192 e segs.

102. Cfr. Görden, nota supra, p. 168. (NT para esta publicação: Sistema do Estado ou Região de Baden na Alemanha).

103. Cfr. também como Lillie, nota supra, p. 642; Roxin, nota supra, p. 121; Schaefer, nota supra nota, p. 196 e segs.

104. Habel, nota supra, p. 165 e segs., demonstra que no começo do séc. XX no "sistema badense" a taxa de declarações de inocência em relação às acusações era bastante inferior ao caso, por exemplo, da Prússia, onde o Ministério Público exercia um controle menor sobre a polícia dentro do procedimento de investigação. Isto se corresponde com o panorama criminológico que dá notícia Kinzig, em nota supra, p. 211, acerca de que o Ministério Público na consideração de determinados suposições de feitos como pertencentes ou não à criminalidade organizada é, ou assim parece, mais cauteloso que a Chefatura de Polícia de Baden-Württemberg.

105. Cfr. como também em Roxin, supra, p. 121

da acusação, com vistas às maiores probabilidades de condenação¹⁰⁶. O desequilíbrio de recursos entre a polícia e o Ministério Público deve ser eliminado, ou, ao menos, reduzido, mediante uma melhor destinação técnica e pessoal, assim como um reforço ou melhoria na especialização do Ministério Público¹⁰⁷. É evidente que isso, como se comprovou muito cedo em Baden-Württemberg, não será conseguido mediante uma ampliação de pessoal no âmbito do Ministério Público, ou mesmo no âmbito da luta contra a criminalidade organizada unida a uma multiplicação do pessoal policial. Naturalmente, na discussão acerca de ditas propostas de reforma não devem ser deixados de lado os limites estruturais policiais ou gerais da luta contra a criminalidade organizada. Precisamente quando se parte, aderindo-se à política criminal oficial, de um conceito de criminalidade configurado de maneira predominantemente econômica, deve-se tolerar a reprovação de que, com um mero endurecimento do direito penal e com o equipamento (técnico) dos órgãos de persecução penal, não se logra uma aproximação às causas desta criminalidade. Com efeito, deste modo a criminalidade organizada e a polícia logram unicamente – propriamente no sentido da oficialmente, propagada “igualdade de armas”¹⁰⁸ – gerar reciprocamente um escalamento. Isto não é tão só uma verdade evidente, mas que, também, já foi reconhecida na Alemanha pela própria polícia¹⁰⁹. O desenvolvimento de uma política criminal não só repressiva, ou seja, de uma política criminal dirigida para o bem estar e segurança de seres humano, que ao mesmo tempo garanta uma maior efetividade, e corresponda assim às necessidades legítimas de segurança por parte da população, seria um outro tema que não daria tempo de ser desenvolvido neste artigo.

6. CONCLUSÃO

A regulamentação normativa do procedimento de investigação processual alemão se encontra em contradição com a realidade jurídica. O Ministério Público é unicamente o dono e senhor do procedimento de investigação, ou seja, possui a faculdade exclusiva de direção material nos casos da tradicional delinquência grave, como nos delitos capitais e delinquência econômica. Nos demais casos, ou seja, em se tratando de criminalidade menor e média e, especialmente, no âmbito da luta preventiva contra a delinquência para combater a criminalidade organizada, o verdadeiro dono e senhor passou a ser a polícia. A faculdade de direção material do Ministério Público se limita à decretação de determinadas medidas coercitivas ou à decisão acerca da conclusão da investigação. Ao lado

106. Cfr. Südkurier, 16.3.01. Segundo o mesmo, o Ministério Público adquire 20 novas delegações. O Ministro de Interior Schäuble assinalou o fato de que no transcurso do ano de 2000 o número dos funcionários da polícia aumentou de 60 a 400, e o de departamentos especiais de 15 a 27.

107. Cfr. Weßlau, nota supra nota, p. 238 e segs.

108. Cfr. entre outros Liskén, nota supra, p. 270.

109. Schüler Springorum, nota supra 24.

de que isto resulta em um erro tal se dá na prática quando se trata de criminalidade inferior ou média. No âmbito da luta preventiva contra a delinquência, praticamente se desenvolve um aparato policial autônomo que leva a cabo intervenções ou medidas independentes, as quais, potencialmente, poderiam afetar os direitos individuais de qualquer cidadão, de tal maneira que se faz hoje indispensável um controle jurídico-estatal mais eficiente. Um controle deste tipo em um processo acusatório que implica também em investigação ao estilo alemão somente pode ser exercido através do Ministério Público. Isto faz com que seja necessário que a Instituição seja reforçada frente à polícia; um reforço não só normativo, mas fundamentalmente fático.

A QUESTÃO DO TETO SALARIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AS VERBAS QUE ESTÃO FORA DO SEU LIMITE

LUIZ FABIÃO GUASQUE *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As formas de controle das políticas remuneratórias e as decisões do STF. 3. As verbas que se colocam fora do teto máximo remuneratório por decisão do STF. 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Na história da federação brasileira, temos assistido a mudanças na concepção do sistema federativo, que ora restringe a autonomia dos entes federados, ora amplia este espaço de autonomia político-administrativa.

Em um primeiro momento, a federação no Brasil era constituída com base no modelo da Confederação norte-americana, e a nossa Constituição era denominada "Constituição dos Estados Unidos do Brasil". Nessa época, os Estados podiam elaborar seus próprios códigos de processo, o que hoje lhes é vedado.

A razão era a influência do sistema norte-americano, que evoluiu de forma centrípeta, ou seja, de fora para dentro, em face da necessidade de as 13 colônias se unirem para combater o domínio inglês, ao contrário da federação brasileira, concebida de forma centrífuga, de dentro para fora, e da necessidade de descentralizar um estado de dimensões continentais, que inviabilizava a centralização ou a concentração de poderes nas mãos de um poder central (União Federal). Portanto, no sistema americano, a autonomia prevalece e, no nosso, ao longo do tempo, sofreu ajustes que o adequaram a um verdadeiro estado federal, onde as unidades que o compõem têm autonomia mais reduzida.

A Constituição da República de 1988 reafirmou a tendência de respeitar a autonomia dos entes federados e das funções essenciais da soberania brasileira, como o são os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, face uma realidade de flagrante desigualdade social e ineficácia de acesso, da maioria do seu povo,

* Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

aos mais mezinhos direitos fundamentais e sociais, erigiu o Ministério Público ao *status* de nova função essencial da soberania estatal, representando a defesa do povo e dos valores essenciais ao acesso a direitos, com as funções de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CF).

Entretanto, essa autonomia federativa, precisava efetivar, também no âmbito desses dois Poderes, os princípios aplicáveis a toda a administração pública, determinados no art. 37 da Constituição da República:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”

A partir daí, vislumbrava-se necessário o controle externo das funções encarregadas de dizer do direito (*iuris dicione*) e de aplicá-lo (*iuris dictio*) que, no caso, viabilizava-se através da atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Assim, veio à lume a Emenda Constitucional nº 45/2004, criando os Conselhos Nacional de Justiça e Nacional do Ministério Público para realizar a efetividade dos princípios exigidos pelo referido artigo 37 da lei maior.

A partir desse momento, a federação brasileira sofre novo estágio de aperfeiçoamento, pois ao criar os dois conselhos nacionais, a consequência imediata foi a diminuição dos espaços de autonomia político-administrativa dos entes federados que tiveram, a partir daí, no que respeita a atuação das suas funções essenciais à Justiça — Judiciário e Ministério Público —, mecanismo próprio de um estado unitário descentralizado.

Afirma-se isso, pois o que mais caracteriza essa forma de estado, é a possibilidade de diminuir ou ampliar o poder das unidades que o compunham de acordo com as conveniências do poder central, o que passou a ser possível em relação às referidas funções.

Dentro de um conceito científico-doutrinário, para Celso Ribeiro Bastos, “o estado unitário é aquele para o qual a Constituição prevê um único núcleo galvanizador do poder político, e a descentralização que nele ocorre é meramente administrativa”¹ e, para Manuel Gonçalves Ferreira Filho, ele existe “sempre que a descentralização nele existente (administrativa, legislativa e/ou política) está à mercê do Poder Central. Este, por decisão sua (em geral por forma de lei), pode suprimir essa descentralização, ampliá-la ou restringi-la, etc.”², exatamente como tem acontecido com o Ministério Público e o Judiciário, no que diz respeito à questão do teto remuneratório e das parcelas que a ele estão ou não submetidas.

Na minha modestíssima opinião, a novidade tem causado certa insegurança, pois, afinal, se na nossa república sempre se defendeu a autonomia e

1. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 97/98.

2. *Id.*, *ib.*, pp. 42/43.

independência dos poderes em questões salariais, não podendo haver vinculação entre os mesmos de forma a que a concessão de aumento para um não gerasse direito ao outro, principalmente dentro do limite de autonomia federativa dos entes federados, agora toda a política remuneratória estava unificada em dois conselhos nacionais afetos a essas funções essenciais, limitando esta autonomia e estabelecendo limite máximo de remuneração, tendo seus primeiros atos normativos, o escopo de vincular ambos, ao que considera conveniente e oportuno aos princípios da moralidade e publicidade na atividade da Justiça, face às realidades econômicas do país e o endividamento dos estados federados.

Afirma-se isso, pois, o sentido da reforma foi corrigir as distorções criadas nos entes federados e na União, que com a possibilidade legal decorrente de sua ilimitada autonomia político-administrativa em matéria salarial, possibilitaram a incorporação de cargos comissionados, o que resultou na criação de super salários na estrutura do Poder Público.

Especificamente, no que respeita a essa situação, o Ministério Público e o Judiciário ficavam submetidos ao princípio da moralidade, impedido distorções desta natureza, e mantendo-se a autonomia para valores mínimos, mas restringindo o máximo possível a ser pago pelos entes federados, no âmbito das funções essenciais da Justiça, agora controlado pelos dois conselhos.

2. AS FORMAS DE CONTROLE DAS POLÍTICAS REMUNERATÓRIAS E AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Portanto, no âmbito desses verdadeiros tribunais administrativos de controle dos atos do Ministério Público e do Judiciário, é estabelecido o regramento das políticas remuneratórias.

Nesse sentido, se a realidade sempre foi a impossibilidade de vinculação de vencimentos de uma função em relação a outra, estabeleceu-se o conceito jurídico de "subsídio", como a remuneração máxima permitida no âmbito de cada uma dessas funções.

Decorreu daí, a questão de quais as parcelas que estariam adstritas a este limite máximo, e quais as que poderiam ultrapassá-lo.

Nesse sentido, passou-se a construir a amplitude desse conceito por decisões administrativas desse contencioso de controle e a constitucionalidade ou não das mesmas, de acordo com os direitos garantidos na Constituição, e, nesse aspecto, a realidade dessa construção não pode se dar de maneira a gerar insegurança e contradição entre as manifestações do guardião da Constituição e os direitos nela assegurados.

A primeira premissa foi que o teto máximo do denominado "subsídio" seria o que cada Ministro do Supremo Tribunal percebe como contraprestação pecuniária pelo serviço prestado.

Aí surgiu a primeira questão. E as vantagens pessoais incorporadas ao longo da carreira? Seriam respeitadas ou não?

Como toda essa reforma tinha evidente finalidade de coibir distorções geradas por leis federais, estaduais e municipais que permitiam incorporações que geravam salários absurdamente altos e fora da realidade, de um país pobre que não tinha capacidade de resolver o problema da desigualdade social, a regulamentação, como afirmado, teve evidente sentido teleológico de combater essas iniquidades.

Nesse sentido, a pedra de toque de toda a controvérsia começa no inciso XI do art. 37 da Constituição da República:

“XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos, e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, *não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensalem espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos*” (destaques nossos).

Em poucas palavras, para o que nos interessa diretamente, o preceito afirma que:

1º) ninguém no Brasil pode ganhar mais do que o subsídio de Ministro do STF;

2º) nos Estados, Municípios e Distrito Federal, o limite máximo é o do chefe do Poder Executivo;

3º) nos legislativos dos Estados e Distrito Federal, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais (não se faz menção ao legislativo Municipal);

No âmbito dos Estados, o Poder Judiciário ganhou um sub-teto de 90,25% do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se este limite às carreiras jurídicas do Ministério Público, Procuradores e Defensores Públicos.

Daí a primeira perplexidade. Como órgãos iguais em importância e com atividades idênticas, como os Judiciários e os Ministérios Públicos Estaduais e

da União, poderiam ter limites salariais diferentes, pois para a União poder-se-ia pagar subsídio até o limite do percebido por um Ministro do Supremo Tribunal Federal e nos Estados somente até 90,25% desse valor?

Nesse sentido, a iniquidade determinou a decisão do STF:

“O Tribunal, por maioria, deferiu pedido de liminar formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros-AMB para, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 37, XI, e § 12, da Constituição Federal, o primeiro dispositivo, na redação da EC 41/2003, e o segundo, introduzido pela EC 47/2005, excluir a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração, bem como para suspender a eficácia do art. 2º da Resolução 13/2006 e do art. 1º, parágrafo único, da Resolução 14/2006, ambas do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, as quais fixam, como limite remuneratório dos magistrados e servidores dos Tribunais de Justiça, 90,25% do subsídio mensal de Ministro do STF (...)” (destaques nossos).

O fundamento da decisão foi:

- 1) o caráter nacional e unitário do Poder Judiciário, reafirmado pela regra de escalonamento vertical dos subsídios de alcance nacional (art. 93, inciso V da CF);
- 2) violação do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, inciso I da CF);
- 3) a emenda 41/03, ultrapassou os limites do poder reformador ao não respeitar direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV da CF).

Tudo nos termos da ADI 3.854, Rel. Ministro Cezar Peluso, julgada em 28.02.07, *Informativo* 457.

Portanto, para os Judiciários estaduais, considerou-se inconstitucional o subteto.

A questão sem resposta foi a seguinte: e o Ministério Público nacional? Ou seja, o da União e dos Estados membros, que como reconhecida função essencial da soberania brasileira, estão ou não abrangidos pela decisão que suspende a força vinculante do preceito constitucional em ação declaratória de inconstitucionalidade em relação ao sub-teto?

Em primeiro lugar, devemos reafirmar, como comezinho princípio de controle de constitucionalidade das leis, que a ação direta de inconstitucionalidade declara o contraste da norma com a Constituição da República, e, ao fazer isso, retira a eficácia vinculante do preceito, tornando certo o que antes era incerto, e dando força de coisa julgada a esse pronunciamento.

Portanto, a partir desses efeitos, todas as funções essenciais ao sistema de justiça brasileira, de natureza idêntica, como o são o Judiciário e o Ministério Público, estão fora do sub-teto estadual, pois considerado inconstitucional o preceito que impunha limite diferenciado nos Estados, por sua clara iniquidade.

Seria possível, que os efeitos declaratórios da decisão de inconstitucionalidade alcançassem apenas o Poder Judiciário e não atingissem o Ministério Público? É evidente que não! Pois o Ministério Público foi alçado na Constituição da República (art. 127) como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado” e como organizado à semelhança do mesmo, é abrangido pelos efeitos *erga omnes* resultantes da retirada do efeito vinculante ao preceito que o submetia ao limite do denominado sub-teto estadual.

Pensar de outra forma seria admitir que funções que se completam e se erigem de forma idêntica, sofreriam efeitos diversos quando da retirada da força vinculante do preceito em ação declaratória!³

Mas, como ficaria a decisão anterior deste mesmo tribunal, que em liminar, reconheceu a submissão do Ministério Público ao sub-teto? Teria ela os efeitos desconstitutivos para limitar a eficácia *erga omnes* da decisão liminar do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade?

A afirmação também nos afigura negativa.

A decisão foi vazada nos seguintes termos:

“O Tribunal, por maioria, deferiu pedido de medida cautelar formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República para suspender a eficácia da Resolução 15/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP, que, retificando os artigos 1º e 2º da Resolução 9/2006 e o art. 2º da Resolução 10/2006, ambas do CNMP, e dando-lhes nova redação, dispõe sobre o valor do teto remuneratório dos membros e servidores do Ministério Público da União e dos Estados. Entendeu-se que a norma impugnada, a princípio, ofende os artigos 37, X, XI, § 12 e 130-A, § 2º, todos da CF, porquanto não observa o princípio da legalidade específica para a definição dos valores a serem pagos a título de remuneração ou subsídio dos agentes públicos, bem como extrapola os limites tanto de subsídio e remuneração previstos para os membros e servidores do Ministério Público dos Estados — 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF — quanto de competência do CNMP” (destaques nossos) (ADI 3.831-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-12-06, Informativo 452).

Ora, também é comezinho princípio de processo, que as medidas liminares vigoram, enquanto não se tomam as definitivas, e têm como finalidade possibilitar a efetividade do provimento final.

Ocorre que esta liminar perdeu a eficácia, pois o ato normativo objeto da ADIn foi revogado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o que significa dizer que, como o ato nulo se sujeita a condição suspensiva, não houve produção

3. Para maiores esclarecimentos sobre os efeitos das decisões do STF no controle por ação direta e no incidental, ver o nosso artigo “Os efeitos da sentença que julga da inconstitucionalidade no controle por ação direta e no incidental”, *Revista do Ministério Público* n° 24, pp. 163/172.

de efeitos jurídicos, nem contraste de decisões, face a natureza das funções do sistema de justiça brasileiro.

Portanto, não nos parece, que os efeitos *erga omnes* da ação declaratória de inconstitucionalidade, que retira do mundo jurídico o sub-teto estadual por afronta ao caráter unitário do Poder Judiciário, possa afastar o Ministério Público, que tem esta mesma característica e forma, o que se afirma, até pela composição de seu tribunal administrativo de controle, presidido pelo Chefe do Ministério Público da União Federal.

Note-se que o Ministério Público foi concebido pelo Constituinte originário, como “função essencial ao mesmo” Judiciário, o que nos leva a afirmar que não se pode colocá-lo fora do alcance da decisão, onde os fundamentos da isonomia (art. 5º *caput*, I, da CF), bem como a constatação de que emenda 41/03 ultrapassou os limites do Poder Reformador, por não respeitar direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º da CF), também lhe são aplicáveis pelos mesmos fundamentos encontrados na Carta da República em relação ao Judiciário.

Pensar o contrário seria admitir que o controle externo dessas funções, de natureza própria de um estado unitário descentralizado, represente exceção para um como evolução do novo sistema federativo brasileiro, mas não para o outro.

Portanto, podemos afirmar, sem medo de errar, que os efeitos *erga omnes* da decisão declaratória de inconstitucionalidade do sub-teto estadual, atinge o Ministério Público pelo seu caráter nacional, exatamente igual ao Judiciário como determinado na Carta da República.

Fixada esta premissa, axiológica sob todos ângulos, posto que evidente por si mesma, não necessitando de maiores demonstrações, cabe a análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em relação à regra do escalonamento previsto no § 12 do art. 37:

“Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emendas às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores” (destaques nossos).

Ora, se o sub-teto estadual é inconstitucional pelas razões supracitadas na decisão do STF, o preceito do § 12, reafirmando a regra da nossa nova forma de autonomia federativa do Judiciário Estadual e Distrital possibilita, *apenas*, a fixação *abaixo do limite* dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ou, como se expressa a emenda: “fica facultado aos Estados e Distrito Federal”.

A esta regra se submete os Ministérios Públicos estaduais e distritais, pois fixado o teto do Judiciário, por conclusão axiológica, a eles se estende à limitação.

Surge daí outra indagação. No caso de existir o teto estadual e distrital, como ficam os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em relação ao teto nacional?

Não é difícil concluir que a esses entes federados se possibilitou a fixação deste limite ao subsídio, mas outras vantagens poderão ser concedidas até o limite do teto nacional estabelecido em relação aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

E quais são essas vantagens?

Quanto a esta indagação, não houve limitação pelo contencioso administrativo de controle das funções essenciais da Justiça do Estado brasileiro, pois ambos os conselhos, como órgãos regulamentadores da atividade, fixaram apenas o que poderia ou não ser incluído na contra prestação pecuniária denominada *subsídio*.

Portanto, não é difícil concluir que, até o limite máximo de R\$ 24.500,00, podem ser pagas quaisquer verbas previstas pelos estados e distrito federal aos membros do Ministério Público e do Judiciário.

Mas por decisão da corte constitucional da República, há verbas que não se incluem dentro do teto do subsídio, e são elas as de direito pessoal, decorrentes de adicional por tempo de serviço.

3. AS VERBAS QUE SE COLOCAM FORA DO TETO MÁXIMO DO SUBSÍDIO POR DECISÃO DO STF

Estabelecendo estes parâmetros, existem dois preceitos, o art. 8º da Emenda Constitucional 41/03 e o 4º da EC 47/05:

“Art. 8º Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se, como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.”

“Art. 4º Enquanto não editada a lei a que se refere o § 11 do art. 37 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data da publicação da Emenda Constitucional n. 41, de 2003” (destaques nossos).

Nesse sentido, importante a decisão da corte constitucional sobre a pretensão de imunidade ao teto dos Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal:

“Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal: proventos (subsídios): teto remuneratório: pretensão de imunidade à incidência do teto sobre o adicional por tempo de serviço (ATS), no percentual máximo de 35% e sobre o acréscimo de 20% a que se refere o art. 184, III, da Lei 1.711/52, combinado com o art. 250 da L. 8.112/90: mandado de segurança deferido, em parte. Controle incidente de constitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal ...”

E, enfrentando a questão da constitucionalidade da imposição aos ministros aposentados, decidiu a corte constitucional:

“Mandado de segurança: possibilidade jurídica do pedido: viabilidade do controle da constitucionalidade formal ou material das emendas à Constituição. Magistrados. Subsídios, *adicional por tempo de serviço e o teto do subsídio ou dos proventos, após a EC 41/2003: arguição de inconstitucionalidade, por alegada irrazoabilidade da consideração do adicional por tempo de serviço quer na apuração do teto (EC 41/03, art. 8º), quer na das remunerações a ele sujeitas (art. 37, XI, CF, cf EC 41/2003): rejeição.* Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma. Nem da interpretação mais generosa das chamadas ‘cláusulas pétreas’ poderia resultar que um juízo de eventuais incon-veniências se convertesse em declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que submeta certa vantagem funcional ao teto constitucional de vencimentos. *No tocante à magistratura — independentemente de cuidar-se de uma emenda constitucional — a extinção da vantagem, decorrente da instituição do subsídio em ‘parcela única’, a nenhum magistrado pode ter acarretado prejuízo financeiro indevido.* Por força do art. 65, VIII, da LOMAN (LC 35/79), desde sua edição, o adicional cogitado estava limitado a 35% calculados sobre o vencimento e a representação mensal (LOMAN, Art. 65, § 1º), *sendo que, em razão do teto constitucional primitivo estabelecido para todos os membros do Judiciário, nenhum deles poderia receber, a título de ATS, montante superior ao que percebido por Ministro do Supremo Tribunal Federal, com o mesmo tempo de serviço*” (destaques nossos) (cf. voto do Ministro Néri da Silveira, na ADIn 14, RTJ 130/475, 483).

Fixada esta premissa, fundada em lei complementar da União, concluíram os magistrados do STF:

“Se assim é — e dada a determinação do art. 8º da EC 41/03, de que, na apuração do ‘valor da maior remuneração atribuída por lei (...) a Ministro do Supremo Tribunal Federal’, para fixar o teto conforme o novo art. 37, XI, da Constituição, ao vencimento e à representação do cargo, se somasse a ‘parcela recebida em razão do tempo de serviço’ — é patente que, dessa apuração e da sua aplicação como teto dos subsídios ou proventos de todos os magistrados, não pode ter resultado prejuízo indevido no tocante ao adicional questionado” (destaques nossos).

O que determinou a conclusão de que os adicionais por tempo de serviço (ATS), incorporados em virtude de lei ao patrimônio do seu titular, expressam ato jurídico perfeito, espécie do gênero direito adquirido, na hipótese, com fundamento na garantia da irredutibilidade. Conclui-se, assim, pela leitura do acórdão:

“É da jurisprudência do Supremo Tribunal que *não pode o agente público opor, à guisa de direito adquirido, a pretensão de manter determinada fórmula de composição de sua remuneração total, se, da alteração, não decorre a redução dela.* Se dessa forma se firmou quanto a normas infraconstitucionais, o mesmo se há de entender, no caso, em relação à emenda constitucional, na qual os preceitos impugnados, se efetivamente aboliram o adicional por tempo de serviço na remuneração dos magistrados e servidores pagos mediante subsídio, é que neste — o subsídio — foi absorvido o valor da vantagem. *Não procede, quanto ao ATS, a alegada ofensa ao princípio da isonomia, já que, para ser acolhida, a arguição pressuporia que a Constituição mesma tivesse erigido o maior ou menor tempo de serviço em fator compulsório do tratamento remuneratório dos servidores, o que não ocorre, pois o adicional correspondente não resulta da Constituição, que apenas o admite — mas, sim, de preceitos infraconstitucionais*” (destaques nossos).

Portanto, em outras palavras, pelo entendimento do STF não há direito adquirido quanto a regime jurídico de remuneração, mas deve-se respeitar o ato jurídico perfeito em relação a situações jurídicas pessoais constituídas por lei ordinária ou complementar da União.

Esta conclusão é clara na seqüência do julgado, quando afirma:

“Magistrados: acréscimo de 20% sobre os proventos da aposentadoria (Art. 184, III, da L. 1.711/52, c/c o art. 250 da L. 8.112/90) e o teto constitucional após a EC 41/2003: *garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos: intangibilidade.* Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, *aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o*

direito à irredutibilidade de vencimentos — modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas” (destaques nossos).

Sob esse mesmo fundamento, também se colocam os membros do Ministério Público, posto que detentores da mesma garantia constitucional determinante do reconhecimento do direito.

A solução encontrada na decisão foi reconhecer o direito à irredutibilidade, congelando seu valor, até a absorção pelo valor do subsídio, o que se constata da conclusão do julgado quando afirma:

“Os impetrantes — sob o pálio da garantia da irredutibilidade de vencimentos —, têm direito a continuar percebendo o acréscimo de 20% sobre os proventos, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo Tribunal Federal” (destaques nossos) (MS 24.875, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-5-06, DJ de 6-10-06).

Os efeitos práticos e concretos do julgado é que adicionais por tempo de serviço concedidos aos membros do Ministério Público e do Judiciário serão pagos sem qualquer reajuste, até que seus valores sejam absorvidos pelo limite máximo do valor do subsídio.

4. CONCLUSÕES

De tudo o que foi exposto, em confronto com as manifestações da corte constitucional e dos conselhos de contencioso administrativo de controle das políticas remuneratórias do Judiciário e do Ministério Público, podemos afirmar que:

1^a) Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, criando os Conselhos Nacional de Justiça e Nacional do Ministério Público, para realizar a efetividade dos princípios exigidos pelo referido artigo 37 da lei maior, a federação brasileira sofreu novo estágio de aperfeiçoamento, pois ao criar os dois Conselhos Nacionais, a consequência imediata foi a diminuição dos espaços de autonomia político-administrativa dos entes federados, que tiveram, a partir daí, no que respeita a atuação das suas funções essenciais à Justiça: Judiciário e Ministério Público, mecanismo próprio de um estado unitário descentralizado.

2^a) O sentido da reforma foi corrigir as distorções criadas nos Estados membros e na União que, com a possibilidade legal decorrente de sua ilimitada autonomia político-administrativa em matéria salarial, possibilitaram a incorporação de cargos comissionados, o que resultou na criação de super salários na estrutura do Poder Público.

Especificamente, no que respeita a essa situação, o Ministério Público e o Judiciário ficaram submetidos ao princípio da moralidade, impedido distorções

desta natureza, e mantendo-se a autonomia para valores mínimos, mas restringindo o máximo possível a ser pago pelos entes federados, no âmbito das funções essenciais da Justiça, agora controladas pelos dois conselhos.

3ª) Se a realidade sempre foi a impossibilidade de vinculação de vencimentos de uma função em relação à outra, estabeleceu-se o conceito jurídico de "subsídio", como a remuneração máxima permitida no âmbito de cada uma dessas funções.

4ª) Passou-se a construir a amplitude desse conceito por decisões administrativas desse contencioso de controle e a constitucionalidade ou não das mesmas, de acordo com os direitos garantidos na Constituição, e, nesse aspecto, a realidade dessa construção não pode se dar de maneira a gerar insegurança e contradição entre as manifestações do guardião da Constituição e os direitos nela assegurados.

5ª) É comezinho princípio de controle de constitucionalidade das leis, que a ação direta de inconstitucionalidade declara o contraste da norma com a Constituição da República, e, ao fazer isso, retira a eficácia vinculante do preceito, tornando certo o que antes era incerto, e dando força de coisa julgada a esse pronunciamento. A partir desses efeitos, todas as funções essenciais ao sistema de Justiça brasileira, de natureza idêntica, como o são o Judiciário e o Ministério Público, estão fora do sub-teto estadual, pois considerado inconstitucional o preceito que impunha limite diferenciado nos Estados, por sua clara iniquidade.

6ª) É também comezinho princípio de processo, que as medidas liminares vigoram, enquanto não se tomam as definitivas, e têm como finalidade possibilitar a efetividade do provimento final. Neste sentido, a liminar anterior na ADIn proposta pelo Procurador Geral da República, perdeu a eficácia, pois o ato normativo objeto da ADIn foi revogado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o que significa dizer, que como o ato nulo se sujeita a condição suspensiva, não houve produção de efeitos jurídicos, nem contraste de decisões, face à natureza das funções do sistema de justiça brasileiro.

7ª) O Ministério Público foi concebido pelo Constituinte originário, como "função essencial ao mesmo" Judiciário, o que nos leva a afirmar, que não se pode colocá-lo fora do alcance da decisão, onde os fundamentos da isonomia (art. 5º *caput*, I, da CF), bem como a constatação de que emenda 41/03 ultrapassou os limites do Poder Reformador, por não respeitar direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, da CF), são lhe aplicáveis, pelos mesmos fundamentos encontrados na Carta da República em relação ao Judiciário.

8ª) No caso de existir o teto estadual e distrital, os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em relação ao teto nacional, em vigor, possibilitou a fixação deste limite ao subsídio, mas outras vantagens poderão ser concedidas até o limite do teto nacional estabelecido em relação aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ou, em outras palavras, até o limite máximo de R\$ 24.500,00, podem ser pagas quaisquer verbas previstas pelos estados e distrito federal aos membros do Ministério Público e do Judiciário.

9ª) A decisão do STF em relação à imunidade dos Ministros é que os adicionais por tempo de serviço (ATS), incorporados, em virtude de lei, ao patrimônio do

seu titular, expressam ato jurídico perfeito, espécie do gênero direito adquirido, que, na hipótese, tem fundamento na garantia da irredutibilidade.

10ª) Pelo entendimento do STF, não há direito adquirido quanto a regime jurídico de remuneração, mas deve-se respeitar o ato jurídico perfeito em relação a situações jurídicas pessoais constituídas por lei ordinária ou complementar da União, dos Estados ou do Distrito Federal. A solução encontrada na decisão foi reconhecer o direito à irredutibilidade, congelando seu valor, até a absorção pelo valor do subsídio. Sendo que pelos efeitos práticos e concretos do julgado, os adicionais por tempo de serviço concedidos aos membros do Ministério Público e do Judiciário, como vantagens pessoais da carreira, não expressas com a natureza de triênios ou quinquênios, incluídos no conceito de "subsídio", serão pagos sem qualquer reajuste, até que seus valores sejam absorvidos pelo limite máximo do valor desse mesmo subsídio.

1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

DIFERENTES, MAS IGUAIS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL*

LUIÍS ROBERTO BARROSO **

SUMÁRIO: 1. Apresentação do problema. 2. A progressiva superação do preconceito. 3. Orientação sexual, relações homoafetivas e o papel do direito e do Estado. 4. A união estável entre pessoas do mesmo sexo no direito comparado. 5. Uniões homoafetivas e princípios constitucionais. 5.1. Princípio de igualdade. 5.1.1. Igualdade formal e material. Igualdade na lei e perante a lei. 5.1.2. Fundamentos invocados para a desequiparação. 5.2. Princípio da liberdade pessoal, do qual decorre a autonomia privada. 5.3. Princípio da dignidade da pessoa humana. 5.4. Princípio da segurança jurídica. 6. Primado da afetividade: a união homoafetiva como entidade familiar. 7. Uniões homoafetivas e a regra constitucional do art. 226, § 3º. 8. Lacuna normativa e mecanismos de integração da ordem jurídica. 8.1. Os princípios constitucionais na interpretação e na integração da ordem jurídica. 8.2. O recurso à analogia na integração da ordem jurídica. 9. Conclusão.

1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente suas relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.

No direito positivo brasileiro, inexistente regra específica sobre a matéria. A Constituição de 1988, que procurou organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, não contém norma expressa

* Trabalho desenvolvido com a colaboração de Cláudio Pereira de Souza Neto, Eduardo Mendonça e Nelson Nascimento Diz, que participaram da pesquisa e da discussão de idéias e de teses.

** Advogado do escritório Luís Roberto Barroso & Associados e Professor titular de direito constitucional da UERJ.

acerca da liberdade de orientação sexual. Como consequência natural, também não faz menção às uniões homoafetivas. Faz referência, no entanto, às uniões heterossexuais, reconhecendo como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher¹. O Código Civil, por sua vez, ao disciplinar o tema da união estável, seguiu a mesma linha².

Diante da ausência de disciplina própria para essas questões, impõem-se algumas indagações e linhas de investigação, dentre as quais:

a) a Constituição considera legítima a discriminação das pessoas em função de sua orientação sexual?

b) a referência feita à união estável entre homem e mulher significa uma proibição da extensão de tal regime jurídico às uniões homoafetivas?

c) inexistindo a vedação constitucional referida na alínea anterior, cumpre determinar, ainda assim, qual regime jurídico deve ser aplicado às uniões homoafetivas:

(1) o das sociedades de fato; ou

(2) o da união estável.

O presente estudo desenvolve uma tese central e uma tese acessória. A tese principal é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A tese acessória é a de que, ainda quando não fosse uma imposição do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo.

2. A PROGRESSIVA SUPERAÇÃO DO PRECONCEITO

Na década de 70, nos Estados Unidos, um soldado que havia sido condecorado por bravura na Guerra do Vietnã escreveu ao Secretário da Força Aérea declinando sua condição de homossexual. Foi imediatamente expulso da corporação, com desonra. Ao comentar o episódio, o militar produziu uma frase

1. CF/88, art. 226, § 3º: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

2. Código Civil, art. 1.723: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

antológica: "Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro"³. Na década de 90, no Brasil, quando se debatia a questão das relações homoafetivas, uma elevada autoridade religiosa declarou: "Os cachorros que me desculpem, mas o projeto de casamento gay é uma cachorrada"⁴. Vem de longe essa visão depreciativa. Antigüidade, medievo, iluminismo, modernidade: em épocas sucessivas da evolução do pensamento humano, a condição homossexual foi tratada com intolerância, truculência e despreço.

Os tempos, no entanto, estão mudando. Progressivamente, as relações homoafetivas vêm conquistando aceitação e respeito. Na esfera privada, é crescente o número de pessoas que assumem publicamente e sem temor a sua orientação homossexual. No espaço público, concorridas passeatas e manifestações, em diferentes capitais do país, simbolizam a vitória pessoal de homens e mulheres que derrotaram séculos de opressão para poderem ostentar sua identidade sexual, desfrutar seus afetos e buscar a própria felicidade. É certo que ainda ocorrem manifestações ocasionais de homofobia, inclusive com o emprego de violência. Mas já não contam com a cumplicidade silenciosa da opinião pública. Aos poucos se consolida uma cultura capaz de aceitar e de apreciar a diversidade.

Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. A despeito da ausência de normatização expressa, a postura do Estado em relação ao assunto tem sido de crescente reconhecimento. Certas manifestações do Poder Público já atribuem às uniões entre pessoas do mesmo sexo, para determinados fins⁵, status semelhante ao das uniões entre homem e mulher. Não se pode dizer, contudo, que esta seja uma posição dominante ou incontroversa. Pelo contrário, um lance de olhos pela jurisprudência dos diversos tribunais revela a existência de pronunciamentos judiciais divergentes sobre o tema. A título de exemplo, confirmam-se duas decisões recentes, uma em cada sentido:

"Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades

3. In: <http://www.rainbowuniverse.com/newenglandGLBTVets/pressreleases/2003/pr02.htm>. Acesso em 6/11/2006. O fato foi amplamente divulgado na ocasião e a frase citada pode ser encontrada em diversos outros sítios.

4. Acesso em 6/11/2006.

5. De que é exemplo a matéria previdenciária. No âmbito federal, destaca-se a Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 7/7/2000, editada por força de decisão judicial ainda não transitada em julgado (Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0), que estipula procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas”⁶.

“Apelação Cível. Ação declaratória. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença mantida. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida; Na esteira da juris-prudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, §3º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher; revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo”⁷.

As uniões estáveis heterossexuais também percorreram caminhos feitos de idas e vindas, acolhimentos e rejeições. Com a Constituição de 1988, no entanto, obtiveram reconhecimento institucional pleno, passando a ser caracterizadas como verdadeiras entidades familiares. Na presente investigação sustenta-se a tese de que o mesmo regime deve ser reconhecido às uniões entre pessoas do mesmo sexo, seja por aplicação direta dos princípios constitucionais, seja por integração de lacuna legal existente.

3. ORIENTAÇÃO SEXUAL, RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E O PAPEL DO DIREITO E DO ESTADO

A interpretação constitucional, como a interpretação jurídica em geral, não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de pré-compreensão⁸. É hoje pacífico que o papel do intérprete não é – porque não pode ser – apenas o de descobrir e revelar a solução que

6. TJRS, j. em 25/6/2003, AC 70005488812, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. No mesmo sentido: TJRS, j. em 17/11/2004, AC 70009550070, Rel. Des. Maria Berenice Dias; TJRJ, j. em 21/03/2006, AC 2005.001.34933, Rel. Des. Letícia Sardas.

7. TJMG, j. em 24/05/2006, AC 1.0024.04.537121-8/002, Rel. Des. Domingos Coelho. No mesmo sentido: TJRJ, j. 7/02/2006, AC 2006.001.00660, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto; TJSP, j. em 7/06/2005, AI 388.800-4/7, Rel. Des. José Joaquim dos Santos.

8. V. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 1997, p. 320 e segs.; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 285 e segs.; Luís Roberto Barroso, “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro”. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 3 e segs.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, 2006, p. 30 e segs.

estaria abstratamente contida na norma. Diversamente, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, a ele caberá fazer, com frequência, valorações in concreto e escolhas fundamentadas.

Porque assim é, há um dever ético do intérprete de declinar a sua pré-concepção a propósito da matéria que está sendo interpretada, o que significa dizer, explicitar o seu ponto de observação e os valores e fatores que influenciam sua argumentação⁹. Tal atitude de honestidade intelectual e transparência permite a compreensão correta da fundamentação adotada, bem como o controle e a crítica do processo interpretativo. Nessa linha, cabe declinar, ao início, que o presente estudo se funda nas seguintes visões de mundo:

a) a homossexualidade é um fato da vida;

b) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um;

c) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais;

d) o papel do Estado e do Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

Não há consenso acerca das razões que determinam a orientação sexual dos indivíduos. Existem estudos dotados de seriedade científica que certificam que a orientação sexual é decorrente de fatores genéticos¹⁰. Segundo outros estudos, igualmente sérios, os fatores determinantes seriam sociais. Não é importante tomar partido nesse debate, salvo para deixar claro que a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida. Deve-se destacar, ademais, que o fato do homossexualismo não viola qualquer norma jurídica¹¹, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos.

9. Nesse sentido, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 293: “É tão certo que ninguém é imune a estes pré-juízos como também seria errôneo ver neles uma barreira absoluta e intransponível. Mas a sua superação não é de todo em todo possível senão mediante um processo permanente de auto-exame e a preocupação constante com a ‘questão em si mesma’. Uma disponibilidade para tal é a primeira exigência que se tem de colocar tanto ao juiz como ao cientista do Direito”.

10. Em estudo realizado nos EUA, chegou-se aos seguintes resultados: entre gêmeos univitelinos, se um dos irmãos era homossexual, em 52% dos casos o outro também era; entre gêmeos bivitelinos, o percentual ficava em 22%; entre irmãos adotivos, se restringia a 11%. A pesquisa demonstra que a orientação sexual é influenciada pelo ambiente familiar, mas é influenciada também, e decisivamente, por fatores genéticos. A pesquisa é reportada por Maria Berenice Dias, *União homossexual: o preconceito e a justiça*, 2001, p. 43.

11. Essa afirmação é inquestionavelmente válida para o Brasil, assim como para a maioria dos países. Nem mesmo a Suprema Corte norte-americana, em sua atual tendência conservadora, ousou dizer o contrário. No julgamento do caso Lawrence et. al. v. Texas, que será comentado adiante, declarou-se a inconstitucionalidade da criminalização da chamada sodomia.

As concepções religiosas dogmáticas, as ideologias cerradas e as doutrinas abrangentes em geral fazem parte da vida contemporânea. E, nos limites da Constituição e das leis, têm o direito de participar do debate público e de expressar os seus pontos de vista, que, em alguns casos, traduzem intolerância ou dificuldade de compreender o outro, o diferente, o homossexual. Mas a ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais. Como assinalado, o intérprete constitucional deve ser consciente de suas pré-concepções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e auto-conhecimento no tocante a seus desejos e frustrações¹². Seus sentimentos e escolhas pessoais não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela razão pública¹³.

As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma consequência direta e inevitável da existência de uma orientação homossexual. Por isso mesmo, também são um fato da vida, que não é interdito pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um. As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejada situação de insegurança. O assunto será aprofundado mais adiante.

Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional, pelos motivos que serão apresentados ao longo do presente estudo. A história dos diferentes países registra exemplos trágicos de discriminação fundada em fatores inatos ou inelutáveis, como raça, deficiência física ou homossexualidade. Foi assim na Alemanha

12. Luís Roberto Barroso, “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 10: “A neutralidade, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas.”

13. O uso da razão pública importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores – e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. O contrário seria privilegiar as opções de determinados segmentos sociais em detrimento das de outros, desconsiderando que o pluralismo é não apenas um fato social inegável, mas também um dos fundamentos expressos da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1º, inciso IV, da Constituição. Sobre esta temática, v. especialmente a obra de John Rawls, notadamente: *Uma teoria de justiça*, Liberalismo político e Direito dos povos. Na literatura nacional, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2005; e Nythamar de Oliveira, *Rawls*, 2005.

nazista¹⁴, na África do Sul do apartheid¹⁵ e nos Estados Unidos até o final dos anos 60¹⁶. Todas essas diferenciações, que vigoraram no século passado – há poucas décadas, portanto – são hoje em dia consideradas odiosas.

Na verdade, sequer é preciso citar exemplos tão extremos. Poucas matérias têm sofrido mutação tão acelerada quanto as relações familiares. Até pouco tempo, aceitava-se como normal a superioridade jurídica dos homens sobre as mulheres. Esse entendimento era consagrado, *e.g.*, no Código Civil brasileiro de 1916, em dispositivos que atribuíam ao homem a chefia da família e a primazia na educação dos filhos. O avanço do processo civilizatório se encarregou de condenar essas manifestações autoritárias e assentar a igual dignidade das diferentes etnias e confissões religiosas, assim como a paridade jurídica entre homem e mulher. O mesmo processo tem atuado para repelir a discriminação dos homossexuais, no que se inclui naturalmente o reconhecimento jurídico de suas uniões afetivas.

O Estado inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, tem cedido passo, historicamente, ao Estado solidário, agente da tolerância e da inclusão social. Alguns exemplos da experiência internacional ilustram o ponto.

4. A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO DIREITO COMPARADO

A discussão sobre o tratamento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem lugar não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, observando-se uma tendência ao reconhecimento, tanto por meio de atos normativos, quanto por decisões judiciais¹⁷. Em muitos casos, observa-se nítida superposição entre essas

-
14. A Alemanha nazista proibia casamentos entre judeus e alemães da chamada raça ariana, atribuindo competência aos promotores públicos para anulá-los, além de cominar pena de trabalhos forçados para aqueles que violassem a norma. As relações extraconjugais também eram proibidas, tudo para proteger a pureza do sangue alemão. As normas em questão encontravam-se na Lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã, de 15/10/1935.
 15. O casamento inter-racial (entre brancos e não-brancos) era considerado ilegal. V. *Prohibition of Mixed Marriages Act* (nº 55), de 1949. Posteriormente, relações sexuais entre brancos e não-brancos passaram a ser igualmente vedadas. V. *Immorality Act* (nº 21), de 1950, que alterava o *Immorality Act* (nº 5), de 1927, que já proibia relações sexuais entre brancos e negros.
 16. Nos Estados Unidos, o casamento inter-racial também chegou a ser proibido em alguns Estados, como Alabama, Arizona, Geórgia, Montana, Oklahoma, Texas, e Virginia, o que somente veio a ser declarado inconstitucional pela Suprema Corte em 1967, no julgamento do caso *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1).
 17. A exposição da jurisprudência estrangeira beneficiou-se de pesquisa gentilmente cedida pelo Professor Daniel Sarmento.

duas esferas, de modo que manifestações judiciais disseminam o debate e atribuem direitos que acabam sendo formalmente incorporados pelo legislador. Observe-se, por exemplo, o caso europeu.

Na década de 1990, vários países concederam proteção jurídica às uniões homoafetivas, ganhando destaque o regime de parceria registrada. A vanguarda foi assumida pela Dinamarca, que promulgou a lei de regência em 1989¹⁸. Noruega¹⁹, Suécia²⁰ e Islândia²¹ seguiram o exemplo dinamarquês, aprovando leis referentes à convivência registrada, reconhecendo direitos e obrigações mútuas entre pessoas do mesmo sexo. Na Holanda²², a convivência registrada não se dirige somente aos homossexuais, mas a todos os que não querem ou não podem se casar²³. Em 2001, o legislador holandês foi o primeiro a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com iguais direitos e deveres, bem como conseqüências jurídicas idênticas às do casamento heterossexual²⁴. A Bélgica seguiu o caminho, permitindo igualmente, em 2003, o casamento entre pessoas do mesmo sexo²⁵.

A legislação catalã²⁶ também é bastante avançada no que diz respeito à paridade de direitos entre casais homossexuais e heterossexuais. Há uma única lei, de 1998, para regular as uniões estáveis, independente da orientação sexual dos pares. Na França, em outubro de 1999, foi aprovado o Projeto de Lei nº 207 sobre o *Pacte Civil de Solidarité*, conhecido como PaCS, possibilitando a união entre casais não ligados pelo matrimônio e atribuindo-lhes um conjunto abrangente de direitos e deveres recíprocos. Este pacto pode ser estabelecido por duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, com o objetivo de organizar a sua vida em comum. Em 15 de março de 2001, o Parlamento português aprovou o Decreto nº 56/VIII²⁷, adotando medidas de proteção às uniões de fato. A lei regula as situações jurídicas de duas pessoas, independente do sexo, que vivem em união de fato há mais de dois anos. Na

18. Lei nº 372/89.

19. Lei nº 40/93.

20. Esta lei entrou em vigor em 1º/01/1995, estabelecendo que a convivência registrada tem as mesmas conseqüências de um casamento, com exceção da possibilidade de adoção. Uma ressalva também é feita quando as leis sobre inseminação e fertilização in vitro, as quais não se aplicam aos conviventes.

21. Trata-se da Lei nº 564/96, bastante similar à lei sueca.

22. Esta lei entrou em vigor em 1º/01/1998, estabelecendo que a parceria civil é considerada como equivalente ao casamento civil, sendo suas conseqüências virtualmente idênticas.

23. A professora Maria Celina Bodin de Moraes (A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional, *Revista Trimestral de Direito Civil* 1:89, 2000, p. 100) atenta para outra possibilidade permitida pelo legislador holandês: o contrato de coabitação para a formalização de relação com um parceiro, o qual serve apenas para regular o que as partes acordam entre si, sendo válido somente entre elas, sem conseqüências perante terceiros.

24. Esta lei entrou em vigor em 1º/04/2001.

25. Esta lei entrou em vigor em 30/01/2003.

26. Trata-se da *Ley sobre uniones estables de parejas da Cataluña*, de 30/06/1998.

27. Resultou na Lei nº 7/01, de 11 de maio, que adotou medidas de proteção às uniões de fato, revogando a Lei nº 135/99.

Alemanha, também em 2001, entrou em vigor lei reconhecendo as uniões homoafetivas, permitindo que os envolvidos regulem sua vida em comum por meio de um contrato.

Essa tendência de reconhecimento das relações homoafetivas caracteriza não só os Estados europeus, separadamente, mas também a União Européia, em seu conjunto. É importante mencionar a Resolução do Parlamento Europeu²⁸, de 8 de fevereiro de 1994, sobre a paridade de direitos dos homossexuais da Comunidade Européia, estabelecendo o dever de se respeitar o princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independente de sua orientação sexual.

Nas Américas, destacam-se Canadá, Argentina e Estados Unidos. O Canadá protege o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base no Civil *Marriage Act*²⁹, de 2005. Antes que a lei entrasse em vigor, houve consulta à Suprema Corte acerca da sua constitucionalidade, possibilidade admitida na ordem jurídica canadense. O Tribunal não apenas declarou que a lei não violava dispositivos constitucionais, como afirmou que a medida realizava o princípio da igualdade³⁰. Tal resposta era até previsível, considerando que a edição da referida lei ocorreu após um conjunto de decisões judiciais que reconheciam às uniões homoafetivas proteção similar à conferida aos casais heterossexuais. A principal decisão partira justamente da Suprema Corte, que declarou inconstitucional lei que permitia a concessão de alimentos em razão de união estável apenas no caso de casais do sexo oposto, excluindo os homossexuais³¹.

Em relação à Argentina, a legislação da Cidade Autônoma de Buenos Aires reconhece, desde 2002, a união civil entre pessoas do mesmo sexo. A ordem jurídica daquela província considera união civil aquela formada livremente por duas pessoas, independentemente do gênero ou orientação sexual³².

28. A recomendação sobre a Paridade de Direitos de Homossexuais consta do Doc. A3-0028/94, sendo as Resoluções de 17/09/1996; 8/04/1997; 17/02/1998; e 17/09/1998 também relativas à paridade de direitos para os homossexuais.

29. Diz a ementa: "Este ato estende, para efeitos civis, a capacidade legal de casamento a casais formados por pessoas de mesmo sexo, de modo a refletir valores de tolerância, respeito e igualdade, de acordo com a Carta canadense de Direitos e Liberdades. Emendas em outros atos são consequentemente feitas por este ato para garantir igual acesso aos efeitos civis do casamento e divórcio a casais formados por pessoas de mesmo sexo" (tradução livre).

30. Manifestações semelhantes já foram realizadas por supremas cortes ou tribunais constitucionais de outros países. É o caso da África do Sul, cujo Tribunal Constitucional declarou incompatível com a Constituição a proibição do casamento homoafetivo, concedendo prazo de um ano ao legislador para que suprima o vício sob pena de se considerar automaticamente estendida aos homossexuais a possibilidade do casamento (Caso CCT 60/04, *Minister of Home Affairs and Another v. Marie Adriaana Fourie and Another*). No mesmo sentido, vale mencionar o caso da Hungria, cuja Corte Constitucional proferiu decisão semelhante no âmbito da união estável (Decisão 14/95). Por fim, destaca-se a Suprema Corte de Israel, que considerou inconstitucional a prática de determinada empresa que concedia benefícios aos parceiros de seus funcionários heterossexuais, mas os negava no caso de uniões homoafetivas (Caso *El-Al Israel Airlines v. Danilowitz*, julgado em 1994). Após a manifestação da Corte, verificou-se uma modificação na ordem jurídica israelense, baseada no *common law*, que passou a reconhecer esse tipo de união.

31. Trata-se do Caso *M. v. H.* (142 D.L.R 4th), julgado em 1996.

32. Trata-se da Lei da cidade autônoma de Buenos Aires (*Ley CABA*) nº 1.004/02, que cria o registro público de uniões civis, de 12/12/2002.

Nos Estados Unidos, alguns tribunais estaduais já decidiram, com base na cláusula da *equal protection*, não ser possível excluir uniões homoafetivas dos benefícios e das proteções previstas pela legislação aos cônjuges heterossexuais³³. Vale também mencionar o julgamento, pela Suprema Corte, do caso *Romer v. Evans*³⁴, que declarou inconstitucional uma emenda à Constituição do Estado do Colorado, aprovada em referendo estadual, que impedia toda e qualquer autoridade estadual de praticar atos que resultassem em proteção às pessoas de orientação homossexual em face de qualquer tipo de discriminação. Na ocasião, a Corte afirmou que desequiparações até seriam possíveis, desde que tivessem fundamento razoável, diferente do mero propósito de demonstrar animosidade contra aquelas pessoas³⁵. Na mesma linha foi a decisão da Suprema Corte no caso *Lawrence et. al. v. Texas*³⁶, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que criminalizava a sodomia³⁷. Embora não diga respeito ao tratamento jurídico das uniões homossexuais, tal decisão afastou qualquer dúvida sobre a licitude das relações homossexuais naquele país.

Feitas essas notas sobre a pré-compreensão do tema e sobre o direito comparado, passa-se à exposição dos fundamentos extraídos da Constituição de 1988 que impõem a extensão do regime da união estável às relações homoafetivas.

5. UNIÕES HOMOAFETIVAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O ambiente filosófico do direito constitucional contemporâneo é o do pós-positivismo, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se *a*) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, *b*) o reconhecimento de normatividade aos princípios e *c*) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito.

33. A decisão mais incisiva foi proferida pela Suprema Corte do Estado de Massachusetts, no caso *Goodridge v. Department of Public Health*, julgado em 2003. O Tribunal assentou que a não-extensão do casamento aos casais do mesmo sexo violava a igualdade e o devido processo legal, afirmando que os argumentos apontados para justificar a discriminação não seriam capazes de justificar a quebra da isonomia.

34. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

35. Uma descrição e análise do caso encontra-se em Ronald Dworkin, *Sovereign virtue – The theory and practice of equality*, 2000, p. 456-65.

36. *Lawrence et. Al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

37. Os principais Estados que proibiam a sodomia homossexual eram Texas, Oklahoma, Kansas, e Missouri.

Em meio a esses princípios e direitos fundamentais encontram-se alguns que são decisivos para o enquadramento ético e jurídico da questão aqui enfrentada. Em primeiro lugar, o mandamento magno da igualdade, a virtude soberana, manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da liberdade, que se colhe nos princípios da livre-iniciativa (cuja dimensão, lembre-se, não é apenas a de liberdade econômica) e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional³⁸. Acrescente-se, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, que ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na sua versão de integridade física como moral³⁹. E, por fim, o princípio da segurança jurídica, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos⁴⁰.

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexivamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de "menos-valia": menos importante, menos correto, menos digno⁴¹.

38. V. Luís Roberto Barroso, "Eficácia e efetividade do direito à liberdade". In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1ª. ed. 1999), p. 75 e segs.

39. Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, 2001; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001; Maria Celina Bodin de Moraes, "O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo". In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Gustavo Tepedino, "Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro". In: *Temas de direito civil*, 1998; Cristiano Chaves de Farias, *Direito civil: teoria geral*, 2005.

40. V. Almiro do Couto e Silva, O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99), *Revista de Direito Administrativo* 237:271, 2004.

41. V. Luiz Edson Fachin, Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, *Revista dos Tribunais* 732:47, 1996, p. 53: "Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns 'nós' que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo."

5.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

“As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza” (Boaventura de Souza Santos)⁴².

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O art. 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O *caput* do art. 5º reafirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O constituinte incluiu, ainda, menções expressas de rejeição ao racismo⁴³ e à discriminação contras as mulheres⁴⁴.

Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição é refratária a todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas⁴⁵. O desenvolvimento do tema, para os fins aqui visados, remete a algumas categorias conceituais tradicionais no estudo dessa matéria.

5.1.1. IGUALDADE FORMAL E MATERIAL. IGUALDADE NA LEI E PERANTE A LEI

A igualdade formal, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicanamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade material, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, de vez que é associada à idéia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente⁴⁶.

42. Boaventura de Souza Santos, *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

43. CF/88, art. 5º, XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

44. CF/88, art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

45. Nesse sentido, v. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 48.

46. Sobre o tema, v. Ricardo Lobo Torres, “A cidadania multidimensional na era dos direitos”. In: *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999.

Pois bem: a questão aqui estudada resolve-se no plano da igualdade puramente formal, sem envolver quaisquer das dificuldades teóricas e práticas presentes na concretização da igualdade material. A não desequiparação onde não exista um motivo relevante e legítimo que a justifique deve ser a conduta de todos os órgãos e agentes públicos e, dentro de certa medida, deve ser imposta até mesmo aos particulares⁴⁷. Há precedentes, inclusive, sancionando a discriminação contra homossexuais⁴⁸.

A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da igualdade na lei – comando dirigido ao legislador – quanto para a igualdade perante a lei, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes – doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inequalitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma corretiva, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição.

É certo que, apesar da linguagem peremptória dos diversos dispositivos constitucionais, não é fato que toda e qualquer desequiparação seja inválida. Pelo contrário, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios⁴⁹. Aliás, a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional e nacionalidade, dentre outros. O que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação seja razoável e o fim por ela visado seja legítimo⁵⁰. No caso concreto, cuida-se de saber se a orientação sexual é um fator

47. A jurisprudência do STF fornece o seguinte exemplo: "(...) I. — Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, *caput*). II. — A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional (...)" (STF, DJU 19/12/1997, RE 161243-DF, Rel. Min. Carlos Velloso). Na doutrina, acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais, v. Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004.

48. A título de exemplo, em matéria trabalhista, v. TRT 02ª Reg., DJU de 14/10/2005, Acórdão nº 20050694159 (processo nº 00742-2002-019-02-00-9), Rel. Juiz Valdir Florindo: "OPÇÃO SEXUAL. DEMISSÃO. DANO MORAL CONFIGURADO (...) O homossexual não pode ser marginalizado pelo simples fato de direcionar sua atenção para outra pessoa do mesmo sexo, já que sequer pode-se precisar o que define a opção sexual do ser humano: se fatores biológicos, psicológicos ou até mesmo ambos. De todo acerto e procedência é a decisão de primeiro grau, que censurou a atitude da recorrente. Não há razão alguma ou argumento que possa retirar a condenação". No mesmo sentido, v. TRT 15ª Reg., DJU 1 out. 2004, Decisão 038178/2004-PATR (processo nº 01673-2001-096-15-00-8 ROPS), Rel. Juíza Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza.

49. V. Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1993 (1ª edição, 1978), p. 11; e Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*, 1983, p. 44.

50. Luís Roberto Barroso, "Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro". In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1ª. ed. 1999), p. 161.

aceitável de *discrímen* para se negar às relações homoafetivas regime jurídico equiparável ao das uniões estáveis.

Cumpra investigar, assim, a razoabilidade e a legitimidade da negação de direitos que tem por fator de diferenciação a homossexualidade das partes. Note-se que a Constituição é expressa ao considerar suspeitas desequiparações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (art. 3º, IV). No item gênero, por certo, está implícita a orientação sexual. No caso de uma classificação suspeita, agrava-se o ônus argumentativo de quem vai sustentá-la. A este propósito, os autores que defendem a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável procuram justificar sua posição com base em três fundamentos, a seguir analisados: a impossibilidade de procriação, a violação dos padrões de “normalidade moral” e a incompatibilidade com os valores cristãos. Nenhum deles resiste ao crivo da razão pública.

5.1.2. FUNDAMENTOS INVOCADOS PARA A DESEQUIPARAÇÃO

A impossibilidade de procriação não é uma justificativa razoável para o tratamento desigual. Em primeiro lugar porque esta não é, obviamente, a única função da família. No cerne da noção contemporânea de família está a afetividade, o projeto de comunhão de vidas, independentemente da sexualidade⁵¹. O próprio Código Civil impõe como requisito para a caracterização de união estável apenas a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Não há qualquer referência à procriação. Além disso, o reconhecimento constitucional da família monoparental⁵² afasta definitivamente o argumento de que a impossibilidade de procriação seja um óbice à atribuição do *status familiae*⁵³. À vista de tais elementos, não se legitima a exclusão de pessoas do mesmo sexo da categoria entidade familiar nem do regime jurídico da união estável, se o que as une é a mesma afetividade e o mesmo projeto de vida comum que ligam as pessoas de sexos opostos.

51. Enézio de Deus Silva Júnior, Adoção por casais homossexuais, *Revista Brasileira de Direito de Família* 30:124, 2005, p. 143: “Com razão, se o afeto é o que justifica o respeito mútuo, a durabilidade e a solidez, indispensáveis para que as uniões formem uma estrutura familiar (independente do sexo biológico e da orientação de desejo dos seus membros), as relações homossexuais evidenciam todas as nuances distintivas do fenômeno humano, ora juridicizado pelo Direito de Família”. No mesmo sentido, v. tb. Cristiano Chaves de Farias, Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas: uma questão de respeito à Constituição da República, *Revista Brasileira de Direito de Família* 28:26, 2005, p. 33; Ana Carla Harmatiuk Matos, *União entre pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais*, p. 27, 2004; e Taísa Ribeiro Fernandes, *União homossexuais e seus efeitos jurídicos*, 2004, p. 80-1.

52. CF/88, art 226, § 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

53.V. Ana Carla Harmatiuk Matos, *União entre pessoas do mesmo sexo — Aspectos jurídicos e sociais*, 2004, p. 33.

Outro argumento encontrado na doutrina é o de que as relações entre pessoas do mesmo sexo não podem ser reconhecidas como familiares porque escapariam aos padrões de “normalidade moral”. Não é o caso de se enveredar aqui pela discussão acerca do que é normal, lembrando apenas que, em épocas e lugares diferentes, já foram ou são normais a tortura, a escravidão e a mutilação. O que cabe discutir aqui – e rejeitar – é a imposição autoritária da moral dominante à minoria, sobretudo quando a conduta desta não afeta terceiros. Em uma sociedade democrática e pluralista, deve-se reconhecer a legitimidade de identidades alternativas ao padrão majoritário. O estabelecimento de standards de moralidade já justificou, ao longo da história, variadas formas de exclusão social e política, valendo-se do discurso médico, religioso ou da repressão direta do poder⁵⁴. Não há razão para se reproduzir o erro.

Uma terceira e última corrente que procura justificar a discriminação em relação às uniões homoafetivas baseia-se na seguinte linha: a de não ser possível atribuir *status* familiar a tais relações, por serem elas contrárias aos valores cristãos⁵⁵. Este argumento pode ter importância no debate que se instaure no interior das confissões religiosas. Mas, como intuitivo, não pode prevalecer no espaço público de um Estado laico⁵⁶. Evita-se aqui o desvio – apesar do seu fascínio – de discutir se os valores cristãos não seriam realizados de forma melhor pela compreensão, pela tolerância e pelo amparo, em lugar da negação.

Um último comentário. O conteúdo do princípio da igualdade sofreu uma importante expansão nas últimas décadas. No contexto do embate entre capitalismo e socialismo, os temas centrais de discussão gravitavam em torno da promoção de igualdade material e da redistribuição de riquezas. Com o fim da guerra fria, entraram na agenda pública outros temas, sobretudo os que envolvem as denominadas políticas de reconhecimento, designação sob a qual se travam as discussões acerca de etnia, gênero e orientação sexual. Sob o influxo

54. Márcia Arán e Marilena V. Corrêa, Sexualidade e política na cultura contemporânea: o reconhecimento social e jurídico do casal homossexual, *Physis* 14(2):329, 2004.

55. Quanto ao ponto, v. Luiz Roldão de Freitas Gomes, Da sociedade entre homossexuais, *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* 59:26, 2004, p. 30: “Esta [a convivência de pessoas do mesmo sexo], como visto, sem desviar de aspectos psicológicos e humanos que as possam envolver, não passam de meras situações de fato, com repercussões apenas no plano patrimonial, como se uma sociedade de fato houvera, o que jamais pode converter-se em casamento, diante de sua concepção agasalhada no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de suas raízes históricas e em face dos valores cristãos, que informam o matrimônio”.

56. Como se sabe, a Igreja Católica sequer reconhece as uniões estáveis entre homens e mulheres. Em discurso recente (19/10/2006), o Papa reafirmou a posição: “Hoje uma atenção especial e um compromisso extraordinário são exigidos daqueles grandes desafios em que vastas porções da família humana estão em maior perigo: as guerras e o terrorismo, a fome e a sede, e algumas epidemias terríveis. Mas é necessário também enfrentar, com iguais determinação e clareza de intenções, o risco de opções políticas e legislativas que contradizem valores fundamentais e princípios antropológicos e éticos radicados na natureza do ser humano, de modo particular no que se refere à tutela da vida humana em todas as suas fases, desde a concepção até à morte natural, e à promoção da família fundada no matrimônio, evitando introduzir no ordenamento público outras formas de união que contribuiriam para a desestabilizar, obscurecendo o seu caráter peculiar e o seu papel social insubstituível” (acesso em 9/11/2006).

do princípio da dignidade da pessoa humana, passou-se a enfatizar a idéia de que devem ser respeitados todos os projetos pessoais de vida e todas as identidades culturais, ainda quando não sejam majoritários.

5.2. PRINCÍPIO DA LIBERDADE PESSOAL, DO QUAL DECORRE A AUTONOMIA PRIVADA

“Se nascemos numa sociedade que nos ensina certos valores morais – justiça, igualdade, veracidade, generosidade, coragem, amizade, direito à felicidade – e, no entanto, impede a concretização deles porque está organizada e estruturada de modo a impedi-los, o reconhecimento da contradição entre o ideal e a realidade é o primeiro momento da liberdade e da vida ética como recusa da violência. O segundo momento é a busca das brechas pelas quais possa passar o possível, isto é, uma outra sociedade que concretize no real aquilo que a nossa propõe no ideal” (MARILENA CHAUI)⁵⁷.

Duas concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de auto-determinação, de deliberação sem interferências externas. Liberdade, assim, é um ato de decisão e escolha entre várias alternativas possíveis. Na concepção oposta, a liberdade não é um ato de escolha do indivíduo, mas o produto de um contexto externo a ele, seja a natureza ou uma infra-estrutura econômica. É preciso que a realidade concreta lhe dê condições para ser livre. Modernamente, uma terceira concepção tem prevalecido, reunindo elementos de uma e de outra. A liberdade, efetivamente, tem um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade objetiva de decidir⁵⁸.

Passando da filosofia para a teoria do Direito e para a teoria democrática, é de se consignar que um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam ser concretizadas⁵⁹. As pessoas devem ter o direito de desenvolver a sua

57. Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999, p. 365.

58. *Id.*, *ib.*, 1999, pp. 360-2.

59. Registre-se que para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. As pessoas devem ter liberdades individuais que não podem ser cerceadas pela maioria, pela imposição de sua própria moral. Sobre o tema, v. Ronald Dworkin, *Sovereign virtue*, 2000, p. 453 e segs.

personalidade e as instituições políticas e jurídicas devem promover esse desenvolvimento, e não dificultá-lo. Certas manifestações da liberdade guardam conexão ainda mais estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade, merecendo proteção redobrada⁶⁰. É o caso, por exemplo, da liberdade religiosa, de pensamento e de expressão. E também da liberdade de escolher as pessoas com quem manter relações de afeto e companheirismo. De maneira plena, com todas as consequências normalmente atribuídas a esse *status*⁶¹. E não de forma clandestina.

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não-regulado pelo Direito. Esta seria, na verdade, uma forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas.

A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. A imposição de restrições deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. Essa é uma exigência do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, mais especificamente do sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito⁶². No caso, por se tratar da dimensão existencial da autonomia privada, apenas razões de especial relevância – como a necessidade de conciliação com o núcleo de outro direito fundamental – poderiam justificar uma ponderação para o fim de compatibilizar os interesse em conflito.

Ocorre, porém, que o não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a uma determinada concepção moral, que pode até contar com muitos adeptos, mas que não se impõe como juridicamente vinculante em uma sociedade democrática e pluralista, regida por

60. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 241: “Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Tais liberdades não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que sejam.”

61. Nesse sentido, v. Érika Harumi Fugie, *Inconstitucionalidade do art. 226, §3º, da CF*, *Revista dos Tribunais* 813:64, 2003, p. 76: “De modo que a liberdade de expressão sexual, como direito de personalidade, é se atribui a denominação de medula da personalidade. Assim, o direito à orientação sexual, em sendo um direito de personalidade, é atributo inerente à pessoa humana.”

62. Sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 244; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 116-7; e Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 152-3.

uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de perfeccionismo ou autoritarismo moral⁶³, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar indivíduos adequados⁶⁴. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

5.3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana migrou da religião e da filosofia para o Direito nas últimas décadas, tendo sido incluído em documentos internacionais e em Constituições democráticas. A Constituição brasileira de 1988 abrigou-o expressamente, dando início a uma fecunda produção doutrinária que procura dar-lhe densidade jurídica e objetividade⁶⁵. A dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. Expressão nuclear dos direitos fundamentais, a dignidade abriga conteúdos diversos, que incluem condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade⁶⁶. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter.

63. Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, 2005, p. 205: “La concepción opuesta al principio de autonomía tal como lo he presentado se suele denominar ‘perfeccionismo’. Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores”.

64. Reinhold Zippelius, *Teoria geral do Estado*, 1997, p. 370-1: “O moderno Estado totalitário, que intervém em todos os sectores da vida e para o qual servem como exemplo a Rússia estalinista e a Alemanha nazi, reclama realizar as suas idéias políticas, econômicas e sociais mesmo na esfera privada (...). No moderno Estado totalitário pretende-se subordinar aos objetivos de Estado e colocar ao seu serviço não só a economia, o mercado de trabalho e a actividade profissional, mas também a vida social, os tempos livres, a família, todas as convicções e toda a cultura e os costumes do povo”.

65. A partir do final da década de 90, a produção nacional passou a voltar-se para o tema. Confirmam-se alguns trabalhos representativos: José Afonso da Silva, Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, *Revista de Direito Administrativo* 212:89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1999; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, 2001; Cleber Francisco Alves, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 2001; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001; Maria Celina Bodin de Moraes, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003.

66. Immanuel Kant, *Fundamentação à metafísica dos costumes*, 2005 (edição original de 1785), p. 77-8: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) Ora a moralidade é a

É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana⁶⁷. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: a) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo⁶⁸; e b) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”⁶⁹. A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

Em primeiro lugar, tal exclusão funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório. As relações afetivas são vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares. O indivíduo é tratado, então, como meio para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos.

Em segundo lugar, a discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A idéia de igual respeito e consideração se traduz no conceito de “reconhecimento”. As identidades particulares, ainda que minoritárias, são dignas de reconhecimento.

única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade”. Explicitando o pensamento de Kant, com remissão a B. Freitag, averbou Maria Celina Bodin de Moraes, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003: “De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Würden*). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade”.

67. Ana Carla Harmatiuk Matos, *União de pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais*, 2004, p. 148: “Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana”.

68. Esta é, como se sabe, uma das máximas do imperativo categórico kantiano, proposições éticas superadoras do utilitarismo. V. Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1951. V. tb. Ted Honderich (editor), *The Oxford companion to Philosophy*, 1995, p. 589; Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005; e Ricardo Terra, *Kant e o direito*, 2005.

69. V. Charles Taylor, “A política do reconhecimento”. In: *Argumentos filosóficos*, 2000; José Reinaldo de Lima Lopes, “O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas”. In: Celio Golin; Fernando Altair Pocahy e Roger Raupp Rios (org.), *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas*, 2003.

Atualmente já se sabe que o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (do *self*⁷⁰) e no desenvolvimento de autoestima. A formação dessa identidade, do modo como cada um se autocompreende, depende do olhar do outro; é um processo dialógico. O não reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal. A distinção ora em exame, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos no ocidente. Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana.

5.4. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica constitui um elemento importante para a paz de espírito e para a paz social. Ao contrário dos princípios anteriores, este não incide diretamente para reger a hipótese, mas sim como vetor interpretativo do quadro normativo existente. O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança. Para promovê-los, o Estado e o Direito são dotados de instituições e de institutos que incluem o próprio Poder Judiciário – que tem por fim precípua assegurar o primado da Constituição e das leis – e categorias como a anterioridade, a continuidade e a irretroatividade das leis, assim como mecanismos de tutela das expectativas legítimas e da preservação de efeitos de atos que venham a ser invalidados⁷¹. A exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um outro regime específico aplicável, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu enquadramento jurídico. Esse quadro de incerteza – alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes – afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros. Vale dizer: criam-se problemas para as pessoas diretamente envolvidas e para a sociedade.

Os primeiros afetados são, por certo, os partícipes das relações homoafetivas. O desenvolvimento de um projeto de vida comum tende a produzir reflexos existenciais e patrimoniais. Diante disso, é natural que as partes queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de

70. Charles Taylor, “A política do reconhecimento”. In: *Argumentos filosóficos*, 2000.

71. V. Almiro do Couto e Silva, O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99), *Revista de Direito Administrativo* 237:271, 2004.

assistência recíproca e alimentos, dentre outros. Todos esses aspectos encontram-se equacionados no tratamento que o Código Civil dá às uniões estáveis⁷². Sua extensão às relações homoafetivas teria o condão de superar a insegurança jurídica na matéria.

De fora parte isto, a indefinição sobre o regime aplicável pode afetar, igualmente, terceiros que venham a estabelecer relações negociais com algum dos envolvidos na parceria homoafetiva⁷³. É que, como regra, pessoas que vivem em união estável necessitam de anuência do companheiro, por exemplo, para alienar bens e conceder garantia. Dúvida haverá, também, sobre a responsabilidade patrimonial por dívidas individuais ou dívidas comuns aos companheiros. Há incertezas jurídicas, portanto, quanto a formalidades e quanto a aspectos de direito material envolvendo as relações entre parceiros homoafetivos e terceiros.

Dessa forma, se é possível interpretar o direito posto de modo a prestigiar o princípio da segurança jurídica, e inexistindo outro valor de estatura constitucional que a ele se oponha, será contrária à Constituição a interpretação que frustre a concretização de tal bem jurídico.

6. O PRIMADO DA AFETIVIDADE: A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Uma das principais conseqüências da extensão do regime da união estável às relações compromissadas entre pessoas do mesmo sexo reside na sua caracterização como entidade familiar. Longe de configurar uma aproximação artificial, parece possível identificar nas uniões homoafetivas todos os elementos que têm sido considerados determinantes para o reconhecimento de entidades familiares. Como já foi adiantado, o conceito de família tem sofrido importantes mudanças. A constitucionalização do direito deslocou a ênfase do instituto para os aspectos existenciais, em substituição às questões patrimoniais. Mais importante ainda é a caracterização que tem sido feita da família como meio de promoção – ambiente privilegiado – para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, e não mais como um fim em si mesmo ou um mero símbolo de tradição⁷⁴.

72. Código Civil, art. 1.725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

73. Sobre o tema, vejam-se Hélio Borghi, *União estável & casamento – Aspectos polêmicos*, 2003, p. 60, e Zeno Veloso, *União estável*, 1997, p. 86-7. Vale notar que os autores tratam da união estável heterossexual. No entanto, uma vez reconhecidas as uniões homoafetivas, a mesma lógica lhes seria aplicável.

74. Quanto ao ponto, v. Luiz Edson Fachin, *Direito de Família – elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2003, p. 306: “Da superação do antigo modelo da ‘grande-família’, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha;

A família é um fenômeno sócio-cultural institucionalizado pelo Direito. Refletindo fatores psíquicos, materializados no âmbito da afetividade e da sexualidade, o tratamento dispensado pelo direito à família precisa acompanhar as transformações que têm lugar na sociedade. Para além da família formada pelo casamento, reunindo homem, mulher e filhos, o direito vem progressivamente reconhecendo novas modalidades de entidade familiar. O desafio hoje apresentado ao direito de família é incorporar o pluralismo e corresponder aos objetivos que lhe são confiados⁷⁵.

No cerne da concepção contemporânea de família, situa-se a mútua assistência afetiva, a chamada *affectio maritalis*, conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, entrelaçando as vidas e gerenciando em parceria os aspectos práticos da existência⁷⁶. A afetividade é o elemento central desse novo paradigma, substituindo a consangüinidade⁷⁷ e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos. A nova família, entendida como “comunidade de afeto”, foi consagrada pelo texto constitucional de 1988⁷⁸.

o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”

75. Vejam-se Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. V, 2004, p. 2-3; e Maria Claudia Crespo Brauner, Reinventando o Direito de Família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade, *Revista Trimestral de Direito Civil* 18:79, 2004, p. 81: “O desafio lançado consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação de entidades familiares e, respeitando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivar a proteção e prover os meios para resguardar os interesses das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos.”
76. Neste sentido, v. Enézio de Deus Silva Júnior, Adoção por casais homossexuais, *Revista Brasileira de Direito de Família* 30:124, 2005, p. 132: “Por tal razão, rompem-se conceitos e reformulam-se posturas doutrinárias, na seara jurídico-familiar, substituindo a ideologia tradicional e estatal da família, por outra, mais coerente com a realidade social sustentada pelo afeto. Neste diapasão, o casamento deixou de ser considerado único legitimador da família, e a sociedade conjugal tende a ser vislumbrada como estrutura de amor e de respeito, independente do sexo biológico e da orientação afetiva dos que a integram.” V. tb. Érika Harumi Fugie, Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da CF?, *Revista dos Tribunais* 813:64, 2003, p. 67.
77. V. Luiz Edson Fachin, *Direito de Família – elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2003, p. 49: “A retomada do valor jurídico da *affectio maritalis* por si só denuncia a *ratio* apenas formal do casamento. A afetividade assume dimensão jurídica. Migram para a ‘constitucionalização’ princípios e normas básicos do Direito de Família, espalhados na igualdade, na neutralidade e na dimensão da inocência quanto à filiação.” V. tb. Ana Carla Harmatiuk Matos, *União entre pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais*, 2004, p. 27. V. ainda Maria Claudia Crespo Brauner, Reinventando o Direito de Família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade, *Revista Trimestral de Direito Civil* 18:79, 2004, p. 83.
78. V. Luiz Edson Fachin, *Direito de Família – elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2003, p. 49: “A retomada do valor jurídico da *affectio maritalis* por si só denuncia a *ratio* apenas formal do casamento. A afetividade assume dimensão jurídica. Migram para a ‘constitucionalização’ princípios e normas básicos do Direito de Família, espalhados na igualdade, na neutralidade e na dimensão da inocência quanto à filiação.” V. tb. Ana Carla Harmatiuk Matos, *União entre pessoas*

Essa nova família foi resultado de um importante processo de evolução, impulsionado pela jurisprudência. Na vigência da Constituição de 1967, considerava-se que apenas através do casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos" (art. 167⁷⁹). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida em que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família⁸⁰, que seguiu as seguintes etapas principais⁸¹:

a) Primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção;

b) Em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par;

c) Em seguida, insere-se este tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato⁸²;

do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais, 2004, p. 27. V. ainda Maria Claudia Crespo Brauner, Reinventando o Direito de Família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade, *Revista Trimestral de Direito Civil* 18:79, 2004, p. 83.

79. Após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a previsão passou a ser feita no art. 175, mantendo-se redação idêntica.

80. V. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A união civil entre pessoas do mesmo sexo, *Revista de Direito Privado* 2:30, 2000, p. 32: "O conceito de família para o Direito é relativo, alterando-se continuamente, como reflexo da própria evolução histórica da sociedade e dos seus costumes. O certo é que uma das notas peculiares do final do século XX consiste na verificação de que as famílias devem se fundar, cada vez mais, em valores existenciais e psíquicos, próprios do convívio próximo, afastando as uniões de valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que notabilizaram o modelo de família oitocentista do Código de Napoleão. E, no âmbito jurídico, não se pode deixar de considerar o relevante e inestimável papel da Constituição Federal, mormente a de 1988, no direito brasileiro: como já se pôde perceber, o Direito Civil passa pelo fenômeno de constitucionalização dos bens e valores fundantes do ordenamento jurídico, com atribuição de maior relevância à pessoa humana (o ser) do que ao seu patrimônio (o ter). Como observa Giselda Hironaka, o legislador brasileiro, ao formular a Carta Maior, foi obrigado, diante da realidade da vida, a constitucionalizar 'relevantes inovações, entre elas, e principalmente (...) desmistificação de que a família só se constituísse a partir do casamento civilmente celebrado'".

81. Para um panorama da evolução jurisprudencial e legislativa sobre o tema, v. Gustavo Tepedino, "Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no casamento". In: Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, 2004, p. 373 e segs.

82. STF, j. 20 out. 1964, AI 30422, Rel. Min. Luis Galotti: "Sociedade de fato entre pessoas não casadas. Reconhecimento dela, para efeitos patrimoniais"; STF, j. 20 nov. 1970, RE 60657/GO, Rel. Min. Adalicio Nogueira: "Concubinato. Convivência 'more uxorio', por muitos anos, constitui sociedade de fato. Indenização devida à companheira. Dissídio jurisprudencial superado. Súmula 380"; Súmula 380, STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". (Sessão Plenária de 3 abr. 1964).

d) Num momento posterior, passou-se a reconhecer verdadeira união-de-fato entre companheiros⁸³, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia, etc.⁸⁴;

e) Por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento.

É certo que a Constituição de 1988 faz menção apenas à união estável entre homem e mulher, no que foi seguida pela legislação ordinária. Em capítulo subsequente será examinado este ponto, onde se procurará demonstrar que o constituinte não exercitou um silêncio eloqüente, mas deixou o tema aberto à evolução dos costumes e do Direito. Por ora cuidou-se apenas de destacar que as relações entre pessoas do mesmo sexo apresentam os requisitos apontados por toda a doutrina contemporânea como essenciais para a caracterização de entidade familiar, que consistem na afetividade e na comunhão de vida.

Por fim, vale a ressalva de que a defesa do modelo tradicional de família não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar. Não há incompatibilidade entre a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a união estável entre pessoas de sexos diferentes, ou entre estas e o casamento. O não-reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas não beneficia, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor constitucionalmente protegido.

83. STF, j. 10 mai. 1977, RE 83.930-SP, Rel. Min. Antonio Neder: "Todavia, em jurídica linguagem é de se admitir a diferenciação, porque, na verdade, o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, ter encontros amorosos com outra mulher, como pode também separar-se de fato da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para conviver *more uxorio* com a outra parte. Na primeira hipótese o que se configura é um concubinato segundo o seu conceito moderno, e obviamente a mulher é concubina; mas, na segunda hipótese, o que se caracteriza é uma união-de-fato (assim chamada por lhe faltarem as *justas nuptiae*) e a mulher

84. Súmula 35, STF: "em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio" (Sessão Plenária de 13/12/1963); STF, j. em 12 março de 1974, AI 59650-SP, Rel. Min. Alimmoar Baleeiro: "Concubina — inscrição para previdência. Não nega vigência a direito federal, nem discrepa de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, o acórdão que mandou inscrever, a pedido do concubinário, em instituições de previdência, como beneficiária, a concubina"; Súmula 122, TFR: "A companheira, atendidos os requisitos legais, faz jus a pensão do segurado falecido, quer em concorrência com os filhos do casal, quer em sucessão a estes, não constituindo obstáculo a ocorrência do óbito antes da vigência do Decreto-lei 66, de 1966" (Decisão: 29 set. 1982); Súmula 159, TFR: "é legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos" (Decisão: 6 jun. 1984); Súmula 253, TFR: "A companheira tem direito a concorrer com outros dependentes a pensão militar, sem observância da ordem de preferências" (Decisão: 2/03/1988).

7. UNIÕES HOMOAFETIVAS E A REGRA CONSTITUCIONAL DO ART. 226, § 3º

No capítulo anterior procurou-se deixar assentado que os princípios constitucionais e a nova concepção de família delineada na Constituição impunham uma conclusão: a de que o regime jurídico das uniões estáveis deve ser aplicado também às relações homoafetivas. Essa extensão deve ser imediata, sem que isso importe em violação do art. 226, § 3º, como se demonstra a seguir. No próximo tópico será explorada uma via alternativa de argumentação, geradora das mesmas conseqüências.

Como já visto anteriormente, não há regra constitucional expressa prescrevendo a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas. Em sua textualidade, assim dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição Federal:

“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

É certo, por outro lado, que a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal conseqüência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.

Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, *a contrario sensu*, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição — e uma restrição preconceituosa — de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional.

Admita-se, assim, para argumentar, que a Constituição não imponha nem proíba a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. O Código Civil, por sua vez, tampouco provê a respeito. Sendo assim, na ausência de um regime jurídico específico, ditado pelo constituinte ou pelo legislador, como deve agir o intérprete?

8. LACUNA NORMATIVA E MECANISMOS DE INTEGRAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

Divulga o conhecimento convencional que não existem lacunas no Direito, mas apenas na lei. A omissão, lacuna ou silêncio da lei consiste na falta de regra jurídica positiva para regular determinado caso. A ordem jurídica, todavia, tem uma pretensão de completude, e não se concebe a existência de nenhuma situação juridicamente relevante que não encontre uma solução dentro do sistema. O processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de integração. Nela não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador.

A Constituição de 1934 impunha ao intérprete e aplicador do Direito o dever de integrar a ordem jurídica, na letra expressa do art. 113, inciso 37: "Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei". As Constituições subseqüentes não reeditaram a regra, que, todavia, ganhou assento na Lei de Introdução ao Código Civil⁸⁵ e no Código de Processo Civil⁸⁶. Na omissão ou lacuna da lei, deve o juiz recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito. Para os fins aqui relevantes, abre-se uma nota acerca dos princípios e da analogia como mecanismos de integração da ordem jurídica.

8.1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA INTERPRETAÇÃO E NA INTEGRAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

Nas últimas décadas houve profunda mutação no papel dos princípios jurídicos, como já assinalado em outra parte deste estudo. Os princípios, notadamente os princípios constitucionais, passaram a funcionar como a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral, permitindo a leitura moral do Direito⁸⁷.

85. Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º: "Quando for a lei omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

86. Código de Processo Civil, art. 126: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito."

87. V. Ronald Dworkin, *Freedom's law*, 1996, p. 2: "A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados, cidadãos – interpretemos e apliquemos estas cláusulas abstratas (da Constituição) na compreensão de que elas invocam princípios de decência política e de justiça."

Ora bem: em parte anterior do presente trabalho sustentou-se que sequer existe lacuna normativa, de vez que os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e segurança jurídica impunham a extensão do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Considerando-se, para argumentar, que exista de fato omissão normativa na matéria, hipótese é de se aplicar os mesmos princípios para saná-la, produzindo-se como resultado a equiparação, em tudo que couber, das uniões estáveis entre homem e mulher e as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

8.2. O RECURSO À ANALOGIA NA INTEGRAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

A analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para uma dada situação de fato a uma outra situação semelhante, mas que não fora prevista pelo legislador. Diz-se tratar-se de analogia *legis* quando é possível recorrer a uma regra específica apta a incidir sobre a hipótese, e de analogia *iuris* quando a solução precisa ser buscada no sistema como um todo, pr não haver nenhuma regra diretamente pertinente. A hipótese em exame é, como intuitivo, de analogia *legis*.

De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil — convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família — estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar — afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática — são igualmente encontrados nas duas situações. Diante disso, nada mais natural do que o regime jurídico de uma ser estendido à outra.

Admitida a analogia, chegar-se-ia à seguinte conclusão: a Constituição teria reconhecido expressamente três tipos de família: a decorrente de casamento (art. 226, §§ 1^o e 2^o); a decorrente de união estável entre pessoas de sexos diferentes (art. 226, §3^o); e a família monoparental, ou seja, aquela formada por apenas um dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4^o). Haveria, contudo, um tipo comum de família não expressamente reconhecido: a união homoafetiva. Apesar da falta de norma específica, o reconhecimento dessa quarta modalidade seria imposto pelo conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares⁸⁸.

88. Nesse sentido: TJ/RS, j. 17 nov. 2004, AC 70009550070, Rel. Des. Maria Berenice Dias: “Inconteste que o relacionamento homoafetivo é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o Judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Deixemos de lado as aparências e vejamos a essência. (...) A Constituição Federal proclama o

Não bastaria, portanto, o reconhecimento de meras sociedades de fato, tal como tem prevalecido na jurisprudência brasileira⁸⁹. Embora esta seja uma forma de reconhecimento, ainda precário, é preciso destacar que a sociedade de fato é um instituto jurídico do direito das obrigações, ao contrário da união estável, que se insere no direito de família. A fórmula da sociedade de fato já marca uma evolução da jurisprudência – lembrando o caminho percorrido em relação às uniões estáveis entre homem e mulher – mas ainda equivale à negação de natureza familiar às relações homoafetivas: para o direito, os homossexuais estariam impedidos de, mantendo sua identidade, constituírem famílias. Disso resulta negar a um grande conjunto de pessoas uma das dimensões básicas da afetividade, caracterizando manifesto preconceito e sendo incompatível com a tábua de valores da Constituição.

A solução descrita neste tópico já foi acolhida em diversas decisões judiciais. Abaixo se destaca uma delas, pela precisão com que enfrentou os pontos relevantes, justificando-se a longa transcrição:

“A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos

direito à vida, à liberdade, à igualdade e à intimidade (art. 5º, *caput*) e prevê como objetivo fundamental, a promoção do bem de todos, ‘sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º, IV). Dispõe, ainda, que ‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’ (art. 5º, XLI). Portanto, sua intenção é a promoção do bem dos cidadãos, que são livres para ser, rechaçando qualquer forma de exclusão social ou tratamento desigual.” V. também: TJRJ, j. 21/03/2006, AC 2005.001.34933, Rel. Des. Leticia Sardas: “Dado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscrição de qualquer forma de discriminação sexual, não há impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pela Lei 8.971/94 e 9.278/96. 2. Interpretação sistemática do disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e mulher referida na dita norma está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o receito de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, até mesmo fins previdenciários”.

89. A título de exemplo, v. STJ, DJU 6 abr. 1998, REsp 148.897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; STJ, DJU 14 mar. 2005, REsp 323.370/RS, Rel. Min. Barros de Monteiro; e STJ, DJU 16 mai. 2005, REsp 502.995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei nº 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão⁹⁰.

Por todo o conjunto de fundamentos expostos nas Partes II e III, afigura-se fora de dúvida que as uniões estáveis homoafetivas constituem entidade familiar e, à falta de disciplina específica, devem reger-se pelas mesmas regras da união estável entre homem e mulher.

9. CONCLUSÃO

É possível compendiar as principais idéias desenvolvidas ao longo do presente estudo nas seguintes proposições:

1) As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.

2) A Constituição de 1988 não contém regra expressa acerca de orientação sexual ou de relações homoafetivas.

3) A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento

90. TRF 4ª Reg., DJU 10/08/2005, AC 2000.71.00.009347-0, Rel. João Batista Pinto Silveira.

da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.

4) Justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. Igualdade importa em política de reconhecimento; dignidade em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e liberdade no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da segurança jurídica, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações.

5) Admitindo-se para argumentar, sem conceder, que a conclusão anterior não devesse prevalecer – isto é, que os princípios enunciados não incidissem diretamente, produzindo a solução indicada – ter-se-ia como consequência a existência de lacuna normativa, à vista do fato de que tampouco existe regra expressa sobre o ponto.

6) Nesse caso, a forma adequada de integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum. A figura da sociedade de fato não contém esses elementos e a opção por uma analogia mais remota seria contrária ao Direito.

É como me parece.

ALGUMAS MEDIDAS PREVENTIVAS, MAS NÃO CAUTELARES, NO PROCESSO PENAL

MARCELLUS POLASTRI LIMA *

SUMÁRIO: 1. Medidas cautelares e outras preventivas no Processo Penal. 2. A questão da natureza cautelar da liminar em *habeas corpus*. 3. A justificação. 4. A verdadeira natureza da restituição de coisas apreendidas. 5. A inscrição de hipoteca legal. 6. Conclusão.

1. MEDIDAS CAUTELARES E OUTRAS MEDIDAS PREVENTIVAS NO PROCESSO PENAL

Já muito se discutiu a respeito da existência ou não de um específico processo penal cautelar no processo penal¹, ao lado do processo de conhecimento e de um processo de execução penal, mas hoje a grande maioria dos autores admite sua existência autônoma², como é o caso de José Frederico Marques, que dedica todo um capítulo dos seus Elementos de Direito Processual Penal à matéria³.

Assim se manifestava FREDERICO MARQUES sobre esta celeuma:

“Todavia, afigura-se-nos indiscutível a existência do processo cautelar, ao lado do de conhecimento e do executivo. O fim da atividade jurisdicional nas providências preventivas ou cautelares é diverso daquele

* Marcellus Polastri Lima é Mestre e Doutor em Ciências Penais, Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Professor em Cursos de Graduação e Pós-Graduação na área de Processo Penal, além de membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto de Ciências Penais.

1. Cf. Arturo Santoro. *Manuale de diritto processuale penale*. Torino, Unione Tip. Ed. Torinese, 1954, que negava a existência de um processo cautelar como *tertium genus* no Processo Penal.

2. Na doutrina alienígena temos Francesco Carnelutti. *Sistema del diritto processuale civile*. v. 1. Padova, Cedam, 1936, p. 355, Franco Cordero. *Procedura penale*. Terza ed. Milano, ed. Giuffrè, 1955, Enrico Liebman Tulio. *Unità del procedimento cautelare. Problemi del processo civili*, Napoli, Morano, 1962, p. 110, entre outros e, entre nós, Romeu Pires de Campos Barros. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro, Forense, 1982, e a esmagadora maioria dos modernos processualistas penais.

3. José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. I. Campinas, Bookseller, 2002, pp. 300-302.

que se verifica nas duas outras espécies de processo. E admitido, assim, o processo cautelar, inquestionável será a existência das ações de igual nome⁴.

Mas, mesmo não se admitindo a existência de um *processo cautelar*, ou *ação cautelar* propriamente dita no Código de Processo Penal, o certo é que “não obstante as controvérsias em torno da existência ou não de um processo cautelar distinto, jamais se poderá negar que o processo penal conta com uma série de *medidas cautelares*, que, em última análise, estão dispostas na lei processual penal para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição⁵”.

E nem poderia ser de forma diferente, uma vez que, para instrumentalizar a ação penal de conhecimento, e para garantir a execução penal, necessárias são medidas de cautela que, na verdade, nada mais são do que o meio e modo utilizados para se garantir o resultado útil da tutela jurisdicional a ser obtida pela ação principal, ou seja, o êxito do processo de conhecimento ou do processo de execução⁶.

Na verdade, quando se diz que existe no processo penal um “processo penal cautelar” quer se referir que existe uma tutela jurisdicional cautelar, mas *com a particularidade de que não há propriamente ação ou processo cautelar autônomo, pois a tutela jurisdicional cautelar se exerce através de medidas cautelares no bojo do processo principal, via de regra*.

De acordo com ADA PELLEGRINI GRINOVER, em obra compartilhada com outros autores:

“No processo Penal, freqüentemente, ocorrem situações em que tais providências urgentes se tornam imperiosas, sejam elas voltadas a assegurar a correta apuração do fato criminoso, a futura execução da sanção que se espera venha a ser aplicada, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito⁷”.

Assim, como conclui BADARÓ:

“No processo penal, a tutela cautelar é prestada independentemente do exercício de uma ação da mesma natureza (...) por meio de simples medidas cautelares, sem a necessidade de um processo cautelar autônomo, com base procedimental própria (...) é possível afirmar, portanto, que não há no campo penal um verdadeiro processo penal

4. *Id.*, *ib.*, v. I, p. 301.

5. Guilherme Calmon Nogueira da Gama *et al.* *Temas de Direito Penal e Processo Penal*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 322.

6. Cf. José Frederico Marques. *Op. cit.*, p. 302.

7. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho. *As nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1993, p. 225.

cautelar. O que existe são medidas cautelares que funcionam como incidentes de outro processo. Não há processo cautelar autônomo”⁸.

Porém, para que uma medida tenha a natureza cautelar, deverá preencher os requisitos inerentes à natureza cautelar, que são: 1) Acessorialidade; 2) Preventividade; 3) Instrumentalidade hipotética; 4) Provisoriedade; 5) Revogabilidade; 6) Não definitividade; 7) Referibilidade; e 8) Juris-dicionalidade.

Podemos ter, outrossim, outras medidas preventivas no processo penal que, por vezes, são confundidas com medidas cautelares, mas na verdade, não seriam, propriamente cautelares, sendo que neste breve estudo, procuraremos apontar algumas destas medidas, identificando sua real natureza.

2. A QUESTÃO DA NATUREZA CAUTELAR DA LIMINAR EM *HABEAS CORPUS*

Em primeiro lugar, necessário se indagar sobre a natureza da ordem de *habeas corpus*. Seria uma medida cautelar?

É sabido que, sob a ótica do Código de Processo Penal, o *habeas corpus* seria um recurso, mas com o tempo, a doutrina passou a ver no *habeas corpus* um remédio jurídico-constitucional, uma ação constitucional, para a proteção do direito de ir e vir⁹.

Porém, hoje se tem uma visão mais ampla deste remédio heróico, conforme demonstra José Barcelos de Souza:

“Modernamente, agora na área do direito processual penal, estamos assistindo à consolidação de uma nova concepção do instituto, tão importante e tão significativa como a da antiga e histórica doutrina brasileira do *habeas corpus*. Trata-se de sua utilização como um recurso de larga abrangência independentemente da existência de prisão ou de ameaça concreta à liberdade de locomoção. É o *habeas corpus* processual, como o tenho chamado (...) refiro-me a um outro lado do *habeas corpus*, à sua outra face, não a seu sentido constitucional de ‘ação pela qual se reivindica a liberdade de locomoção’, como o definiu João de Oliveira Filho no seu *Código de Processo Penal de Minas Gerais*, publicado em 1927, mas à sua face de remédio processual contra a ilegalidade e contra os constrangimentos sem justa causa no processo penal, para o que pode aí ser perfeitamente utilizado ainda que o réu não se ache preso nem concretamente

8. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 414 e 417.

9. Neste sentido, José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. IV, Campinas, Bookseller, 2002, p. 367.

ameaçado de prisão (...) Mas é bem de ver que nem por isso perdeu sua natureza também de ação, uma vez que com ele se instaura uma relação processual nova ainda quando impetrado contra decisão judicial. Tem, porém, o espírito de recurso. Repetindo Lopes da Costa a propósito da ação rescisória no ordenamento processual civil de 1939, pode-se dizer que 'é um recurso vestido de ação', em grande número de casos. Eis aí a natureza jurídica do *habeas corpus* processual: nem simplesmente ação, nem puramente recurso. Mas uma ação-recurso, ou recurso-ação"¹⁰.

FREDERICO MARQUES defendia, dependendo da hipótese, a natureza cautelar do *Habeas Corpus*:

"O pedido de *habeas corpus*, levado a juízo, pode ter por objeto imediato um pronunciamento declaratório, ou uma providência cautelar, ou uma decisão constitutiva, ou ato jurisdicional que imponha à autoridade coatora o restabelecimento da liberdade atingida e violada. Donde poder a ação de *habeas corpus* ter a natureza de ação declaratória, ou constitutiva, ou cautelar (...) quando o *writ* constitucional constitui antecipação da tutela à incoercibilidade que a sentença absolutória provavelmente tratará ao final, o pedido de *habeas corpus* tem objetivo genuinamente cautelar, visto destinar-se, precipuamente, a impedir efeitos danosos à liberdade de ir e vir resultantes do *periculum in mora*. É o que sucede quando o *habeas corpus*, fundado na falta de *justa causa*, tiver por objeto ou finalidade a cessação de medida cautelar contra a liberdade do réu (...) será cautelar o *habeas corpus*: a) quando , fundado no artigo 648, nº II, do Código de Processo Penal puser cobro à ação cautelar, por não se conter esta, nos limites temporais permitidos pela lei para a vulneração da incoercibilidade no âmbito do direito de ir e vir; b) quando, com base no artigo 648, nº III, do Código de Processo Penal, fizer cessar a coação , ou ameaça de coação, porque decretada por autoridade incompetente (...) c) quando, alicerçado no art. 648, nº V, do Código de Processo Penal, tiver por escopo permitir ao réu que se defenda solto, mediante fiança, ou por meio de liberdade provisória vinculada. Ainda caberá a providência cautelar do *habeas corpus* se este é pedido com fundamento em coação ilegal decorrente de *processo manifestamente nulo*, a fim de impedir o prosseguimento da instância e por fim, desse modo, à medida coercitivo-cautelar conexa com esse processo, ou à ameaça, deste oriunda, ao direito de locomoção"¹¹.

Mas, na verdade, mesmo sendo a mais ampla medida protetiva de liberdade do indivíduo, não se caracteriza a sentença de *habeas corpus*, como uma medida cautelar ou de contracautela.

Consoante GARCEZ RAMOS:

10. José Barcelos de Souza. *Doutrina e prática do Habeas Corpus*. Belo Horizonte, Sigla, 1998, p. 11-19.

11. José Frederico Marques. *Elementos de direito Processual Penal*. Vol. IV, Campinas, Boockseller, 1997, p. 352/360.

“Há de fato uma situação de premência ante a ilegalidade, que reclama uma tutela rápida e eficaz. Nem sempre, porém, a *urgência*, ou mais propriamente, o *periculum in mora*, está presente (...) mas a *urgência*, enquanto tal, não é remediada pelo *habeas corpus*. Ou antes: o *habeas corpus* não é, *per se*, instrumento apto a atalhar uma situação de *urgência*. Isso porque ele, embora célere em comparação com outros processos judiciais, torna-se moroso se colocado diante de uma concreta situação de perigo de perecimento de algum direito”¹².

Por outro lado, não está presente no *habeas corpus* o requisito da provisoriedade, pois tem caráter definitivo, e também não está presente a acessorialidade, como bem demonstra BADARÓ:

“A tutela jurisdicional prestada por meio do *habeas corpus* é definitiva. Não há que se falar em provisoriedade da decisão. Muito menos o juiz exerce em tal processo uma cognição sumária. Há restrições quanto à realização de atividade instrutória no curso do processo de *habeas corpus*, mas isso não limita atividade cognitiva do julgador em sua profundidade. Justamente por isso, as decisões proferidas em *habeas corpus* são aptas a transitar em julgado materialmente. Também não há que se falar que o processo decorrente de um *habeas corpus* seria um processo acessório. Qual seria o processo principal?”¹³

Mas, se a sentença que concede o *habeas corpus* não tem natureza cautelar, em relação à medida liminar requerida eventualmente no remédio heróico, a conclusão já não é tranqüila.

ALBERTO SILVA FRANCO considera que “a liminar em *habeas corpus*, tem o mesmo caráter de medida de cautela, que lhe é atribuída no mandado de segurança (...) não há negar, no *habeas corpus*, igual providência cautelar, presentes os requisitos fundamentais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*”¹⁴.

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, por sua vez, lembrando ser a medida liminar em *habeas corpus* uma conquista e construção pretoriana, assevera:

“Poderá o juiz conceder uma liminar, se o caso comportar, à semelhança do que prevê a lei do mandado de segurança, invocada supletivamente nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal. Providência já plenamente aceitável e aplicada sem causar espécie, prevista em regimentos de muitos Tribunais, foi utilizada, há mais de trinta anos, no Superior Tribunal Militar e no Supremo Tribunal Federal, neste em favor de um ex-governador de Estado, com prisão decretada em Auditoria

12. João Gualberto Garcez Ramos. *A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 250.

13. Gustavo Henrique Highi Ivahy Badaró. *Ônus da prova no Processo Penal*, ob. cit., p. 425-416.

14. Alberto Silva Franco. A liminar em “*habeas corpus*”, impetrado em segunda instância. In: *ADV-Advocacia Dinâmica*. São Paulo, COAD, 1985, p. 5-7.

Militar por crime político (...) é bom de ver que a liminar, na sua *função acauteladora da eficácia da ordem requerida*, pode compreender pedidos que não apenas o de salvo-conduto, como o da já mencionada sustação de indevida identificação criminal até o julgamento do pedido, o de que se suspenda a condução coercitiva até o julgamento final do h.c., o de sobrestamento de audiência ou julgamento, etc."¹⁵ (destaques nossos).

Como já se vislumbra do ensinamento do Mestre das Alterosas, pode, sem sombra de dúvidas, ser identificada uma função acauteladora na medida liminar de *habeas corpus*, mas, nem sempre esta será uma medida cautelar em sentido estrito, e para distinguir esta função daquela outra de provimento antecipatório será necessário o exame da *finalidade e do fundamento da medida*.

Segundo GARCEZ RAMOS:

"O provimento cautelar tem finalidade de prevenir a ocorrência de um dano; o antecipatório, de evitar um dano através da antecipação dos efeitos da sentença. Quanto ao fundamento, o provimento cautelar se baseia na aparência do direito, enquanto o antecipatório, na evidência do direito afirmado e provado, que justifica a antecipação dos efeitos mesmos da sentença"¹⁶.

Destarte, para identificarmos se a medida liminar em *habeas corpus* pode, em caso concreto, ter a natureza cautelar, basta indagarmos sobre seu fim e fundamento, pois, o mais comum é que elas antecipem os efeitos da futura sentença, mas, às vezes, podem garantir a eficácia da decisão que será proferida e, neste último caso, é intuitivo, se tratará de uma medida de natureza cautelar, v.g., no caso de se evitar uma diligência em sede de inquérito ou a identificação criminal do paciente.

Tomemos emprestados os exemplos de GARCEZ RAMOS:

"Tome-se o exemplo do *habeas corpus* impetrado com a finalidade de trancar inquérito policial. Nesse caso, se o impetrante requerer, como medida liminar, que o paciente não seja submetido a uma determinada diligência policial, ao menos enquanto não definida a questão jurídica posta no *habeas corpus*, estará requerendo uma medida cautelar. Além desse exemplo, há o de *habeas corpus* que possua, além da pretensão mandamental, as de (des) constituição ou à declaração. As providências práticas anteriores à (des) constituição ou à declaração, quando servirem para garantir a eficácia desse provimento, também serão cautelares (...) há *urgência*, ou *periculum in mora*, pois o direito que *writ* pretende garantir corre o risco de perecer se se aguardar a prolatação da decisão final. Há *sumariedade formal*, pois a medida é concedida sem que a autoridade coatora

15. José Barcelos de Souza. *Doutrina e prática do habeas corpus*. Belo Horizonte, Sigla, 1998, p. 167.

16. João Gualberto Garcez Ramos. *A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 254.

possa se manifestar. Essa supressão do direito de defesa – no caso, da autoridade coatora — justifica-se tendo em conta a urgência da situação apresentada. Há *sumariedade material*, pois nesse caso, a cognição é superficial. O juiz não define o fundo do direito afirmado, mas apenas garante, através de providências práticas, que haverá utilidade do provimento final. Decide, em outras palavras, com base na *aparência* do direito afirmado. Há, obviamente, *referibilidade* na medida liminar que prolata. Por fim, ela é *temporária e incapaz de gerar a coisa julgada material*¹⁷.

Assim, a conclusão a que se chega é que, se ação de *habeas corpus* não pode ser considerada uma ação cautelar, a medida liminar requerida em seu bojo, em algumas hipóteses, desde que não seja satisfativa, poderá se constituir em genuína medida cautelar. Mas, a regra é que, como ação de *habeas corpus*, a medida liminar ali requerida tem função satisfativa e, assim, carece de natureza cautelar.

3. A JUSTIFICAÇÃO

É sabido que, no CPP, temos, como forma de aquisição cautelar da prova, em se tratando de corpo de delito ou resguardo dos vestígios do crime, a medida cautelar de “busca e apreensão”, que impropriamente está colocada dentre os meios de prova.

Temos, ainda, outra medida cautelar para assegurar a produção probatória que é a “produção antecipada de prova testemunhal”, na forma do art. 225 do CPP.

Fora destes casos, a previsão de coleta cautelar de prova fica por conta de previsões esparsas, como aquelas previstas nas hipóteses de suspensão de processo (arts. 92, 93 e 366 do CPP).

Ocorre que existem autores que sustentam que a *justificação* também tem natureza cautelar, como MÁRIO DEVIENNE FERRAZ:

“Na esfera criminal a *medida cautelar* de justificação é prevista somente de maneira geral e quando trata do processo de crimes da competência do Júri (art. 423 do Código de Processo penal), dizendo que ela será requerida pelas partes e determinada somente pelo Presidente do Tribunal ou pelo Juiz a quem couber o preparo do processo até o julgamento”¹⁸ (grifo nosso).

17. João Gualberto Garcez Ramos. *A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 254-255.

18. Mario Devienne Ferraz. Medida cautelar de justificação no juízo criminal. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 26, n. 136, p. 31-33, maio/junho, 1992, p. 31.

Entretanto, a Justificação nada mais é do que meio de produção de prova requerida em petição avulsa, independente de sua utilização em futuro processo. É, assim, um procedimento preparatório que visa a colher prova de um fato que *ainda não é objeto de litígio, mas que justifica a sua produção ou coleta para, futuramente, e de forma eventual, vir a fazer prova, inclusive em processo penal*¹⁹.

Como bem distingue FREDERICO MARQUES:

“Ela não se confunde com a prova cautelar (*ad perpetuam rei memoriam*), nem tampouco se apresenta com o caráter de pedido declaratório. Trata-se de procedimento de *formação de prova*, e não para que se conserve a prova, ou para que se declare a existência de atos ou relações jurídicas”²⁰.

Também JOSÉ BARCELOS DE SOUZA desmistifica a natureza cautelar da Justificação:

“(…) não se trata de medida cautelar de antecipação de prova, mas de procedimento de formação de documento probatório. Aparece bem nítida essa sua finalidade própria de formação de prova, na justificação para instruir queixa ou denúncia nos crimes de responsabilidade de funcionário público, a que faz alusão o art. 513 do Código de Processo Penal. Aí faz as vezes de inquérito policial e de outros documentos. Desse modo, a prova particularmente apurada não será instrumentalizada pelo próprio interessado, mas, então, em um procedimento judicial, com chamamento da parte interessada, com o que certamente terá uma melhor aceitação nesse caso especial de exigência de prova”²¹.

Já lecionava LOPES DA COSTA:

“A palavra “justificação” tem dois sentidos: a) o ato de tornar plausível um fato; b) o processo em que assume a prova testemunhal. No primeiro sentido, a justificação exprime o resultado da prova, o efeito da

19. O Tribunal de Justiça de São Paulo, recentemente reconheceu ser a justificação perfeitamente utilizável no processo penal, e que se de trata procedimento judicial *de formação de prova*, tanto assim que a inicial deve explicitar o fato sobre o qual se dará a inquirição, sob pena de inépcia, como se vê do voto do relator: “Uma vez que o Código de Processo Penal faz menção à justificação nos arts. 423 e 513, sem, contudo, regulamentá-los, nada dispondo a respeito do conceito, da natureza jurídica ou do procedimento adotável, incontroverso que, na hipótese, incidem analogicamente as disposições sobre justificação encontradas no Código de Processo Civil, aplicado de forma subsidiária (...) Justificar, na linguagem forense, significa ato de provar judicialmente algo, algum fato de alguma relação jurídica. Se a justificação criminal, procedimento judicial para formação de prova, busca a demonstração de fato controvertido, isto é, a produção de prova sobre fato determinado, indiscutível a necessidade de explicitação do fato na inicial que arrola as testemunhas que pretende sejam ouvidas” (TJSP-Ap 403.441-3/1-00-4ªCam. — Rel. Des. Ramos de Freitas-DOESP-29.04.2004)..

20. José Frederico Marques. *Elementos de direito Processual Penal*. Ob. cit., p. 293.

21. José Barcelos Souza. *Poderes de investigação da defesa*, palestra proferida nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, Guarujá, São Paulo, 6/9 de novembro de 2004.

prova sobre o espírito do juiz. No outro sentido, *justificação é a inquirição avulsa de testemunhas, sem a finalidade de constituir prova em processo pendente ou futuro*. Essa finalidade é que faz a distinção entre a “justificação” e a “antecipação de prova” (depoimento, vistoria, exame judicial *ad perpetuam rei memoriam*)”²².

O que ocorre é que, por vezes (é o que se dá no processo penal), a justificação, que não tem ontologicamente a finalidade própria de preconstituir uma prova já visando a um processo, acaba sendo utilizada como tal, ou seja, como verdadeira antecipação de prova e, daí, o desvirtuamento de sua natureza na visão da doutrina, já que a medida, apesar de não ser cautelar é utilizada como tal, ficando aqui a crítica de Lopes da Costa, sob a ótica do processo civil: “se o processo da justificação serve para o mesmo fim que o da antecipação da prova, ninguém mais se servirá do segundo, pois neste a dificuldade é maior, pois o autor há de tornar plausíveis os fundamentos pelos quais quer que a prova seja antecipada”²³.

Em suma: isto se dá, justamente por não se tratar de medida cautelar, e, assim, não é exigida pelo juiz a demonstração dos requisitos cautelares, o que facilita sua utilização.

Não obstante todo o dito, o atual Código de Processo Civil, a coloca como medida cautelar.

Mas, segundo Inocêncio Borges da Rosa, “a justificação genérica é um feito de jurisdição voluntária ou graciosa”. E complementava, não se tratar de jurisdição contenciosa, porque a outra parte tem sua atuação limitada à fiscalização da prova; – não lhe é permitido vir com exceções, oferecer impugnação à petição do justificante, apresentar prova em sentido contrário nem recorrer”²⁴.

Aliás, consoante JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, não se deve estranhar esta opção do legislador processual civil, pois:

“(…) O legislador costuma fazer semelhantes confusões, incluindo entre as cautelares medidas que não são essencialmente preventivas, nem preparatórias, nem conservadoras. Assim é que inclui entre as cautelares, além da justificação, o protesto judicial, a interpelação e a notificação (arts. 867 e 873); a homologação do penhor legal (art. 874), o atentado (art. 879), o protesto de títulos e contas (art. 882), que não são cautelares, como bem ensina o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em anotação ao art. 813 de sua obra citada. O protesto, a interpelação e a notificação (arts. 867 e 873), por exemplo, são procedimentos meramente conservativos de direito. Se exigida como procedimento prévio para, por exemplo, a propositura de

22. Alfredo de Araújo Lopes da Costa. *A Administração Pública e a ordem jurídica privada* (jurisdição voluntária). Belo Horizonte, Editora Livraria Bernado Álvares Ltda, 1961, p. 333-334.

23. *Id.*, *ib.*, p. 335-336.

24. Inocêncio Borges da Rosa. *Processo penal brasileiro*. v. II. Porto Alegre, Globo- Barcelos, Bertaso e Cia., 1943, p. 546.

ação de despejo, a notificação terá função preparatória”²⁵.

O que é certo é que, apesar da Justificação estar prevista no Código de Processo Civil (arts. 846 a 851), pode ser utilizada no Processo Penal, para, *v.g.*, casos de *restituição de coisas apreendidas, sendo de grande utilidade para a revisão criminal*, pois, na forma do art. 621, III, do CPP, admite-se a revisão quando descobertas novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que autorize diminuição especial de pena e, evidentemente, caso tais provas refiram-se a depoimentos de testemunhas, via de regra, poderão ser efetivamente produzidas via justificação.

De acordo FREDERICO MARQUES:

“(…) seria grave erro afirmar-se que as justificações como processo de *formação de prova*, estejam abolidas na Justiça Penal. Se no processo civil, dominado pelo sistema da oralidade com os consecutórios lógicos da imediatidade e identidade física do juiz, elas ainda são admitidas, razão não há para entendimento contrário no processo penal”²⁶.

Tanto pode ser de utilidade a medida no processo penal que o art. 423 do CPP faz referência expressa à justificação ao tratar do Júri, e o art. 513 também a admite, como elemento para instruir a denúncia nos crimes de responsabilidade de funcionários públicos.

Consoante o art. 863 do Código de Processo Civil: “A justificação consistirá na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados, sendo facultado ao requerente juntar documentos”.

E, voltando ao Código de Processo Penal, este, como já dito, faz menção a ela em seu art. 423, *litteris*:

“As justificações e perícias requeridas pelas partes serão determinadas somente pelo presidente do tribunal, com intimação dos interessados, ou pelo juiz a quem couber o preparo do processo até o julgamento.”

Como bem detecta JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, existe, aqui, uma “exceção expressa à regra da livre distribuição. A livre distribuição, todavia, deve prevalecer como regra geral para outros casos de justificação avulsa, como medida de jurisdição voluntária”²⁷.

E acrescenta que esta norma ainda guarda sua utilidade:

“Suponha-se, por exemplo, que uma testemunha importantíssima venha, através de investigação da defesa, a ser descoberta só depois da fase da contrariedade do libelo, em que, por sinal, não se arrolou testemunha alguma. Como aqui há prazo certo para quase tudo, não

25. Palestra citada.

26. José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. Ob. cit., p. 294.

27. José Barcelos Souza. *Poderes de investigação da defesa*, palestra proferida nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, Guarujá, São Paulo, 6 a 9 de novembro de 2004.

podendo a testemunha ser apresentada na hora, a salvação vai correr por conta da prestimosa justificação”²⁸.

E, no que se refere à *revisão criminal*, a justificação é de suma importância, pois, consoante JOSÉ FREDERICO MARQUES: “Se essas novas provas consistirem em depoimentos testemunhais, só através de justificação poderão ser produzidas”²⁹.

Porém, de acordo com ADA PELLEGINI GRINOVER, em obra conjunta com outros autores, não só através da Justificação isso pode ser feito, pois “a prova nova pode produzir-se em justificação prévia ou no próprio curso do processo da revisão”³⁰.

E, consoante JOSÉ BARCELOS DE SOUZA:

“Em verdade, ainda que no silêncio da lei, não se poderá excluir a produção da prova diretamente nos autos da revisão, desde que explicitados os fatos justificandos no pedido revisional, com a indicação do rol de testemunhas. Então, ou o próprio relator procederá à inquirição das testemunhas, reduzindo-se a termo os depoimentos, ou expedirá carta de ordem para sua inquirição no primeiro grau jurisdicional”³¹.

De se acrescentar que se utilizada a Justificação para fins criminais, o juiz competente será o Juízo Criminal, pois, como bem argumenta MÁRIO DEVIENNE FERRAZ:

“Não se vê razão alguma para que a justificação seja processada e julgada pelo Juízo Cível...Na ausência de regulamentação pela Lei Processual Penal, o processamento das justificações no Juízo Criminal deve obedecer às normas procedimentais traçadas pelo Código de Processo Civil, que aplicará supletivamente. O Juízo Criminal é, portanto, o adequado para o processamento e julgamento da justificação, pois é nesse Juízo que os reflexos da medida irão se fazer presentes. (...)”³².

4. A VERDADEIRA NATUREZA DA RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS

Já chegamos a defender que o procedimento incidental chamado *de restituição de coisas apreendidas* teria natureza cautelar, sendo verdadeira “contracautela”,

28. José Barcelos Souza. *Poderes de investigação da defesa*, palestra proferida nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, Guarujá, São Paulo, 6 a 9 de novembro de 2004.

29. José Frederico Marques. Ob. cit., p. 294.

30. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Júnior, Antonio Scarance Fernandes. *Recursos no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 321.

31. Palestra citada.

32. Mario Devienne Ferraz. Medida cautelar de justificação no juízo criminal. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo, 1992, v. 26, n. 136, p. 31-33.

para fins de reaver objetos apreendidos na fase inquisitorial³³.

Assim entendíamos com base no já antigo ensinamento de ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS:

“(...) a restituição das coisas apreendidas na fase investigatória cujas condições e procedimento a ser observado constam dos arts. 118/124, do CPP, importa num julgamento no qual o juiz exercita verdadeira jurisdição cautelar, embora *a posteriori* da apreensão da coisa pela polícia. Tanto assim, que o primeiro elemento a ser examinado no pedido restituitório é se as coisas não mais interessam ao processo (art. 118, do CPP)”³⁴.

Mas, já acentuávamos que, na verdade, a anterior apreensão dos chamados objetos e produtos do crime não detinha uma estrita natureza de uma medida cautelar, mormente por lhe faltar o requisito da jurisdicionalidade e, assim tratava-se de uma medida assecuratória tomada pela autoridade policial ao proceder a investigação do crime, na forma do art. 5º II, do CPP, salvo, evidentemente, se o bem fosse objeto de *busca e apreensão* (arts. 240 e segs.), pois, neste passo, se traduzirá em modalidade de cautelar relativa ao ônus probatório estatal³⁵.

Assim, já vislumbrávamos a dificuldade de inserir a restituição, como contracautela, até porque a própria apreensão no mais das vezes não detém a natureza cautelar.

Por outro lado, em se dando a apreensão judicialmente, e da mesma forma a restituição, chegávamos à conclusão que se prenderiam à utilidade para o *processo principal*, mormente quando requerida para vítima para fins de assegurar a restituição do produto do crime, o que demonstraria a instrumentalidade e, conseqüentemente, a natureza de medida cautelar, estando presente, ainda, segundo Mirabete, a acessorialidade, requisito cautelar, pois consoante o autor já citado, “devem ser devolvidas as coisas apreendidas quando a autoridade policial não encontra elementos nas investigações para prosseguir no inquérito por não se configurar na espécie qualquer infração penal”³⁶.

Entretanto, após muito refletir, hoje estamos convencidos que a “restituição de coisas apreendidas”, prevista nos arts. 120 e segs. do CPP, na verdade, *não tem natureza cautelar*.

E, para que se faça justiça, em muito contribuiu para a revisão de nosso ponto de vista o firme posicionamento de GUSTAVO BADARÓ, que já havia semeado em nós a necessidade de maior reflexão ao discutirmos pessoalmente o tema, e acabou

33. Cf., Marcellus Polastri Lima. *A Tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, maio/junho/ 1992, p. 32.

34. Romeu Pires de Campos Barros. *Processo Penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 394.

35. Romeu Pires de Campos Barros, como visto, entende ser modalidade de cautelar patrimonial, Romeu Pires de Campos Barros. *Processo Penal cautelar*. Ob. cit., pp. 392-393.

36. Julio Fabbrini Mirabete. *Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 231.

por nos convencer ao trazer a lume excelente artigo doutrinário a respeito do tema.

É que algumas formas de restituição não têm a necessária característica da instrumentalidade, traço fundamental para identificação da natureza cautelar, mormente quando a restituição é pedida em favor do acusado ou de terceiro de boa-fé.

Neste sentido BADARÓ:

“Conclui-se, pois, que a restituição de coisa apreendida não tem a finalidade exclusiva de assegurar a reparação do dano causado à vítima, visto que pode ser utilizada pelo próprio acusado, para reaver coisas de sua propriedade que foram apreendidas, bem como por terceiros estranhos ao processo penal. Quando o acusado ou um terceiro requer a restituição de coisa de sua propriedade que foi apreendida, não se pode ver em tal medida a finalidade de assegurar o resultado útil do processo penal condenatório. A restituição, neste caso, não estará assegurando a efetividade de uma futura condenação, e também não estará propiciando a reparação do dano que o delito causou a vítima. Sob o aspecto teleológico, portanto, é difícil caracterizar a restituição de coisa apreendida uma medida cautelar, ao menos quando ela for requerida pelo próprio acusado ou por terceiros. Em tais casos, não seria a restituição de coisa apreendida um instrumento para garantir a utilidade e a eficácia da condenação penal. Faltar-lhe-ia, pois, a instrumentalidade, característica essencial de toda medida cautelar”³⁷.

Assim, somente quanto à restituição pedida pela vítima que poderíamos falar em instrumentalidade, mas, ocorre que, faltaria, ainda, outro requisito inerente às medidas cautelares e, neste caso, a carência se dá, também, em relação à restituição pretendida pela vítima, ou seja, o requisito da provisoriedade, uma vez que, uma vez deferida, a restituição, esta será, via de regra, definitiva.

Segundo BADARÓ:

“O ato decisório proferido no incidente de restituição de coisa apreendida, seja ela requerida pela vítima, pelo acusado ou por terceiros, será sempre definitivo. Restituída a coisa, já houve satisfação, em caráter definitivo, do direito pleiteado. Não será necessário que a vítima requeira qualquer outra medida jurisdicional, em caráter principal, para que o dano seja reparado ou a coisa que lhe pertence volte a estar sob sua disponibilidade”³⁸.

37. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCrim. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 59, março-abril de 2006, pp. 273/274.

38. Ob. cit., p. 276.

Tal se dará também em relação ao acusado ou ao terceiro de boa-fé. No primeiro caso, não sendo o bem passível de confisco ou perdimento para o Estado, a restituição será definitiva e, no segundo caso, quando o terceiro prova que ser o bem de sua propriedade ou ter a posse legítima, igualmente se dará a restituição definitiva. Em suma: como a restituição é sempre definitiva³⁹, fica difícil a defesa de sua natureza cautelar, pois as cautelares sempre têm o requisito da provisoriedade ou temporariedade.

Mas, como já não bastassem estes empecilhos, falta ainda na restituição outro requisito sempre presente nas cautelares: a *cognição sumária*, pois enquanto nas cautelares o juiz decide com base no *fumus boni iuris*, ou, com base na mera probabilidade de existência do direito, na medida de restituição de coisas apreendidas o juiz examina o direito do reclamante, como se vê dos arts. 120 e §§ 1º e 2º e 4º do CPP, chegando ao ponto de, quando o juiz não consegue atingir a certeza do direito do reclamante ao bem, dever remeter “as partes ao juízo cível”, mais apto a investigar o mérito em uma cognição exauriente, não possível de existir no juízo criminal.

Consoante demonstra BADARÓ:

“(…) na restituição de coisa apreendida, a cognição desenvolvida pelo juiz nunca será sumária... a decisão proferida no incidente de restituição de coisa apreendida jamais será baseada em uma cognição sumária. Ou as provas permitem uma cognição plena (quanto à extensão) e exauriente (quanto à profundidade) ou, não sendo suficientes os dados probatórios, o juiz remete a questão para as vias cíveis. Em suma, trata-se de cognição plena e exauriente *secundo eventum probationis* e não de cognição sumária. E, sem a sumariedade da cognição, não se pode falar em medida de natureza cautelar”⁴⁰.

Como se vê, resulta evidente que, apesar de ser o incidente de restituição de coisa apreendida uma medida preventiva ou assecuratória, não detém a natureza de medida cautelar, pois, como já visto, para isto é necessária a coexistência de todos os requisitos inerentes, faltando à esta medida os requisitos da provisoriedade, da cognição sumária e, em alguns casos, até da instrumentalidade.

5. A INSCRIÇÃO DE HIPOTECA LEGAL

Como o arresto, a hipoteca legal visa a assegurar a futura reparação civil *ex delicto*, em favor do lesado ou seus sucessores.

39. É certo que, por vezes, não estando demonstrado o direito suficientemente ou havendo interesse no processo, poderá o juiz deixar, de forma provisória, o bem em depósito com o interessado, mas afastado o obstáculo será a devolução definitiva, sem uma dependência com o resultado de mérito do processo principal, ou seja: a final absolvição ou condenação não terá influência direta sobre o incidente.

40. Ob. cit., pp. 281/283.

De acordo com ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, a "hipoteca consiste em direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal. Como, todo direito real, tem ela um caráter absoluto, vigorando contra todos (*erga omnes*) e acompanhando a coisa pelas mutações por que passa. Sua significação exata é dar em garantia"⁴¹.

E, consoante PITOMBO:

"Hipoteca consiste em direito real sobre a coisa alheia que sujeita em princípio, bens imóveis, mas, ainda, móveis, indicados estes em lei, no escopo de garantir o pagamento de obrigação, assumida pelo proprietário, ou por terceiro, sem que passe ao credor, titular do referido direito a posse dos bens garantidores (...) Só incide a hipoteca sobre o bem, que se possa alienar (art. 756, segunda parte, do Cód. Civil), em geral, sendo imóvel (...) Hipoteca legal é instrumento protetivo. Emerge como favor legal, outorgado a certas pessoas, em dada situação jurídica, merecedoras do amparo na lei, pois, lhes nasce o direito de garantia"⁴².

A questão é se saber se, em se tratando de medida assecuratória, seria de natureza cautelar.

Entendemos que não, pois como visto supra, apesar de sempre ser colocada como medida cautelar real, a doutrina a identifica como *direito real de garantia*, e é justamente esta a sua verdadeira natureza.

Segundo GARCEZ RAMOS:

"É quase desnecessário salientar que o procedimento de especialização de hipoteca penal nada tem a ver com o do seqüestro dos bens imóveis que sejam provento da infração penal. Daí porque não de ser especializados mesmo os bens imóveis do imputado que hajam sido adquiridos antes da prática da infração penal. Nenhum liame com o fato criminoso precisa ser buscado, eis que o fundamento do procedimento de especialização da *hipoteca penal* é diverso do que vale para a disciplina legal do seqüestro dos bens que sejam proventos do crime. No seqüestro dos proventos do crime se busca o ressarcimento do dano causado pelo crime, bem como o retorno do *status quo ante* (...) No caso da *hipoteca penal*, o que se busca é apenas o ressarcimento do dano. Daí a maior simplicidade da atividade instrutória respectiva"⁴³.

Acontece que a hipoteca legal penal não tem a característica da provisoriedade ou mesmo da temporariedade, pois se trata de um direito real de garantia, e, sobretudo, tem marcante característica satisfativa.

De acordo, ainda, com GARCEZ RAMOS:

41. Romeu Pires de Campos Barros. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 425.

42. Sérgio M. de Moraes Pitombo. *Do seqüestro no processo penal brasileiro*. São Paulo, José Bushatsky, 1973, pp. 37-38 e 42.

43. João Gualberto Garcez Ramos. *A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 300.

"A hipoteca penal é um direito material. É um direito material de garantia, é verdade, mas não perde a característica de direito material. Logo, sua instituição não atende mandamento de ordem processual mas, isto sim, a mandamento de ordem material (...) não é marcada pela temporariedade. Isso porque, na medida em que é um *direito real de garantia* — que pode, em todo o caso, ser cancelado no caso da absolvição ou da extinção da punibilidade—tende a se estabilizar e não nasce com a finalidade de ser, depois, substituído por uma outra medida (...) a ausência de alguns requisitos acima leva à conclusão de que a especialização de hipoteca penal por parte de Juiz criminal não é uma *medida cautelar*. Confere um *direito real de garantia* ao ofendido pela infração penal, direito esse que goza de autonomia e lhe dá preferência na satisfação de seu débito e segue o imóvel, quem quer que seja o seu proprietário (...) A concessão da hipoteca é, *per se*, satisfativa, na medida em que sua exequibilidade é potencial e pode ser promovida pelo titular do direito a qualquer tempo, dentro do prazo prescricional (...) tanto é satisfativa que pode ser cancelada pelo cumprimento da obrigação mesma. Uma vez paga a dívida referente ao prejuízo causado ao ofendido pela infração penal, a hipoteca desaparece; *accessorium sequitur principale*. O importante é que a hipoteca é um direito real e, enquanto tal, tem natureza material e não processual.(...) Assim, a conclusão mais correta é entender que a hipoteca penal é *uma forma de tutela antecipatória no processo penal condenatório*, tutela essa preordenada à garantia do direito do ofendido ao ressarcimento do dano causado pelo fato criminoso"⁴⁴.

Assim, à toda evidência, apesar de ser uma medida preventiva ou assecuratória, a hipoteca legal não é medida cautelar.

6. CONCLUSÃO

Como visto não é por serem assecuratórias ou preventivas que se deve reconhecer a natureza de medida cautelar a certas providências no processo penal, pois, para que assim seja, será necessária a presença de todos os requisitos inerentes à medida cautelar, ou seja, acessorialidade; preventividade; instrumentalidade hipotética; provisoriedade; revogabilidade; não definitividade; referibilidade e jurisdicionalidade.

Assim, justamente por faltar algum ou alguns de tais requisitos é procu-ramos apontar algumas medidas comumente indicadas pela doutrina como medidas

44. João Gualberto Garcez Ramos. *A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, pp. 306-307.

cautelares, mas que, na verdade não têm essa natureza, obviamente, sem a pretensão de exaurir todas as hipóteses acaso existentes.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

ARTIGO 100 DO CONSTITUCIONAL DE 1988

ALVARO LUIZ LOPES

MAIO 1984 - REVISTA JURÍDICA

Resumo: O artigo 100 do Constituição de 1988, que trata da natureza cautelar das decisões administrativas, é analisado sob o aspecto da natureza cautelar e da natureza definitiva das decisões administrativas. O artigo 100 do Constituição de 1988, que trata da natureza cautelar das decisões administrativas, é analisado sob o aspecto da natureza cautelar e da natureza definitiva das decisões administrativas. O artigo 100 do Constituição de 1988, que trata da natureza cautelar das decisões administrativas, é analisado sob o aspecto da natureza cautelar e da natureza definitiva das decisões administrativas.

1. INTRODUÇÃO

O estudo de natureza cautelar das decisões administrativas, sob o aspecto da natureza cautelar e da natureza definitiva das decisões administrativas, é analisado sob o aspecto da natureza cautelar e da natureza definitiva das decisões administrativas.

Como se pode ver neste artigo, o artigo 100 do Constituição de 1988, que trata da natureza cautelar das decisões administrativas, é analisado sob o aspecto da natureza cautelar e da natureza definitiva das decisões administrativas.

Para se tratar de natureza cautelar das decisões administrativas, sob o aspecto da natureza cautelar e da natureza definitiva das decisões administrativas, é analisado sob o aspecto da natureza cautelar e da natureza definitiva das decisões administrativas.

1. Para se tratar de natureza cautelar das decisões administrativas, sob o aspecto da natureza cautelar e da natureza definitiva das decisões administrativas, é analisado sob o aspecto da natureza cautelar e da natureza definitiva das decisões administrativas.

**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)**

MARCELO LESSA BASTOS *
MARCELLA CORDEIRO ORÇAI **

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O exame de corpo de delito e o princípio do contraditório. 3. O art. 158 do Código de Processo Penal e o princípio do livre convencimento do Juiz. 4. Exame de corpo de delito direto, indireto e prova testemunhal supletiva. Ausência dessas provas e consequência da omissão. 5. O art. 158 do Código de Processo Penal e o art. 5º, LVI, da Constituição Federal. 6. Questão da confissão do acusado: ontem e hoje. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O exame de corpo de delito talvez seja a prova que mais controvérsia suscite nos dias atuais, nada obstante o seu elevado grau de influência na formação do convencimento do juiz, por se tratar de prova técnica e, não raras vezes, decisiva.

Exatamente por este papel preponderante, em que pese inexistir, formalmente, qualquer hierarquia entre as provas no sistema processual brasileiro, é que se inquieta em face da constatação de que a produção da prova, via de regra colhida na fase investigatória, se dá sem a participação das partes e, portanto, em flagrante violação do princípio do contraditório, tomado em sua acepção participativa e não meramente argumentativa.

Por se tratar de prova irrepetível, na maioria das vezes, e por se estar premido pela necessidade de colherem os vestígios da infração penal antes que eles desapareçam, acaba-se aceitando, por inevitável, a produção da prova,

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos. Doutorando pela Universidade Gama Filho. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Campos.

** Acadêmica da Faculdade de Direito de Campos.

contentando-se com um suposto contraditório postergado, que se denomina diferido, na verdade um contraditório meramente formal e argumentativo, já que as partes, em especial o réu, não tiveram a oportunidade de participar do momento da produção da prova e, tão-somente, dela tomam ciência na hora de sua valoração.

Estas reflexões são fustigadas, sem maior aprofundamento, no presente estudo que, no entanto, pretende trazer a fundo uma outra discussão: ainda subsiste a obrigatoriedade do exame de corpo de delito no processo penal e a vedação de seu suprimento pela confissão do acusado (art. 158 do Código de Processo Penal) em face das novas regras do interrogatório, trazidas pela Lei nº 10.792/03?

O questionamento está impulsionado exatamente pelo princípio do contraditório, já que, como se sabe, a confissão do acusado é obtida em seu interrogatório que, hoje, é potencialmente um meio de prova, produzido sob o crivo do contraditório, com a participação efetiva das partes, ao contrário do exame de corpo de delito, que permanece inquisitorial.

Citam-se, igualmente sem maior aprofundamento dados os estreitos limites deste estudo, as discussões anteriores no tocante à recepção do dispositivo pela Constituição, cujo art. 5º, LVI, somente distinguiu entre provas lícitas e ilícitas, autorizando a conclusão de que não há substrato para a distinção infraconstitucional entre meios de prova lícitos; e as discussões no tocante à forma de suprimento à falta do exame de corpo de delito pela prova testemunhal, tal como previsto no Código, bem como a diferença entre este suprimento e o exame de corpo de delito indireto.

2. O EXAME DE CORPO DE DELITO E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório já foi definido, de forma tímida, como sendo o princípio segundo o qual:

“O acusado, isto é, a pessoa contra quem se propõe a ação penal, goza do direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido. Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia: *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve também ser ouvida.”¹

Percebe-se da definição de TOURINHO FILHO – colhida propositalmente da edição de 1990 da obra mencionada para demonstrar a evolução do tratamento que

1. Tourinho Filho. *Processo Penal*, v. 1, p. 48/49.

hoje se dá ao princípio – um viés exclusivamente informador e argumentativo do princípio, eis que sua tônica estava no direito do acusado de ser informado da acusação e na necessidade de ser dada a ele a oportunidade de ser ouvido antes de ser sentenciado. Os exemplos apresentados pelo autor para ilustrar o conteúdo que dava ao princípio bem demonstram a visão acanhada que dele se tinha². Nenhuma preocupação demonstrava com a possibilidade das partes, autor e réu, participarem efetivamente da colheita da prova com a qual o Juiz decidirá o conflito – que se pode considerar o viés participativo do contraditório.

Claro que o princípio do contraditório compreende o direito do réu ser formalmente cientificado da acusação – viés informativo – e o direito de ser ouvido sobre ela antes de ser julgado – viés argumentativo. Melhor ainda, o princípio do contraditório compreende o direito da parte contrária, não importa se autor ou réu, sempre ser cientificada (por meio da citação e intimações subseqüentes) daquilo que a outra parte disse e provou a seu respeito, de modo que tenha a mesma oportunidade de contradizer e contraprovar.

Neste contexto, que aqui se chama de viés informativo e argumentativo, respectivamente, não havia maiores óbices para o exame de corpo de delito ser colhido ainda na fase pré-processual, sem a participação do réu, o qual, depois, após o exercício do direito de ação, seria citado e cientificado assim de todo o conteúdo do procedimento que serviu de base à denúncia ou queixa, de modo que teria, então, a oportunidade de contradizer e contraprovar. É o que se resolveu denominar de “contraditório diferido”.

Não se preocupava, assim, com a participação das partes no momento da realização do exame pericial, destacando-se, ao revés, a impossibilidade de influir na prova pericial. Quando muito, a doutrina, timidamente, procurava assegurar a possibilidade de apresentação de quesitos pelo indiciado e pela vítima (que nem parte viria a ser, na maioria das vezes, em face da ação penal de iniciativa pública). Nada além disto. A possibilidade de participar efetivamente da colheita da prova, inclusive com indicação de assistente técnico, era enfaticamente repelida.

Assim se pronunciava TOURINHO FILHO:

“Determinada a realização do exame pericial, seja a requerimento de qualquer das partes seja *ex officio*, deverão elas formular seus quesitos, podendo inclusive fazê-lo a autoridade. Tais quesitos poderão ser formulados até o ato da diligência, como se infere da leitura do art. 176 do

2. “O nosso CPP consigna regras realçando tais garantias constitucionais. Assim, por exemplo, dispõe o art. 261 ‘que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor’ (...). Ainda realçando o princípio do *audiatur el altera pars*, dispõe o Código que, ao receber a denúncia ou queixa, deve o Juiz determinar a citação do réu para vir defender-se da acusação que se lhe faz (...). Do princípio do contraditório decorrem duas regras importantes: a da igualdade processual e a da liberdade processual. Esta última consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem quiser e entender; na faculdade que possui de apresentar provas que entender convincentes, desde que permitidas em Direito, de formular ou não perguntas às testemunhas, etc.” (Tourinho Filho, *op. cit.*, p. 49/50).

CPP. Tratando-se de perícia realizada na fase de inquérito, normalmente os quesitos são formulados pela própria Autoridade Policial. Mas, à maneira do que ocorre com a Justiça Militar, haverá mais vantagem do que inconveniência em se permitir aos interessados (indiciado e vítima) a formulação de quesitos. Grosso modo, essas perícias não podem, pelo passar do tempo, ser renovadas em juízo, e como o exame pericial, em determinadas infrações, constitui o ponto alto do conjunto probatório, haveria a possibilidade de prejuízo irremediável, tanto para a vítima como para o indiciado. Poder-se-ia conjurar esse prejuízo por meio do pedido de esclarecimentos aos peritos, em juízo. Às vezes, as indagações formuladas a eles, pela acusação e defesa, em juízo, suprem a falta de formulação de quesitos. Mas, outras vezes, não. Assim, não devem as Autoridades Policiais, cômicas de que estão apenas procurando a colheita de melhores informações para esclarecimento da verdade, impedir que a vítima e indiciado formulem seus quesitos. Aliás, no Anteprojeto Frederico Marques, o art. 369 não só possibilitava à vítima e indiciado a formulação de quesitos como, inclusive, a indicação de assistente técnico."³

TORNAGHI, sobre a questão da participação das partes no exame, era ainda mais enfático:

"Recorde-se que, quando a perícia é determinada pela autoridade policial, na fase do inquérito, nada a compele a admitir quesitos de partes. Muito menos podem essas exigir exames periciais, embora possam pedidos (art. 14). O inquérito é de tipo inquisitório; nele a autoridade concentra todo o poder e dele usa discricionariamente (não arbitrariamente), isto é, segundo sua prudência e com toda liberdade, dentro dos limites legais."⁴

Indicação de assistente técnico pelas partes parecia algo pecaminoso, valendo, neste sentido, colher a lição incrivelmente recente de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

"Possibilidade de indicação de assistentes técnicos pelas partes interessadas: é inadmissível no processo penal. Entretanto, salienta, com pertinência, Antônio Scarance Fernandes, que 'isso não impede, contudo, que a parte possa recorrer a peritos particulares para análise da prova produzida pelos peritos oficiais, emitindo pareceres técnicos...'"⁵

Citando decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no mesmo sentido se manifesta, também recentemente, FAUZI HASSAN CHOUKR, numa situação inicial até muito mais dramática, que é no decorrer de ação penal já em curso:

"Descabimento da indicação de assistente técnico para a realização do exame pericial. A ausência de intimação do assistente técnico nomeado

3. *Id.*, *ib.*, v. 3, p. 230.

4. Hélio Tornaghi. *Curso de Processo Penal*, v. 1, p. 327.

5. Guilherme de Souza Nucci. *Código de Processo Penal Comentado*, p. 316.

pelo réu quando da realização do exame de dependência de drogas não se constitui em nulidade processual. Isto porque, no âmbito do processo penal, a teor do disposto no art. 159 do CPP, o exame de corpo de delito, assim como as demais perícias em geral, enquadrando-se nestas o laudo de dependência toxicológica, é realizado por peritos oficiais. Desse modo, não há falar, nessa seara jurídica, nas figuras dos peritos das partes ou assistente técnico (STJ – HC – Rel. Félix Fischer – 09/09/2003). Complementando-se, “no processo penal, não há a figura do assistente técnico, pois, por expressa previsão legal, as perícias são realizadas por peritos oficiais, em regra. Inteligência do art. 159 e §§ do CPP. Nos termos do art. 276 do CPP, as partes não podem intervir na nomeação do perito, sendo ato exclusivo de autoridade policial ou judiciária (TRF – 1ª Região – Rel. Juiz Cândido Ribeiro – 26/06/2001)...”⁶

ADA PELLEGRINI GRINOVER, no entanto, desde há muito vem se debruçando sobre o exame de corpo de delito. Admite sua realização sem a presença das partes, em fase policial, mas somente em caráter cautelar, quando houver risco de desaparecimento dos indícios. Assevera, noutro passo, a necessidade de, para valer com prova, ressalvada aquela incômoda possibilidade, contar com as presenças do Juiz e das partes no momento de sua confecção, antecipando, deste modo, o perfil atual do princípio do contraditório, objeto de enfoque logo em seguida. Colhe-se, por oportuna, em que pese acanhada na parte em que se contenta com o contraditório diferido, sua lição:

“Determinada a realização da perícia, devem as partes ter oportunidade de apresentar quesitos, sem o que o exame será inválido, não podendo nele se fundar a sentença; poderá o juiz, contudo, desde que motivadamente, indeferir quesitos impertinentes. (...) Maior dificuldade poderá surgir quanto às perícias realizadas na fase policial, sem prévia manifestação da defesa e que, muitas vezes, representam a comprovação da própria materialidade do crime. Excluídos os casos em que há urgência, seja porque há risco de desaparecerem os sinais do crime, seja porque é impossível ou difícil conservar a coisa a ser examinada, ou ainda as hipóteses em que inexistente suspeita contra pessoa determinada, a autoridade policial deveria dar oportunidade ao indiciado de apresentar quesitos para maior garantia de defesa. Todavia, tem-se entendido que as provas periciais obtidas na fase policial independem de manifestação do indiciado, porque o inquérito é marcadamente inquisitório e também porque pode o réu, na ação penal, impugnar a perícia, requerer novo exame ou pedir esclarecimentos aos peritos. Realiza-se, enfim, um contraditório diferido. (...) Mas se a perícia não for necessária na fase indiciária, porque inexistente perigo de que desapareçam os sinais do crime ou de que se dispersem outros elementos probatórios ou porque não servirá ela para

6. Fauzi Hassan Choukr. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*, p. 309.

justificar a instauração do processo, deve ser realizada na fase processual, mediante contraditório prévio e com participação do juiz. A perícia no inquérito é prova antecipada, de natureza cautelar, e só se justificará quando presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.⁷⁷

Com méritos, ADA PELLEGRINI GRINOVER incluiu, nos trabalhos da comissão que coordenou para a apresentação de projeto de reforma do Código de Processo Penal, a possibilidade expressa das partes apresentarem quesitos e indicarem assistentes técnicos para acompanhar o exame pericial, sempre que possível⁸.

Essa inovação guarda perfeita consonância com o perfil que, hoje, se dá ao princípio do contraditório.

Tal perfil exige que não se compreenda mais o princípio do contraditório apenas num viés informativo e num viés argumentativo, mas, também, num viés participativo. E este viés compreende o direito das partes de participarem efetivamente da produção de toda e qualquer prova que possa vir a ser utilizada para a formação do convencimento do Juiz. Nesta linha de raciocínio, sob o ponto de vista dogmático, não há como aceitar o exame de corpo de delito colhido sem a presença da partes, porque em sede de inquérito policial.

Colhe-se, a tal respeito, a lição de LEONARDO GRECO:

“Ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação. O contraditório é consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material; c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a

7. Ada Pellegrini Grinover e outros. *As nulidades no Processo Penal*, 1994, p. 129/130.

8. Cuida-se do novo art. 159 proposto, pelo qual a perícia passaria a ser feita apenas por um perito oficial, garantindo-se a possibilidade da indicação de assistentes técnicos, na forma do § 3º que é acrescentado ao dispositivo, cuja redação proposta é a seguinte: “§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público e seu assistente, ao querelante, ao ofendido, ao investigado e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico, que atuará a partir de sua admissão pelo juiz” (Projeto de Reforma do Código de Processo Penal relativo às provas: proposta legislativa nº 4.205/01, disponível no sítio da Presidência da República, www.planalto.gov.br, acessado em 12/09/2007, à 1h30).

sua defesa; d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão; e) o contraditório participativo pressupõe que todos os *contra-interessados* tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação.”⁹

No mesmo sentido, LUIGI PAOLO COMOGLIO, destacando que a garantia do contraditório na formação da prova é uma garantia específica, distinta, derivada do que denomina “contraditório entre as partes”, estando assegurada na legislação italiana pelo menos no processo penal:

*“Rimane fermo il punto, in forza del quale – per una deliberata scelta del legislatore nella revisione del 1999 – il ‘principio del contraddittorio nella formazione della prova’ (art. 111, quarto comma), sia pure con le eventuali eccezioni previste dalla legge (quinto comma), è testualmente circoscritto, come garanzia specifica bensì derivata (ma comunque diversa e distinta) da quella generale del ‘contraddittorio tra le parti’ (secondo comma), al solo processo penale. (...) È anzitutto imprescindibile e, come tale, diventa inderogabile – facendo parte dell’ordine pubblico processuale – l’effettiva possibilità, opportunamente assicurata, provocata o comunque agevolata anche d’ufficio dal giudice, dell’instaurazione di un adeguato contraddittorio fra le parti, in ordine alle risultanze di tutte le prove che siano state a qualunque titolo acquisite, formate od assunte, prima che esse vengano apprezzate e valutate dal giudice medesimo, nella fase decisoria. L’esigenza di prevenire anche nella formazione del giudizio di fatto qualsiasi opzione giudiziale per una “terza via”, non conosciuta, percepita o discussa previamente dalle parti in contraddittorio tra loro, impone che quest’ultimo sia tempestivamente esteso, altresì, a quei fatti non bisognosi di prova (ad es., ai fatti ‘notori’ o alle ‘nozioni di fatto’ rientranti nella “comune esperienza”: art. 115, secondo comma, c.p.c.), sui quali il giudice può comunque fondare il suo convincimento decisorio, oppure a quei ‘fatti certi’ (o ‘indizir’), dai quali il giudice può ‘trarre’ le idonee ‘conseguenze’ per “risalire” alla sussistenza dei fatti ‘ignoranti’ (nel paradigma dell’inferenza presuntiva: art. 2727 c.c.). L’omessa instaurazione di quel contraddittorio, in ogni caso, configura vizi in procedendo ed errori decisori, che sono denunziabili avanti organi giurisdizionali di gravame, secondo le modalità e le forme dei diversi mezzi di impugnazione.”*¹⁰

E, também nesta linha, comentando o art. 111 da Constituição italiana, destaca PAOLO TONINI:

9. Leonardo Greco. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: *Estudos de Direito Processual*, 2005, p. 241/242.

10. Luigi Paolo Comoglio. *Etica e tecnica del “Giusto Processo”*, p. 66/69.

“O cerne do art. 111 é constituído pela afirmação do contraditório. Alguns doutrinadores deram ao princípio do contraditório um único significado e, por essa razão, enfrentaram problemas para interpretar a regra. (...) Compartilhamos do entendimento segundo o qual a expressão “contraditório” no art. 111 não é utilizada em sentido único, ou seja, apresenta dúplice significado, pois a palavra é empregada em sentido objetivo e subjetivo. (...) O contraditório, em sentido objetivo, é estabelecido no início do inciso 4 e se refere ao contraditório “na formação da prova”. É uma expressão que consagra o contraditório como método de “conhecimento”. A verdadeira prova não é aquela que se obtém sob sigilo, por meio de pressões unilaterais, mas aquela cuja formação ocorre de modo dialético. A inovação está no fato de o princípio não ser afirmado de forma absoluta (...). Ao contraditório em sentido objetivo são previstas exceções, pois o princípio é adequado às exi-gências consideradas predominantes em determinados casos. Assim, não existe mais radicalismo, mas um modo de pensar que leva em consideração a necessidade de equilibrar interesses contrapostos. Bem por isso, estabelece o inciso 5 que a lei regula os casos nos quais a formação da prova não ocorre em contraditório, por consenso do acusado, em razão de ter-se verificado a impossibilidade de natureza objetiva ou como consequência de provada conduta ilícita. O art. 111 estabelece ao mesmo tempo regra e exceção. Outros incisos utilizam a palavra ‘contraditório’ em sua acepção subjetiva. (...) Trata-se do reconhecimento constitucional do direito de o acusado confrontar-se com seu acusador, direito que deve encontrar atuação perante um juiz. O direito de confrontar-se não vale somente em relação às testemunhas, como previsto na Constituição Européia. Esse direito deve ser atuado em relação a todas as ‘pessoas’ que prestam declarações contra o acusado.”¹¹

O contraditório participativo é igualmente objeto de destaque na obra garantista de LUIGI FERRAJOLI:

“O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa, expresso aqui com o axioma A 10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é o equivalente jurídico que identifiquei, o parágrafo 10.8, como a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.”¹²

11. Paolo Tonini. *A prova no processo penal italiano*, p. 26/28.

12. Luigi Ferrajoli. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*, p. 490.

A única concessão que, exclusivamente por razões de ordem pragmática, pode ser feita, diz respeito àquelas situações em que não é possível postergar o exame, sob pena de a prova perecer, não se tendo, ainda, descoberto a autoria do delito, nem recaído sobre ninguém especificamente qualquer suspeita, de sorte que não haja quem intimar para acompanhar a realização do exame, oferecer quesitos e indicar assistentes técnicos. A aceitação do exame de corpo de delito, nessas situações dramáticas, colhido inquisitorialmente, só se justifica pelo caráter cautelar acentuado por ADA PELLEGRINI GRINOVER, como acima colacionado, e mesmo assim se não for possível, por alguma razão, repetir a prova em juízo, sob o crivo do contraditório participativo.

Neste sentido, a interessante proposta de CRISTIANE DA ROCHA CORRÊA:

"1. Exames periciais que, por seu objeto, são potencialmente repetíveis (exemplos ... exames de documentos ... exames grafotécnicos...): (...) 1.a. caso já haja pessoa investigada determinada, deve-se proceder a realização de incidente probatório, sob a presidência do juiz e com a atuação do Ministério Público e do defensor do acusado. O incidente probatório constitui medida cautelar atípica, que tem por objetivo a produção antecipada de prova com a finalidade de evitar o seu perecimento, resguardando, ao mesmo tempo, o contraditório (...). 1.b. Caso, porém, o exame seja realizado antes de ser indicada a autoria, a prova deve ser reproduzida em juízo, caso o acusado assim o requeira, possibilitando-se desse modo a interferência e assistência da defesa técnica por meio de acompanhamento do exame, da formulação de quesitos, da indicação de assistentes técnicos etc. (...) 2. Exames relativamente repetíveis (exemplo ... lesões corporais na vítima ... que ... ainda persistirem): (...) aplicam-se todas as observações realizadas no item anterior, condicionadas apenas à persistência dos vestígios materiais da infração penal. (...) 3. Exames absolutamente irrepetíveis (exemplo ... perícias realizadas no local da prática de crime...): (...) levam a um impasse. Simplesmente não é possível resguardar-se em relação a eles o contraditório, que, em conseqüência, é infringido em seu grau máximo. (...) A prova pericial deve ser simplesmente admitida, postergando-se os debates acerca de seu conteúdo e da regularidade formal de sua realização para a fase processual (contraditório diferido)."¹³

Como se vê, é preciso desmistificar o exame de corpo de delito e, por conseguinte, ter-se em mente que o papel a ele reservado pelo Código de Processo Penal, estampado no art. 158, é absolutamente incompatível com os princípios gerais que informam o processo penal, com o alcance, conteúdo e sentido a eles hoje conferidos, em especial o princípio do contraditório.

13. Cristiane da Rocha Corrêa. 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, p. 243/246.

Não há razão para se insistir num primado do exame de corpo de delito, crítica que já se fazia ao Código quando de sua adoção, como se tratará no tópico seguinte. Há de se dar preferência às outras provas, tornando-se o exame de corpo de delito prescindível, sobretudo diante de provas colhidas sob o crivo do contraditório, tomado em todas as suas atuais dimensões.

Esta visão contemporânea do princípio do contraditório exige uma releitura do art. 158 do Código de Processo Penal, em harmonia com a doutrina aqui trazida à colação.

3. O ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

A crítica quanto ao paradoxo existente entre o dispositivo em comento e o sistema do livre convencimento, pretensamente proclamado no Código de Processo Penal vigente, é antiga.

Colhe-se, a tal respeito, a lição de SÉRGIO DEMORO HAMILTON:

“Chega-se, agora, ao ponto nodal de nosso estudo, qual seja o de examinar até que ponto a regra constante do art. 158 da lei processual básica tem sentido diante do sistema da persuasão racional. Como salientado, (...) o *thema* exige análise diante de um contexto em que nenhuma prova tem valor absoluto ou mais prestígio que outra, tendo em conta que o Código dos anos 40 substituiu o critério da avaliação legal pelo da valoração motivada do juiz. Dessa maneira, o juiz encontra-se livre de amarras para decidir, ao contrário do que se dava com o sistema da certeza legal. Ora, o mandamento legal do art. 158 do CPP, ao tornar indispensável o exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, não podendo supri-lo, sequer, a confissão do acusado, afastou-se, sem sombra de dúvida, do sistema da livre convicção motivada, para constituir reminiscência inaceitável do superado sistema da certeza moral do legislador.”¹⁴

Lição esta alicerçada no grande FREDERICO MARQUES, que já era feroz crítico do dispositivo:

“Na verdade, fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de exame de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo. Que isso ocorresse ao tempo da legislação do Império, ainda se compreende. Mas que ainda se consagre tal *baboseira* num estatuto

14. Sérgio Demoro Hamilton. *Temas de processo penal*, p. 163.

legal promulgado em 1941, eis o que não se pode explicar de maneira razoável. (...) a técnica obsoleta do Código, que, nessa matéria de corpo de delito, se mantém constantemente fiel ao princípio da prova legal contra cujos postulados, em outras passagens, investe decididamente..." (destaque nosso)¹⁵

Com efeito, não faz o menor sentido, dentro de um pretense sistema do livre convencimento motivado do Juiz, que pretendeu o Código de Processo Penal vigente proclamar¹⁶, exigir determinado meio de prova para determinado tipo de infração penal, o que se constitui num inaceitável resquício do sistema da prova legal, que remete a tempos medievais. Não se justifica, em absoluto, que o processo penal, em pleno século XXI, estabeleça de que forma uma infração penal tem que ser provada, desprezando a possibilidade de outros meios de prova.

O sistema do livre convencimento do Juiz preconiza a livre apreciação motivada da prova. É o que, aliás, estabelece o art. 157 do Código de Processo Penal¹⁷. Neste sistema, de apreciação livre da prova, não se consegue compreender a exigência da presença de determinado meio de prova, o que só se justifica no sistema das provas tarifadas. É isto que faz o art. 158 do Código de Processo Penal¹⁸. E o faz de maneira inútil, pois, apesar de exigir o exame de corpo de delito, não o coloca em condição de supremacia ante as demais provas – o que, aliás, seria o cúmulo do cúmulo do absurdo! – e, então, permite que o Juiz decida contra o exame e levando em conta as demais provas, que acabam tendo o mesmo valor da prova técnica. O Código proclama, inclusive, o sistema não vinculativo no tocante à prova pericial¹⁹ (pelo menos isto!). Ora, se é assim – e ainda bem que é assim – indaga-se: por que, então, ser exigida uma superabundância de meios de prova que, no final das contas, exprimem o mesmo grau de convencimento? Se há um boletim médico, ou testemunhas que relatam a materialidade do delito sem sombra de dúvidas (a vítima foi decapitada, por exemplo, e as testemunhas viram o corpo da vítima sem a sua cabeça), ou mesmo ante a confissão do réu, que narra com detalhes como decapitou a vítima, qual a razão lógica de se exigir o exame de corpo de delito, que servirá apenas de redundância no mosaico probatório já harmônico no sentido de apontar para a materialidade do crime?

Impossível encontrar uma resposta que não remeta ao adjetivo empregado por FREDERICO MARQUES na citação acima: "bBOSEIRA".

15. José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*, v. 2, p. 365/367.

16. Vide exposição de motivos do Código de Processo Penal, no capítulo destinado às provas (VII), em que está dito: "O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal..." (sic). Tal assertiva, como aqui se está discutindo, é absolutamente inconciliável com a exigência esdrúxula do exame de corpo de delito.

17. Código de Processo Penal, art. 157: "O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova."

18. Código de Processo Penal, art. 158: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado."

19. Código de Processo Penal, art. 182: "O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte."

Alheio a tudo isto, o legislador exigiu o exame de corpo de delito nas infrações penais que deixem vestígios, assim compreendidas como aquelas que deixam modificações nas pessoas ou coisas sobre as quais recaíram a ação delituosa. Este é o chamado corpo de delito – o conjunto de vestígios deixados pela infração penal. Tais vestígios devem ser submetidos a exame. E, como há vestígios que desaparecem com o tempo (como muitas lesões corporais, por exemplo), surge a necessidade da imediata realização do exame, com todo o transtorno que isto acarreta ao princípio do contraditório participativo, como examinado no tópico anterior.

4. EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO, INDIRETO E PROVA TESTEMUNHAL SUPLETIVA. AUSÊNCIA DESSAS PROVAS E CONSEQUÊNCIA DA OMISSÃO

Se o exame de corpo de delito direto já é criticável, por tudo o que já foi dito até agora, muito mais ainda o é o exame indireto, este, sim, uma autêntica inutilidade.

Ora, o perito não teve contato com a pessoa ou a coisa examinada, como no exame direto. Limita-se a ter contato com informações documentadas ou narradas por terceiros, acerca dos vestígios deixados pela infração penal, de modo a emitir seu laudo louvado nessas informações.

Nesta órbita gravita, inclusive, uma controvérsia doutrinária sem sentido, que confunde o exame indireto com a prova testemunhal supletiva.

A exemplo, a lição inexata de TOURINHO FILHO:

“Diz-se ‘direto’ quando procedido por inspeção pericial, quando os peritos procedem diretamente ao exame. Se, entretanto, não for possível o exame de corpo de delito direto, pelo desaparecimento dos vestígios, a prova testemunhal, diz o art. 167, poderá suprir-lhe a falta. Nesse caso, diz-se ‘indireto’.”²⁰

Com efeito, exame indireto e prova testemunhal supletiva não se confundem.

O exame indireto ocorrerá, somente, se o perito, à luz de um boletim médico, fotografias, enfim, qualquer outro meio de prova (até mesmo à luz de depoimentos prestados por alguma testemunha), emprestar seus conhecimentos técnicos na avaliação deste meio de prova e a partir deles emitir seu laudo.

Do contrário, na hipótese da testemunha vir a juízo e narrar o que viu, o que se terá é o simples suprimento à falta do exame direto e indireto, através da

20. Fernando da Costa Tourinho Filho. *op. cit.*, v. 3, p. 224.

prova testemunhal, nos exatos termos do art. 167 do Código de Processo Penal²¹, sendo certo que não se exige nenhuma formalidade especial para isto.

Neste sentido, a lição de TORNAGHI:

“Há casos em que os peritos, exatamente por seus conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, podem ‘opinar à vista dos elementos de que disponham’: depoimentos, filmes, fotografias, objetos encontrados, etc. Nessa hipótese a lei permite o exame indireto. Exame indireto não se confunde com o mero depoimento de testemunhas, o qual pode suprir o exame de corpo de delito (art. 167). Nele, no exame indireto, há sempre um juízo de valor feito pelos peritos. Uma coisa é afirmarem as testemunhas que viram tais ou quais sintomas, e outra os peritos concluírem daí que a *causa mortis* foi essa ou aquela.”²²

Curioso é que, a rigor, só se pode partir para a prova testemunhal supletiva se não for possível fazer o exame de corpo de delito, seja ele direto, seja ele indireto. O que significa dizer que, nos termos ultrapassados do Código, se os vestígios foram documentados de alguma forma, nem mesmo a prova testemunhal poderá suprir a falta do exame de corpo de delito, ao menos indireto.

Mais uma vez a crítica é inevitável: para quê sobreporem-se provas que possuem o mesmo poder de convencimento, eis que não há hierarquia entre elas?

E mais um detalhe: a se fazer o exame indireto, onde não há mais a preocupação em serem preservados os vestígios da infração penal, que já até desapareceram, não há absolutamente nenhuma razão para não permitir às partes acompanharem a realização do exame, em contraditório prévio e efetivo. O exame de corpo de delito indireto, colhido não raras vezes já no curso da ação penal, sem a participação prévia das partes, com quesitos e, se desejarem, indicação de assistente técnico, é absolutamente inadmissível, não se encontrando qualquer razão que o justifique.

Uma outra questão é a consequência da falta de exame de corpo de delito, direto e indireto, e também da prova testemunhal supletiva. O Código de Processo Penal apresenta como solução a nulidade do feito, nos termos de seu art. 564, III, b²³. Trata-se de outra solução equivocada do Código, para um problema que ele próprio criou também de modo equivocado. Ora, o exame de corpo de delito é um meio de prova que chegou aos autos como qualquer outro meio de prova, de sorte que não houve, em seqüência, nenhum ato processual que dele diretamente tenha dependido. Daí, inútil pensar-se em anular o processo. Muito mais

21. Código de Processo Penal, art. 167: “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”

22. Hélio Tornaghi. *op. cit.*, v. 1, p. 319.

23. Código de Processo Penal, art. 564, III, b: “A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: (...) b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167.”

apropriado é valer-se do disposto no art. 502 do Código de Processo Penal²⁴, que autoriza o Juiz a converter o julgamento em diligências²⁵, caso ainda seja possível realizar o exame, direto ou indireto, nesta ordem, e não haja prova testemunhal supletiva. Agora, se, de antemão, já se percebe que não há possibilidade de realizar o exame, nem direto, nem indireto, nem há nos autos prova testemunhal supletiva e, muito menos, possibilidade de se obtê-la, então a solução única que se afigura cabível é a absolvição do réu, por falta de prova suficiente para a condenação, na forma do art. 386, VI, do Código de Processo Penal²⁶.

Nesta linha de raciocínio, ao menos no tocante à absolvição por falta de provas – ao invés da nulidade – ante a ausência de comprovação idônea da materialidade delitiva, a lição de FAUZI HASSAN CHOUKR:

“Na estrutura do Código de Processo Penal, sendo o caso de comprovação da materialidade pelo laudo pericial, a inexistência deste nos autos é causa de absolvição. Condenações sem essa comprovação são insustentáveis...”²⁷

5. O ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O ART. 5º, LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Estabelece o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Indaga-se, diante disto: ainda subsiste a possibilidade, diante da nova regra constitucional (que só distingue entre provas lícitas e ilícitas, para validar as primeiras, *a contrario sensu*, e invalidar, pelo menos em princípio²⁸, as segundas), do legislador infraconstitucional fazer

24. Código de Processo Penal, art. 502: “Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.”

25. Não se pretende aqui entrar na discussão acerca da iniciativa probatória do Juiz, conferida pelo Código de Processo Penal em diversos dispositivos, e sua compatibilidade vertical com a Constituição de 1988, por conta do sistema acusatório e da exigência da imparcialidade do Juiz, discussão esta que grassa na doutrina, sendo objeto do projeto de tese de doutoramento do autor, ainda em gestação. De antemão, no entanto, afirma-se entender o autor deste estudo que não há qualquer incompatibilidade entre aquelas normas, de sorte que é perfeitamente lícito ao Juiz a iniciativa probatória, em caráter supletivo à iniciativa das partes, na busca de formar o seu convencimento o mais próximo possível da verdade do que realmente aconteceu. Este o objetivo do processo, no entender do autor: descobrir a verdade dos fatos e não, como parecem pensar muitos, comemorar eventuais dúvidas que ainda tenha o Juiz, mas que possa, lícitamente, esclarecê-las. Isto não comprometerá sua imparcialidade, segundo se acredita, eis que, simplesmente, o Juiz não poderá adivinhar o resultado da prova que porventura mandou produzir.

26. Código de Processo Penal, art. 386, VI: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VI – não existir prova suficiente para a condenação”.

27. Fauzi Hassan Choukr, *op. cit.*, p. 308.

28. Aqui não há espaço para se aprofundar neste ponto, que é tema que demanda um estudo específico.

distinção entre provas lícitas, como faz no art. 158 do Código de Processo Penal? Teria este dispositivo sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988?

GUILHERME SOUZA NUCCI entende que sim, adiantando, inclusive, a discussão proposta no tópico derradeiro deste estudo:

“Como se pode dizer que a Constituição revogou o art. 158, parte final? Se assim fosse, poder-se-ia dizer que o revogou por completo, pois a exigência do exame de corpo de delito delimita a produção de outras provas, o que, na visão de Cernicchiaro, seria estabelecer a “indevida” hierarquia de provas. O lícito e o ilícito referem-se não somente à prova em si, mas à sua produção e à sua finalidade. Portanto, cabe ao legislador conferir legitimidade a uma determinada prova para atingir o seu fim, que é servir de esteio para estruturar a decisão do juiz no processo penal. A confissão, não somente porque é uma prova falha, relativa e frágil, continua sem possibilidade de formar, sozinha, o corpo de delito da infração penal que deixa vestígio.”²⁹

Com a devida vênia, não se consegue compreender como boa parte da doutrina ainda se apega ao exame de corpo de delito, recusando-se a evoluir no pensamento e partir para, enfim, expurgar os últimos resquícios do sistema da prova legal e consagrar de vez o sistema do livre convencimento motivado do Juiz. Em primeiro lugar, a confissão, hoje, não pode ser tida como prova frágil, eis que obtida sob o crivo do contraditório, porque no interrogatório, o que se discutirá a seguir. Em segundo lugar, se a confissão é prova frágil, muito mais frágil o é, na maioria das vezes, o exame de corpo de delito, sob o prisma da efetiva concorrência das partes na sua formação, o que interessa ao objeto do presente estudo. O que o exame de corpo de delito pode ter de melhor do que os demais meios de prova é, tão-somente, o fato de ser uma prova técnica, o que traz conforto ao julgador na formação de seu convencimento. Mas isto é elemento de prova, nada tendo a ver com o meio de prova que o produziu. Outros meios de prova podem também ser tão convincentes quanto o exame de corpo de delito. Pergunta-se, então: o que vale mais – o documento proveniente do médico que atendeu o paciente, que teve contato direto com ele, ou o exame indireto feito pelo perito com base naquele documento, perito este que nunca teve contato com a vítima?

Chega a ser um paradoxo se apegar a uma prova pelo conforto que ela pode trazer na hora de formar o convencimento e, ao mesmo tempo, esquecer-se de que para a formação daquela prova as partes, em especial o réu, não concorreram!

Já se passou da hora de reduzir a importância que foi dada ao exame de corpo de delito na primeira metade do século passado! Importância esta que já foi criticada naquela mesma época, por ninguém menos do que FREDERICO MARQUES, como neste estudo se expôs no tópico nº 3.

29. Guilherme de Souza Nucci, *op. cit.*, p. 314.

Um alento, neste sentido, veio do Superior Tribunal de Justiça, em 1993, pela pena do então Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO:

“O corpo de delito, na clássica definição de João Mendes, é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso. (...) A Constituição da República resguarda serem admitidas as provas que não forem proibidas por lei. Restou, assim, afetada a cláusula final do art. 158 do CPP, ou seja, a confissão não ser idônea para concorrer para o exame de corpo de delito. No processo moderno, não há hierarquia de provas, nem provas específicas para determinado caso. Tudo que lítico for, idôneo será para projetar a verdade real.”³⁰

Lamenta-se não ter o conspícuo sodalício firmado e até aperfeiçoado sua jurisprudência neste sentido, preferindo, ao que parece, o comodismo da prova técnica enquanto elemento de prova, consolidando as amarras atávicas do livre convencimento motivado³¹.

A posição conservadora de parte Doutrina e da Jurisprudência pátrias, em prol do exame de corpo de delito, é mesmo incrível!

Não há como, no processo penal moderno – que condena a hierarquização dos meios de prova, citando o medieval sistema da prova legal somente como referência histórica; que proclama a livre apreciação da prova pelo Juiz; que veda somente a atividade probatória ilícita; e que impõe o princípio do contraditório em todas as suas dimensões, em especial a participativa, a qual assegura às partes, ao menos como regra, o direito de atuar ativamente na formação das provas que vão servir para formar o convencimento do julgador – e em pleno Terceiro Milênio, suportar conviver com uma regra do naipe do art. 158 do Código de Processo Penal, em toda a extensão de seu conteúdo (uma “bBOSEIRA”, no magistério autorizado de FREDERICO MARQUES, citado neste estudo).

Compartilhando desta irresignação, a lúcida lição de JÚLIO FABBRINI MIRABETE, apoiada no posicionamento assumido por LUIZ VICENTE CERNICCHIARO:

“Os artigos 158 e 563, III, b, (...) arranham os princípios da liberdade probatória e do livre convencimento do juiz, dificultando a busca da verdade real. Como afirma o ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: ‘Constata-se, então, esta curiosa situação. Falha do condutor do inquérito ou do processo (sem considerar eventual malícia) deixa de materializar aqueles indícios. Interpretação literal dos dispositivos mencionados leva, inexoravelmente, à conclusão de não serem considerados outros meios de prova, embora

30. Superior Tribunal de Justiça, *habeas corpus* nº 1.394/RN, 6ª Turma, Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, julgamento em 08/02/1993. Disponível na internet, no sítio www.stj.gov.br, acessado em 14 de setembro de 2007, à 1h37.

31. “O exame de corpo de delito, em regra, é indispensável quando a infração deixar vestígios. Não obstante, sendo inviável a realização de tal exame, poderá a prova testemunhal suprir-lhe a falta (arts. 158 c/c 167, CPP). No presente caso, era perfeitamente viável a realização de tal exame. (...) Recurso parcialmente provido”. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 836128/RS, 5ª Turma, Relator: Ministro Félix Fischer, julgamento em 22/05/2007: “O exame de corpo de delito

idôneos, claros, insofismáveis, esclarecedores do fato. Tem-se, então, uma curiosa e perplexa conclusão: o fetichismo dos meios de prova supera o próprio valor dos meios probatórios, reduzindo a instrução criminal a um jogo formal de dados, quando não a um jogo bem-sucedido de interesses escusos (Livro de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos. 5/207-217). Diz ainda a lei que o exame de corpo de delito direto não pode ser substituído exclusivamente pela confissão do acusado, mas, não se excluindo, pela Constituição, senão as provas obtidas ilicitamente, a disposição não deve mais vigorar.”³²

E também a lição de SÉRGIO DEMORO HAMILTON:

“Somente um Código sem técnica e sem sistema como o nosso é que poderia reproduzir regra tão estapafúrdia como a do art. 158. (...) Agora, no entanto, diante da nova ordem constitucional, parece-me que o assunto não comporta tergiversação. (...) Se a confissão é meio de prova legítimo, pois contemplada expressamente na lei processual (art. 197 a 200, CPP), por que não poderia ela suprir o exame de corpo de delito? Por quê? (...) Se o sistema de prova adotado em nosso Código de Processo Penal é o da livre convicção motivada, é chegado o momento de dar um basta a certas normas que só impedem a busca da verdade real. (...) Não se vislumbra nessas desprezíveis observações o intuito de minimizar o exame de corpo de delito. Trata-se, ao revés, de perícia da maior relevância no objetivo de demonstrar o elemento material da infração penal e que, sempre que possível, deve ser realizada. Porém, o que se pretendeu dizer é que sua indispensabilidade é um mito destituído de sentido técnico no processo penal moderno.”³³

Um fio de esperança na consolidação deste entendimento vem do Supremo Tribunal Federal:

“Ementa: *Habeas Corpus*. 2. Crime de Peculato. Art. 312 do Código Penal. 3. Substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos ou outra pena alternativa. Questão não examinada pelo Superior Tribunal de Justiça. Não conhecimento da ordem, no ponto, sob pena de supressão de instância. 4. Improcedência da alegação de nulidade do processo pela falta do exame de corpo de delito. Art. 158 do Código de

direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência. (...) Recurso especial parcialmente provido.” Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 901856/RS, 5ª Turma, Relator: Ministro Félix Fischer, julgamento em 26/06/2007. Disponíveis na internet, no sítio www.stj.gov.br, acessado em 14 de setembro de 2007, às 2h03.

32. Júlio Fabbrini Mirabete. *Código de Processo Penal Interpretado*, p. 416.

33. Sérgio Demoro Hamilton. *op. cit.*, p. 166/168.

Processo Penal. 5. Existentes outros elementos de prova, o exame pericial não é imprescindível. Precedentes. 6. Não configura falta de fundamentação da decisão o fato de ela reportar-se à sentença e ao parecer ministerial. 7. *Habeas corpus* indeferido.”³⁴

6. QUESTÃO DA CONFISSÃO DO ACUSADO: ONTEM E HOJE

De certa forma, o tema posto em relevo no tópico derradeiro do presente estudo já foi objeto de inserções no item anterior, quando se rejeitava a vedação à confissão supletiva da falta de exame de corpo de delito através do cotejo vertical do art. 158 do Código de Processo Penal com o art. 5^a, LVI, da Constituição Federal, raciocínio que está absolutamente correto.

Sem embargo disto, propõe-se agora, de forma original, o reexame da questão sob outro prisma – sob o prisma da revogação tácita do art. 158 do Código de Processo Penal (que já não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988), em virtude da superveniência da Lei n° 10.792/03, de 1^a de dezembro de 2003, publicada no dia 2 de dezembro de 2003 e vigente desde a data de sua publicação.

Tal norma, como se sabe, em seu art. 2^a, deu nova redação aos artigos do Código de Processo Penal que disciplinam o interrogatório (arts. 185 a 196), estabelecendo, dentre outras mudanças, aquela que nos interessa, que foi a transformação da natureza do ato que, antes, era unilateral do Juiz e, portanto, inquisitório, passando a ser, doravante, submetido ao contraditório, com a abertura às partes para reperguntas ao interrogando.

O atual art. 188 do Código de Processo Penal garante às partes o direito de participarem do interrogatório, prestigiando o princípio do contraditório em sua acepção participativa³⁵.

Evidente que isto não obriga ao réu que responda às reperguntas das partes, em especial do Ministério Público, já que continua a lhe socorrer, em sua plenitude, o direito ao silêncio e a garantia contra a auto-incriminação, prerrogativas estas que têm sede constitucional. No entanto, se quiser responder a essas perguntas, aquilo que disser poderá, perfeitamente, fornecer elemento de prova em seu desfavor.

Daí se entender que o interrogatório é, inicialmente, um ato de defesa, eis que o réu não está obrigado a responder a nenhuma pergunta, nem mesmo as do Juiz, não podendo suportar nenhum prejuízo por conta disto, tendo em vista

34. Supremo Tribunal Federal, *habeas corpus* n° 85.744-2/RJ, 2^a Turma, Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 02/08/2005. Disponível na internet, no sítio www.stf.gov.br, acessado em 14 de setembro de 2007, às 3h51.

35. Código de Processo Penal, art. 188: “Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.”

que seu silêncio não pode ser interpretado em prejuízo de sua defesa. Contudo, se o réu se prontifica a responder às perguntas que lhes são formuladas, ainda que parcialmente, o interrogatório, agora submetido ao contraditório, assume feições de autêntico meio de prova. Pode-se dizer, portanto, que o interrogatório, nos dias atuais, é um ato de defesa inicialmente; porém, potencialmente, um meio de prova, apto, então, a fornecer elementos de prova, bastando, para tanto, que o réu abra mão da sua prerrogativa de se manter calado e forneça elementos de convicção desfavoráveis à tese de defesa, que podem, perfeitamente, ser levados em conta pelo Juiz na formação de seu convencimento.

É exatamente neste interrogatório – contraditório, reafirma-se, portanto em perfeita consonância com o princípio do contraditório em todas as suas dimensões! – que, se for o caso, será obtida a confissão do réu.

A confissão do réu passa a ser, portanto, a partir da inovação legislativa de 2003, um meio de prova submetido ao contraditório participativo, eis que, como ressaltado, foi obtida por ocasião do interrogatório feito à luz das normas traçadas pela Lei 10.792/03.

Ora, se é assim, é evidente que não há mais razão para subsistir, nem mesmo no plano da legislação infraconstitucional, a vedação contida na parte final do art. 158 do Código de Processo Penal, o que conduziria ao despautério de ser sobrepor o exame de corpo de delito – na maioria das vezes uma prova inquisitorial, porque colhido sem a participação das partes – à confissão – agora uma prova obtida sob o crivo do contraditório.

Quer dizer: uma prova unilateral teria o condão de comprovar a materialidade do crime e uma prova bilateral não... Há absurdo maior do que este? Crê-se que não.

É inexorável, portanto, a conclusão de que o art. 158 do Código de Processo Penal não resiste mais a nenhum tipo de concessão, já não tendo sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e, agora, tendo sido objeto de revogação tácita pelas novas regras do interrogatório, trazidas pela Lei nº 10.792/03.

Não se pode confundir o convencimento que se extrai de um meio de prova (elemento de prova), com a validade deste meio de prova em si.

Por evidente que, se a confissão, num processo determinado, for frágil, parecer inverossímil, não haverá prova suficiente para a condenação. Não por que se baseou exclusivamente na confissão, como se não fosse um meio idôneo a fornecer elemento de prova neste ou naquele processo; mas porque aquela confissão não forneceu elementos de prova suficientes para convencer o julgador. O próprio exame de corpo de delito pode não fornecer elementos de prova suficientes para formar o convencimento do julgador que, neste caso, idêntica atitude deverá tomar – absolver o réu. Nem por isto se diz que o exame de corpo de delito é meio de prova inidôneo. Muito pelo contrário, se exalta, de forma obsoleta, este meio de prova na maioria das vezes inquisitorial, fazendo-se *tabula rasa* do princípio do contraditório em sua acepção participativa.

Se a confissão, outrossim, for verossímil, segura, conseguir fornecer elemento suficiente para a formação do convencimento do julgador, pode, sim, servir de

base à condenação, tornado-se despicendo o exame de corpo de delito e qualquer outro meio de prova.

7. CONCLUSÃO

O exame de corpo de delito é resquício do sistema da prova legal, o que constitui uma regressão atávica no sistema do livre convencimento motivado do Juiz, eu informa o direito processual moderno.

Em sede constitucional, apenas as provas ilícitas não de ser desprezadas, sendo certo que toda a prova produzida lícitamente tem o condão de servir para formar o convencimento do Juiz.

Neste contexto, não há mais espaço para a imprescindibilidade do exame de corpo de delito, exigida pelo obsoleto art. 158 do Código de Processo Penal, muito menos para a vedação do suprimento à falta deste exame pela confissão do acusado que, colhida no interrogatório, é um meio de prova submetido ao contraditório participativo, ao contrário exame de corpo de delito, não fazendo sentido querer que se uma prova inquisitorial e unilateral – o aludido exame – se sobreponha a uma prova bilateral, contraditória.

Daí a conclusão de que o art. 158 do Código de Processo Penal, que já não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1998, agora foi revogado tacitamente, em virtude das novas regras do interrogatório do réu, trazidas pela Lei nº 10.792/03.

Lamenta-se, outrossim, que o projeto de reforma do Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, tenha perdido a oportunidade de suprimir do Código o art. 158 e as excrescências correlatas, banindo, de vez, os últimos resquícios do sistema da prova legal ainda existentes no processo penal brasileiro.

Ainda há tempo de se corrigir, através de emenda ao projeto de Lei nº 4.205/01.

É o que se propõe, como contribuição final do presente estudo.

8. BIBLIOGRAFIA

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto proceso"*. Torino : G. Giappichelli Editora, 2000.

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 : Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1998.

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 e outros. *As nulidades no Processo Penal*. São Paulo : Malheiros, 1994.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1961.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *As nulidades no Processo Penal*. São Paulo : Malheiros, 1994.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1961.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo : Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo : Saraiva, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo : Saraiva, 1990.

INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES POR DETERMINAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MARCELO BATLOUNI MENDRONI *

Na Itália, o fenômeno da criminalidade organizada tornou-se mundialmente conhecido através das ações das máfias, que, embora não sejam as únicas formas, são as mais comuns e as que mais causam preocupação entre as autoridades em razão do seu poder de infiltração nas atividades comerciais e políticas do Estado, bem como de sua capacidade de intimidação.

Veja-se, por exemplo, em relação à evolução empreendedora da máfia a partir do início dos anos 1970: *"La gamma di interventi del potere mafioso a scopo 'protezionistico' di mercato è molto varia, e va dalla semplice minaccia all'attentato dinamitaro, fino all'omicidio dei concorrenti"* (Pino Arlacchi, *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1983).

Em face desta situação, o legislador decidiu tipificar no Código Penal as "associações tipo mafiosas", punindo a mera participação no grupo com pena de três a seis anos de reclusão, e os seus "promoventes" ou "dirigentes" com pena de quatro a nove anos de reclusão, além, evidentemente, dos crimes específicos eventualmente praticados pelo criminoso.

Além da tipificação, no âmbito do direito penal, incontáveis foram as medidas de direito processual penal introduzidas na gama da legislação italiana com o objetivo de fortalecer o combate às organizações mafiosas. Dentre elas, a interceptação das comunicações, autorizadas pelo Juiz, continua sendo uma das mais eficientes. A Lei 356, de 7 de agosto de 1992, entretanto, introduziu no sistema processual penal, sob a rubrica de *"intercettazione preventiva"* — no artigo 25, a possibilidade de interceptações de comunicações por determinação direta do Ministério Público, em casos de urgência, quando se entenda que a demora possa resultar em prejuízo para a investigação (art. 267, n^{os} 2 e 3 do Código de Processo Penal).

O promotor que a determinar deve comunicar o juiz no prazo de 24 horas, e este deve ratificar ou anular a medida no prazo de 48 horas. A medida de interceptação de comunicações não deve ultrapassar o período de 15 dias,

* Promotor de Justiça em São Paulo. Formado pela PUC-SP em 1987, é doutor pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha) em direito processual penal e pesquisador pós-doutorado pela Universidade de Bologna (Itália). Escreveu os livros *Curso de investigação criminal, crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais* e *Crime de lavagem de dinheiro*.

podendo, entretanto, ser renovada por mais 15 dias, com despacho fundamentado, desde que se verifique que permaneçam as condições estabelecidas para a decretação. Para a efetivação da medida, o Ministério Público pode valer-se de um oficial da polícia judiciária ou proceder a execução diretamente.

Trata-se de medida que busca agilizar a obtenção de prova de conversas de pessoas suspeitas. Verificava-se que o tempo perdido na eventualidade de urgência, para elaboração de requerimento ao juiz, com apresentação de suporte documental poderia tornar inútil a medida em caso de demora. As conversas entre os criminosos acontecem muito rapidamente, e por vezes em questão de horas conversas importantes podem ser perdidas e deixam de se tornar provas contundentes. E a consequência é a perda de real oportunidade de punição a criminosos perigosos.

O artigo 267 do Código de Processo Penal Italiano, que prevê expressamente a possibilidade de determinação de interceptação por parte do Ministério Público em caso de urgência, está assim redigido:

“Artigo 267. Presupposti e forme del provvedimento [...] 2. Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone l’intercettazione con decreto motivato, che va comunicato immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore al giudice indicato nel comma 1. Il giudice, entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non viene convalidato nel termine stabilito, l’intercettazione non può essere proseguita e i risultati di essa non possono essere utilizzati.”

Como se vê, trata-se de medida que foi colocada em prática após anos de experiência no combate à criminalidade organizada na Itália, e que se mantém em vigência, produzindo efeitos altamente positivos, com inúmeros casos bem sucedidos.

Enfim, é preciso copiar aqueles que já enfrentaram o problema e forma a tornar o trabalho mais eficiente. É resultado desejado pela população, a quem o Ministério Público representa. É medida altamente salutar, perfeitamente cabível no sistema constitucional vigente no Brasil, e, mais que tudo, necessário.

Se é hora de mudar a legislação, façamo-la melhor, mais eficiente, pelo bem da sociedade.

Junho de 2007

MINISTÉRIO PÚBLICO, OMBUDSMAN E OUIDOR NA FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ombudsman. 2.1. Origem do ombudsman. 2.2. Sua distorção. 2.3. A correta definição do ombudsman. 3. Ouvidor 3.1. Paradigma histórico. 3.2. As ouvidorias brasileiras. 3.3. Ouvidor x ombudsman. 4. O Ministério Público 4.1. Origem do Ministério Público. 4.2. O Ministério Público no Brasil. 4.3. A destinação constitucional do Ministério Público. 4.4. O campo de atuação do Ministério Público. 4.5. O Ministério Público e a fiscalização dos serviços públicos. 4.6. Instrumentos para o desempenho das funções de ombudsman pelo Ministério Público – Inquérito Civil e Ação Civil Pública. 4.7. A eficácia da atuação do Ministério Público na fiscalização da prestação dos serviços públicos. 4.7. A eficácia da atuação do Ministério Público na fiscalização da prestação dos serviços públicos. 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

“Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; e como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal o absurdo psicológico, no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca – momento a momento — a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor; ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.”¹

A sociedade contemporânea clama zelo pelos seus direitos de forma muito marcante, porque, ao longo do tempo, foi vitimada por profundo desrespeito aos direitos mais basilares. Notadamente, a denominada Carta Cidadã, de 1988,

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, titular da 1ª Promotoria de Massas Falidas da Capital. Professor da Escola de Direito RIO da FGV. Doutorando pela Universidade de Toulouse. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes.

1. Piero Calamandrei. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1996.

delineou um novo panorama, culminando, inclusive, com a elaboração de alguns diplomas legais com traço peculiar à causa, como, *v.g.*, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

Diante de tal quadro, modificação no texto constitucional, batizada de reforma administrativa constitucional, especificamente a Emenda nº 19, de 4 de junho de 1998, enfatizou a figura de um mecanismo de controle dos atos da administração pública pelos usuários dos serviços públicos, consoante regra insculpida no § 3º do artigo 3º da Constituição da República — são as denominadas Ouvidorias. Os entes federativos estão, paulatinamente, implementando tais mecanismos, nas esferas mais variadas.

De outro lado, tem-se o Ministério Público que é uma instituição jovem, apesar de constar de registros que datam de aproximadamente 4 mil anos. Com o advento da nova ordem constitucional, em 5 de outubro de 1988, o *Parquet* foi alçado a um patamar para muitos ainda nebuloso, havendo até alusão à figura de um Quarto Poder². Nesse sentido, esta é uma das principais razões pela qual me impulsiona o presente trabalho, a fim de amoldar a função ministerial ao cenário jurídico atual, sendo notória tal necessidade, devido aos reclamos sociais crescentes que acabam por recair à responsabilidade do Ministério Público.

Com efeito, o modelo de Estado atual — Estado Regulador —, tem por base o comando constitucional da *desestatização*³, deixando a cargo do particular as atividades reservadas à sua seara, incumbindo ao Poder Público a regulação dos serviços públicos a serem prestados. Destarte, com o delineamento da função do *Parquet*, adequada se fará a análise da sua atuação em relação aos serviços públicos prestados não só pelos particulares, mas também quando engendrado pelo próprio Estado.

2. OMBUDSMAN

2.1. ORIGEM DO OMBUDSMAN

O vocábulo *ombudsman* tem origem no idioma sueco, com significado de representante, sendo uma das poucas palavras que foram recepcionadas por outras línguas.

A origem jurídica do *ombudsman* remonta ao Direito Escandinavo, especificamente na Suécia, em 1713, instituído pelo Rei Charles XII, como seu

2. Sergio de Andréa Ferreira. *Princípios institucionais do Ministério Público*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Coletânea de Legislação Brasil — Organização Judiciária, 1996, p. 9. O autor identifica uma quarta função política, ao lado da legislativa, executiva e judiciária, intitulando-a de função de provedoria de justiça.

3. O artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil determina que o Estado-Empresário deve ser a exceção, somente sendo admissível a sua presença nas hipóteses de *imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo*. Nesse passo, pode-se afirmar que a manutenção da figura do Estado-Empresário em alguns setores da economia é dissonante da Ordem Constitucional, como, *v.g.*, a situação da Petrobras.

representante, com poderes absolutos para verificar qualquer atividade desenvolvida no reino e informá-lo. A sua atividade era voltada ao controle do soberano sobre os seus súditos, ganhando um contorno mais definido com a Constituição Sueca de 1809, quando investido nas suas funções pelo Parlamento, com a atribuição de supervisionar a observância do atos normativos pelos juízes e servidores públicos – era o *justitieombudsman* (comissário de justiça).

Outros países adotaram o modelo do *ombudsman*. Em 1919, se viu presente na Finlândia; em 1952, na Noruega; em 1953, na Dinamarca; em 1956, na República Federal da Alemanha; em 1962, na Nova Zelândia; e em 1967, na Inglaterra, sob a denominação *Parliamentary Commissioner for Administration*⁴.

No seu berço – Suécia —, se mantém com as mesmas linhas, como ressaltou o Cônsul da Suécia Bernard Vaena, no VI Seminário Nacional de Ouvidores/Ombudsman, realizado no Estado do Rio de Janeiro, nos dias 29 e 30 de novembro de 2001, no auditório da Fundação Getúlio Vargas: “Atualmente existem quatro *ombudsman* na esfera parlamentar, os chamados JO – *Justitieombudsmän*. Eles são eleitos pelo parlamento para o mandato de quatro anos, podendo ser reeleitos. Geralmente são juízes proeminentes, apoiados por um *staff* de alta qualificação legal. A atuação é independente para vigiar as atividades de todos os órgãos estatais e municipais, com exceção dos membros do governo, deputados e dos órgãos autárquicos eleitos”⁵.

Na Inglaterra, atualmente, permanece atrelado ao Parlamento (*Parliamentary Commissioner for Administration*) e se assemelha muito ao Ouvidor delineado pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, cujo objetivo é o de recepcionar as denúncias, encetar diligências para análise dos fatos e, a final, propor uma solução.

Nos Estados Unidos da América existe a *United States Ombudsman Association*, sendo possível o alcance da sua destinação no site da USOA⁶: “*The United States Ombudsman Association is the national organization for public sector ombudsman professionals. Founded in 1977, USOA is North America’s oldest national ombudsman association with members from ombudsman offices in local, state, and federal governments, and affiliated ombudsman offices. Under its bylaws, USOA was organized to operate exclusively for educational, scientific and charitable purposes*”. Todavia, apesar da definição traçada, ressalte-se que, no direito norte-americano, não se apresenta, necessariamente, como órgão do Poder Público, tampouco é sempre ligado à esfera da administração pública, dando-se a conhecer, muitas das vezes, como uma entidade privada que se destina a intermediar e sugerir soluções aos problemas dos cidadãos, cujo objeto seja a prestação de um serviço público.

4. Charles Debbasch. *Science administrative*, Paris, 1970, pp. 607 e segs., e também H. W. R. Wade, *Administrative law*, Oxford, 1967, trad. italiana de C. Geraci sob o título *Diritto amministrativo inglese*, Milão, 1969, p. 23.

5. www.abonacional.org.br.

6. <http://www.usombudsman.org>.

2.2. SUA DISTORÇÃO

No Brasil, o denominado *ombudsman* tem tomado uma feição bem diferente. No cotidiano, os empresários têm associado a terminologia *ombudsman* aos denominados SACs – *Serviço de Atendimento ao Consumidor*, sendo que este é um setor da empresa que se presta a ouvir as reclamações dos consumidores, repassá-las aos superiores hierárquicos, com posterior resposta, indicando o encaminhamento do que fora outrora pugnado, não importando, necessariamente, que tenha havido uma sugestão formulada pelo *ombudsman*, tampouco uma solução. Também há confusão na diferenciação do *ombudsman* para a ouvidoria, como bem se percebe pela existência de uma associação nacional que se intitula como *Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman*⁷.

2.3. A CORRETA DEFINIÇÃO DO OMBUDSMAN

Não se pode, desta feita, admitir-se que um conceito teórico, com origem histórica bem definida seja subvertido, sob a égide da praxe. Assim, mister se faz a manutenção do formato clássico, com vistas ao alcance daquele que tem por missão zelar pelo bom desempenho da atuação pública, seja na prestação dos serviços públicos ou em todo o atuar dirigido à órbita pública, funcionando, como bem ressaltado pelo indigitado Cônsul Sueco – *juízes proeminentes, apoiados por um staff de alta qualificação legal*.

Nesse desiderato, o *ombudsman* tem um espectro de atuação bastante amplo, destinado a se prestar ao papel de Advogado da Sociedade, *representando*, efetivamente, os anseios sociais, indo ao encontro da gestão participativa, sendo notória tal realidade mundial, haja vista no recente episódio da crise na Argentina, onde a população rechaçou veementemente a postura do presidente eleito — diga-se, pelo próprio povo — , culminando com a sua “expulsão” (*rectius*: renúncia)⁸.

3. OUVIDOR

3.1. PARADIGMA HISTÓRICO

Acolhido de forma precursora pela Constituição Portuguesa de 1976 — quando comparada com a maioria das constituições européias —, o Provedor de Justiça português, congênero do *Defensor del Pueblo*, surgido na Espanha, em 1978, identifica-se, sem dúvida, com o modelo de *ombudsman* nórdico. Algumas características fundamentais desta instituição sueca encontram-se claramente

7. www.abonacional.org.br.

8. Final do ano de 2001.

presentes no homólogo português: órgão unipessoal, com legitimidade garantida por sua eleição pelo Poder Legislativo, independente no exercício das funções, desprovido de poderes imperativos mas sim recomendatórios, com autoridade fundada na notória moral ilibada e competência profissional, fiscalizador da administração pública visando à melhoria dos serviços e reparação de injustiças ou ilegalidades, tendo o direito de obter a cooperação dos órgãos e serviços sujeitos à sua fiscalização e gozando de legitimidade abstrata junto do contencioso constitucional.

Na Comunidade Européia, hodiernamente, pelo Parlamento Europeu, é prevista a figura de um Provedor de Justiça⁹.

No Brasil, a designação Ouvidor remonta ao período colonial. Naquela época o Ouvidor era um auxiliar direto dos donatários das capitanias hereditárias nomeado para a função de juiz. Em 1548, com a criação do Governo-Geral do Brasil, surgiu a figura do Ouvidor-Geral com as funções de Corregedor-Geral da Justiça em todo o território colonizado. A despeito de tentativas malogradas de se instituir o *Ombudsman* público — denominado Juiz do Povo — desde 1823, foi somente a partir de meados dos anos 80 que algumas esferas estatais brasileiras, notadamente o município de Curitiba, em 1986, e o estado do Paraná, em 1991, instituíram o Ouvidor, apresentando, entretanto, delineamento diverso do verdadeiro *ombudsman*.

3.2. AS OUVIDORIAS BRASILEIRAS

A Assembléia Nacional Constituinte estava inclinada a adotar a figura de uma Defensoria do Povo, que bastante se assemelharia à figura do *ombudsman*, como se evidencia na sugestão apresentada por uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, presidida pelo Prof. AFONSO ARINOS, em seu artigo 56, que merece transcrição:

“Art. 56. É criado o defensor do povo, incumbido, na forma da lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição.

§ 1º O defensor do povo poderá promover a responsabilidade da autoridade requisitada no caso de omissão abusiva na adoção das providências requeridas.

§ 2º Lei complementar disporá sobre a competência, a organização e o funcionamento da Defensoria do Povo, observados os seguintes princípios:

9. www.euro-ombudsman.eu.int/lbasis/pt.statute.htm, em 12 de agosto de 2002: Decisão do Parlamento Europeu relativa ao estatuto e às condições gerais de exercício das funções de Provedor de Justiça Europeu, de 9 de março de 1994, em Estrasburgo, presidida por Egon Klepsch.

I – o defensor do povo é escolhido, em eleição secreta, pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, entre candidatos indicados pela sociedade civil e de notório respeito público e reputação ilibada, com mandato renovável de cinco anos;

II – soa atribuídos ao defensor do povo a inviolabilidade, os impedimentos, as prerrogativas processuais dos membros do Congresso Nacional e os vencimentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal;

III – as Constituições estaduais poderão instituir a Defensoria do Provo, de conformidade com os princípios constantes deste artigo.”

Verifica-se, pela redação dos dispositivos, que tal diretiva não se amoldaria especificamente a uma Ouvidoria, mas sim à figura de um verdadeiro *Ombudsman*.

O texto constitucional de 1988 não acatou a proposta, nos moldes elaborados, fazendo alusão, somente, às “reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei”¹⁰, reservando ao Ministério Público o comando inserto no artigo 127 da Constituição da República¹¹.

Foi com a reforma administrativa de 1998, materializada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho, que a Carta Magna incorporou ao seu texto a regra de que a lei “disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de *serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;*”¹²

A partir de então, os entes federativos passaram a criar as suas Ouvidorias, com exceção apenas para o município de Curitiba, que criou a sua Ouvidoria, em 1986. Neste caminho, o Estado do Paraná, seguindo o modelo de sua capital, instituindo a Ouvidoria Geral do Estado, em 1991, conferindo ao ouvidor a prerrogativa de Secretário de Estado¹³.

Recentemente foi presenciada a celeuma relativa à criação da Ouvidoria-Geral da União, nomeado para o cargo um membro do Ministério Público aposentado, tendo suscitado a discussão sobre a sua possível invasão em órbitas diversas, como a Corregedoria-Geral da União e até mesmo na atuação do próprio Ministério Público Federal. Ao final, se fez perceber que a função de uma Ouvidoria não é, teoricamente, conflitante com os demais órgãos de fiscalização, tendo em vista o seu perfil um tanto acanhado, como se vislumbrará adiante.

10. § 3º original do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

11. O Ministério Público é 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.

12. Inciso I do § 3º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, após a Emenda Constitucional nº 19/98.

13. Artigo 1º do Decreto nº 22, de 15 de março de 1991 do Estado do Paraná: “Será designado um Ouvidor-Geral, dentre os Secretários Especiais, com prerrogativa de Secretário de Estado e com as atribuições definidas neste Decreto.”

O Estado de São Paulo criou a Ouvidoria do Serviço Público, através da Lei nº 10.294, de 20 de abril de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 44.074, de 1º de julho de 1999, fixando a atribuição dos ouvidores¹⁴ e sua forma de escolha, asseverando que deverá ser indicado por uma Comissão Intersecretarial de Estado, assegurando o exercício da função pelo período mínimo de 1 (um) ano, permitida a recondução¹⁵.

O Estado do Rio de Janeiro, inicialmente, criou a Ouvidoria de Polícia, nomeando um membro do Ministério Público Estadual para desempenhar a função de Ouvidor, com a edição da Lei nº 3.168, de 12 de janeiro de 1999, como um órgão de uma Secretaria de Estado – Secretaria de Segurança Pública —, com o escopo de encaminhar às Corregedorias de Polícia Militar e Civil as denúncias¹⁶. Recentemente – em 22 de outubro de 2001 —, foi instituído o programa *Fala-Cidadão* que está ligado à Ouvidoria Geral do Estado¹⁷.

O perfil das ouvidorias bem se amolda aos SACs das empresas, porque, na maioria das hipóteses, tem a natureza jurídica de um órgão ou figura administrativa semelhante, desprovida de autonomia, pois tem por escopo atender ao corpo.

Não obstante, ocupando os cargos de ouvidores pessoas extremamente obstinadas e envolvidas com a causa da cidadania, vêm-se manietadas no seu atuar, em decorrência da total ausência de mecanismos repressivos.

14. "Artigo 1º Compete aos ouvidores do serviço público:

- I — exercer a função de representante do cidadão junto à instituição em que atua;
- II — agilizar a remessa de informações de interesse do usuário ao seu destinatário;
- III — facilitar ao máximo o acesso do usuário do serviço à Ouvidoria, simplificando seus procedimentos;
- IV — encaminhar a questão ou sugestão apresentadas à área competente, acompanhando a sua apreciação;
- V — ter livre acesso a todos os setores do órgão onde exerce suas funções, para que possa apurar e propor as soluções requeridas em cada situação;
- VI — identificar problemas no atendimento do usuário;
- VII — sugerir soluções de problemas identificados ao dirigente do órgão em que atue;
- VIII — propor a correção de erros, omissões ou abusos cometidos no atendimento ao usuário;
- IX — atuar na prevenção e solução de conflitos;
- X — estimular a participação do cidadão na fiscalização e planejamento dos serviços públicos;
- XI — estimular o órgão em que atue a explicar e informar ao usuário sobre os procedimentos adotados até a prestação do serviço."

15. Artigos 5º e 6º do Decreto nº 44.074, de 1º de julho de 1999, do Estado de São Paulo.

16. www.novapolicia.rj.gov.br/ouvidoria.htm, em 27 de dezembro de 2001: "As denúncias são registradas e encaminhadas para as Corregedorias das Polícias Militar e Civil, ficando a Ouvidoria com a responsabilidade de fiscalizar/monitorar o trabalho realizado naqueles órgãos. Os casos que demandam providências emergenciais são comunicados, via fax ou através de contato telefônico, imediatamente após o registro da denúncia. É importante ressaltar que a Ouvidoria tem considerado prioritário, para acompanhamento, os casos relativos à integridade física do cidadão. Cabe, ainda, acentuar que a Ouvidoria dispõe de um grupo de profissionais que examina todas as respostas encaminhadas pelas Corregedorias e avalia a necessidade de se pedir informações adicionais, solicitar a tomada de outros depoimentos ou recomendar investigações complementares".

17. www.governo.rj.gov.br/falacidadao.htm, em 27 de dezembro de 2001.

Destarte, funcionam apenas como um canal de comunicação dos administrados com os seus administradores, com o papel de *ouvir*, podendo-se utilizar uma metáfora com o corpo humano, seguindo o ditado popular: *fulano só ouve o que quer*. Seja como Secretaria de Governo, seja como órgão, a denúncia ou reclamação é repassada ao destinatário, que o cidadão nunca teria acesso direto, torcendo-se para que não se façam *ouvidos de mercador*.

De outra forma, não olvidemos o fenômeno da regulação, fortalecido com os programas nacionais de desestatização, culminando com a criação das agências reguladoras. A atuação da agência reguladora está em uma zona cinzenta, nebulosa, em relação ao *ombudsman* e ao ouvidor, pois sua órbita de ingerência abrange a relação Poder Público — prestador do serviço público e, via de consequência, o usuário do serviço público. *Registre-se que as próprias agências reguladoras criaram suas ouvidorias.*

3.3. OUVIDOR X OMBUDSMAN

Tanto o ouvidor quanto o *ombudsman* têm traços peculiares, em relação ao seu escopo – buscar a solução de um problema relatado. Presta-se a representar determinado segmento, grupo ou classe, aqui generalizando, desde o que reclama pela lentidão na entrega de determinado produto ao SAC (*Serviço de Atendimento ao Consumidor*) até aquele que veicula a notícia de que a instalação de determinada praça de pedágio infringe as regras de concessão dos serviços públicos.

Todavia, os mecanismos e a forma engendrada para a estruturação de cada qual são deveras dissonantes, repercutindo, diametralmente, na eficácia das providências adotadas para a resolução das demandas.

O ponto marcante na diferenciação entre ambos se situa na autonomia que deve pautar a atuação do *ombudsman*, tanto em relação à condução das investigações sobre o fato relatado, quanto às providências repressivas para a solução da questão. Enquanto órgão, secretaria ou coordenação, a ouvidoria se torna um mero anotador de reclamações.

Nesta linha de raciocínio, pontua MARCOS JURUENA:

“Ocorre que, no Brasil, tal figura seria equiparada ao representante do Ministério Público (previsto no art. 82, do Código de Defesa do Consumidor como substituto processual – CF, art. 129, III), tendo, entre suas funções institucionais, o encargo de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos, podendo, para tanto, expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando documento e informações para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva. Não seria, assim, necessária mais

uma autoridade, nem, muito menos, atribuir o inquérito civil público a um Diretor de Agência (como dito acima)."¹⁸

Deve-se ter cuidado redobrado com certas medidas que visam, sob o rótulo de exercício da cidadania, arranhar, exatamente, os direitos dos cidadãos. A pluralidade desordenada de entes que se dedicam a receber denúncias só contribuem para que nada seja resolvido, dando uma falsa impressão ao denunciante que o seu problema está encaminhado a quem de direito.

A Câmara dos Deputados também criou a sua Ouvidoria, há seis meses, prestando-se a receber, dentre outras reclamações, *queixas de namorados*¹⁹.

Ora, casos pitorescos como esses só se prestam à contribuição da disseminação da ignorância sobre a atuação da administração pública, concretizando a dificuldade na solução de problemas reais da vida pública.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1. ORIGEM DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público, apesar de remoto em seus registros históricos, é uma instituição de perfil novo, principalmente após o advento da ordem constitucional, de 5 de outubro de 1988.

A sua raiz é alcançada há 4 (quatro) mil anos, registrada nos textos encontrados em escavações, na figura do funcionário real, no Egito, denominado de *magiáí*, cuja função era a *língua e os olhos do rei*, castigando os rebeldes, reprimindo os violentos, protegendo os cidadãos pacíficos, acolhendo os pedidos do homem justo, perseguindo o malvado e o mentiroso, agindo como marido da viúva e pai do órfão, fazendo ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso, tomando parte na instrução para descobrir a verdade²⁰.

4.2. O MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL

Com o desenvolvimento histórico brasileiro, o Ministério Público foi alcançando espaço no cenário jurídico, como se verifica na primeira Constituição

18. Marcos Juruena Villela Souto. *Desestatização. Privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 628.

19. Reportagem "Ouvidoria recebe até queixas de namorados", publicado no jornal *O Globo*, de 26 de dezembro de 2001, p. 4.

20. Mario Vellani. *Il pubblico ministero nel processo*, Bologna, 1965, v. 1, t. 1.

da República, de 1891, ao se fazer alusão à escolha do Procurador-Geral, até a Constituição de 1988. Verifica-se, também, a posituação da sua atuação, seja como órgão agente ou interveniente, nos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973. Todavia, o grande marco se deu com a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público —, criando diretrizes para a organização do Ministério Público nacional, posteriormente substituída pela Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Ademais, foi com o advento da Carta Magna de 1988, que o *Parquet* alcançou um *status* de poder constituído sem parâmetro mundial.

4.3. A DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Título IV da Lei Maior, ao dispor sobre a organização dos poderes, insere em seu Capítulo IV, Seção I, o Ministério Público como instituição permanente, cujo comando constitucional é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, delineando com precisão as suas funções institucionais na regra insere no artigo 129, sendo relevante ressaltar, para a finalidade da presente reflexão, o disposto nos incisos II e III, ao tratar dos serviços de relevância pública e inquérito civil e ação civil pública.

O zelo pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição da República, promovendo as medidas necessárias a sua garantia²¹, afigura-se como um dever, sendo necessário, para o seu cumprimento, a previsão de instrumentos, o que se alcança com a indicação do inquérito civil e da ação civil pública, guarnecendo os interesses difusos e coletivos, além dos individuais homogêneos indisponíveis, já chancelados na regra insculpida no artigo 127.

4.4. O CAMPO DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A tendência dos estudiosos sobre o Ministério Público é a de restringir a atuação do *Parquet* às hipóteses em que se vislumbra interesse público e social, diferenciando-se o interesse público primário do secundário. A simples contraposição de interesse público e privado não traduz a necessidade da intervenção ministerial. A definição de Renato Alessi²², bem traduz a diferença:

“(...) interesse público compreende o interesse público primário e o secundário: não há confundir o interesse do bem geral (interesse público

21. Inciso II do artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil.

22. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197-8.

primário) com o interesse da administração (interesse público secundário), pois este último é apenas o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público.”

As atribuições do Ministério Público, modernamente, são objeto de reflexão pelas chefias institucionais, havendo quem se manifeste sobre a necessidade da *racionalização* da sua atuação, fixando-se a discussão na dispensa da manifestação ministerial em determinadas hipóteses como, *v.g.*, em uma separação judicial de pessoas maiores, capazes e sem filhos menores.

Parece-me de bom tom que a discussão se dê com base no tema *O Ministério Público e a sua Destinação Constitucional*. Como é cediço, a nova ordem constitucional, pela teoria adotada no ordenamento pátrio – *Teoria da Recepção*, elaborada por HANS Kelsen²³, poderá recepcionar as normas anteriores desde que compatíveis com a *novel* sistemática, consoante assevera:

“Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. No entanto, essa expressão não é acertada. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente (...).”

Destarte, todos os dispositivos legais anteriores à Constituição da República devem ser interpretados conforme a constituição e os posteriores da mesma forma, sob pena de estarem maculados da eiva da inconstitucionalidade, consubstanciado, neste passo, o princípio da supremacia da Constituição²⁴.

Como indigitado, o Ministério Público tem as suas funções insertas na Constituição da República, incumbindo-lhe, desta feita, atender a tais ditames, os quais, a todo evidente, parecem não se coadunar com a atuação em casos em que não há nenhum interesse público primário, difuso, coletivo ou individual homogêneo indisponível, tanto no exemplo já citado de uma separação judicial de pessoas maiores, quanto, *v.g.*, em relação à sua atuação compulsória no mandado de segurança. Não havendo cabimento, portanto, o raciocínio de que há previsão legal para tanto²⁵, pois é certo que se trata de dispositivo legal pretérito à ordem constitucional.

Na esteira do raciocínio, os membros do Ministério Público terão condição de concentrar seus esforços no alcance dos anseios da sociedade revelados pela Assembléia Nacional Constituinte, de 1988, pois como bem asseverado por Sérgio

23. Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra, Arménio Amado, 1979.

24. Luís Roberto Barroso. *A Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 150.

25. Artigo 10 da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

de Andréa Ferreira²⁶, o *Parquet* funciona como o Advogado da Sociedade, atuando não só na sociedade, mas para a sociedade.

4.5. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os serviços públicos estão nitidamente alcançados pelo conceito de interesse público primário e social, bastando, para tanto, a sua análise em confronto com os denominados interesses transindividuais, cunhados como direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos indisponíveis, podendo-se alcançar tais conceitos no parágrafo único do artigo 81 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O Ministério Público brasileiro tem uma feição ímpar no cenário mundial, haja vista a sua desvinculação hierárquica da divisão tripartite dos poderes, contando com autonomia não só institucional, mas principalmente de seus membros, no que tange às garantias e prerrogativas. As garantias estão talhadas através da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios²⁷, que não devem ser interpretadas como privilégio, mas antes disso, e desde que bem utilizadas, como verdadeiras garantias da coletividade²⁸. Diante de uma pessoa que tem o cargo vitalício, identificado está alguém que não tem o que temer em relação a injunções externas, senão à sua consciência e à lei. A inamovibilidade é um dos atributos mais importantes, pois é muito fácil e conveniente *transferir* algum investigador quando está incomodando, ou, ao revés, *designar* um acusador de exceção para determinado caso, como acaba por ocorrer, lamentavelmente, em alguns episódios envolvendo policiais conscientes da sua atuação; não raro se escuta, no atuar ministerial, determinado investigado insatisfeito asseverando que *providenciará a transferência* do membro do Ministério Público, o que efetivamente, resta frustrado. Ademais, a irredutibilidade de subsídios, afigura-se, também, como importante segurança à pessoa natural que exerce a função de membro do Ministério Público, pois seria muito fácil aviltá-lo financeiramente para que se rendesse a interesses espúrios.

Registre-se, por derradeiro, que a independência funcional tem por limite a consciência e a lei do membro do Ministério Público, deixando-o a salvo de qualquer subordinação hierárquica institucional.

Nesta conformidade, vislumbra-se que o Ministério Público se presta, com perfeição, ao desempenho da função clássica já identificada do *ombudsman*. O Ministro do Egrégio Supremo Tribunal Federal Celso de Mello²⁹, exortou a função ministerial:

26. Sérgio de Andréa Ferreira, *op. cit.*, p. 21.

27. Inciso I do § 5º do artigo 128 da Constituição da República Federativa do Brasil.

28. Hugo Nigro Mazzili. *Regime jurídico do Ministério Público*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 148.

29. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 147, p. 161.

“(…) com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional, *atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil*” (destaque nossos).

Para o cumprimento do comando constitucional de *ombudsman*, notadamente reservado ao *Parquet*, necessário se fez a elaboração de mecanismos efetivos ao desenvolvimento de seu mister, sob pena de restar apenas a figura delineada de um Ouvidor.

4.6. INSTRUMENTOS PARA O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES DE OMBUDSMAN PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – INQUÉRITO CIVIL E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Para o desempenho da fiscalização da prestação dos serviços públicos, não só sob o ponto de vista repressivo, mas sobretudo preventivo e implementador, a Constituição da República dispôs sobre o inquérito civil e a ação civil pública³⁰.

O inquérito civil³¹, criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, é um dos instrumentos mais importantes para a atuação dos membros do Ministério Público na defesa dos denominados interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos indisponíveis, inserindo-se, nesta órbita, repita-se, a fiscalização sobre a prestação dos serviços públicos.

Trata-se de um procedimento de natureza administrativa inquisitorial, de utilização exclusiva do Ministério Público, carecedor, ainda, de regulamentação. Consigne-se que há anteprojeto de lei para discipliná-lo, elaborado por uma comissão, da qual fizemos parte, instituída pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público³².

30. Inciso III do artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil.

31. E não inquérito civil *público*, em razão de não haver a contraposição de um inquérito civil *privado*.

32. “Art. 1º O inquérito civil é investigação administrativa prévia, de caráter inquisitorial, instaurada e presidida pelo Ministério Público, que se destina a colher elementos de convicção preparatórios para o exercício das atribuições a seu cargo, tais como:

a) a propositura de ação civil pública;

b) a tomada de compromisso de ajustamento de conduta dos causadores de danos a interesses transindividuais;

c) a realização de audiências públicas;

d) a expedição de recomendações para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados na Constituição, e a promoção das medidas necessárias à sua garantia;

e) a coleta de elementos de convicção necessários ao exercício de quaisquer outras atribuições a seu cargo.

Parágrafo único. O inquérito civil não é pressuposto processual para o ajuizamento das ações públicas a cargo do Ministério Público.”

O procedimento de investigação, denominado de inquérito civil, quando instaurado será presidido pelo membro do Ministério Público e destinar-se-á à colheita de provas para que seja expedida recomendação ao investigado; promovida audiência pública; realizado termo de ajustamento de conduta, ou, então, intentada ação judicial, intitulada de ação civil pública. A coercibilidade do instrumento de investigação, além do fato de a figura da presidência, em razão da identificação do *ombudsman*, está no poder de requisição de informações, ressaltando que o seu não atendimento configura-se crime previsto no artigo 10 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985³³.

Corrobre-se que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, chancelou o posicionamento de que a quebra de sigilo fiscal e bancário pelo Ministério Público, quando se tratar de contas públicas, independe de autorização judicial:

“EMENTA: — 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. 8º, 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 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 da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou

33. “Artigo 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitado pelo Ministério Público.”

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”³⁴.

Não se torna difícil concluir que o inquérito civil é um instrumento de alcance efetivo dos objetivos acionados, revelado, neste sentido, pela pesquisa realizada por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO³⁵, em que “em média, para cada duas ações promovidas pelo Ministério Público, uma é precedida de inquérito civil, ou seja, 50 %.(...) Quanto ao resultado, 61,19% dos processos transitados em julgado, precedidos de inquérito obtiveram êxito (...)”.

Já a ação civil pública, nominada desta forma, não está restrita à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Eis que outros diplomas legais prevêm a ação civil pública, como, v.g., Lei nº 7.853/89 (pessoas portadoras de deficiência física); Lei nº 7.913/89 (danos causados a investidores do mercado financeiro); Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e Lei nº 8.429/92 (Improbidade Administrativa).

Trata-se de uma forma de se levar ao conhecimento do Poder Judiciário o fato investigado, pugnando-se pela sua solução. Não se verifica apenas o Ministério Público como legitimado ativo, contudo, a prática tem demonstrado que a maioria das ações civis públicas intentadas tem por autor o *Parquet*³⁶.

4.7. A EFICÁCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A atuação do Ministério Público como *ombudsman* em relação à fiscalização dos serviços públicos tem sido notória, em diversas hipóteses, quando a sua presença tem sido curial para a defesa dos interesses sociais.

Na comarca de São Gonçalo, no Estado do Rio de Janeiro, foi instaurado o inquérito civil, de nº 81/00, pela 1ª Promotoria de Interesses Difusos do 5º Centro Regional, sob a presidência do Promotor de Justiça, cujo objetivo era a investigação do fato de estar o Município de São Gonçalo mantendo um contrato de coleta de lixo sem a realização de licitação para tanto. A argumentação expendida pelo ente público era o fato de que o “novo Governo” eleito, em janeiro de 2001, tinha se deparado com o caos urbano, estando a cidade sem nenhum tipo de serviço público referente à coleta e tratamento do lixo. Portanto, realizado foi o contrato, dispensando-se o certame, sob a égide da situação emergencial³⁷.

34. MS 21.729/DF, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno.

35. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 204.

36. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *op. cit.*, p. 192.

37. Inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Ocorre que, expirado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias previstos para o contrato, alegou-se não ter sido possível a realização de licitação, realizando-se novo contrato emergencial com a mesma sociedade empresarial. Em audiência pública designada e presidida pelo Ministério Público, com a presença do Secretário de Governo, Procurador-Geral do Município e representantes da sociedade, em meados do mês de novembro de 2001, foi firmado um termo de ajustamento de conduta³⁸, no qual o governo pactuou a elaboração do edital de licitação, agora sim em caráter de urgência, sendo que o mesmo já foi publicado em dezembro de 2001.

Da mesma forma, se deu em relação a diversas investigações realizadas em todo o Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de resolver o problema da superpopulação carcerária das delegacias, quando, então, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro providenciou fosse firmado termo de ajustamento de conduta com o Governador do Estado do Rio de Janeiro, do qual fizeram parte os Secretários de Segurança Pública, de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário e de Controle Geral, em 11 de setembro de 2001. O pacto engendrou a elaboração de um cronograma de abertura de vagas no sistema carcerário do Estado, restando estipulado que o seu descumprimento acarretaria em rigorosa cláusula penal³⁹.

O Ministério Público tem se mostrado um intransigente defensor da sociedade, na órbita jurisdicional.

Na comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro foi concedida liminar em ação civil pública, intentada em face da CERJ – Companhia Estadual de Energia Elétrica⁴⁰, visando impedir a concessionária de serviço público de interromper o fornecimento de energia elétrica, com fulcro no argumento do princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, sendo certo que a matéria é deveras controvertida nos tribunais.

Situação interessante se deu com a ação civil pública proposta pelo Ministério Público, na comarca de Petrópolis, no Estado do Rio de Janeiro, em face do Município de Petrópolis⁴¹, quando a atuação do *ombudsman* se deu exatamente em decorrência da ausência na prestação do serviço público, quando se pugnou pela impossibilidade de cobrança de uma tarifa de esgoto, sem que tivesse ocorrido a contraprestação do serviço específico, ou seja, o serviço público não estava sendo prestado.

38. Procedimento Investigatório nº 58 de 2001 – 1ª Promotoria de Interesses Difusos do 5º Centro Regional do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

39. "Cláusula 20 – O não cumprimento de qualquer das cláusulas ora acordadas, sujeitará o Estado ao pagamento de multa diária no valor de UFIR 100.000 (cem mil UFIRs), por cláusula não cumprida, a ser recolhida à conta do Fundo Penitenciário Estadual, gerido com a intervenção do Ministério Público e do Conselho da Comunidade, sendo os recursos assim recolhidos, destinados, integralmente, à reconstrução das unidades prisionais aqui mencionadas, inclusive em seu anexo."

40. TJRJ, Des. Cássia Medeiros, 18ª Câmara Cível, unânime, em 18/12/98, Processo: 1998.002.06224. Data de Registro: 02/02/1999. Folhas: 995/998.

41. TJRJ, Des. Semy Glanz, 4ª Câmara Cível, unânime, em 26/11/1998. A.I. 1998.002.01351. Data de Registro: 09/08/1999 Folhas: 23.055/23.070

Diante do quadro fático delineado, identifica-se que o estabilizador do equilíbrio social, comprometido apenas com a sociedade — pois sempre foi e será social —, é o Ministério Público, o verdadeiro *ombudsman*; instituição que cada vez mais se insere no cenário nacional como o responsável pela moralização e transparência da atuação dos administradores públicos, incluídos aí todos que, de alguma forma, prestam serviços públicos.

5. CONCLUSÕES

1) O *ombudsman*, com origem no Direito Escandinavo assume a função de fiscal da atuação na prestação dos serviços públicos, de forma independente e autônoma.

2) No cenário brasileiro, acaba por se tentar distorcer a figura do *ombudsman*, identificando-o como um mero órgão denominado de SAC – *Serviço de Atendimento ao Consumidor*.

3) O ouvidor se confundiu, em alguns países, com o *ombudsman*, notadamente em Portugal e Espanha.

4) No Direito Brasileiro o ouvidor surgiu como um *ombudsman*, posteriormente, vindo a alcançar outro modelo, prestando-se a funcionar apenas como intermediário do usuário e o prestador do serviço público, apto a ouvir e repassar o reclamo.

5) O ouvidor tem a sua estrutura diversa do *ombudsman*, refletidamente na autonomia e possibilidade de atuação. O *ombudsman*, não só tem independência na investigação como, sobretudo, tem legitimidade para a propositura de ações judiciais visando a reparação do desvio.

6) O Ministério Público tem, por destinação constitucional, o dever de zelar pelo interesse público primário e social. É neste sentido que se apresenta como verdadeiro *ombudsman*, haja vista as garantias e prerrogativas de seus membros, corroborado pela sistemática legal que prevê os instrumentos do inquérito civil e da ação civil pública.

7. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *A interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo : Saraiva, 1996.

_____. *Constituição da república federativa do Brasil anotada*. São Paulo : Saraiva, 1998.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo : Ed. Martins Fontes, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti allá giustizia civile*. *Revista de Processo*, nº 5, 1977.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público do Processo Civil e Penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

_____. *Acesso à justiça – Juizados Especiais cíveis e ação civil pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

DEBBASCH, Charles. *Science administrative*, Paris, 1970

FERREIRA, Sergio de Andréa. *Princípios institucionais do Ministério Público*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Coletânea de Legislação Brasil – Organização Judiciária, 1996.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ação civil pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Manual de direito administrativo*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999.

H. W. R. Wade. *Administrative law*, Oxford, 1967, trad. italiana de C. Geraci sob o título *Diritto amministrativo inglese*, Milão, 1969.

JÚNIOR, João Cancio de Mello. *A função de controle dos atos da administração pública pelo Ministério Público*. Belo Horizonte : Ed. Líder, 2001.

JÚNIOR, Nelson Nery. *Código de processo civil comentado*. 5ª ed. São Paulo : RT, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra : Arménio Amado Ed., 1979.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 5ª ed. São Paulo : RT, 2000.

_____. *Ação civil pública*. 7ª ed. São Paulo : RT, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses difusos em juízo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *O inquérito civil*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

_____. *As investigações do Ministério Público*. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público do Estado de São Paulo* nº 28, agosto de 1999.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. 3ª ed. São Paulo : Saraiva, 1996.

MOREIRA, José Carlos. A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos". *Temas de Direito Processual*, 1ª série. Saraiva, 1977.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Temas de Direito Processual*, 3ª série, Saraiva, 1984.

_____. A Legitimação para a defesa dos "interesses difusos" no direito brasileiro. *Temas de Direito Processual*, 3ª série, Saraiva, 1984.

_____. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. Temas de Direito Processual, 3ª série, Saraiva, 1984.

_____. La iniciativa em la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (Um aspecto de la experiência brasileira). *Temas de Direito Processual*, 5ª série, Saraiva, 1994.

_____. Ação civil pública e programação da TV. *Temas de Direito Processual*, 6ª série. Saraiva, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização. Privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.

VELLANI, Mario. *Il pubblico Ministero nel processo*. Bologna, 1965, v. 1, t. 1

A INVOCAÇÃO AO SOBRENATURAL VALE COMO PROVA?

SERGIO DEMORO HAMILTON *

1. A matéria objeto do presente estudo raramente é versada entre os tratadistas da prova em razão da sua episódica incidência no campo do processo penal, muito embora, vez por outra, o tema venha à baila através de noticiários esparsos da imprensa, quase sempre abordados de forma superficial, buscando mais o sensacionalismo da notícia que a informação técnica e precisa. Fica-se, assim, sem saber, ao certo, até que ponto a prova emanada de experiências mediúnicas ou de documentos psicografados influenciou ou não na decisão da causa, pois somente através de percuciente exame dos autos respectivos é que se poderia emitir um pronunciamento seguro a respeito dos fundamentos do julgado em que ela restou apreciada e até que ponto o dado sobrenatural teve relevância na decisão.

2. Valho-me, inicialmente, para o estudo do nosso assunto, de um caso concreto, distribuído à 16ª Vara Criminal - GB, em que tive a oportunidade de officiar, quando ainda Promotor Substituto, ao tempo do extinto Estado da Guanabara, atuando somente na fase final do processo, ou seja quando da apresentação das alegações finais escritas (art. 500 do CPP).

O feito criminal em tela pode ser assim resumido: os denunciados no processo em questão (nº 22596) C.G e H.G. haviam conhecido o lesado, O.S.M.P., no distante ano de 1928 e, desde então, passaram a exercer domínio sobre a pessoa do ofendido, O.S.M.P., mediante artil, a ponto de dominar-lhe a vontade, dizendo-se, C.G., com a participação de H. G., porta-voz de um "Mago Peruano" imaginário. Por aconselhamento do tal "Mago Peruano", O.S.M.P., homem de grande fortuna, passou a fazer a entrega de elevadas importâncias em dinheiro aos referidos C.G. e H.G., bem como a transferir bens imóveis para os acusados.

A atividade criminosa dos réus teve início em 1942, prolongando-se até setembro de 1959. Portanto, estendendo-se por longos 17 anos.

Vendo-se espoliado em seu patrimônio, O.S.M.P. pretendeu reaver os bens materiais que havia entregue aos réus, por influência do aludido "Mago

* Sergio Demoro Hamilton é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

Peruano". C.G. e H.G. alegaram, então, que não devolveriam as vultosas quantias em dinheiro e os imóveis, que lhes tinham sido doados, sob o argumento de que o ofendido, igualmente, não lhes poderia restituir os "bens espirituais" (*sic*) recebidos através da ação do tal "Mago Peruano".

O processo em exame gozou, na época, de grande repercussão, pois tanto o lesado como os imputados eram pessoas bastante conhecidas, tendo o ofendido arrolado uma série de testemunhas de notória representatividade social, entre elas o jornalista e empresário Roberto Marinho, Presidente das Organizações "Globo" (Jornal, Revistas, TV, etc.), que, ao prestar depoimento, se disse velho amigo da vítima e que certa feita ouvira do próprio O.S.M.P. declaração de que a figura de um "Mago Peruano" o influenciara para entregar recursos dele, lesado, para negócios imobiliários em favor dos denunciados.

Igualmente, prestou depoimento Eloy Dutra, político bastante influente naquele momento, afirmando que conhecia O.S.M.P., tido e havido como protetor dos irmãos C.G. e H.G.. Salientou, em seu depoimento, que o lesado fora vítima de um estelionato uma vez que fora induzido em erro por meio de "fraudes religiosas" (*sic*) aplicadas pelos irmãos C.G. e H.G. Tais informações, segundo disse, foram prestadas ao conhecido homem público pelo próprio ofendido.

Como de fácil observação, era o próprio ofendido, O.S.M.P., que alegava que os irmãos C.G. e H.G. atuavam como porta-vozes do "Mago Superior".

C.G. e H.G. se viram denunciados por infração ao art. 171 do Código Penal, na modalidade da ficção legal do crime continuado, tendo em vista o lapso de tempo decorrido e o número de crimes perpetrados.

Esta, de forma bastante resumida, a *quaestio iuris* na parte que interessa ao nosso estudo, pois o volumoso feito contou com outros desdobramentos tais como, o aditamento da denúncia além de duas preliminares de natureza processual, que, aqui, não merecerão análise por não apresentarem qualquer relevância para o presente trabalho.

Chamado a officiar em alegações finais escritas (art. 500 do CPP), portanto na fase final da instrução postulatória, após refutar as preliminares suscitadas, neguei qualquer valor, à prova sobrenatural, isto é, à atuação do "Mago Peruano" que, por intermédio dos réus, em atuação mediúnic, fez com que o lesado transferisse para os acusados elevadíssimas somas em dinheiro, além de imóveis.

Pareceu-me que havia entre o ofendido e réus uma sociedade de fato, que se estendeu por quase duas décadas e que, em determinado momento, por razões ignoradas, chegou ao fim. As transações poderiam ter sido feitas através de atos jurídicos simulados ou por meio de negócios fiduciários praticados entre as partes. Ressaltei que se tratava de mera hipótese, pois jamais me foi possível saber o que havia de subjacente na relação comercial de que participaram as partes em contenda.

A esdrúxula e infantil alegação trazida aos autos de que o "Mago Peruano", também indicado no processo como "Mago Superior", através dos irmãos C.G. e H.G., exercia sobre o lesado total influência, mantendo-o sob domínio absoluto, não mereceu da minha parte qualquer relevância, até porque ridícula. Com efeito,

o lesado era homem de indiscutível inteligência, empresário bem sucedido no seu campo de atividades, tendo, inclusive, exercido o cargo de Ministro da Fazenda em caráter interino. Em contrapartida, os réus pareciam-me pessoas de poucas letras, sendo conhecidos como lutadores de jiu-jitsu, que desfrutavam de grande popularidade.

Dessa maneira, não é crível que o lesado fosse aceitar a influência de um “Mago”, soando-me inverossímil a afirmação de que transferira para os réus vultosas somas em dinheiro e imóveis em troca de “benefícios espirituais” obtidos graças ao aconselhamento do “Mago Peruano”, através dos médiuns C.G. e H.G.. Para os não-iniciados, médium, na doutrina espírita, é o intermediário entre os vivos e a alma dos mortos. É o que ensina o léxico.

A sentença criminal, da lavra do saudoso juiz Deocleciano d’Oliveira, endossou o pronunciamento do Ministério Público desacolhendo as preliminares argüidas e, *circa merita*, absolveu os denunciados.

No juízo cível, igualmente, foi rechaçada a pretensão de O.S.M.P., buscando a reparação do dano, tendo a sentença salientado que se algum ilícito fora praticado nas relações havidas entre as partes, O.S.M.P. seria quem o praticara.

3. Há outras experiências mediúnicas relatadas envolvendo a figura do conhecido médium brasileiro “Chico Xavier”, falecido em 2001, em que, em três casos emblemáticos, suas psicografias acabaram por influenciar no resultado de três crimes que culminaram com a morte das vítimas. É o que narra o douto Promotor de Justiça, RENATO MARCÃO, em seu apreciado artigo “Psicografia e prova penal”¹. Salienta o ilustre membro do Ministério Público de São Paulo, que, nos três casos por ele indicados, as psicografias influenciaram a prova em benefício dos réus. Dos três episódios a que se refere o aludido doutrinador, dois ocorreram no Estado de Goiás, em 1976, e os respectivos processos foram distribuídos, em momentos diversos, ao julgamento do mesmo juiz de direito. No primeiro caso, deu-se a absolvição sumária (art. 411 do CPP), não chegando o réu a ser submetido a julgamento pelo Júri. No segundo, o acusado acabou absolvido pelo Tribunal Popular por seis votos contra um. Em ambos, ressalta o autor citado, havia relatos baseados no espiritismo, ligados os dois à psicografia. No terceiro evento, ocorrido em 1980, no Mato Grosso do Sul, o réu veio a ser condenado, em segundo julgamento, pela prática de homicídio culposo, tendo por vítima sua mulher.

4. Nos casos narrados (2 e 3, *supra*) há notórias diferenças quanto à maneira com que se deu a intervenção sobrenatural. No feito criminal em que atuei como Promotor de Justiça não houve o uso de psicografia, pois o “Mago Peruano” ou “Mago Superior” incorporava nos irmãos C.G. e H.G. para influenciar a vítima. Havia uma troca de benefícios. O lesado fornecia dinheiro e patrimônio em troca

1. MARCÃO, Renato. “Psicografia e prova penal”, in *Forum-MP*, acesso em 13 de março de 2007, à 0h51.

de “benefícios espirituais” obtidos através da ação do “Mago”. É certo que, no processo, havia uma correspondência redigida em código entre os dois acusados e o lesado, que não me foi possível decifrar, não podendo afirmar se ocorreu na hipótese, também, o emprego de psicografia.

Já nos eventos envolvendo os três casos de homicídio (3, *supra*) as repercussões processuais no campo da prova ocorreram em razão do uso da psicografia.

5. Antes de examinar o *thema* sob o ângulo jurídico em função do nosso direito positivo, gostaria de deixar bem claro que não é meu intento ofender ou menosprezar aqueles que, professando o espiritismo, acreditam na veracidade de tais fenômenos sobrenaturais.

Professo, com respeito, o irenismo. Minha análise irá ater-se, tão-somente, em função do nosso *ius positum*, para que se possa chegar a uma conclusão se, diante da lei, podem eles embasar uma decisão judicial.

Com efeito, desde que se examine a nossa Constituição Federal veremos que ela considera inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e protegendo os locais de culto e suas liturgias na forma da lei (art. 5º, VI); além disso, *apertis verbis*, afirma a nossa Carta Magna que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política ... (art. 5º, VIII).

Dessa maneira é a própria Lei Maior que, ao consagrar o Estado laico, exige tal postura por parte do intérprete.

Portanto, que fique bem claro nosso posicionamento diante de tão delicado assunto, envolvendo matéria de crença religiosa, que respeito ainda quando não a aceite.

6. Nos episódios examinados, envolvendo a psicografia (3, *supra*), o assunto torna-se mais delicado, que o evento noticiado relativo ao “Mago Peruano”, este, ao meu pensar, totalmente bizarro e inaceitável.

A razão da maior dificuldade no enfrentamento do problema reside no fato de que o documento psicografado ganha materialização nos autos, permitindo, portanto, exame crítico de um dado concreto.

Cabe, assim, por primeiro, definir o que seja psicografar ou, mais ainda, o que significa psicografia.

O verbo psicografar significa “redigir o que é ditado por espíritos”² ao passo que o substantivo psicografia consiste na “escrita dos espíritos pela mão do médium”³. Por seu turno, como já definido (2, *supra*), o médium figura como intermediário entre os vivos e os mortos.

2. Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Editora Nova Fronteira, 1ª edição, p. 1.154.

3. *Apud op. cit.* in nº 2, dessas notas.

Nessa ordem de idéias o que vem para os autos é um *documento*, tal como o define nossa lei processual penal em seu artigo 232. Para ela consideram-se documentos “quaisquer escritos”.

Portanto, *prima facie*, cogita-se de meio de prova previsto em lei (art. 232 do CPP, Capítulo IX, Título VII, Livro I do CPP, que se ocupa “Da Prova”). Se assim é, em um primeiro exame da matéria, dever-se-ia aplicar o brocardo “*nulla restrictio sine lege*”, tendo em vista que as restrições, todas elas, são de direito singular, isto é, não existem sem lei expressa que as consagrem. Haverá, assim, prévia, regra vedando a prova, podendo ela ser encontrada na lei processual ou na lei material, estejam tais vedações expressas nos códigos respectivos ou, ainda, em leis extravagantes. Outras vezes, a proibição decorrerá de manifesta incompatibilidade com os princípios consagrados na própria Constituição da República.

Esta, portanto, há de ser a orientação consentânea com o sistema do livre convencimento e com a busca da verdade real consagrados em nossa lei processual penal, que estabelece a ampla liberdade na produção de provas (nº VII da “Exposição de Motivos” do CPP).

O Código de Processo Civil, quando se ocupa “Das Provas”, declara, em suas “Disposições Gerais”, que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos (...) são hábeis para provar a verdade dos fatos ...” (art. 332, Seção I, Capítulo VI, Título VIII do Livro I), preceito que, sem sombra de dúvida, encontra aplicação no processo penal (art. 3º do CPP).

Sabe-se, da mesma forma, que o procedimento probatório passa por diversas fases, a saber: a propositura da prova pela parte; a admissão da prova pelo juiz; a produção da prova e, por fim, a valoração da prova pelo magistrado, por ocasião da sentença.

Dessa maneira, diante da natural perplexidade com que se depara o magistrado diante da indicação pela parte de uma prova arrimada no sobrenatural, deve ou não o juiz admiti-la ainda na primeira fase do rito probatório?

RENATO MARCÃO, no artigo acima assinalado a respeito do uso da psicografia como prova penal, salienta que não há no ordenamento jurídico vigente qualquer preceito expresso que proíba a apresentação de documento produzido por psicografia uma vez que de prova ilícita não se trata, concluindo por afirmar que no sistema jurídico brasileiro não há como normatizar o uso do documento psicografado como meio de prova, seja para autorizá-lo seja para vedá-lo. O Estado, no fim de contas, é laico.

Portanto, de acordo com o pensamento daquele ilustre Promotor de Justiça a prova em questão merece ser admitida, produzida e valorada pelo juiz por não se tratar de prova obtida por meio ilícito.

De outra banda, deve deixar-se ao juiz, de acordo com o sistema do livre convencimento, dar ao documento o valor que entender cabível, como procederia com qualquer outro meio de prova.

7. Coloco-me tomado por séria dúvida diante de tal posição em relação ao *thema*.

Como será possível a valoração de prova que, se não é vedada expressamente, *jamais* poderá ser normatizada?

Em conseqüência da indagação vejo-me levado a uma outra pergunta: como colocar a sorte de um feito criminal nas mãos das convicções religiosas do magistrado?

Um juiz, fosse ele agnóstico, ou, mais ao extremo, fosse ele ateu, jamais admitiria tal modalidade de prova. Por outro vértice, um julgador que fosse adepto da crença espírita aceitaria como válida a psicografia ao argumento de que ela não é, expressamente, proibida pela lei processual e que vem ao encontro de sua crença religiosa.

Restaria a possibilidade do exame caligráfico do documento, regulado minuciosamente no art. 174 do CPP, que versa a respeito do reconhecimento de escritos, por comparação de letra.

Mas que letra? Do médium? Do espírito?

Seria uma forma técnica pela qual se poderia chegar a uma conclusão definitiva?

Não creio.

Penso que, ainda assim, tal modalidade de exame grafotécnico não daria suficiente respaldo para a aceitação da validade da psicografia, pois não seria possível, caso assim desejasse uma das partes (ou o determinasse o próprio juiz), submeter-se ao crivo do contraditório o espírito desencarnado, para que confirmasse o laudo (se positivo a respeito da autoria do escrito) ou viesse a contestá-lo (se negativo em relação ao valor do documento).

Tal direito não poderia ser sonegado à parte acusadora, caso desejasse, por tratar-se de direito individual assegurado pela Constituição Federal aos litigantes em qualquer processo judicial (art. 5º, LV). Referi-me, de modo especial, ao Ministério Público ou ao querelante, pois tanto quanto me foi dado observar, a psicografia somente tem sido utilizada em favor dos réus. É certo que, na espécie, restaria a possibilidade de sabatinar, sob o crivo do contraditório, o médium. Porém, ele não seria o autor intelectual do escrito, mas mero copista daquilo que o espírito lhe teria ditado.

O documento, por si só, dada a peculiaridade da prova, não poderia merecer aceitação, sem que se completasse através da prova oral. Mas como fazê-lo?

BONNIER⁴, examinando o valor emanado da prova obtida por meio de invocação ao sobrenatural, lança, sem meias palavras, vigoroso anátema contra seu aproveitamento no processo, *in verbis*:

"En el dia no se permitiría ya, como hijo un Tribunal escocés en 1754, que dos testigos afirmaron bajo juramento que les había revelado un espíritu

4. Bonnier, Edouard. *Procedure Civile*, Joubert, Paris, 1847.

celestial el nombre del autor de un homicidio."

No mesmo sentido, o pensamento de JULIO ACERO⁵, que transcreve, inclusive, o ensinamento de BONNIER.

8. Averte-se que, no caso de crime de competência do Tribunal do Júri, a valoração do documento psicografado torna-se especialmente delicada, partindo do fato de que o veredicto não é fundamentado.. Ali não há falar em livre convencimento, sistema adotado pelo juiz de direito para validar suas decisões. No Júri, ao contrário, o sistema esposado é o da íntima convicção dos jurados, tornando lotérica a decisão que viesse a acolher como prova o documento psicografado. Bastaria que o Conselho de Sentença se visse composto, em sua maioria, por adeptos do espiritismo ou por pessoas influenciáveis por tais fenômenos para que a prova obtida por meio de psicografia ganhasse relevo incommensurável em relação às demais, mesmo quando estas a desmentissem totalmente.

Releva observar que os casos emblemáticos acima referidos (3, *supra*) envolviam, *todos*, crime doloso contra a vida (homicídio) e, pois, deveriam merecer julgamento pelo tribunal popular.

9. Rechaçar a psicografia importaria numa limitação à prova, pois o documento em que ela se consubstancia constitui meio de prova lícito (art. 231 e segts. do CPP)?

Penso que não.

No meu entendimento, o documento psicografado não deveria chegar, sequer, à fase de valoração da prova. Esbarraria na fase de admissão, cumprindo ao juiz indeferi-lo, *in limine litis*, escoimando-o dos autos.

Não haveria em tal maneira de decidir qualquer ato de arbítrio do julgador, pois não somente as provas ilícitas são inadmissíveis. Igualmente, as provas absurdas e que não apresentam um mínimo de verossimilhança são incabíveis e impertinentes.

É bom assinalar que fatos que escapam aos limites da nossa inteligência, por mera questão de bom senso, não merecem, evidentemente, aceitação como prova, pois não podem ser submetidos a um juízo crítico severo.

No caso da psicografia haveria formalmente um documento nos autos, que tornaria lícita a prova pretendida. Porém, tal documento seria, de todo, descabido, impertinente e imprestável por não ser capaz de trazer qualquer contribuição para a verdade real, uma vez que não se pode afirmar nem tampouco infirmar o que nele está contido.

5. Acero, Julio. *Procedimento Penal*, p. 226, 4ª edição, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, Puc, México.

10. É interessante observar que no caso do “Mago Peruano” (2, *supra*), caso tivesse oficiado nos autos desde o início do procedimento, não teria sequer oferecido a denúncia por falta de justa causa para a imputação, pois jamais admitiria formular acusação contra os indiciados naquelas circunstâncias.

11. Deparando-me com a psicografia, como salientei (7, *supra*) de nada valeria igualmente colher o depoimento do médium, não somente porque o conteúdo do escrito não lhe pertenceria pois fora ditado por um espírito, como também porque estaríamos diante de uma verdadeira petição de princípio, paralogismo em que se estaria acolhendo previamente como verdadeiro aquilo que se tinha em mira demonstrar. Torna-se evidente que o médium iria confirmar haver recebido a mensagem do espírito.

Demais disso, resta saber se o padrão gráfico estampado no documento emanava do punho do médium ou provinha do espírito. Se do primeiro, estaríamos, novamente, diante de uma petição de princípio. Se do segundo, haveria, em tese, a possibilidade da realização do exame grafotécnico, efetivado por meio das indicações constantes do art. 174, II e III do CPP. Porém, dada a peculiaridade da prova assim colhida, não se poderia prescindir da inquirição do autor do escrito. Como fazê-lo?

12. Há um dado intrigante em relação à psicografia que exige, por certo, análise cuidadosa. É que ela vem sendo usada, de forma sistemática, em benefício dos réus. Nunca me deparei diante de uma acusação originária do Ministério Público fundada na psicografia.

Outro aspecto que merece ser destacado reside na circunstância do seu aproveitamento, também usual, nos processos da competência do Júri. Ali, mais que nunca, passando da fé à mera credence, o jurado sofre, sem dúvidas, grande influência para absolver o réu, tanto mais que sua decisão não vem motivada.

Outras vezes, movido pelo medo do desconhecido ou ainda por simples superstição, o jurado tende a acatar a comunicação do além, sempre muito bem explorada pelo tipo de oratória usado pela defesa da tribuna do Júri.

Não se pode olvidar que os jurados são pessoas oriundas das mais diversas camadas da população, muitas vezes desprovidas de formação religiosa e cultural, sujeitos, portanto, aos apelos emocionais lançados no interesse da defesa no objetivo de obter a absolvição.

Tanto quanto eu saiba, repito, os espíritos jamais auxiliaram o Ministério Público...

13. Pode-se, em resumo, chegar a algumas conclusões:

13.1) A prova mediúnic por não poder ser infirmada nem confirmada não deve merecer aceitação uma vez que não enseja ao juiz e às partes a realização de um juízo crítico adequado;

13.2) No caso da psicografia, por tratar-se formalmente de prova documental prevista em lei, não pode ela ser acoimada de prova ilícita;

13.3) Porém, trata-se de prova incabível para a demonstração dos fatos, não podendo servir de base quer para a condenação, quer para absolvição;

13.4) Como tal, deve ser expungida, desde logo, do processo, não ultrapassando a fase de admissão da prova;

13.5) Quando muito, caso chegue à fase de valoração da prova, merecerá desacolhimento;

13.6) De nada valerá o depoimento do médium, por evidenciar-se, no caso, uma verdadeira petição de princípio;

13.7) Não deixa de ser estranhável que a invocação ao sobrenatural se dê sempre em favor dos réus, buscando inocentá-los;

13.8) A psicografia tem sido admitida, ao que sei, em processos da competência do Júri, justamente em razão de que lá o veredicto é imotivado, sofrendo o jurado, pelas razões mais diversas, toda a sorte de influências (medo, superstição, credence, etc.);

13.9) Não haverá qualquer cerceamento para a parte, caso o juiz não admita, desde logo, a produção de qualquer prova fundada no sobrenatural;

13.10) Qualquer fato que escape aos limites da nossa inteligência, no estágio atual de nosso conhecimento, não poderá merecer aceitação como prova.

Julho de 2007.

A POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PROPOR AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL*

VINICIUS LEAL CAVALLEIRO **

SUMÁRIO: 1. Apresentação. 2. Evolução histórica do acesso à justiça e a Ação Civil Pública. 3. Os sistemas de repartição de funções do Ministério Público e da Magistratura. 4. Algumas hipóteses legais de interseção entre funções federais e estaduais no Ministério Público. 5. Breves considerações sobre o sistema de distribuição de competências ambientais e a atuação do Ministério Público. 6. Conclusões.

1. APRESENTAÇÃO

O presente trabalho objetiva apresentar subsídios interpretativos para que os órgãos de execução ministeriais estaduais, notadamente os que atuam na proteção dos interesses metaindividuais, atuem cada vez mais livres. Mais especificamente sobre o tema proposto, busca-se explicar que a legitimidade à propositura de uma ação civil pública ambiental pelo Ministério Público Estadual não pode restar adstrita à esfera de jurisdição da mesma natureza, sob pena de ocorrer um cerceamento à integral proteção *“ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”*, direito subjetivo público erigido ao *status* constitucional após 1988.

A começar pelas estruturas administrativas do Ministério Público Estadual e do Federal, verificamos que, por ser mais capilarizada, está aquele (estadual) mais próximo do jurisdicionado, mais apto a ouvi-lo e sentir as angústias do núcleo social a que pertence e, por conseguinte, mais preparado para dar uma solução célere a cada questão.

* O presente estudo obteve o 1º lugar dentre as teses premiadas no 2º Congresso Virtual Nacional do Ministério Público.

** Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Há hipóteses em que a norma só se torna efetiva quando a aplicamos de forma rápida ao caso concreto; e quanto menos regras administrativas de encaminhamento de demandas existirem, maior será a probabilidade de se chegar a este fim. A principiologia da proteção ambiental norteia-se exatamente por essa busca pela solução rápida e pacífica dos seus conflitos. Daí porque se falar que, nos casos onde a regra de competência – ou de atribuição – não está nítida (porque as normas constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema não podem ser esquecidas), deve-se privilegiar a atuação de quem está verdadeiramente mais próximo do bem jurídico tutelado.

Com o viés de fundamentar essa conclusão, até então baseada só em fatos empíricos, o presente trabalho se predispôs a enfrentar as lacunas, as áreas cinzentas e os conflitos existentes entre as regras processuais (competência – condição da ação – e atribuição – pressuposto processual) e materiais ambientais, partindo do ponto de vista histórico, para justificar um modelo ampliativo de interpretação das normas referentes à legitimidade ativa do *Parquet* na ação civil pública.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A primeira sistematização legal de que temos notícia foi o Código de Hamurabi. Baseado em mandamentos dogmático-divinos e elaborado com o primeiro método de escrita que se tem notícia – a cuneiforme –, este regramento social mínimo trouxe à História as primeiras normas impeditivas da opressão do fraco pelo forte. No entanto, havia uma interseção entre a figura do soberano (muitas vezes considerado um Deus) e do juiz, que acabava quase aniquilando o ideal de aplicação de suas próprias regras, em razão da extrema dificuldade de acesso àquele que detinha o poder de decidir litígios.

Com o soerguimento da sociedade grega (origem da filosofia e do Direito), surgem os ideais de isonomia e a corrente jusnaturalista, que influenciariam, no futuro, os direitos humanos. O primeiro grande filósofo da Grécia Antiga, Pitágoras, cria o princípio por ele denominado de Isonomia, definindo-o através da figura do quadrado, de lados iguais (pesos e medidas de igualdade). Sócrates desenvolve o pensamento de Pitágoras, afirmando que este ideal isonômico deveria servir de norte a todas as normas sociais; nasce então o positivismo. Aristóteles, formulador da ainda hoje aceita Teoria da Equidade, contra-argumenta Sócrates ao afirmar que, mais que na lei, os juízes devem se calcar no Ideal de Justiça (flexibilização da lei para aplicá-la ao caso concreto – Régua de Lesbos).

Nesta mesma época nasce a figura da necessidade de interesse na demanda, bem como a assistência judiciária aos pobres (esta última incorporada ao Código Justiniano). Há um grande respeito ao Direito (leis e equidade) e à Justiça (instituição). A partir daí criam-se os profissionais da retórica (os advogados) e com eles a noção de patrocínio em juízo, apesar de ser assegurado a alguns

cidadãos a gratuidade deste tipo de serviço. Com o crescimento do Estado grego, substituiu-se a figura do sacerdote pelo pretor; nasce a Justiça Pública, a Jurisdição.

É importante também destacar que a função judicante, no auge da democracia grega, era praticada pelos cidadãos, cabendo à figura do magistrado apenas aplicar as regras predeterminadas (figura ancilar) – julgamento de Sócrates. Qualquer cidadão poderia acessar a Justiça. Só que, apesar de todas essas evoluções, o conceito de cidadão era ainda muito restrito, dificultando, pois, o acesso à própria “Jurisdição”.

Em Roma – grande berço do sistema jurídico mundial — essas mesmas dificuldades permanecem, eis que somente os romanos, livres, chefes de família e cidadãos tinham acesso à Justiça. A perda de um destes representava a *capitis diminutio*, que se distinguiu em três graus: máxima, mínima e média. Tantas foram as criações no aspecto material, que são dispensadas maiores considerações. Mas, por outro lado, como já dito, houve pouca evolução no acesso à Justiça.

O Período Medieval caracteriza-se pela grande influência do Cristianismo. E, no campo do Direito, não poderia ser diferente: aplicavam-se as regras do Direito Canônico (o homem justo era o que tinha fé). Essa forte influência da religião nos meios sociais, sustentada por princípios dogmáticos rígidos, não permitiu grandes evoluções até o século X. Apenas a partir do século XI que surgem os desenvolvimentos filosóficos desta Era, com a criação de Universidades, culminando, pois, com o surgimento do humanismo renascentista (séc. XI a XV e XVI). Neste ínterim, já no Séc. XII, o Direito Canônico começa a ser sistematizado a partir dos textos romanos — que serviram de base a toda Ciência Jurídica Ocidental. Santo Agostinho, Santo Isidoro de Sevilha e São Tomás de Aquino são destaques desta época, com a introdução da Teoria de Mutabilidade das Leis, permitindo, pois, uma distinção mais clara entre as de origem divina (eternas) e as humanas.

A distribuição de Justiça, neste período, era sinônimo de poder. Todos queriam e alguns podiam distribuí-la (Rei, Bispo, Senhor Feudal, etc.). Viviam-se um período de pulverização da sua aplicação, originando, por outro lado, um maior acesso a ela. No entanto, à exceção dos pensadores antes mencionados e da Carta do Rei João Sem Terra (1.215 d.C.)¹, nenhum outro texto normativo mereceu destaque – avanço no acesso, retrocesso nas idéias.

Com o início do Período Moderno, inicia-se um movimento de contrapartida aos ideais medievais, calcados em poderes divinos. Há um fortalecimento natural da pessoa humana, gerando, pois, os primeiros ideais de poder emanado do povo (em razão da sua felicidade). Dos grandes movimentos sociais-separatistas, surgidos principalmente na Inglaterra (1689) e nos Estados Unidos (1776), nasceram a Teoria do Contrato Social (Locke); e as Declarações *a*) de

1. Alguns de seus ensinamentos ainda hoje norteiam os sistemas jurídicos em todo mundo, tais como os seus arts. 39/40, onde se afirmava: “Ninguém será preso, deportado, despido de seus direitos ou terras, nem procederemos à força contra ele, senão pelo legítimo julgamento de seus iguais ou pela lei da terra. A ninguém venderemos, nem negaremos, nem retardaremos o Direito ou a Justiça.”

Independência e b) dos Direitos de Virgínia. Estes, consagrando os direitos fundamentais do homem.

Outros tantos exemplos de evolução no campo doutrinário merecem ser destacados, como o Movimento de Enciclopédia e os ideais da Revolução Francesa (aumento do humanismo, com a criação de limites ao poder soberano do Estado; criação da teoria de separação dos poderes; a criação de um Estado baseado na Constituição, etc.). Há também um latente ressurgimento e fortalecimento do Direito Natural, ao contrário do modelo legalista cristão.

No entanto, apesar desta grande evolução filosófico-jurídica, inúmeras críticas são dirigidas ao Poder Judiciário, ainda muito identificado com o modelo social da época medieval. Muitos o encaravam como um órgão opressor e contrário aos ideais então vigentes. A consequência disso é fácil entender: um enorme enfraquecimento do acesso à justiça, pelo pouco uso desta instituição.

Assim, como as leis daquela época passaram a ter força meramente formal (na medida em que suas regras não eram estendidas a toda população, mas tão somente aos mais abastados, que se valiam da força para aplicá-las), nascem os primeiros movimentos de desigualdade sócio-econômicas que, somados aos ideais naturalistas, romperam com o tema principal do período moderno (*laissez faire; laissez passer* – Estado Mínimo), criando uma nova fase de crescimento e fortalecimento dos ideais e conquistas sociais. Iniciam as disputas entre capital (burguesia) e trabalho (proletariado oprimido).

Há uma forte tendência na busca da efetivação dos direitos sociais, os quais até então não ultrapassavam o campo das idéias. Mas como o poder imperante se torna cada vez mais forte, faz-se indispensável a intervenção de outro setor da sociedade, ou instituição, para garantir esses direitos sociais. Este auxílio se deu inicialmente através da Igreja, pela edição de sucessivas Encíclicas, como as *Rerum Novarum* (necessidade de descentralização do poder — 1891), *Quadragesimo anno* (1931) e *Populorum Progressio* (1967).

No entanto, como sua força já está há muito relativizada, fez-se necessária a retomada do poder pelo Estado/Juiz. Pensa-se, pois, em efetivar uma maior autonomia ao Judiciário, para assegurar a sociabilidade das discussões e a aplicabilidade das regras jurídicas. Crescem os ideais de flexibilização das leis, em benefício de uma instância revisora, de cunho social, criada pelo Judiciário – aplicação do ideal do Justo (art. 5º da LICC). O progresso científico impulsiona o progresso social do Judiciário, para acompanhar os anseios da grande maioria da população (informatização da Justiça – agilidade no atuar e diluição das instâncias). A busca da efetividade da decisão (lei posta, de fato, em prática) impulsiona um maior “Acesso à Justiça”, marcado principalmente por três movimentos.

O primeiro deles, que remonta à época Grega, é o da “Justiça Gratuita”, para que as classes menos favorecidas possam efetivar os seus direitos. O segundo movimento, visando a dar uma maior agilidade às decisões proferidas por esta instituição (porque muitas vezes a sociedade não pode esperar para encontrar uma decisão justa e ponderada), originou (a) as reformas do Códigos Processuais, com a previsão de liminares e antecipações de tutela (*inaudita altera parte*); (b) a

criação de Tribunais com ritos e, por conseguinte, decisões mais rápidas e desburocratizadas, como os Juizados Especiais; e (c) a criação de outros Tribunais, específicos para determinadas causas e, por conseguinte, mais a par da realidade dos casos que lhes são apresentados — como os Trabalhistas, estes também calcados em princípios de celeridade, prevalência de conciliação e proteção ao lado mais fragilizado.

O terceiro movimento, que é o que mais interessa na formulação do tema ora proposto, remonta à possibilidade de equiparação de forças em demandas de repercussão social. É o que a doutrina usualmente denomina de “defesa dos interesses sociais em juízo”. Quando esses bens essencialmente sociais (alguns até classificados como de uso comum do povo) são desrespeitados, geram-se danos de conteúdo inimaginável, atingindo, por conseguinte, uma quantidade incalculável de pessoas.

Centenas de estudos poderiam ser mencionados — ou exemplos poderiam ser dados — para diagnosticar um fato que nos é quase intuitivo: a grande maioria desses “malfeitores sociais” são pessoas de grande poder econômico e/ou político. Assim, como ficaria a população — mormente os menos favorecidos economicamente — que se vê vilipendiada no seu direito constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, ou mesmo à sadia qualidade de vida, frente a atores como esses? Mesmo abrindo-se a possibilidade a alguns desses indivíduos de acionar o Judiciário para fazer valer seus direitos, como enfrentar sozinhos grandes escritórios de advocacia, ou as prerrogativas processuais da Fazenda Pública?

Pudemos perceber, através do breve histórico antes elaborado, que desde que o homem passou a viver em grupo, sempre se buscou uma maior participação social. Ora se preocupando com o campo das idéias, ora com a praticidade destas, a sociedade ultrapassou milênios visando ao aprimoramento de suas regras, sempre com o objetivo de facilitar o convívio e resolver os seus anseios. No entanto, à medida que avançava num campo, esquecia-se do outro, dificultando, portanto, a efetivação do objetivo almejado.

Estamos hoje num momento de convívio social globalizado que, se por um lado nos traz a praticidade de um enriquecimento cultural incalculável, num curtíssimo espaço de tempo, por outro aumenta consideravelmente o risco da disseminação incontrolada de um mal qualquer — já que esse modelo propicia o rompimento das barreiras sócio-político-econômicas mundiais.

O modelo econômico surgido a partir deste quadro, face à necessidade premente de se manter no mercado, obriga as empresas e o poder público a adotarem posturas cada vez mais agressivas frente à população. Esta, por sua vez, precisa encontrar instrumentos tão fortes quanto os que lhe são apresentados (de maneira desfavorável), para ao menos ter a possibilidade de discutir aquilo que lhe é imposto, e que lhe causa mal.

É nessa perspectiva — de uma verdadeira equiparação de armas —, que nasce a lei de ação civil pública e, com esta, a disciplina da legitimação social.

Temos, pois, que os dispositivos contidos na Lei 7.347/85 devem ser interpretados com o viés histórico-social ora apresentado. Corremos um sério

risco de caminharmos em sentido contrário à evolução social quando a interpretamos de maneira restritiva. Mormente os que tão só possibilitam a leitura do caso por quem de direito – o Judiciário –, como na hipótese da legitimidade.

À luz dos regramentos minimamente impostos em lei, e que merecem ser observados, deve o intérprete, sempre que se deparar com demandas desta natureza, despir-se de suas vestes processuais clássicas (calcadas em terminologias semi-dogmáticas) e observar o objetivo social de sempre buscar um ponto de equilíbrio entre o pensar e o agir. Para o campo jurídico, entre a Justiça formal e a Justiça material. E a ação civil pública surge exatamente como um dos remédios para se alcançar a efetividade dos direitos sociais pensados desde a época de Pitágoras.

Por isso, não podemos nunca criar interpretações restritivas à propositura de ações coletivas quando o próprio legislador assim não determinou. Do contrário, estaremos causando um mal ainda maior do que aquele – que já é grande, em razão do próprio interesse ou dano causado – que está sendo demandado.

3. OS SISTEMAS DE REPARTIÇÃO DE FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA MAGISTRATURA

Como o que se discute *in casu* é a possibilidade de o Ministério Público Estadual propor uma ação civil pública, para proteção de um bem jurídico ambiental, a ser processada e julgada na Justiça Federal, temos obrigatoriamente que analisar as funções dos órgãos ou instituições em jogo, à luz dos regramentos que lhes são aplicáveis e, a partir de então, enquadrá-las nas normas processuais e materiais que disciplinam a matéria.

Repise-se que a interpretação extensiva do texto da lei que disciplina a ação civil pública é a que mais se coaduna com o modelo de evolução social que todos buscamos. Assim, sobre a legitimidade ativa, dispôs o legislador tão somente que poderiam propor esta ação o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista ou as associações regularmente constituídas².

Especificamente quanto ao Ministério Público, o legislador não fez qualquer restrição no seu atuar, apenas mencionando a possibilidade de litisconsórcios ativos entre os “Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados

2. Verificamos a aplicabilidade do modelo de interpretação extensiva, ora defendido, de uma maneira mais clara, na hipótese da legitimidade ativa das associações, quando, num primeiro momento (art. 5º, I), o legislador dispôs ser necessário o requisito da pré-constituição a mais de ano; mas, num segundo (parágrafo quarto deste mesmo artigo), dispensou-a, para as hipóteses de “manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei” (art. 5º, § 5º da Lei 7.347/85). Mas será que, ao dispor desta forma, pretendeu o legislador impor limitações à atuação de um seguimento ministerial, ou, ao contrário, evitar a disseminação de ideais restritivos no corpo deste verdadeiro estatuto de justiça cidadã?

Partindo para outro mecanismo de interpretação que não a histórica – onde a resposta seria evidentemente dada de forma favorável ao atuar amplo —, verificamos que, quanto ao método sistêmico de exegese das normas, o entendimento de que os segmentos administrativos de organização do Ministério Público – instituição una e indivisível – poderiam determinar o não atuar de seus membros (ou órgãos de execução) também se afasta do que dispôs expressamente o legislador.

Em primeiro lugar, verificamos que o único legitimado ativo que sofreu alguma espécie de restrição (art. 5º *caput*, da Lei 7.347/85) para se qualificar à propositura de uma ação civil pública foi a associação. Para esta, exige-se não só a pré-constituição (mesmo assim, relativizada pelo seu parágrafo quarto), mas também a pertinência temática. Esta última, intransponível.

Para os demais, nestes incluídos o Ministério Público, optou o legislador por admitir a atuação livre de quaisquer percalços que não os já existentes em suas respectivas regras de criação e organização internas. Assim, parece-me claro que pode o Estado, ou mesmo o Município (dois dos legitimados ativos da ACP), propor ação civil pública em face da União – hipótese em que, em regra, tal ação será processada e julgada pela Justiça Federal – caso seja ela, por exemplo, a degradadora ambiental³. O mesmo entendimento se aplica aos respectivos entes da Administração Indireta (fundações, autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas) destes dois entes federativos (Estados ou Municípios).

Partindo-se deste entendimento, por que então haveria restrições quanto à legitimidade ativa do Ministério Público Estadual? Teria ele uma *capitis diminutio* em comparação aos demais legitimados, unicamente porque, historicamente — e visualmente — observamos o acento de seus membros ao lado dos da magistratura estadual? Mais uma vez parece que o tom de resposta a ambas as perguntas é negativo.

Sabemos que há muitos entendimentos jurisprudenciais e alguns doutrinários que não admitem a legitimidade dos órgãos do *Parquet* estadual para postular demandas perante os juízos federais. Para tanto, partem estes entendimentos de uma origem comum: o art. 128, *caput* e incisos I e II da CF/88. Por bem sintetizar as bases da doutrina contra a qual nos insurgimos, com as vênias que um doutrinador desta magnitude merece, trazemos à colação o entendimento do i. prof. João Batista de Almeida sobre a delimitação das áreas de atuação do Ministério Público:

3. De acordo com o que dispõe o art. 3º, IV da Lei 6.938/81, considera-se “poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

“Parece indubitoso – e isso emerge do próprio sistema constitucional – que a bipartição da Justiça comum em Federal (CF, arts. 106/110) e Estadual (CF, arts. 125 e 126) e a especialização por áreas (CF, arts. 111 a 124) determinaram as atribuições do Ministério Público, em simetria ao órgão judiciário perante o qual atuam. Por isso mesmo o art. 128 declarou a subdivisão do Ministério Público em duas principais vertentes: o da União e dos Estados e, dentro do primeiro, os ramos Federal (que compreende o Eleitoral perante os Tribunais Superiores Regionais), do Trabalho e Militar” (*Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 98/99).

Sem desrespeitar a autoridade deste – e de outros que, como ele, partem deste mesmo princípio – emérito doutrinador, tão acostumado às lides ministeriais, ousamos discordar de seu entendimento, sobretudo dos pontos que entendemos norteadores de seu raciocínio: (a) simetria da distribuição de funções (atribuições) com os órgãos judiciais (competência); (b) divisão esta que encontrou respaldo no art. 128 da CF/88.

Sobre a simetria com os órgãos do Poder Judiciário, parece-me que, ao assim pensar, divorciamos-nos da melhor exegese sobre a sistemática administrativa e financeira do Ministério Público.

A começar pela topografia jurídico-constitucional em que se situa o Ministério Público, em comparação com o Poder Judiciário, parece-me que o constituinte quis a toda prova desvincular a figura desta instituição da figura do Judiciário, ao alocar-los em capítulos diversos (o primeiro, no capítulo IV; o segundo, no capítulo III), do mesmo Título IV, denominado “Das Organizações dos Poderes”. Vê-se, pois, que neste título em comum participam, em capítulos diversos, o Ministério Público (IV), o Poder Judiciário (III), o Poder Executivo (II) e o Poder Legislativo (I). Assim, se tomarmos por base mais uma vez a análise sistêmico-comparativa, agora, repita-se, quanto à topografia constitucional, verificamos que, p. ex., o Tribunal de Contas, órgão de assessoramento do Poder Legislativo⁴, não dispõe, ao contrário do Ministério Público, de um capítulo unicamente para sua regulamentação.

Não bastasse isso, o art. 128, § 5º da nossa Carta Máxima deixa claro o poder de auto-gestão administrativa do Ministério Público, ao afirmar que “leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público...”. Como corolário desta norma, o constituinte garantiu também o instrumento para manutenção da sua autonomia – que deve se impor em face de qualquer outro ente ou instituição pública, mesmo o Poder Judiciário – através do art. 168, que dispõe: “Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos

4. Mas cuja independência administrativa nunca foi tão debatida, restando mais clara a desvinculação do seu atuar para com o Legislativo, do que o do Ministério Público, com relação ao Judiciário.

dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, na forma da lei complementar a que se refere o artigo 165, § 9º.

Assim, claro está que não é o sistema de distribuição de competências que irá definir as atribuições do Ministério Público (até porque atribuição e competência são diversas, às vezes até diametralmente opostas). Tampouco se deve retirar tal interpretação dos incisos do art. 128 da CF, porque esta mesma norma, no seu § 5º, em compasso com o disposto no artigo constitucional acima transcrito, dispôs justamente o contrário, ao instituir a autonomia administrativa e financeira do Ministério Público, garantindo-lhe, por conseguinte, a exclusividade na sua gestão, em todos os seus setores (tanto para os órgãos administrativos, quantos para os órgãos de execução).

Por isso que verificamos alguns casos de identificação das atribuições dos órgãos ministeriais com a competência dos juízos (ex: Promotorias Criminais da capital), mas, por outro lado, outros tantos exemplos em que tal identidade se dá apenas parcialmente (como as Promotorias Cíveis da capital, que atuam perante mais de um juízo – média de cinco juízos cíveis, por órgão de execução), ou simplesmente não ocorre (como as Promotorias de Investigação Penal e, notadamente, as de Tutela Coletiva). Não há sistema constitucional de distribuição de competências que resista a tamanha complexidade de atribuições! E, lembre-se: nenhuma delas nunca foi sequer questionada judicialmente, através dos remédios de controle de constitucionalidade hoje existentes.

Daí conclui-se que, para a análise das atribuições de determinados órgãos de execução ministeriais, o que verdadeiramente importa é a forma pela qual as leis orgânicas de cada Ministério Público trataram as questões genericamente esculpidas nos arts. 127 e 129 da Constituição da República.

Gostaria de fazer um breve aposto explicativo, por mero apego à dialética, para salientar que entendemos que a discussão acerca da possibilidade de atuação do Ministério Público Estadual na Justiça Federal circunscreve-se ao campo da atribuição – um dos pressupostos para o regular desenvolvimento processual – , e não da legitimidade – aí adentraríamos a seara das condições para o legítimo exercício do direito de ação. Isso porque a única norma que dispõe genericamente sobre tudo que o Ministério Público pode/deve (tem legitimidade para) fazer é a Constituição da República. As demais, que a regulamentam, apenas organizam o seu atuar em departamentos (federais ou estaduais, e, por derivação, entre cada um de seus órgãos de atuação), acrescentando-lhe tão-somente as funções que não lhe são incompatíveis.

Assim, para sabermos se o Ministério Público pode ou não funcionar em determinada causa, ou seja, se ele tem ou não legitimidade para atuar, teremos que interpretar as normas constitucionais (e seus conseqüentes regramentos infraconstitucionais) inerentes a esta instituição. Em caso positivo, passaremos a verificar o “por qual órgão”; adentrando, pois, na esfera de atribuição. Como a constituição, ao dizer que o *Parquet* tem ou não legitimidade para atuar, silenciou-se sobre “o que fazer” dentre os Ministérios Públicos da União e dos Estados, só há uma forma de interpretar essa divisão de tarefas: através, repita-se, da análise

de suas respectivas leis orgânicas; ou seja, da análise dos critérios de distribuição de atribuição de seus órgãos.

Estas são as razões para entendermos que a possibilidade de atuação de um determinado órgão de execução ministerial estadual perante a justiça federal circunscreve-se à adequação de suas funções às regras de atribuição contidas nas leis complementares que o rege. Havendo previsão explícita ou, nos casos das ações civis públicas – em razão do sistema interpretativo que lhes é peculiar —, não havendo restrição expressa, a conclusão será pela possibilidade.

Corroborando estas razões, encontramos outros tantos doutrinadores:

“O dispositivo vetado, repetido no §5º do art. 5º da Lei 7.347/85, que não foi objeto de veto, como já mencionado, teve apenas o propósito de explicitar a admissibilidade de atuação conjunta dos vários órgãos do Ministério Público, desde que o objeto do processo tenha compatibilidade com as atribuições que, nos termos da lei, lhe tocam. E a explicitação é necessária para que não se consolide na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o Ministério Público Estadual não pode atuar na Justiça Federal e o Ministério Público Federal na Justiça Estadual. Desde que a defesa dos interesses difusos e coletivos esteja dentro das atribuições que a lei confere a um órgão do Ministério Público, a este é dado atuar em quaisquer das Justíças, até mesmo em atuação conjunta com outro órgão igualmente contemplado com a mesma atribuição...” (Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Ed. Forense Universitária, 5ª ed., p. 645/646).

“A questão se coloca, em sede de ação civil pública da Lei 7.347/85, porque, como já se disse, a natureza mesma dos interesses difusos enseja que muita vez a matéria não possa ficar circunscrita a limites geográficos, nem a restrições de organizações judiciárias; e isso, para que a tutela desses interesses seja eficaz. Por exemplo, em matéria de meio ambiente, ou de tutela ao consumidor, não raro o interesse objetivado concernirá às áreas federal e estadual/municipal, p. ex., o desmatamento criminoso decorreu de culpa omissiva de órgão local, mas o sítio afetado é um parque nacional...” (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Civil Pública, em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*, Ed. Revista dos Tribunais, 8ª edição, p. 112).

“O MP pode ajuizar ACP quando houver interesse processual na obtenção do provimento jurisdicional. Tanto o MP da União pode ajuizar ACP na Justiça Estadual, quanto o MP Estadual na Justiça Federal. O MP de um Estado pode ajuizar ACP em outro Estado, pois o interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo por ele defendido não encontra limites territoriais, impostos quando se trata de interesses individuais puros...” (Nelson Nery Júnior, *in Ação Civil Pública...*, ob. cit., p. 113, nota de rodapé n. 32).

4. ALGUMAS HIPÓTESES LEGAIS DE INTERSEÇÃO ENTRE FUNÇÕES FEDERAIS E ESTADUAIS NO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antes de exemplificarmos alguns textos normativos que autorizam o funcionamento de órgãos ou membros do Ministério Público Estadual perante a Justiça Federal, e vice-versa, gostaríamos de salientar que não há uma única norma nas leis orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais (Lei 8.625/93), do Ministério Público da União (LC 75/93), ou especificamente do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (LC 106/03), que proíba expressamente tal atuação. Quando muito, há tão-somente uma interligação de órgãos de execução ministeriais com um determinado juízo e/ou instância do Poder Judiciário (proibindo, por caminhos oblíquos, a atuação em quaisquer outros).

Quando o legislador não atrela as funções ministeriais a um ou mais órgãos do Poder Judiciário, tem-se implicitamente que a sua atuação não poderá ficar adstrita às suas instâncias. É o mesmo que dizer que "as Promotorias de Justiça poderão ser judiciais ou extrajudiciais, especializadas, gerais ou cumulativas" (art. 31, parágrafo único, da lei complementar estadual nº 106/03), sendo que tais atribuições "serão fixadas mediante proposta do Procurador-Geral de Justiça, aprovada pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça" (art. 32 da mesma lei).

Os órgãos de execução ministeriais que atuam em defesa do meio ambiente – natural, urbano ou cultural – são denominados atualmente de Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva. Estes, de acordo com as normas que os regulamentam (Resolução PGJ/RJ nº 1.173/03), estão organizados segundo critérios territoriais e por matérias. Assim, temos que estas Promotorias são distribuídas primeiramente em núcleos que, à exceção dos que funcionam na capital, atuam em mais de uma comarca (circunscrição territorial da Justiça Estadual) ou município. Definido este critério, passaremos à análise, uma a uma, de suas respectivas atribuições, por matéria (na capital, existem atualmente sete Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva da Cidadania e Patrimônio Público, quatro de Meio Ambiente e quatro de tutela coletiva do Consumidor. No interior, as atribuições foram definidas segundo as especificidades de cada região). Vê-se, pois, que se tratam de órgãos de execução especializados, com atribuições judiciais e extrajudiciais e que atuam cumulativamente perante mais de um foro ou juízo (por que não seções judiciárias ou juízos federais?), desde que presentes as funções que lhes foram atribuídas.

Retornando ao tema central deste ponto, verificamos, por outro lado, que há possibilidades de atuação de Promotorias de Justiça perante a Justiça Federal, não só porque as leis orgânicas não proíbem (até abrindo grande margem de interpretação nesse sentido, mormente nas hipóteses de órgãos de execução com atribuições tão amplas, como as Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva), como também, em certas vezes, até determinam esse atuar: vide art. 32, III da Lei 8.625/93 (atuação de membros do Ministério Público Estadual na Justiça Eleitoral).

Contrário senso, verificamos também que é possibilitado aos membros do Ministério Público Federal exercer suas funções "nas causas de competência de

*quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional” e “para interpor recurso extraordinário das decisões da Justiça dos Estados nas representações de inconstitucionalidade” (art. 37, II e parágrafo único da Lei complementar 75/93). Assim, por mais que se entendam incabíveis todas as considerações até então expostas, a de se evitar a supremacia de um setor ministerial (da União) sobre outro (estadual) parece-me inafastável. Ou seja, não há porque imaginarmos que pode um Procurador da República (também um membro do Poder Executivo Estadual, Municipal ou Federal, além de membros de uma associação de classe) propor livremente ações civis públicas perante as Justiças Federal ou Estadual (dependendo do mérito a ser discutido e, obviamente, desde que dentro de sua esfera de atribuição), sem atribuir igual prerrogativa aos membros do *Parquet* estadual. Mormente se diante de fatos em que as regras de definição de competência (ou atribuição) não são muito nítidas, como nas causas ambientais.*

5. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A nossa atual Carta Magna organizou o sistema de distribuição de competências sob dois enfoques, independentes entre si: o legislativo e o material (imposição de regras de conduta). O primeiro, contido principalmente nos artigos 22 e 24; o segundo, nos artigos 21 e 23. Tanto em um, quanto noutro sistemas há regras esparsas de atuação que merecem igual relevo. Dentre estas, destacamos – para o caso – as determinações contidas no art. 30 (que trata dos poderes/deveres dos municípios).

Antes de adentrarmos cada sistema, faz-se imperioso explicitar que a independência entre as “competências” legislativa e material se traduz na possibilidade de um ente atuar, fiscalizando uma determinada lei que não foi por ele emitida. Ou seja, o desempenho de um poder de polícia (típico das atividades descritas nos arts. 21 e 23 da CF/88) depende tão somente da existência da lei, nunca de sua origem – pode ser que a norma tenha a mesma origem do atuar, mas isso não é obrigatório. Assim, poderemos ter normas federais aplicadas por entes ou órgãos fiscais estaduais ou municipais; leis estaduais aplicadas por entes ou órgãos fiscais federais ou municipais, e por aí vai. Para o caso em análise, o que nos importa menos é quem teria emitido a norma (de quem seria a competência legislativa); e mais quem a fiscaliza ou a descumpra omissivamente (competência material).

Sobre este tema, dispôs o constituinte em seus arts. 225, *caput* e § 1º, V e 23, VI e VII que, para garantir o direito subjetivo público constitucional de acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, compete ao poder público, genericamente considerado (leia-se, entes federativos e

respectivos órgãos com atribuição legal), dentre outras atribuições, “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (art. 225, §1º, V), ou ainda que todos os entes da federação devem “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (art. 23, VI da CF/88) e “preservar as florestas, a fauna e a flora” (art. 23, VII, da CF/88).

É também importante salientar que o constituinte pátrio atribuiu parcelas significativas de organização sócio-ambiental aos municípios, ao dispor em seu art. 30, VIII, que a eles compete “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

Regulamentando as normas constitucionais destacadas — e já repetidas em outras Cartas Políticas anteriores — foi editada a Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. Esta, por sua vez, criou a Política Nacional de Meio Ambiente e, ao regulamentá-la, estruturou o SISNAMA — Sistema Nacional de Meio Ambiente — criado a partir de “... *órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as Fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental*”. (art. 6º da Lei 6.938/81). Portanto, quando houver interesse na utilização de bem público ambiental, qualquer que seja, deverão os órgãos criados, de forma sistêmica — nunca isoladamente — autorizar sua utilização ou, caso contrário, a coibir, responsabilizando o causador do dano.

Corroborando o entendimento ora esposado, insta consignar um pequeno trecho da obra *Direito Ambiental Brasileiro* do i. prof. Paulo Affonso Leme Machado, que sistematiza a legislação ambiental pátria da seguinte forma:

“... Existirão atividades e obras que terão importância, ao mesmo tempo, para a Nação e para os Estados e, nesse caso, poderá haver duplicidade de licenciamento... A amplitude dos conceitos ‘nacional’ e ‘regional’, contudo, tem deixado incerta a atividade licenciadora do IBAMA (idem). O interesse nacional está claramente delineado nas atividades e obras que sejam levadas a efeito nas áreas do patrimônio nacional enumeradas pela Constituição Federal no art. 225, § 4º... O interesse regional é encontrado quando o impacto ambiental do projeto possa atingir mais de um Estado ou uma região. Além dos espaços ‘nacionais’ ou regionais’, os impactos ambientais transfronteiriços precisam ser objeto de atuação do IBAMA, mas a lei é omissa neste sentido (idem)...” (destaques nossos) (Ed. Malheiros, 7ª edição, 2ª tiragem, 1999, p. 52).

Esta mesma norma infraconstitucional, ao traçar patamares mínimos de organização do SISNAMA, dispôs que “a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente (grifo nosso), integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente — SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais

Renováveis — IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis” (art. 10). Ou seja, dispôs o legislador, ao organizar os artigos constitucionais que tratam da matéria, que a fiscalização e o controle das atividades poluidoras ficarão principalmente a cargo dos entes ou órgãos fiscais ambientais dos respectivos Estados e, apenas supletivamente, da União.

Tal regramento encontra respaldo noutra norma federal (art. 76, da Lei 9.605/98 – que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente) que, ao estabelecer regras de solução de conflitos de atribuição entre órgãos fiscais ambientais, dispôs que “o pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência”. Ou seja, mais uma vez o legislador pátrio, sem descuidar da natureza comum da competência material constitucionalmente imposta a todos os entes da federação, confirmou a prioridade de atuação dos entes estaduais sobre os federais, em matéria de proteção ao meio ambiente.

Transpassando tais entendimentos à seara de atuação dos “Ministérios Públicos” – já que não há uma norma específica nas respectivas leis orgânicas que tratem de regras de solução de conflitos de atribuição entre os órgãos de execução federal e estadual —, verificamos que a atuação na repressão a ilícitos ambientais deve ser priorizada pelo Ministério Público Estadual, restando aos órgãos federais as hipóteses em que notoriamente se verifique um largo espectro nacional, ou nos casos de atuação supletiva à estadual.

Para nos respaldar, entendemos ser mais uma vez oportuna a citação dos ensinamentos do i. prof. Rodolfo de Camargo Mancuso sobre o tema:

“A questão, a nosso ver, envolve dois aspectos: A) os interesses de que cuida a lei 7347/85 não são interesses públicos, *strictu sensu*, e sim interesses metaindividuais, valendo a distinção para por em evidência que o problema da competência não pode ser resolvido em termos de titularidade do interesse metaindividual, isto é, numa perspectiva de *exclusividade* em sua pertinência e fruição, já que esse interesse, no caso, vem esparsos por um número indeterminado de pessoas. Assim, o interesse da União, suas empresas públicas e autarquias há que ser visto com os temperamentos impostos pela natureza mesma destas ações coletivas; B) jurisprudência do então TFR e do STF já tornava evidente que ‘o interesse da União’ a que se referia o art. 125, I da EC 1/69 (e hoje está no art. 109, I, da Carta Magna) não se reduz a um simples interesse de fato; nem simplesmente o ‘ingresso’ da União no feito é condição necessária e suficiente para o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

De *lege ferenda*, ou ainda como proposta para uma interpretação mais fecunda do art. 2º da Lei 7.347/85, seria desejável que a ação civil pública fosse, *necessariamente*, ajuizada no foro onde ocorreu (ou ainda está em iminência de ocorrer) o dano. Neste sentido restariam para a Justiça Federal as ações civis públicas cujo objeto, por seu largo espectro, desbordasse para além de um Estado” (destaques nossos) (ob. cit., p. 69/71).

Diante disso, temos que cabe aos Ministérios Públicos dos respectivos Estados a atuação prioritária na proteção ao Meio Ambiente, à exceção dos danos ambientais de largo espectro, hipótese em que atuaria também prioritariamente o Ministério Público Federal. Se, uma vez delimitada a sua atuação (seguindo critérios constitucionais e legais para tanto), o membro do *Parquet* estadual se vir obrigado a propor uma medida judicial para solucionar o caso, o fará agora de acordo com outras regras constitucionais e infra-constitucionais: as de definição de competência. Daí a possibilidade de termos um membro do *Parquet* estadual propondo uma ação civil pública ambiental perante a Justiça Federal.

6. CONCLUSÕES

1) A evolução histórica do ser humano nos ensina que foram gastos milênios na busca de um ponto de equilíbrio entre o pensar e o agir. Séculos e mais séculos se passaram, entre tantas evoluções e involuções dos regramentos mínimos da vida social, para que pudéssemos perceber que não adianta desenvolver só os ideais, ou só os instrumentais. Ao contrário, é imprescindível que os grandes pensamentos estejam a alcance de todos.

2) Neste diapasão, tem-se como claro que a ordem jurídica mundial deve ir ao encontro deste movimento de acessibilidade. Inúmeros pensadores desenvolveram teorias para buscar um equilíbrio entre as forças hoje imperantes (modelo capitalista, adotado em quase todo mundo) do capital e do trabalho, chegando todos à conclusão de que caberia ao Estado, por uma de suas funções primordiais (a função judiciária), pacificar este conflito de interesses, que ultrapassa gerações.

3) Porém, para poder se aproximar da classe mais necessitada e, por conseguinte, desenvolver a contento este mister, faz-se necessária uma mudança radical nas estruturas deste Poder secular. É preciso que o Judiciário se torne menos oneroso (dentro do possível, gratuito), mais célere e apto a conhecer e a julgar com isonomia as grandes demandas sociais, sem (a) se entulhar com milhões de processos e (b) sem correr riscos de prolatar decisões conflitantes sobre o mesmo caso – o que só geraria mais insegurança.

4) É neste tripé evolutivo que surge a ação civil pública. Como uma espécie de instrumento de equiparação de armas, ela, por seus legitimados, foi erigida a verdadeira guardiã das causas sociais a merecerem apreciação pelo Judiciário. Por isso, suas normas nunca poderão ser interpretadas de maneira restritiva, mas, ao contrário, sempre com este viés permissivo, de conteúdo social e histórico. Neste contexto se situa a atuação do Ministério Público; um dos legitimados ativos desta ação coletiva.

5) O Ministério Público, em razão de sua autonomia administrativa e financeira, possui regramentos diversos daqueles constitucionalmente atribuídos ao Poder Judiciário. Pode ele, portanto, dispor livremente sobre a organização de seus órgãos de execução, atrelando-os ou não à organização judiciária. Daí

porque ser incorreto falar que o art. 128 da CF/88, em seus incisos, teria aberto a possibilidade de interpretação de que o sistema de atuação do Ministério Público deve ser equiparado ao da Magistratura.

6) Não há uma única lei que proíba o Ministério Público Estadual de atuar perante a Justiça Federal, nem o Federal de atuar perante a Justiça Estadual. Ao contrário, existem normas que dispõem (a) ser obrigatória a participação de membros do *Parquet* estadual em funções federais (eleitoral) e outras que (b) possibilitam expressamente que Procuradores da República atuem perante qualquer juízo (inclusive os estaduais) ou instância, para defesa dos interesses tutelados pela via da ação civil pública (art. 37, II da LC 75/93).

7) Assim, não há como sustentar que todos os legitimados ativos da ACP possam litigar em qualquer "Jurisdição", à exceção do Ministério Público Estadual.

8) Quanto mais em lides de natureza ambiental onde, pelo seu sistema de "competências" materiais (atribuições) constitucionalmente criado e legalmente regulamentado, há evidente prevalência no atuar dos entes ou órgãos fiscais estaduais sobre os federais.

9) Daí ser plenamente plausível a tese de que órgãos de execução ministeriais estaduais possam propor ações civis públicas, versando sobre a proteção ao meio ambiente, perante a Justiça Federal, desde que as regras constitucionais de competência assim determinem.

Outubro de 2004.

**PARECERES
E
RAZÕES**

Fato praticado anteriormente à vigência da Nova Lei de Tóxicos. Conflito de leis no tempo. Impossibilidade de combinação de leis, com a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11.343 sobre a pena cominada no artigo 12, caput da Lei 6.368/76. Aplicação por inteiro da lei penal que se revelar mais benéfica no caso concreto.

Excelentíssimo Doutor Juiz de Direito da 7ª Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçu/RJ

Processo nº 2006.038.044825-8

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, apresentado pelo Promotor de Justiça ao final assinado, vem, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, com fulcro nos artigos 127 e 129, inciso I, da Constituição da República, e no artigo 57 da Lei nº 11343/06, oferecer

ALEGAÇÕES FINAIS (MEMORIAIS)

Cuidam os autos de ação penal pública incondicionada, deflagrada em face de *Sandro Eugênio Ricardo* e *Rose Lourenço da Silva*, visando a apurar a prática, por ambos, do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, presente a causa de aumento de pena relativa à associação eventual para o tráfico, pois:

“No dia 18 de agosto de 2006, por volta das 20h15min, na Praça Telemar, situada na Rua Baronesa de Mesquita, s/n, Mesquita, os Denunciados, consciente e voluntariamente, traziam consigo, de forma compartilhada, sob as pernas da Denunciada Rose Lourenço da Silva, para fins de tráfico, 21,4g de Cannabis Sativa L. (maconha), conforme laudo prévio de fl. 05, sem autorização legal ou regulamentar.

Consta dos autos, que os Policiais do flagrante, em policiamento de rotina, tiveram a atenção voltada para os Denunciados que se encontravam em atitude suspeita no local supra referido, conhecido como ponto de venda de entorpecente, sendo certo que, ao perceberem a aproximação dos milicianos, os Acusados ameaçaram empreender fuga, sem, contudo, obterem êxito.

Ato contínuo, os policiais procederam à revista pessoal nos Denunciados, encontrando, sob as pernas de Rose

Lourenço da Silva, que se encontrava sentada num banco da referida praça, a substância entorpecente descrita no laudo prévio distribuída em vinte e cinco saquinhos transparentes, bem como, em poder de Eugênio Ricardo, a quantia de R\$ 39,00 (trinta e nove reais) em espécie e um telefone celular, momento em que lhes foi dada voz de prisão, sendo todos encaminhados à Delegacia.

Saliente-se que os Denunciados acabaram por admitir aos Policiais, quando da abordagem, que de fato estavam vendendo drogas no local.” (denúncia – fls. 02-A/02-B)

Esta a breve panorâmica dos autos (art. 43, inciso III, da Lei n. 8625/93):

- Denúncia oferecida em 31/08/2006 – fls. 02-A/02-B;
- Laudo prévio da substância entorpecente apreendida – fl. 05;
- Auto de prisão em flagrante – fls. 08/09;
- Termos de declarações em sede policial – fls. 12/11;
- Registro de ocorrência – fls. 21/21;
- Interrogatório do acusado *Sandro Eugênio Ricardo* – fls. 33/35;
- Interrogatório da acusada *Rose Lourenço da Silva* – fls. 36/39;
- Laudo de exame definitivo de substância entorpecente – fl. 44;
- FAC de *Sandro Eugênio Ricardo* – fls. 50/52;
- Decisão de recebimento da denúncia – fl. 61;
- FAC de *Rose Lourenço da Silva* – fls. 66/68;
- Oitiva das testemunhas arroladas pelo MP – fls. 83/88.

I - Da Materialidade e da Autoria.

Finda a instrução criminal, a imputação formulada em face dos acusados revelou-se integralmente ratificada diante do mosaico probatório produzido em juízo.

No que tange à materialidade do delito ora em exame, dúvidas não há quanto à sua caracterização, já que esta ficou plenamente demonstrada mediante laudos prévio e definitivo de exame em substância entorpecente (fls. 05 e 44), os quais atestam a natureza ilícita do material apreendido, consistente em 21,4 (vinte e uma gramas e quatro decigramas) de erva seca e picada, identificada como *Cannabis sativa L.* (maconha), distribuída em 25 (vinte e cinco) pequenos sacos incolores.

No que diz respeito à autoria, os agentes policiais responsáveis pela prisão em flagrante dos acusados prestaram em juízo depoimentos coerentes e uniformes no sentido de que os mesmos se encontravam efetivamente vendendo substância entorpecente no local, senão vejamos.

O policial militar *Márcio Alexandre da Conceição* afirmou que já havia uma delação anônima dando notícia de que um casal traficava na Praça Telemar,

em Mesquita, razão pela qual se dirigiu ao local mencionado para averiguar a veracidade da informação juntamente com seu colega, *Sérgio Mendes de Lima*. Ao chegarem à referida praça, os milicianos avistaram os acusados sob uma cobertura, sendo que, ao pararem a viatura para abordá-los, estes tentaram empreender fuga, mas foram de imediato abordados.

Após busca pessoal nos imputados, foi encontrado o material entorpecente apreendido no interior de um saco plástico, embaixo de uma mesa de pedra sobre a qual a acusada *Rose* se encontrava sentada, além da quantia de R\$ 39,00 (trinta e nove reais) em poder do co-réu *Sandro*. O referido agente policial ressaltou ainda em seu depoimento que, embora os imputados tenham inicialmente negado qualquer envolvimento com a atividade do tráfico, acabaram por admitir, logo em seguida, que realmente traficavam em conjunto no local, sendo a droga arrecadada de propriedade dos mesmos. Por fim, relatou que o imputado *Sandro* descreveu com detalhes como comprava a droga, sendo que este adquiria certa quantidade no bairro do Jacaré, dividindo uma trouxinha em várias outras para posterior venda (fls. 83/85).

Sérgio Mendes de Lima descreveu da mesma forma toda a dinâmica delituosa, narrando de igual forma que *“embaixo da cadeira onde a acusada estava foi encontrado um saco plástico contendo vários saquinhos de erva em seu interior”*. *Aduziu ainda que os imputados admitiram que estavam no local praticando, em conjunto, a venda de entorpecentes* (fls. 86/88).

Em oposição ao preciso e coerente relato dos milicianos, os acusados, por sua vez, limitaram-se a negar que estivessem juntos ou traficando no local, negando qualquer vinculação com o material entorpecente apreendido.

Assim sendo, as declarações dos imputados apresentam-se absolutamente divorciadas dos demais elementos de prova coligidos durante o curso da instrução criminal, não tendo sido sequer colhido o depoimento de alguma testemunha que confirmasse ao menos em parte a versão por eles apresentada.

Acresça-se ainda que os depoimentos de policiais não podem ser desacreditados, vez que se tratam de manifestações que, por serem emanadas de agentes públicos, gozam de presunção de legitimidade, tendo força probante suficiente para lastrear uma sentença condenatória, não podendo ser atribuído às declarações destes valor menor do que aquele cominado para relatos emanados dos próprios envolvidos na empreitada criminosa, a não ser que sejam apresentadas provas suscetíveis de elidir tal presunção, o que não se verificou nos presentes autos.

Corroborando tal entendimento, assim já se manifestaram nossos Tribunais, *in verbis*:

“TJSP: “Não se pode presumir em policiais ouvidos como testemunhas a intenção de incriminar falsamente o acusado de prática de crime contra a saúde pública na modalidade

de tráfico de entorpecente por asseverarem que a substância tóxica foi encontrada em poder daquele. A presunção, ao contrário, é de idoneidade dessas testemunhas, ainda mais quando seus depoimentos são seguros, precisos e uniformes desde a fase inquisitorial e não há qualquer razão concreta de suspeição.” (RT 614/275)

TJRJ: *“O testemunho de policial, mesmo participante de diligência do flagrante, quando coerente e seguro, é tão válido como qualquer outro.” (RT 595/423)*

TJMG: *Os policiais não são proibidos de prestar depoimento nos processos de cuja fase policial tenham participado, seja efetuando a prisão do agente, seja apreendendo o objeto do crime. De outro lado, a declaração de inidoneidade é específica, e não genérica, não podendo abranger toda uma categoria de pessoas, devendo ser alegada e demonstrada em cada caso.” (RT 604/407)*

Considerando-se a elevada quantidade de substância entorpecente apreendida, a sua forma de acondicionamento e as circunstâncias em que a prisão em flagrante se efetivou, resta clara a prática do delito de tráfico de substâncias entorpecentes, nos moldes do art. 12 da Lei nº 6368/76, além de também caracterizada a causa de aumento de pena prevista no artigo 18, III da Lei 6368/76, já que restou evidente que os acusados encontravam-se associados, no mínimo de forma eventual, para fins de traficância.

II – Da Incidência da Causa Especial de Diminuição de Pena do Artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Diante do advento da Nova Lei de Tóxicos (Lei 11343/2006), algumas observações devem ser feitas no tocante à correta tipificação do delito imputado aos acusados, sobretudo em razão da criação de uma nova causa especial de diminuição de pena, cuja aplicação certamente será sustentada pela aguerrida Defensoria Pública que atua perante este juízo.

Depreende-se da leitura comparativa entre o art. 12 da Lei 6368/76 e o art. 33, *caput* do novel diploma legal, que a pena mínima cominada para o crime de tráfico ilícito de substância entorpecente sofreu uma majoração, passando de três anos para cinco. Logo, a princípio, estaríamos diante de lei mais gravosa, que, como é cediço, não retroage para alcançar os fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Ocorre que o mesmo artigo 33 prevê, no seu § 4º uma causa especial de diminuição de pena, que pode variar até dois terços, caso o agente seja primário, de bons antecedentes, e não se dedique à atividade delituosa e nem integre organização criminosa.

Compulsando os autos, verifica-se não haver qualquer prova no sentido de que os imputados integrem organização criminosa ou que se dediquem comumente à atividade delituosa, só havendo evidências quanto ao envolvimento destes no delito ora em apuração. Ademais, os mesmos são primários e de bons antecedentes, não constando qualquer anotação, de suas FACS (fls. 50/52 e 66/68).

Assim, embora a princípio o artigo 12 da Lei 6368/76 pareça ser mais benéfico para os réus em razão de sua pena mínima cominada ser inferior àquela prevista no artigo 33, *caput*, da Lei 11343/2006, na verdade, em razão da incidência da causa de diminuição do parágrafo 4º, a Nova Lei de Tóxicos passa a ser a mais benéfica, já que, em se aplicando tal redutor, a pena mínima pode chegar ao patamar de apenas vinte meses de reclusão.

Destarte, não obstante o fato criminoso em análise tenha sido perpetrado quando ainda da vigência da Lei 6368/76, como os acusados fazem jus ao benefício previsto no artigo 33, § 4º da Lei 11343/2006, esta passa a ser a lei mais benigna (*lex mitior*), aplicando-se, portanto, retroativamente para incidir sobre os fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, nos termos do artigo 5º, XL da Magna Carta.

Relevante questão a ser abordada, e que certamente será ainda objeto de acirrados debates em nossos Tribunais e na doutrina, diz respeito à possibilidade de combinação de leis penais, construção doutrinária esta que, caso admitida para o caso ora em análise, acabará por ensejar a aplicação da causa de diminuição supracitada sobre a pena prevista no artigo 12 da Lei 6368/76, resultando em sanção extremamente exígua para delito de tamanha gravidade.

Muito embora não possamos fechar os olhos para o fato de que a maioria da doutrina mais moderna admite tal combinação, até como um consectário lógico do postulado constitucional da aplicação retroativa da lei penal mais benéfica, também é certo que todo raciocínio desenvolvido por tais doutrinadores toma por base hipóteses que muito diferem daquela trazida com o advento da Nova Lei de Tóxicos. Isto porque normalmente é dado como exemplo a conjugação de duas leis sucessivas no tempo que prevêm sanções penais diversas para o mesmo delito. Ocorre que a referida causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei 11343/2006 encontra-se vinculada ao *caput* do mesmo dispositivo legal, formando uma mesma equação legislativa, já que foi concebida tomando-se em conta a majoração da pena mínima para o patamar de cinco anos, não podendo retroagir isoladamente para incidir sobre a pena prescrita no *caput* do artigo 12 da Lei 6368/76, sob pena de violação do princípio constitucional da Separação de Poderes, já que o julgador, ao assim agir, estaria na verdade não escolhendo a lei mais benéfica ao caso concreto, mas sim criando uma terceira lei, arvorando-se em legislador.

Mais ainda: admitir tal combinação equivale não só a legislar, mas também a contrariar a própria vontade do legislador, este sim dotado de legitimidade democrática e porta-voz dos reclamos da sociedade, que, com a

nova Lei de Entorpecentes, pretendeu atribuir tratamento penal mais severo àqueles envolvidos na atividade de tráfico. Logo, ao aplicar-se retroativamente o novo dispositivo legal, deve-se fazê-lo por inteiro.

Chancelando o entendimento aqui esposado, o Supremo Tribunal Federal também rechaçou a possibilidade de combinação de leis penais, a saber:

*“STF: Os princípios da ultra e da retroatividade da **lex mitior** não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu” (JSTF 174/260).*

No mesmo sentido, adotando o raciocínio de aplicação por inteiro da lei mais benéfica no caso concreto, manifesta-se respeitável setor da doutrina, capitaneada por GUILHERME DE SOUZA NUCCI, que assim leciona:

*“(...) De nossa parte, preferimos atualmente a posição intermediária, apontada por JIMÉNEZ DE ASÚA, baseando-se em VON LISZT, ao lecionar que a fórmula mais exata leva o juiz a fazer uma aplicação mental das duas leis que conflitam – a nova e a antiga –, verificando, no caso concreto, qual terá o resultado mais favorável ao acusado, mas sem combiná-las, evitando-se a criação de uma terceira lei (*Lecciones de derecho penal*, p. 98-99). É também a posição adotada por CLAUS ROXIN (*Derecho Penal – Parte General*, t. I, p. 167-168) (...)”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 63.*

Portanto, em conclusão, sustentamos a condenação dos acusados, porém, com as devidas adaptações em função da entrada em vigor da Nova Lei de Tóxicos, a qual deve ensejar nova tipificação da conduta objeto da imputação, por ser, em linhas gerais, lei mais benéfica para o caso concreto ora em exame, condenando-os nas penas do artigo 33, *caput* e seu parágrafo 4º da Lei 11.343/2006.

Inquestionável, portanto, a responsabilidade (subjéctiva) penal dos imputados, a reclamar sua reprovação.

Confirmada a existência, *in casu*, de um *tipo de injusto* (é dizer, realização não-justificada de um tipo de crime), passa-se à sua valoração.

Presentes seus fundamentos, haja vista que os imputados tinham: a) capacidade geral de compreender e de querer as proibições ou mandados da

norma jurídica (*capacidade de culpabilidade*)¹; **b**) o conhecimento real ou possível da proibição concreta do tipo de injusto específico (*consciência real ou potencial da ilicitude*)²; e **c**) a normalidade das circunstâncias do fato (*exigibilidade de comportamento diverso*)³.

Por derradeiro, quanto à graduação da *pena*, o juízo de reprovação/censura que recai sobre os imputados aponta a inexistência de causas que o beneficiem, sendo certo, por outro lado, que a pena-base a ser fixada não deve afastar-se do mínimo legal, já que nenhum dos imputados apresenta anotações em sua folha penal.

III – *Do regime de cumprimento de pena e de sua substituição.*

Segundo dispõe o art. 2º da Lei nº 8072/90, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é assemelhado a hediondo, aplicando-se a ele, portanto, todas as restrições e peculiaridades previstas nesse diploma. Logo, no tráfico ilícito de entorpecentes não cabe anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória. A pena privativa de liberdade deve ser cumprida integralmente em regime fechado, em estabelecimento de segurança máxima. O livramento condicional apenas é possível após o cumprimento de dois terços da pena, se não houver reincidência específica em crime hediondo.

O cumprimento da pena em regime integralmente fechado não viola, em momento algum, o princípio da individualização da pena, a que se refere o art. 5, inciso XLVI, CRFB.

É dominante na jurisprudência do STF e do STJ o entendimento no sentido da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90, que impõe o

1. **A capacidade de culpabilidade é atributo jurídico de indivíduos com determinados níveis de desenvolvimento biológico e de normalidade psíquica, necessários para compreender a natureza proibida de suas ações ou orientar o comportamento de acordo com essa compreensão. A lei penal brasileira exige a idade de 18 anos como marco de desenvolvimento biológico mínimo para atribuir a capacidade de culpabilidade (art. 27, CP) – um critério cronológico empírico, mas preciso; complementarmente, a lei penal pressupõe indivíduos portadores de aparelho psíquico livre de defeitos funcionais ou constitucionais, excludentes ou redutores da capacidade de compreender a natureza proibida de suas ações, ou de orientar o comportamento de acordo com essa compreensão (arts. 26 e parágrafo único, CP) – um critério científico controverso, por causa do conflito da psiquiatria sobre o conceito de doença mental”** (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 184).
2. **“... a teoria talvez dominante, representada por ROXIN, situa-se em posição intermediária, sob o argumento de que conhecer a danosidade social ou a imoralidade do comportamento seria insuficiente, e conhecer a punibilidade da ação seria desnecessário: objeto da consciência do injusto seria a chamada antijuridicidade concreta, como conhecimento da específica lesão do bem jurídico compreendida no tipo legal respectivo, ou seja, o conhecimento da proibição concreta do tipo de injusto”** (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, pp. 198/199).
3. **“... o último estágio da pesquisa consiste no exame da normalidade/anormalidade das circunstâncias de realização do injusto típico por um autor capaz de culpabilidade, com conhecimento real ou possível da proibição concreta: circunstâncias normais fundamentam o juízo de exigibilidade de comportamento conforme ao direito”** (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, p. 215).

cumprimento da pena integralmente em regime fechado. Não há ofensa ao apontado princípio constitucional, uma vez que o próprio constituinte autorizou o legislador ordinário a conferir tratamento mais gravoso aos crimes definidos como hediondos, ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao terrorismo e à tortura, não excluindo expressamente desse maior rigor a proibição da progressão de regime. Não consta em nenhum trecho do Texto Constitucional que o legislador inferior não possa estabelecer disciplina mais severa para o cumprimento da pena em delitos considerados pelo próprio constituinte como de grande lesividade social.

“Habeas corpus’ – Condenação pela prática de crime hediondo ou de delito a este equiparado – Cumprimento da pena em regime integralmente fechado – Pedido indeferido.

O réu que foi condenado pela prática de crimes hediondos ou de infrações penais a estes equiparadas – não tem o direito de cumprir a pena em regime de execução progressiva, pois a sanção penal imposta a tais delitos deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, por efeito de norma legal (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 1º), cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Precedentes. Observância, no caso, do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, até que sobrevenha revisão da diretriz ainda prevalecente” (STF – HC 85805/SP – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª Turma – j. 30/08/2005 – v.u. – DJ 07/10/2005, p. 052)”

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, no âmbito do *Habeas Corpus* nº 82.959, concedeu ao respectivo paciente, condenado pela prática de crime hediondo, direito à progressão de regime, sob o argumento de que a norma inscrita no parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, seria inconstitucional, por ferir o princípio da individualização da pena.

Tal decisão, no entanto, foi proferida em caráter *incidenter tantum*, emanando, portanto, efeito *inter partes* tão somente, sendo certo que, para ter validade *erga omnes*, dependeria da providência prevista no artigo 52, inciso X, da CRFB, a qual não foi adotada, no caso, pelo Senado Federal, ou então ter sido proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Por conseguinte, não se encontram os magistrados e tribunais pátrios vinculados à mencionada decisão, podendo tal posicionamento vir a ser revisto, posteriormente, pelo próprio Pretório Excelso.

Releva, ainda, assinalar que, ao contrário da isolada decisão supracitada, tantos foram os precedentes desfavoráveis à progressão de regime nos crimes hediondos que, durante a sessão plenária de 24 de setembro de 2003, a Suprema Corte aprovou a súmula nº 698, abaixo colacionada, restringindo a incidência

do artigo 1º, § 7º da Lei 9.455/97 aos crimes de tortura, preservando, portanto, em relação aos demais crimes hediondos e a eles equiparados, a vedação à progressão do regime prisional:

“**Súmula 698:** “Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.”

Com efeito, resta claro que o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal deve prevalecer, não só por ser o que melhor atende aos anseios da sociedade civil, bem como por se tratar de posicionamento que melhor se coaduna com uma interpretação lógico-sistemática da ordem jurídica constitucional.

Além disso, sendo imposto o regime integralmente fechado, inadequada a pretensão de ver aplicada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante a lição de FERNANDO CAPEZ, *in verbis*:

“ (...) Entendemos que, mesmo que a pena privativa de liberdade aplicada seja igual ou inferior a 04 anos, não será possível a sua substituição por pena alternativa, uma vez que, de acordo com o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, a pena nesses delitos deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, o qual é, por óbvio, incompatível com a pena alternativa, sem contar que dificilmente os autores desses crimes preencheriam os requisitos do art. 44, III, do CP, dado que a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime não indicariam a substituição por pena alternativa como suficiente a uma adequada resposta penal” (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, vol. 4, São Paulo, Editora Saraiva, 2006).

Na mesma esteira já decidiu nossa Suprema Corte:

“A Turma, por maioria, indeferiu **habeas corpus** em que se pretendia a substituição da pena privativa de liberdade imposta aos pacientes, condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, sob alegação de estarem presentes os requisitos previstos no art. 44 do CP. Entendeu-se pela Lei 9.714/98 – aos crimes elencados ou equiparados a hediondo, tendo em vista a vedação de progressão do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, hipótese em que deve ser estabelecido o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena.” (Informativo nº 374 do STF, relativo ao HC nº 84422, Rel. Min. Joaquim Barbosa, em 14/12/2004).”

Destarte, inconcebível a fixação no decreto condenatório de outro regime para cumprimento da pena privativa de liberdade que não seja o regime integralmente fechado, vedada, por via de consequência, a aplicação do artigo 44 da Lei Penal.

IV – *Conclusão.*

De todo o exposto, requer o *Ministério Público* a **procedência da denúncia**, tocantemente à figura do **art. 33, caput e seu parágrafo 4º** com os consectários da Lei nº 8072/90, com a consequente **condenação** dos imputados *Sandro Eugênio Ricardo* e *Rose Lourenço da Silva*, às penas legalmente previstas.

Nova Iguaçu, 24 de novembro de 2006.

AFONSO HENRIQUE REIS LEMOS PEREIRA
Promotor de Justiça

Recurso de apelação contra sentença que reconheceu o princípio da insignificância na subtração de uma bicicleta avaliada em R\$ 35,00. No apelo, é referido que o combatido pela norma penal, basicamente, é o desvalor da conduta, a fim de coibir a reiteração da conduta delituosa. Salienta-se que o sistema jurídico penal apresenta soluções adequadas para condutas de baixa lesividade, sem chegar-se ao ponto de torná-las impuníveis.

Comarca de DE XXX
Processo-crime n.º XXX

Apelante: Ministério Público

Apelado: XXX

Delito: Furto simples (Artigo 155, 'caput', do CP)

RAZÕES DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*"Quem tem pena de seus lobos,
perde suas ovelhas"
(Ditado sulista).*

Egrégio Tribunal:

Colenda Câmara Criminal:

1. O Ministério Público ofereceu denúncia contra XXX, já qualificado, imputando-lhe o cometimento do delito tipificado no artigo 155, "caput", do Código Penal porque:

"No dia 02 de setembro de 2001, por volta das 21h30min, na Linha XXX, em XXX/RS, XXX subtraiu, para si, uma bicicleta, marca Monark, cor vermelha e branca, 18 marchas, pertencentes à vítima XXX.

"Para tanto, o denunciado vendeu e transferiu a propriedade da referida bicicleta para a vítima, recebendo o valor de R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais), e, logo após a negociação, subtraiu o referido bem, consumando, dessa forma, a prática delitiva.

O bem furtado foi arrecadado (fl. 12), avaliado em R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), conforme auto da fl. 14, e restituído à vítima (fl. 15)".

A denúncia foi recebida em XX/XX/XX, o réu foi citado e aceitou suspensão condicional do processo, posteriormente revogada pelo não-cumprimento das condições impostas.

O réu foi interrogado e apresentou defesa prévia por defensor nomeado.

Após regular instrução do feito e ultrapassados os prazos dos arts. 499 e 500 do CPP, sobreveio sentença absolvendo o denunciado das imputações que lhe foram feitas, com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal – "não constituir o fato infração penal."

Vieram os autos para intimação da sentença.

É o brevíssimo relatório.

Excelências, a presente apelação é tempestiva e preenche os demais requisitos de admissibilidade recursal, devendo, portanto, ser conhecida.

No mérito, merece reforma a sentença do culto e operoso magistrado da Comarca de XXX/RS, que, equivocadamente, apesar de reconhecer comprovadas a autoria e a materialidade, entendeu não constituir o fato descrito na exordial acusatória infração penal.

2. O Douto Magistrado afirmou na sentença que o "fato não constitui infração penal." O argumento está baseado em parcela da doutrina que caracteriza o delito em tela como sendo de bagatela.

No que tange à materialidade e autoria, não existem divergências, uma vez que comprovadas e reconhecidas.

A inconformidade reside no fato de que o magistrado entendeu não constituir o fato denunciado infração penal.

Permissa venia concessa, mas a caracterização do delito restou devidamente comprovada. Basicamente, os argumentos são os já expendidos por ocasião das alegações finais.

Diga-se, também, que apesar de o prejuízo da vítima ser de pequeno valor, inaplicável ao caso em tela o princípio da insignificância ou a teoria da bagatela, pois o que a norma penal combate é o desvalor da conduta, até mesmo para coibir a reiteração de pequenos delitos, que diluem ainda mais a rala consistência dos freios éticos do delinqüente. Nesse sentido, colham-se os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

"A 'Teoria da Bagatela' é, em última análise, a 'bagatela da teoria', pura extravagância teórica, idealizada para assegurar a impunidade do infrator. Para a mão que ofende, a lesão é sempre de 'bagatela'. Mas é sempre dolorosa para o rosto que a suporta. Para a mão que furta, a lesão patrimonial é sempre de bagatela. Mas é

sempre aflitiva para o bolso desfalcado. Nesse relativismo pendular, fico com o sujeito passivo. *É necessário ter bem presente no espírito que a reprovação/punição da conduta em exame (e de comportamento análogos) tem conteúdo ético, que abstrai do peso econômico da coisa subtraída.* O que se reprova/pune – com tal independência do valor circunstancial da coisa sobre a qual recai a ação – é o desvalor, a negatividade axiológica da própria conduta. O preceito subjacente à previsão repressiva do art. 155 é ‘não furtarás’ nem isto nem aquilo, nada importando se isto vale muito ou pouco. Em tais condições, o diminuto peso econômico da coisa não pode ser levado à categoria de causa excludente da ilicitude” (TJSP – 5.^a T. – Ap. 1147265/1 – Rel. Corrêa de Moraes).

“Princípio da insignificância – Inaplicabilidade sob pena de estimular-se a reiteração de pequenos delitos – Teoria do crime de bagatela incompatível com o clamor da comunidade por uma tolerância zero em relação a condutas criminosas – “Embora ponderável a posição dos que sustentam acolhimento do princípio da insignificância – de minimus non curat praetor –, não se mostra ele integralmente prestigiado pela maioria dos operadores e sua aplicação deve ser restrita, sob pena de estimular-se a reiteração de pequenos delitos, diluindo a consistência já atenuada dos freios éticos, fenômeno nítido da chamada pós-modernidade. A teoria do crime de bagatela, por sedutora possa parecer, não tem prevalecido na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, pois mostra-se incompatível com o clamor da comunidade por uma tolerância zero em relação a qualquer tipo de conduta vulneradora de bens da vida, até como forma preventiva das mais intensas incursões pela criminalidade” (TACRIM-SP – Ap. – j. 26.04.1999 – Rel. Renato Nalini – RT 768/597).

A decisão dos autos imediatamente traz à lembrança a lúcida lição de VOLNEY CORRÊA LEITE DE MORAES JÚNIOR:

“A Velha Tesoura do Pobre Alfaiate

Qualquer imbecil percebe que furtar um alfinete não tem significação jurídico-penal. Sem embargo, não poucos imbecis escrevem tratados para demonstrar essa verdade

apodíctica. No fundo, nem são tão imbecis assim. O que eles pretendem é demonstrar essa bagatela em princípio, indo do alfinete à agulha, desta ao dedal, desta à linha, da linha à tesoura, para finalmente abarcar toda a caixa de costura e, com isso, provar que o furto não é condenável.

O chamado princípio da insignificância só em circunstâncias extremas deixa de ser uma insignificância de princípio.

Por via de regra, pretende-se com este divertimento teórico, supostamente magnânimo e moderno (para certos esnobes, tudo o que não coincide com suas fantasias laxistas pertence à Idade da Pedra; eles, e mais ninguém, representam a modernidade, a amplitude de visão, a largueza de espírito, a nobreza de coração; eles definitivamente têm uma auto-estima hipertrofiada), pretende-se com o princípio da insignificância estatuir uma carta de indenidade para o ladrão moderado, pouco ambicioso: ele pode furtar quantas vezes quiser, ainda que muitos se ressintam do desfalque patrimonial os sujeitos passivos; não haverá conseqüências penalmente relevantes, se furtar comedidamente.

Isso, em última análise, estabelece como proposição incontrastável que o preceito moral subjacente à norma – não furtarás! – é relativo ao valor da coisa subtraída. Ou seja, a ênfase do advérbio de negação é diretamente proporcional ao valor da coisa, de tal modo que, nesse imperativo categórico, o adjunto é principal e o verbo é secundário.

Segue-se, como corolário irrecusável, que nem sempre será imoral subtrair coisa móvel alheia.

Portanto, não mais caberá admoestar os nossos filhos, quando deitarem a mão sobre o brinquedo (pouco valioso) do amigo. Pois se não é imoral!

Nem se admitirá que os mestres recriminem o aluno, que subtrair o lápis do colega. Pois se não é imoral!

Acha-se implantada uma nova ordem de valores, a moderna axiologia: comerás com moderação! beberás com moderação! e furtarás com moderação!

De mais a mais, a velha tesoura de que se vê despojada uma pobre costureira será, talvez, um objeto de pequeno valor (= conduta atípica, impunidade garantida), mas sua reposição representará um dispêndio imprevisto e doloroso para o bolso vazio da vítima; o velho alicate subtraído a

um pobre borracheiro de periferia será, talvez, um objeto de pequeno valor (= conduta atípica, impunidade garantida), mas sua reposição...; a verruma, o martelo, o serrote do pobre carpinteiro serão, talvez, objetos de pequeno valor, de modo que o gatuno, na óptica do moderno direito penal, nenhuma reprovação merecerá, conquanto a reposição das ferramentas importe num gasto que a vítima proverá a duras penas; assim, também, o tênis surrado do office-boy. Portanto, a regra de ouro dos que professam a Teoria da Insignificância é: furtar tudo de todos quantos tenham pouco, perdendo de vista que coisa insignificante para o ladrão pode ser muito significativa para a vítima.

Curioso e repugnante paradoxo: essa turma da bagatela, da insignificância, essa malta do Direito Penal sem metafísica e sem ética, preocupa-se em afetar deplorativa solidariedade aos miseráveis; no entanto proclama ser insignificante e penalmente irrelevante o furto de que os miseráveis são vítimas. Sim, porque quem mais além dos miseráveis possui coisas insignificantes?

Essa arenga niilista do Direito Penal mínimo não raro conduz ao amoralismo máximo.

Sobre o tema, a 7ª Câmara do Tacrim-SP já teve ocasião de assentar as seguintes proposições:

A teoria da insignificância é, ao fim e ao cabo, a insignificância da teoria. É petição de princípio.

Deveras, a coisa é sempre insignificante para quem a furta, mas significativa para quem dela se vê despojado.

Ora, sendo impossível desconsiderar a relatividade do ponto-de-vista, – ou do sujeito ativo ou do sujeito passivo – a demonstração da insignificância esbarra em dificuldade lógica intransponível e incontornável: como provar que uma coisa é insignificante se, por outro ângulo, ela é significativa?

O ponto essencial está em que a propriedade – nada importando se de coisas insignificantes ou significativas – é bem tutelado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto da Costa Rica e pela Constituição da República, de modo que, em termos de direito constituído, é reprovável o atentar contra ela, preconceitos ideológicos à parte.

É bem verdade que na Suma Teológica o Tópos recebeu esta formulação:

"O que é pouco, apreende-o a razão quase como se fosse nada. Por isso, não consideramos dano aquilo que sofremos relativamente a coisas pequenas. Quem se empossa de alguma coisa de pouco valor pode presumir que não age contra a vontade do dono."

O que vem a provar que, algumas vezes, até mesmo o que dizem os Santos é para ser assimilado **cum grano salis**.

Realmente:

a) que senso de equidade pode haver em infligir ao sujeito passivo um agravamento de seu prejuízo, obrigando-o a dispêndio na reposição de coisa que ao ladrão mais não custou que o desrespeito ao próximo?

b) que senso de lógica pode haver em considerar sem valor coisa que ao ladrão pareceu ter algum, haja vista que a cobiçou e sobre ela estendeu a mão?

c) a presunção de consensualidade é obviamente **juris tantum**, cedendo à prova de que era vontade do dono conservar a coisa, malgrado o seu pequeno valor, porque lhe era útil.

Nessa matéria, a regra há de ser, portanto:

Na aferição do relevo penal da subtração de coisa alheia móvel, a noção de insignificância tem pouco a ver com o valor intrínseco do objeto, ligando-se substancialmente à idéia de utilidade para o sujeito passivo. Dessarte, se, considerada a ordem natural das coisas, demonstrado for que a **res** representava bem útil (no mais amplo sentido de seroentia: do emprego profissional à fruição hedonista) para o dono, razoável não será reputá-la insignificante, porque bagatela não é aquilo que se presta significativamente a uma finalidade lícita qualquer. **A fortiori**, será despropositado dizer que o sujeito passivo não experimentou prejuízo, quando, na verdade, se viu constringido a dispêndio para substituir a coisa em sua função utilitarista. Por fim: não está conforme às regras da Boa Razão e do Bom Senso equiparar quem trabalhou honestamente para ter a coisa ou de algum modo fez por merecê-la, a quem achou mais cômodo obtê-la furtivamente, à custa do suor alheio."

Por outro lado, decisões como a presente desprestigiam profundamente o Poder Judiciário, tornando-o co-responsável pelo fomento da impunidade.

Imagine-se a repercussão dessa decisão para o denunciado. Pensará ele: 'furto um bem (ato que demonstra grande desajuste social) e nada me acontece na esfera penal'.

Argumentado-se *ad terrorem*, o denunciado poderá de tempos em tempos furtar impunemente objetos de pequeno valor, pois não poderá ser perseguido penalmente, na esteira do entendimento do magistrado.

Imagine-se, de outra banda, a seguinte situação: uma vítima, que teve um objeto de pequeno valor furtado, dirige-se até uma Delegacia de Polícia e narra o ocorrido ao Delegado; este, balançando a cabeça em sinal de reprovação, diz: "O (A) senhor(a) perdeu tempo vindo até aqui, pois sendo o objeto furtado de pequeno valor, não adianta iniciar uma perseguição penal, pois 'quando o caso chegar à Justiça será arquivado'. Não posso fazer nada. Volte para casa."

Na nossa hipotética situação, que idéia o cidadão terá do sistema de justiça? Por que o Estado estará a negar-lhe a prestação jurisdicional?

Por tudo isso, impossível aplicar-se ao caso em tela a 'teoria da bagatela'.

Há um fato testemunhado e provado que, à luz do direito positivo brasileiro, constitui infração penal. Por outro lado, não socorre ao réu quaisquer causas de isenção da pena ou de exclusão de ilicitude.

Nem mesmo uma causa supralegal poder-se-ia cogitar em favor do acusado.

A responsabilidade penal é indiscutível, e recepcionar o fato de modo diverso seria ignorar e repudiar a Lei, e, via de consequência, o próprio Estado de Direito.

Existe, é verdade, um delito de pequena monta e pouca repercussão no meio social. Mas há um dano ao corpo social, de ordem puramente legal. E há porque, em um Estado de Direito, as ações criminosas devem, sempre e sempre, receber o repúdio da lei, de acordo com os critérios da proporcionalidade, é claro.

Ignorar a lei é tão grave quanto o próprio ilícito.

Face a isto, a absolvição do réu, por entender-se não constituir o fato infração penal, é negar ao Estado a aplicação de suas normas, legitimamente fixadas e pactuadas pelo poder competente, qual seja, o Legislativo.

No caso dos autos, o magistrado fez *tabula rasa* da lei.

Não se pode ser favorável à adoção do entendimento esposado pelo culto e operoso magistrado. Não se ignora que seu entendimento coaduna-se com o direito alemão, no qual a denúncia pode não ser oferecida em razão da tenuidade das lesões.

No entanto, esse entendimento não adere a qualquer preceito legal, material ou processual do nosso ordenamento jurídico positivo.

Nunca é demais lembrar que "a regra da insignificância" relativiza, de forma subjetiva e perigosa, o direito penal, transformando-o, de um conjunto de normas de proteção e segurança jurídica, em um amontoado de regras sujeitas à subjetividade de cada juiz.

NELSON HUNGRIA já registrara que o Juiz:

“não pode fazer *tabula rasa* da lei, julgando, não pelo que esta ordena, mas pelo que, na sua opinião, deveria ordenar. *Pode o magistrado interpretar a norma legal com a preocupação de realizar o que os alemães chamam o direito justo, mas tal objetivo deve ser alcançado com a lei, e não contra a lei.* (...) As leis não podem ser privadas de aplicação, sob o pretexto de serem inoportunas ou desacertadas. Não deve ser o juiz um aplicador automático do literalismo da lei, mas um revelador de todo o possível direito que *nela se encerra*, suprindo-lhe a inexplicitude decorrente da imperfeição da linguagem humana. É-lhe vedado, entretanto, *negar a lei*”¹.

A não se entender assim, estaremos exaltando a prática criminal, assim como dando o mote para que todos, desde o governante até o cidadão comum, sintam-se à vontade para não tomar conhecimento da lei em vigor. Não de uma lei específica, que o Juiz, em seu arbítrio, ache que perdeu a reprovabilidade em tese, mas qualquer outra lei, a critério do primeiro cidadão. O prejuízo será da coletividade como um todo; insista-se no perigo social de decisões como essas, que fazem perder o respeito pela ordem jurídica e estimulam a delinquência.

Vejamos a crítica de VANI BEMFICA, um defensor da inaplicabilidade desse princípio:

“O princípio é muito liberal e procura esvaziar o direito penal. E, afinal, não é fácil medir a valorização do bem, para dar-lhe proteção jurídica. E sua adoção seria perigosa, mormente porque, à medida que se restringe o conceito de moral, mais fraco se torna o direito penal, que nem sempre deve acompanhar as mutações da vida social, infelizmente para pior, mas detê-las, quando nocivas”².

De fato, não há uma definição legal do que seja uma conduta insignificante, nem mesmo existe consenso doutrinário acerca de seu conceito.

*Outrossim, se fixarmos, **exempli gratia**, o entendimento de que uma alfinetada no ombro de uma pessoa, da qual escorra um filete de sangue, constitui fato atípico pela insignificância da conduta, estaremos riscando, ou abolindo, do nosso direito positivo a contravenção penal de vias de fato – art. 21, da LCP.*

1. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 1/88, Forense, 1980, p.180.

2. BEMFICA, Vani. *Da Teoria do Crime*. São Paulo: Saraiva, p. 72.

De outro vértice a partir da vigência da Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais e lhes estabeleceu a competência para o processo e o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, esse tipo de criminalidade de bagatela passou a ter foro e procedimentos próprios, inclusive com os novos institutos despenalizadores, como a transação penal, a renúncia ao direito de representação e até o da suspensão condicional do processo, não mais se justificando decisões como a ora fustigada.

Por oportuno, lembre-se que a própria lei penal encarrega-se de dar soluções adequadas às condutas de pouca expressão lesiva, com nos casos de furto privilegiado, do estelionato privilegiado, da apropriação indébita privilegiada e receptação culposa (a qual até admite o instituto do perdão judicial).

O fato de o Poder Judiciário estar atulhado de processos relativos a crimes graves (homicídios, latrocínios, estupro etc) não é motivo para que não haja persecução penal em relação a delitos de menor gravidade. Atulhamento da máquina judiciária se resolve com informatização, modificações na legislação penal e processual penal, além de número maior de juizes, promotores de justiça e servidores, e não tornando impuníveis delitos de menor gravidade.

Se é certo que a máquina judiciária é cara, cansativa e abarrotada, não menos certo é que o exercício da jurisdição possui um preço, que tem de ser suportado por uma sociedade que não quer ver a impunidade fomentada.

Ex positis, o MINISTÉRIO PÚBLICO requer a procedência da apelação, para condenar XXX, como incurso nas sanções do art. 155, caput, do Código Penal.

XXX, em yy/yy/2004.

CLÁUDIO DA SILVA LEIRIA
Promotor de Justiça.

Agravo em execução – Artigo 75, parágrafo 2º, do Código Penal – Discussão sobre a exegese do dispositivo.

RAZÕES DE AGRAVANTE

Egrégio Tribunal
Colenda Câmara
DD Procurador de Justiça

Trata-se de recurso interposto visando a reforma da decisão do Juízo monocrático que homologou o cálculo de fls. 124/126 com a argumentação que, na hipótese, não se aplicaria o artigo 75, parágrafo 2º, do Código Penal (fl. 128).

Data venia, a decisão do Juízo está equivocada, como passaremos a demonstrar. Antes, de forma a melhor entender o caso, faremos um breve histórico dos principais atos processuais.

O apenado foi condenado a um total de 40 anos e 4 meses de prisão, decorrentes de diversas condenações ocorridas antes, e superveniente ao início da execução da pena privativa de liberdade (conforme a planilha de cálculo de pena de fls. 124/126).

Aberta vista ao Ministério Público, foi requerida a observância do artigo 75, parágrafo 2º, do Código Penal (fl. 127).

Remetido os autos ao setor de cálculos, foi suscitada dúvida sobre a fórmula da confecção do cálculo requerido pelo Ministério Público com o argumento de que, na época do cometimento do delito referente a CES n. 2004/04598-5, o apenado ainda não tinha condenações superiores a 30 anos de prisão (fl. 127v).

Novamente foi aberta vista ao Ministério Público, que recusou a planilha de cálculos (fl. 128).

A defesa se manifestou pela homologação do cálculo (fl. 128v).

O Juízo homologou os cálculos rejeitados pelo Ministério Público (fl. 129).

É o relatório. Passamos à motivação do recurso.

O recurso está baseado na interpretação do artigo 75 do Código Penal, *in verbis*:

“Artigo 75 – O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

Par. 1º – Quanto o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

Par. 2º – *Sobrevindo condenação por fato posterior ao início de cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.* (grifo nosso).”

O artigo 75, *caput*, do Código Penal disciplina o período máximo de cumprimento efetivo da pena, já que o nosso ordenamento jurídico veda a prisão perpétua.

Contudo, o limite máximo legal de cumprimento de pena não confere um cheque de impunidade ao apenado para cometer novos crimes com a promessa de que irá cumprir no máximo 30 anos de pena e para isto serve o parágrafo 2º, do artigo 75 do Código Penal. É o que dispõe a doutrina especializada:

“O § 2º do Art. 75 do CP constitui uma aberta exceção ao limite máximo de cumprimento de penas privativas de liberdade estatuído no caput do referido artigo. A hipótese em foco é a da superveniência de condenação por fato praticado pelo condenado no curso da execução penal. Se a condenação por fato delituoso fosse absorvida no limite de cumprimento de penas anteriormente prefixado, o condenado que se encontra numa prisão gozaria de um verdadeiro bill de indenidade que o estimularia a prática de novas infrações penais. Por isso, o § 2º do art. 75 do CP estabeleceu, que no caso em tela, será procedida de nova unificação de penas, desprezando-se, no entanto, para esse fim o período de pena já cumprido. Destarte, o lapso temporal de 30 anos será contado a partir da nova unificação. (FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 7ª edição. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 1386).

Assim, no caso da prática de novo crime no curso da execução, é aplicada a regra do parágrafo 2º do dispositivo em comento, que determina que, durante a execução da pena, deve-se desprezar o período já cumprido e proceder a nova unificação da pena até o limite de 30 anos.

Trazendo a regra para o caso em tela, passamos a discutir sobre a planilha feita pelo setor de cálculos. Segundo a fórmula elaborada, todas as infrações

ocorridas na execução da pena deverão ser regidas apenas pelo artigo 75, *caput*, do Código Penal, como é expressamente afirmado na dúvida suscitada à fl. 127v.

Ainda de acordo com o entendimento do setor de cálculos (respaldado pelo Juízo), somente no caso do apenado ter uma condenação inicial acima de 30 anos de prisão, aplicar-se-ia a regra do artigo 75, parágrafo 2º, do Código Penal.

Esta regra, além de ignorar o parágrafo 2º, do artigo 75, que não restringe a sua aplicação aos casos em que a pena inicial já seja superior a 30 anos, cria uma situação esdrúxula por tratar situações iguais de forma diferenciada, senão vejamos dois exemplos hipotéticos:

No caso do apenado originariamente condenado a 30 anos e 1 dia de prisão, após ter cumprido os 15 anos de prisão, comete novo crime, em que é condenado a 40 anos de prisão. Pelo cálculo do Juízo: 30 anos e 1 dia – 15 anos de prisão, restaria ao apenado cumprir 15 anos e 1 dia de prisão. Ao se aplicar a regra do parágrafo 2º, do artigo 75 do Código Penal, os 15 anos e 1 dia de prisão são somados os 40 anos da nova prisão, chegando a 45 anos e 1 dia de prisão, sendo que o apenado terá que cumprir mais 30 anos de prisão efetivos.

Porém, se exatamente na mesma situação o apenado tiver sido originariamente condenado a 30 anos de prisão, não obstante a nova condenação de 40 anos, só terá que cumprir 15 anos remanescentes de pena. Pois, pelo entendimento do Juízo, nesta situação não se aplicaria o parágrafo 2º do artigo 75 do Código Penal. A fórmula seria: 30 anos de prisão menos 15 anos de prisão resultaria em 15 anos de prisão. Somaria este período a 40 anos de prisão e se chegaria a 55 anos de prisão, mas não poderia se desprezar o período já cumprido. Logo, o apenado teria de cumprir mais 15 anos efetivos de prisão.

Assim, em razão da diferença de 1 dia de pena, haveria tratamento diferenciado para presos com semelhantes, quase idênticas, características de execução. E isto é uma violação gritante ao princípio da razoabilidade, pois trata de forma diferente situações ontologicamente iguais.

É de se destacar que esta é a fórmula de cálculo de pena que vem sendo aplicada pelo setor de cálculos com a aquiescência do Juízo.

O nosso entendimento é que o artigo 75, parágrafo 2º, do Código Penal seja aplicado a todas as situações em que haja condenações que ensejam penas supervenientes superiores a 30 anos pelo simples fato de não existir qualquer restrição do dispositivo em discussão.

Adotando o nosso entendimento no exemplo hipotético acima descrito, em ambas as hipóteses o apenado deveria cumprir, de forma efetiva, mais 30 anos de prisão a partir da condenação superveniente por crime ocorrido durante a execução da pena.

Na primeira hipótese aventada, se aplica a fórmula já acima descrita.

Na segunda hipótese, o cálculo seria feito na seguinte fórmula: 30 anos de prisão menos 15 anos efetivamente cumpridos, restariam 15 anos. Deste período se somaria com os novos 40 anos de prisão, o que resultaria em 55 anos

de prisão. Daí se retiraria o período máximo de 30 anos de cumprimento efetivo de pena.

Não obstante o aparente entendimento do Juízo, esta é a fórmula correta porque:

— **um**, não restringe equivocadamente o artigo 75, parágrafo 2º, do Código Penal;

— **dois**, não fere o princípio da razoabilidade ao tratar de formas diferentes situações ontologicamente iguais.

No caso concreto, o apenado praticou duas infrações supervenientes ao início da execução da pena a saber: a referente às CES ns. 2005/05809-4 (condenado a 1 ano e 4 meses de prisão) e 2004/04598-5 (condenado a 32 anos de prisão).

Assim, aplicando o artigo 75, parágrafo 2º, deveria unificar as penas referentes às CES ns. 2000/05530-1 e 2000/06058-2, o que daria um total de 7 anos de prisão. Analisar a fração de pena que o apenado cumpriu até 26/02/02, e proceder nova unificação, o que ainda daria uma pena inferior a 30 anos.

Quando o apenado praticou nova infração em 02/04/02, em que foi condenado a 32 anos de prisão, como, nesta hipótese, a condenação superveniente resultou em uma pena superior a 30 anos, entendemos que deverá se pegar o restante da pena a cumprir da execução em andamento, somar com os novos 32 anos de prisão, desprezando-se o período de pena já cumprido. Assim, o termo final da pena unificada será em 01/04/2032.

Desta forma, está equivocado o cálculo de fl. 126 que aponta o termo final da execução real em 16/12/29.

Ex positis, em razão das considerações que alicerçam o presente recurso, pugna o Ministério Público seja dado provimento ao recurso para que se proceda a reforma *in totum* do ato decisório de primeiro grau, determinando a realização do cálculo de pena na forma pleiteada.

Rio de Janeiro, 23 de agosto de 2006.

CRISTIANO DOS SANTOS LAJOIA GARCIA
Promotor de Justiça

Agravo de instrumento com ataque a decisão de recebimento de ação civil pública. Alegação de que não teria sido motivado o ato judicial. Motivação sintética. Não exigência, no caso, de fundamentação analítica, haja vista tratar-se de juízo de mera probabilidade da imputação. Incursão ainda sobre o próprio mérito da ação principal que, sabido, constitui matéria a ser sindicada em outra sede. O agravo visa a resolver crise no processo, não a extingui-lo. Parecer no sentido do conhecimento e do não provimento.

1ª CÂMARA CÍVEL
AI Nº 2006.002.07747

Agravante: Núbia Cozzolino

Agravado: Ministério Público RJ – 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Duque de Caxias.

RELATORA: Desembargadora Maria Augusta Vaz

INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU

Relatório

Reporto-me ao contido à fl. 196 das contra-razões do agravado, de fls. 196/204.

Emito o parecer

Procurador ERTULEI MATOS

Parecer nº 212 - 2006

EMENTA – Agravo. Conhecimento. Tempestividade demonstrada, porque a defesa técnica foi intimada após a parte. Cabimento evidenciado dada a natureza decisória do ato impugnado. Ação de Improbidade. Recebimento da demanda por decisão dotada de motivação sintética. Razoabilidade da decisão. Não se exige motivação analítica para o recebimento, até porque o juízo é de mera probabilidade da imputação. Alegação de nulidade. Argüição no agravo, ainda, de

questões de mérito que, sabido, não podem ser decididas em recurso voltado apenas para dirimir crise, de natureza processual e/ou procedimental, no processo, não para resolver questão de mérito ainda não sindicada em primeiro grau, pena de supressão do juízo natural e de dar-se ao agravo abrangência de recurso de apelação que, sabido, não tem.

FUNDAMENTAÇÃO

O Agravo é tempestivo porque, havendo divergência entre a intimação da defesa técnica e a da parte, embora pessoalmente, *deve-se privilegiar a intimação do advogado, contando-se o prazo a partir da intimação deste.*

E, neste caso, o advogado foi intimado pela Imprensa Oficial, na data que aponta nas razões recursais: a de 12-04-2006.

Examinada a tempestividade, passo ao cabimento, para considerar que efetivamente recorrível por via de agravo de instrumento a decisão que recebe a inicial de ação civil pública.

Assim, cabível, tempestivo, preparado e adequadamente formalizado o agravo, o seu conhecimento se impõe.

Superado o exame do recebimento, passo à crítica dos temas por via dos quais pretende a Agravante infirmar a decisão agravada e, mesmo, ir além da simples anulação, pois visa o agravo decretar a extinção liminar da própria ação em que prolatada a decisão impugnada.

Iniciarei a valoração pela tese que aponta a nulidade da decisão de recebimento da inicial da ação civil pública.

A agravante pretende nulificar a decisão porque a respectiva motivação seria genérica, abstrata, pois, como redigida, “serviria para receber toda e qualquer petição inicial de toda e qualquer ação de improbidade administrativa.” (*verbis*, razões recursais, fls. 05).

O que alega a agravante não é veraz, pois pretende que se desconstitua decisão com fundamentação sucinta, a pretexto de que essa decisão seria meramente abstrata. A decisão de recebimento de ação civil pública deve referir-se à defesa preliminar do requerido, o que a impugnada fez, *mas não precisa evidentemente ser analítica a referência, pois se trata de mera valoração incidental relativamente à idoneidade da demanda, não ao julgamento do seu mérito.*

Em síntese, constatando o juiz que a defesa preliminar não conseguiu infirmar a idoneidade da narrativa da inicial, evidentemente que não a poderia rejeitar. E isso ocorreu neste caso, pois claramente o juiz, na motivação da decisão de recebimento da inicial, afirmou o seguinte:

“considerando a farta documentação juntada aos autos, que revela indícios de ato de improbidade, bem

como que, a resposta preliminar da ré não teve o condão, no momento, de afastar tais indícios, recebo a inicial" (*verbis*, decisão impugnada, como transcrita nas razões da agravante).

Ora, pretender que se atribua a uma decisão sintética, como a acima transcrita, a equivalência de decisão abstrata constitui equívoco jurídico que o Tribunal certamente não irá cancelar.

As razões do agravo, além de argüir a nulidade da decisão, trazem ainda à discussão dois temas adicionais que, aliás, me parecem incompatíveis com os limites estreitos de tal recurso, *que é direcionado apenas para resolver crise no processo, não para decidir o mérito da causa.*

Os temas referidos são:

1) a alegação de que os recursos utilizados para os pagamentos das mídias impressas advieram do patrimônio pessoal da agravante, portanto recursos privados e,

2) a de que, recebida a inicial, a agravante sofreria grave lesão de difícil reparação.

Bem, quanto à questão do pagamento com recursos próprios, ou não, *evidencia-se que o Tribunal não poderá deliberar sobre esse tema porque matéria não susceptível de exame em sede de agravo, isso porque sujeita à competência originária do juízo de primeiro grau que, em tendo recebido a inicial – e se esse recebimento for, aqui em segundo grau mantido, o que creio ocorrerá – deverá, após regular instrução, com obediência ao contraditório constitucional, deliberar sobre a tal alegação, que, em verdade, constitui o mérito da demanda recebida.*

Admitir-se possa o Tribunal deliberar, em simples recurso incidental, sobre matéria que constitui o mérito da causa, importaria em subverter-se irremediavelmente o devido processo legal, *que supõe o exame do mérito pelo primeiro grau e o reexame desse mérito pelo segundo grau somente no ambiente de recurso mais amplo – o de apelação, que devolve integralmente tudo o que não tendo sido atingido pela preclusão, haja sido sindicado em primeiro grau.*

O agravo não é meio adequado para valorar-se o mérito da causa. *E se a agravante usou recursos próprios – ou os da municipalidade – para pagar a exposição na mídia do seu nome, cargo político e supostas realizações no exercício desse cargo, somente a instrução detalhada em primeiro grau poderá dizer. Antes, não.*

E não porque, sobretudo, *a decisão de recebimento da inicial tornou duvidosa a assertiva da ora agravante no sentido de que pagara com recursos próprios a exposição em mídia aludida na inicial.*

E quanto à grave lesão, de difícil reparação, *creio que igualmente não merecerá acolhida a alusão feita a esse respeito, isso porque, se o Tribunal considerar – o que se espera ocorra – que a decisão de recebimento da inicial foi adequadamente produzida, sem vícios que a possam infirmar, nada mais poderá ser examinado, neste recurso.*

E, se por absurdo, vier a desconstituir a decisão impugnada, ainda assim não poderá, ao que me parece, sindicarse sobre a suposta grave lesão de difícil reparação, pois nesse caso haveria apenas cassação da decisão, mas não se poderia, neste recurso, inibir o juiz agravado de produzir outra decisão positiva, cassada por eventual inadequação formal a impugnada.

Entretanto, como não há inadequação formal que infirme a decisão impugnada, o que se procurou demonstrar na primeira parte da parte expositiva deste parecer, concluo a manifestação no sentido do conhecimento e do não provimento do agravo de fl. 02 a fl. 07.

É o parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, RJ, 01 de agosto de 2006.

Procurador ERTULEI MATOS
MINISTÉRIO PÚBLICO RJ

Ação civil pública. Cobrança de juros compensatórios antes da entrega do imóvel. Cláusula abusiva. Tabela Price¹

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ___^a Vara Empresarial de Falências e Concordatas - RJ
Foro Central – COMARCA DA CAPITAL

Procedimentos preliminares CAODC 080/03

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Promotor de Justiça que ao final subscreve, vem, respeitosamente perante Vossa Excelência, com fulcro no artigo 129 da Constituição da República, e nas Leis nº 8.625/93, 7.347/85 e 8.078/90, **ajuizar** a presente

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

com pedido de liminar em face de:

Brascan Imobiliária Incorporação S/A, inscrita no CNPJ nº 29.964.749./0001-30, sediada na Rua Lauro Muller, n. 116, 28º e 29º andares, Botafogo, Rio de Janeiro.

I – DA LEGITIMIDADE DO PARQUET

Segundo dispõem os artigos 81, parágrafo único, III e 82, I, da Lei nº 8.078/90, o Ministério Público possui legitimidade para a propositura de ações coletivas em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

1. A Juíza de Direito da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, Dra. *Marcia C. S.A. de Carvalho*, julgou procedente o pedido constante da inicial em 21 de setembro de 2005. Posteriormente, foi assinado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), celebrado em 10 de novembro de 2005, extinguindo o litígio entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a *Brascan Imobiliária Incorporações S/A*.

Sua atuação é ainda mais relevante nas hipóteses em que eventuais violações aos direitos supramencionados alcançam um número expressivo de consumidores.

No caso entelado, inúmeros consumidores vêm sendo lesados pela sociedade empresarial ré, que, de forma injustificada, vem cobrando, nos contratos de compra e venda de imóveis em construção, juros compensatórios, devidos antes mesmo de suas entregas efetivas – a chamada “entrega das chaves”.

Assim, considerando o número de lesados, a origem de tais ofensas, a relevância social da tutela pleiteada, dúvida não há quanto à legitimidade do *Parquet*.

O interesse ora tutelado possui enorme relevância social, pois visa re-equilibrar as relações de consumo, marcadas pela imposição contratual das grandes corporações em detrimento dos interesses dos consumidores, impotentes diante dos abusos praticados.

É neste contexto que cresce em relevo a propositura da presente ação civil pública, único instrumento capaz de evitar que tais cobranças sejam coletivamente custeadas pelo mercado de consumo, sem qualquer justificativa legal.

Desta forma, embora o direito seja individual, é sua dimensão coletiva que possui relevância jurídico-social e merece ser tutelada.

Cristalina, portanto, a existência de interesse social a justificar a atuação do Ministério Público fluminense.

Nesse sentido podem ser citados vários acórdãos do E. Superior Tribunal de Justiça, *in litteris* :

“Processual Civil. Ação coletiva. Direitos coletivos, Individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade. Jurisprudência. Agravo desprovido.

– O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, inclusive para tutela de interesses e direitos coletivos e individuais homogêneos. (AGA 253686/SP, 4ª Turma, DJ 05/06/2000, p. 176).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Cláusulas abusivas.

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Nulidade de cláusulas constantes de contratos de

adesão sobre correção monetária de prestações para a aquisição de imóveis, que seriam contrárias à legislação em vigor. Art. 81, parágrafo único III e art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes. (4ª Turma, REsp 168859/RJ, DJ 23/08/1999, p. 129).”

Corroborando tal entendimento jurisprudencial, ensina a Profª. ADA PELLEGRINI GRINOVER, a saber :

“Ora, em primeiro lugar cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da interpretação extensiva (quando o legislador diz menos de quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados.

Em segundo lugar, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa.

Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição.

Apesar de alguma divergência, a linha preponderante é no sentido do reconhecimento da legitimação, havendo casos em que esta é negada não

em face de sua eventual inconstitucionalidade, mas porque se trata, na espécie concreta, de pequeno número de interessados, estritamente definido." (Cf.: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Comentado pelos Autores do Anteprojeto, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, DANIEL ROBERTO FINK, JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, KAZUO WATANABE, NELSON NERY JÚNIOR e ZELMO DENARI, ed. Forense Universitária, 4ª edição, pp. 545/546).

Em caso semelhante, decidiu o colendo STJ, *verbis*:

"O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa dos interesse individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Nulidade de cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para a aquisição de imóveis, que seriam contrárias à legislação em vigor. Art. 81, p.ú, III e art. 82, I, da Lei 8078/90 (STJ, DJU 23.8.99, p. 129, REsp 168.859, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar)".

Admitida a atuação ministerial, retira-se do titular do direito material a responsabilidade de litigar com adversários mais instruídos, estruturados e com maior poder econômico.

II – DAS LESÕES AOS CONSUMIDORES

Conforme se depreende do procedimento administrativo investigatório que instrui a presente demanda, a ré vem incluindo nos contratos de compra e venda de imóveis na planta, cláusula cobrando juros compensatórios devidos antes mesmo da entrega efetiva da unidade.

Tal cobrança, a nosso sentir, é abusiva e merece ser excluída dos referidos contratos.

Neste sentido, dispõe o item 14 da Portaria 3 da Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça), ato normativo, segundo o artigo 56 do Decreto Federal 2818/97, responsável pela descrição das chamadas cláusulas abusivas em contratos consumeristas, a saber:

"Resolve: Divulgar o seguinte elenco da cláusulas, as quais, na forma do artigo 51 da Lei 8078/90, de 11 de

*setembro de 1990, e o artigo 56 do Decreto n. 2181, de 20 de março de 1997, com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, serão consideradas como abusivas, notadamente para fim de aplicação do disposto no inciso IV do artigo 22 do decreto 2181: 14-**Estabeleça no contrato de compra e venda de imóvel, a incidência de juros antes da entrega das chaves (grifos nossos).**"*

Assim, conforme se depreende da normatização supra, o estabelecimento de cláusula contratual que obrigue o consumidor a pagar juros compensatórios antes da entrega efetiva da unidade habitacional é flagrantemente abusiva e excessiva, por colocá-lo em posição de flagrante desvantagem.

Tal entendimento decorre do fato de que, em verdade, até a entrega das chaves, é o comprador do imóvel a ser construído que antecipa os valores necessários à finalização da obra, contribuindo sobremaneira para sua viabilidade econômica, não sendo razoável a incidência de juros sobre tais gastos que, em última análise, são suportados exclusivamente pelo consumidor sem que lhe tenha sido emprestado pela incorporadora ré qualquer valor a justificar a referida compensação financeira, na forma de juros compensatórios.

Por esta razão, não deve incidir sob a hipótese o disposto no artigo 5º, II da Lei 9514/97, que autoriza a remuneração de capital **emprestado**, às taxas convencionadas no contrato, uma vez que, conforme exposto, nada é emprestado pela incorporadora até a entrega efetiva do imóvel.

Crystalina, portanto, a abusividade da cobrança de juros antes mesmo do cumprimento da obrigação principal pela demandada, isto é, a entrega do bem.

O mesmo não ocorre nos casos em que a incidência dos juros se dá após a expedição do "habite-se" pelos órgãos competentes, isto porque tal parcela do preço global é custeada pela incorporadora que, desaposada do bem, deve ser compensada financeiramente.

Apenas a título de ilustração, guardadas as devidas diferenças, a cobrança de juros sob valores antecipados pelos consumidores, antes da entrega do bem, seria tão injustificada quanto à sua incidência antes da efetiva entrega pelo mutuante dos valores emprestados.

Neste sentido, decidiu o egrégio TJ-RJ, 13ª Câmara Cível, *verbis*:

"... Em primeiro lugar, a hipótese envolve plenamente uma relação de consumo, tratando-se, como se trata de contrato de adesão, ainda que celebrado por escritura pública, mas onde a parte adquirente não pode dispor livremente sobre as cláusulas pactuadas.

Inquestionavelmente, a leitura das cláusulas da escritura de compra e venda financiada do imóvel conduzem à conclusão de que a apelada cobrou juros antecipadamente à entrega do imóvel, o que afronta a legislação consumerista... De ver-se que a tornar aplicável a revisão do contrato em exame está o desequilíbrio gerado na relação contratual firmada entre as partes, motivando esse desequilíbrio pela cobrança indevida e abusiva de juros, quando em pleno vigor as cláusulas de reajuste existentes no contrato.” (Apelação n. 8661/02).

Neste mesmo sentido, decidiu o egrégio TJ-SP nas ações 000.02.062835-8 e 000.000.536552-0.

E mais: ainda que se entenda cabível a incidência de juros compensatórios à hipótese, é imperioso reconhecer que tais valores já se encontram embutidos no preço final do imóvel, tornando descabida nova incidência.

Neste sentido, decidiu o egrégio TJ-DF em duas apelações cíveis, a saber:

“... Os juros moratórios são devidos, independentemente de estipulação no contrato, basta a inadimplência, todavia, por outro lado, os juros compensatórios são indevidos nos contratos de compra e venda de imóveis em construção, consabido que os mesmos, no acerto da venda, já estão embutidos no preço ou no lucro da transação e não existe complacência, no direito, para debitá-lo ao promitente-comprador, que não os deve por perspícuo.” (Ap. Cível n. 200001108428229).

Ótimo exemplo foi dado pelas construtoras sediadas no Distrito Federal que, sensíveis aos malefícios causados aos consumidores, celebraram com o Ministério Público Local Termo de Ajustamento de Conduta sobre a matéria em questão.

Demonstrada a lesão aos direitos dos consumidores, imprescindível se torna a atuação firme do Poder Judiciário para coibir tais abusos.

III – DO DANO MORAL COLETIVO:

Segundo doutrina dominante, dano moral coletivo é aquele suportado por uma coletividade de pessoas, “traduzido pela sensação de desvalor, de indignação, de menosprezo, de inferioridade, de descrédito, de desesperança, de aflição, de humilhação, de angústia ou respeitante a qualquer outro sentimento de apreciável conteúdo

negativo.” (XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO, artigo publicado na *Revista do MP do Trabalho*, n. 24, “Dano Moral Coletivo: fundamentos e características, p. 85).

Na hipótese em tela, a sociedade empresarial ré, movida por sua ganância desmedida, enganou dolosamente seus milhares de clientes, fazendo crer que tais cobranças seriam devidas, fato que causou, no íntimo desta comunidade de pessoas, um sentimento de inferioridade, indignação, humilhação, descrédito e impotência diante dos artifícios manejados pela máquina empresarial que protege a ré.

Tais sentimentos contribuem, em muito, para a crescente perda da autoestima dos consumidores, cada vez mais desestimulados em postular seus direitos e reverter tão deplorável quadro.

Desta forma, apenas a atuação pedagógica do Judiciário será capaz de alterar essa ordem de coisas, devolvendo ao consumidor a certeza de que tais abusos jamais serão cometidos.

IV – DA TABELA PRICE:

Por outro lado, ainda que se entenda cabível a incidência de juros compensatórios sob os referidos contratos, antes da entrega efetiva do bem, dúvida não há quanto à ilegalidade da adoção da chamada “Tabela Price” como referência para o cálculo dos valores a serem cobrados a título de juros compensatórios, esteja a dita avença em fase de construção ou não, pois o citado paradigma, conforme entendimento amplamente majoritário, constitui verdadeiro anatocismo.

Sobre este assunto, podemos citar as lições do desembargador do TJ-RS ADÃO SÉRGIO DO NASCIMENTO CASSIANO, autor do artigo “Tabela Price: o supra-sumo do abuso”, divulgada no site Espaço Vital.com.br, e acostado à fl. 169 do procedimento que instrui a presente, a saber:

“ Na aplicação da tabela price, os juros crescem em progressão geométrica e não em progressão aritmética, caracterizando juros sobre juros, ou anatocismo. É na prestação da price que estão “disfarçados” os juros compostos, porque não são incluídos nem abatidos do saldo devedor, mas sim, compõem – ditos juros compostos –, a prestação, em virtude da função exponencial contida na fórmula price.”.

Desta forma, configurada está a excessiva onerosidade da cláusula que estabelece como referência a “Tabela Price” para o cálculo dos juros compensatórios devidos, razão pela qual merece ser expurgada de todo e qualquer contrato.

V – DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE:

Considerando que a presente ação versa sobre a legalidade da incidência de juros nos contratos de compra e venda de imóveis em construção antes da entrega das chaves, dúvidas não há que a questão em tela versa exclusivamente sobre matéria de direito, razão pela qual deve a presente lide ser julgada antecipadamente, na forma do artigo 330 do CPC.

VI – DOS PEDIDOS LIMINARES

Com o escopo de evitar novas lesões de difícil ou impossível reparação, requer o MP, liminarmente, *inaudita altera parte*, a **proibição** da inclusão de cláusula que preveja a cobrança de juros, sobre prestações anteriores à expedição do “habite-se”, nos contratos de compra e venda de imóvel em construção, ainda não celebrados entre os consumidores e a empresa ré; a **proibição** da referida incidência nos contratos em vigor, desde que não tenha sido ainda expedido o “habite-se” pelos órgãos competentes; e, por fim, a **proibição** da aplicação da “tabela price” como paradigma para o cálculo dos juros compensatórios devidos, independente da fase em que se encontram os contratos, ante o anatocismo evidente, **sob pena, em qualquer caso, de multa** correspondente ao dobro do valor indevidamente cobrado a título de juros, por contrato assinado, em violação à decisão liminar pretendida, a ser revertida ao Fundo de Reparação de Interesses Transindividuais Lesados, na forma dos artigos 12, p. 2º da Lei 7347/85 c/c 90 da Lei 8078/90.

Preliminarmente, cumpre-nos transcrever as sempre precisas lições do mestre CAPELLETTI, *in litteris* :

“A demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico, este último, não o primeiro, pode, sem dano grave, esperar uma justiça lenta”.

Presentes estão o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, conforme o disposto no **artigo 84, § 3º, do CDC**.

A plausibilidade das alegações autorais encontra-se consubstanciada na juntada de escritura pública demonstrando a referida cobrança, bem como pelo reconhecimento desta por parte da ora ré.

Por outro lado, a medida liminarmente postulada afigura-se necessária e urgente, pois visa evitar que milhares de consumidores tenham que pagar por algo absolutamente ilegal, fato que possibilitaria a ocorrência de novos danos de difícil ou impossível reparação.

Como bem leciona o mestre CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em sua obra “A Reforma do Código de Processo Civil” (Malheiros Editores, São Paulo, 1995, p. 138), é necessário “*antecipar para melhor tutelar*”.

VII – DOS PEDIDOS

Ex positis, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro **requer**:

1. Seja a presente demanda julgada antecipadamente, na forma do artigo 330 do CPC;
2. A declaração da nulidade da cláusula contratual que prevê, nos contratos vigorantes de compra e venda de imóveis, em construção, a incidência de juros sobre parcelas anteriores à expedição do “habite-se”;
3. A **condenação** da demandada a se abster de incluir nos contratos de compra e venda de imóveis em construção, a serem celebrados, cláusula que obrigue o consumidor a pagar juros sobre parcelas anteriores à expedição do “habite-se”, sob pena de multa consistente no pagamento, em dobro, dos valores cobrados indevidamente em cada contrato, a ser revertida em prol do Fundo de Reparação de Interesses Transindividuais Lesados;
4. A **condenação** da demandada a se abster de cobrar juros sobre parcelas anteriores à expedição do “habite-se”, nos contratos de compra e venda de imóveis em construção, daqueles que já tenham assinado a avença, mas não tenham ainda recebido o imóvel, sob pena de multa consistente no pagamento, em dobro, dos valores cobrados indevidamente em cada contrato, a ser revertida em prol do fundo de reparação de interesses transindividuais lesados;
5. A **condenação** da demandada à obrigação de devolver todos os valores, em dobro, acrescidos de atualização e de juros legais, pagos indevidamente pelos consumidores em função da incidência ilegal de juros sobre as parcelas pagas antes da expedição do “habite-se” nos contratos de compra e venda de imóveis em construção;
6. Não sendo o pedido acima formulado julgado procedente, **subsidiariamente**, a devolução, em dobro, das diferenças pagas indevidamente à ré, em razão da aplicação da “Tabela Price” como referência para o cálculo dos juros cobrados;

7. Caso o pedido de proibição da cobrança de juros nos contratos de compra e venda de imóveis em construção antes da expedição do “habite-se”, aplicável aos contratos em vigor e àqueles que ainda estejam aguardando a finalização das obras, seja julgado improcedente, subsidiariamente, a condenação da ré à obrigação de não calcular a incidência dos combatidos juros com base na “Tabela Price”, sob pena de multa consistente na devolução, em dobro, dos valores cobrados indevidamente em cada contrato, a ser revertida para o Fundo de Reparação de Interesses Transindividuais Lesados;

8. A **condenação** da demandada a indenizar, da forma mais ampla e completa possível, os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, pela cobrança indevida acima descrita, cujos valores serão apurados em liquidação de sentença;

9. A **condenação** da demandada à obrigação de fazer consistente em publicar, às suas custas, em dois jornais de grande circulação desta Capital, a parte dispositiva de eventual sentença condenatória, a fim de que os consumidores tomem ciência da sentença, sob pena de multa diária de 5.000,00 (cinco mil) UFIR's ;

10. A **condenação** da demandada ao pagamento de dano moral coletivo, a ser revertido ao Fundo de Reparação de Interesses Transindividuais Lesados;

11. A publicação do edital a que se refere o art. 94 do CDC;

12. Independente dos pedidos anteriormente formulados, a **condenação** da ré em se abster, em toda e qualquer espécie de contrato celebrado com os consumidores, de adotar a “Tabela Price” como referência para o cálculo de qualquer espécie de juros, sob pena de multa consistente no pagamento, em dobro, dos valores indevidamente cobrados em cada contrato, a ser revertida em favor do Fundo de Reparação de Interesses Transindividuais Lesados;

13. Seja proferido despacho liminar positivo, **citando** a demandada para, querendo, contestar a presente ação, sob pena de revelia;

14. A condenação da ré ao pagamento de todos os ônus da sucumbência, incluindo os honorários advocatícios, a serem revertidos ao Fundo Especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Banco BANERJ S/A, agência 3403-Castelo, c/c nº 06621-4), face ao disposto no artigo 4º, inciso XII, da Lei nº 2.819, de 07 de novembro de 1997, *in litteris*:

“Art. 4º – Constituem receitas do Fundo Especial do Ministério Público:

.... XII – as provenientes da sucumbência concedida ao Ministério Público em qualquer procedimento judicial” .

Protesta, ainda, o “Parquet” nos termos do artigo 332 do Código de Processo Civil, pela produção de todas as provas em direito admissíveis, notadamente a **testemunhal**, a **pericial**, a **documental**, bem como pelos **depoimentos pessoais** dos réus, sob pena de confissão.

Dá-se a esta causa, por força do disposto no artigo 258 do Código de Processo Civil, o valor de R\$ 2.000.000,00.

Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 11 de março de 2005.

FELIPE FREITAS RIBEIRO
Promotor de Justiça

Embargos infringentes. Ação civil pública. Dever do Município de dotar seus hospitais dos recursos humanos e materiais necessários a seu adequado funcionamento. Admissibilidade e procedência integral da demanda intentada pelo Ministério Público para condenar o Município ao cumprimento do dever.

PROCURADORIA DE JUSTIÇA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
4ª CÂMARA CÍVEL

EMBARGOS INFRINGENTES 200600500262

Embte. 1: *Ministério Público*

Embte. 2: *Município do Rio de Janeiro*

Embdo.: *Os mesmos*

Relator: *Des. Paulo Maurício Pereira*

Embargos infringentes. Ação civil pública intentada pelo Ministério Público contra o Município do Rio de Janeiro para adoção de providências destinadas a permitir o adequado funcionamento do Hospital Municipal de Reabilitação. Parecer no sentido do provimento dos embargos infringentes do Ministério Público, e no do desprovimento dos interpostos pelo Município.

1. Trata-se de embargos infringentes interpostos contra o acórdão de fls. 341, proferido pela E. 15ª Câmara Cível.

A decisão foi prolatada no julgamento de apelação oferecida em ação civil pública movida pelo Ministério Público para que, nos termos dos pedidos formulados, se condenasse o Município do Rio de Janeiro a adotar, em prazo certo, e sob cominação de multa, as providências aptas a permitir que o Hospital Municipal de Reabilitação pudesse vir a funcionar adequadamente, com os recursos humanos e materiais indispensáveis a esse fim, tal como apurado em inquérito civil que contou com a participação da Diretoria do Hospital e do CREMERJ.

A sentença julgou improcedentes os pedidos, mas veio a ser reformada pela 15ª Câmara Cível, por acórdão cuja ementa é a seguinte:

“2005.001.09712 – Apelação Cível Des. Ricardo Rodrigues Cardozo – Julgamento: 05/10/2005 – Décima Quinta Câmara Cível. Ação Civil Pública.

Omissão do Município. Preceito cominatório. Dever de prestação de serviço eficaz de saúde pública. Se é certo que não cabe ao Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas, não menos certo que este Poder não pode ficar de braços cruzados, ao argumento da separação de poderes, deixando que o Estado descumpra seu papel quando não busca o cumprimento dos encargos políticos ou jurídicos a que está obrigado. Ao omitir-se, o Estado compromete a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos garantidos pela Carta Magna e daí a possibilidade da ação civil pública. Ninguém pode negar que o direito à saúde é consagrado no art. 196 da CF. Trata-se de um dever do Estado, que deve promover políticas sociais e econômicas para atingir o fim colimado constitucionalmente. Portanto, se tem um dever, cumpre-lhe agir (ou evitar que se aja de forma contrária a este direito). O dever geral de boa gestão administrativa consiste na obrigação do agente público direcionar sua ação para medidas adequadas, eficientes e que atendam o interesse público. A pretexto da discricionariedade, a administração pública não pode se afastar das obrigações impostas por lei. A discricionariedade decorre da liberdade de ação que lhe é dada por lei, o que não é o caso presente, posto que o dever de prestar assistência à saúde nada tem de impreciso ou duvidoso. Mas o Judiciário deve ter extrema cautela, pois não é dado administrar em lugar do governante, pois há casos que obrigar o Estado a fazer coisa implicaria numa decisão discricionária. Recurso provido, em parte, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Vogal, designado para acórdão. O Desembargador Relator provia integralmente e o Desembargador Revisor o desprovia.”

No julgamento, ficaram parcialmente vencidos o Desembargador Galdino Siqueira Netto, que votou no sentido do acolhimento integral da demanda, e o Desembargador Sergio Lucio de Oliveira e Cruz, que votou em sentido diametralmente oposto, da integral improcedência dos pedidos.

A decisão prevalecente foi no sentido de ficar condenado o Município a, em 200 dias, realizar as obras necessárias para que se atenda à Portaria MS 818/2001 (que estabelece normas para atendimento aos portadores de deficiência), a constituir comissões de ética médica e de revisão de prontuários, no prazo de 120 dias, e a adquirir os equipamentos indicados no inquérito e na inicial, no

prazo de 180 dias, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a ser revertida ao fundo indicado pelo Ministério Público na petição inicial.

Diante desse quadro, tanto o Ministério Público, por meio do eminente Procurador de Justiça Anderson Albuquerque de Souza Lima, quanto o Município interpuseram embargos infringentes.

O recurso do Ministério Público está a fls. 354, e postula a prevalência do voto que acolhia *in totum* a demanda, sob o fundamento que a ação civil pública é instrumento posto à disposição do *Parquet* para buscar o cumprimento dos direitos sociais assegurados na Constituição da República, não sendo lícito, sob o escudo da discricionariedade administrativa e do princípio da separação de poderes, manter-se inerte o Poder Público Municipal.

O do Município do Rio de Janeiro se encontra a fls. 372, nele sendo pleiteado a improcedência total dos pedidos, sob a alegação de que não pode haver ingerência do Poder Judiciário no mérito administrativo, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes. Ressalta-se que, ante a ausência de prejuízo ou dano a ser recomposto, não é cabível a propositura de ação civil pública, por falta de previsão legal.

Os recursos são tempestivos, foram oferecidas respostas (fls. 363 e 381), houve admissão pelo órgão *a quo*, e vieram os autos com vista a esta Procuradoria de Justiça.

2. Superada que seja a admissibilidade, o recurso do Ministério Público me parece fundado, e infundado o do Município, merecendo o acórdão, com a devida vênia, parcial reforma.

Dos embargos do Município convém desde logo afastar a idéia, equivocada, de que ação civil pública só se preste a pleitear condenações pecuniárias derivadas de atos ilícitos que tenham causado danos. Trata-se, ela, evidentemente, de instrumento concebido e utilizado para a defesa de interesses difusos e coletivos, e a providência que nela se pode pretender varia em função do interesse cuja proteção se pretende. O art. 3º da Lei 7347, de 1985, ainda que incompleto, não poderia, aliás, no que interessa ao caso, ser mais claro: “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. É ponto mais do que assente na doutrina e na jurisprudência.

3. Tampouco se justifica, com a devida vênia, a despeito da polêmica que o assunto se mostra suscetível de causar, a invocação do princípio da separação de poderes ou da discricionariedade administrativa para afastar o acolhimento integral dos pedidos.

No tocante à separação de poderes, cabem algumas ponderações.

A primeira é a de que constitui uma categoria histórica, cuja conformação variou e varia no tempo e no espaço, não tendo os contornos rígidos que lhe atribui o Município. A rigidez pressuporia, aliás, um rigor na repartição de funções entre os Poderes do Estado que está e sempre esteve muito longe de corresponder fielmente à realidade. No regime constitucional de 1988, o Executivo legisla – abusivamente até –, o Legislativo administra e, em certos casos, julga, e o Poder Judiciário administra e legisla (como faz através da expedição de regimentos internos).

Mostra-se, assim, no mínimo bastante frágil a idéia de que a separação de poderes iniba o Judiciário de proporcionar efetiva tutela de interesses coletivos que se acham, como se verá, constitucionalmente assegurados, ou de que impeça ela o Ministério Público de pleiteá-la, por meio de ação para a qual existe expressa e inequívoca previsão constitucional (art. 129, II e III¹).

A segunda está em que, tentando apreender dados da realidade normativa e fática, moderna doutrina constitucional distingue, nas funções desempenhadas pelo Estado, uma que se qualifica como política – aí incluída a atividade legislativa e a atividade de governo em sentido estrito – e outra que se nomeia de administrativa, envolvendo a “satisfação constante e quotidiana das necessidades colectivas”, “a prestação de bens e serviços”, “a declaração do direito”, “e a decisão de questões jurídicas, seja em concreto perante situações da vida, seja em abstracto”².

Nenhuma das duas se encontra, a rigor, imune ao controle jurisdicional, particularmente em sistema jurídico em que, como ocorre entre nós, figura no direito posto o controle de constitucionalidade de ações e omissões do Poder Público, através de remédios de matriz também constitucional, como a ação declaratória de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, a ação declaratória da inconstitucionalidade por omissão – que abrange a omissão de atos normativos, mas a eles não se restringe³ – e o mandado de injunção.

Não é outro o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, reconheceu a sujeição, embora excepcional, mesmo de políticas públicas a controle judiciário.

É o que está dito na ementa do acórdão proferido pela Corte no julgamento da ADPF 45, já noticiada nos autos:

“EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e

1. Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:...

II - 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;...”

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

2. JORGE MIRANDA. *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 236/7.

3. Constituição Federal, art. 103 § 2º: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (Direitos constitucionais de segunda geração). (Informativo STF nº 345.)

Ao tema voltou o Tribunal no julgamento de agravo interposto no RE 410715:

"EMENTA: Recurso extraordinário – Criança de até seis anos de idade – Atendimento em creche e em pré-escola – Educação infantil – Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, Art. 208, IV) – Compreensão global do direito constitucional à educação – Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município (CF, Art. 211, § 2º) – Recurso improvido.

– A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. – A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. – Os

Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. – Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Gilmar Mendes. RE-AgR 410715 / SP – São Paulo, Segunda Turma, Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/11/2005, DJ 03-02-2006, Parte(s) Agte.(S): *Município de Santo André*; Agdo.(A/S): *Ministério Público do Estado de São Paulo*”.

É perceptível, aliás, a tendência do direito moderno de mitigar a imunidade da função política e da função administrativa *stricto sensu* ao exame jurisdicional, superando velha concepção que subtraía da apreciação do Poder Judiciário larga esfera de exercício de poder. É o que se vem fazendo por meio de mecanismos variados, como a doutrina dos motivos determinantes, a do desvio de poder, a do devido processo legal em sentido substancial e tantas outras.

Mas, se, em relação à atividade política em sentido estrito, o controle judicial tem de exercer-se de modo mais cauteloso, para que não se substitua

o juiz ao governante no que este tem de essencial e específico, o mesmo não pode nem deve dizer-se da atividade propriamente administrativa, na conceituação acima exposta, que consiste basicamente em atividade de aplicação da lei – e entre elas, no mais alto grau, a Constituição.

Pois bem. A consideração aqui se faz para chamar atenção para fato assinalado com propriedade nos recursos do Ministério Público, desde a apelação. Com a presente ação, não se pretende interferir no governo do Município. Não se quer determinar quais as decisões fundamentais por meio das quais exercerá o dever, que lhe compete, de cuidar da saúde da população; não se visa a determinar quantos hospitais, emergências, postos de saúde e estabelecimentos do gênero o Município deve criar e manter; não se reclama que se diga ao Município em que áreas deve ou não deve sediar unidades de saúde, quais as especialidades que devem ser presentes em certos lugares e não em outros, e assim sucessivamente. Não se pede ao Poder Judiciário, em suma, que assuma o governo do atendimento à saúde, nem que determine ao Município como fazê-lo, naquilo em que a matéria envolva opções políticas.

O que se quer é coisa diversa.

O Município criou e mantém em sua estrutura um hospital, com especialidade peculiar: reabilitação.

Verificou o Ministério Público, por meio de inquérito civil que contou com a ativa participação da Diretoria do Hospital e do CREMERJ, que nele há deficiências fundamentais, que lhe comprometem o funcionamento em grau minimamente adequado.

O que se pretende por meio deste processo é que o Município seja compelido a suprir as deficiências constatadas – aliás, não impugnadas pelo Município –, quer em relação a equipamentos, quer em relação a rotinas médicas, quer em relação a pessoal.

Não está, por conseguinte, em jogo uma função política, no sentido acima descrito, mas o desempenho de uma função estritamente administrativa, cujo exame e possibilidade de censura pelo Poder Judiciário não constitui novidade, que extrapole os limites normais de sua atuação.

4. Como quer que seja, cumpre destacar que a saúde constitui objeto de *direito fundamental*, gravado em mais de uma norma da Lei Maior, constituindo ele emanação, em última análise, do *direito à vida* (Constituição Federal, art. 5, *caput*) e da *dignidade humana* (Constituição Federal, art. 1º, III).

Mais: direito fundamental exercitável contra o Poder Público.

É o que decorre do art. 6º:

“Art. 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

É o que se extrai, igualmente, no rol de competências, tanto das comuns às entidades federativas, quanto das específicas dos Municípios – sendo

despiciendo assinalar que o exercício de uma competência não constitui uma faculdade, mas um dever:

“Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

...

II – *cuidar da saúde* e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 30 – Compete aos Municípios:

...

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, *serviços de atendimento à saúde da população;*

É o que se infere do art. 196 da Constituição:

“Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Com relação ao dispositivo por último assinalado, convém observar que de sua auto-aplicabilidade não há que duvidar: é diariamente, nas numerosas demandas em que hipossuficientes postulam fornecimento gratuito de medicamentos, centenas ou milhares de vezes aplicado em processos judiciais, nos quais se afasta, para assegurar-lhe eficácia e para preservar os valores que tutela, alegação continuamente feita pelo Poder Público, de que constitua norma meramente programática, destituída de auto-aplicabilidade. Não há razão alguma que justifique que a norma se considere auto-aplicável quando se trate de ações individuais, e que se altere o entendimento quando se cuida de ações coletivas, onde, em maior extensão, se pode extrair proveito do preceito constitucional.

5. Não se trata, por outro lado, de dever de que o Poder Público possa desincumbir-se de qualquer modo.

A essencialidade do direito a ele contraposto impõe que, no desempenho do dever que lhe corresponde, se haja o Município, aqui mais até do que em outras atividades administrativas, com a *eficiência* reclamada pelo *caput* do

art. 37 da Constituição Federal⁴ – que não reclama apenas uma proporção entre meio e fim, requerendo, ademais, a produção de resultados efetivos, o funcionamento de um serviço minimamente adequado, e, portanto, a existência de uma estrutura dotada quanto baste dos recursos – *não apenas materiais, mas também humanos* – capazes de viabilizar a obtenção da finalidade.

6. Resta assinalar que no sentido ora preconizado – de acolhimento substancial de demandas análogas ajuizadas pelo Ministério Público – está predominantemente assentada a jurisprudência do Tribunal de Justiça, como pode ver-se das ementas adiante transcritas:

“2003.001.34812 – Apelação Cível Des. José Carlos Varanda – Julgamento: 24/08/2004 – Décima Câmara Cível

Ação civil pública – Hospital público – Prestação de serviços médico-hospitalares – Omissão genérica do Poder Público – Procedência do pedido.

Ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Demanda objetivando a implementação de políticas públicas concretas na área da saúde, e em especial em determinado hospital público estadual. Patente omissão do Poder Público Estadual. Pretensão rechaçada em 1º. grau. Inexistência de intromissão indevida de um Poder em outro. Reforma do decisório monocrático, adotando-se os fundamentos de judicioso parecer do MP e de recente decisão do STF. Recurso provido.

2006.001.08264 - Apelação Cível Des. Luis Felipe Salomão – Julgamento: 28/06/2006 – Sexta Câmara Cível

Apelação Cível. Ação civil pública com preceitos cominatórios visando obrigação de fazer; Legitimidade do Ministério Público (Artigo 127 da CF/88). Situação caótica do Hospital Municipal Salgado Filho. Dever constitucional do Poder Público (Artigo 5º, caput e 196) e direito à saúde do cidadão. Fato que atinge, principalmente, a camada mais pobre da população, que não possui plano particular e depende tão somente da rede pública para

4. 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...”

atendimento. Possibilidade de o Judiciário exercer o controle de política pública fundamental, fazendo observar os princípios da legalidade e moralidade (Artigo 37 da CF). Inexistência de desrespeito à separação dos poderes. Necessidade urgente de contratação de médicos e funcionários técnicos, de modo a permitir o regular funcionamento do Hospital. Ausência de comprovação, pelo Poder Público, da impossibilidade de remanejamento de receita orçamentária. Precedentes do STJ e STF. Recurso provido para que seja suprido o déficit de pessoal, com a realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame, bem como corrigidos os procedimentos e sanadas as irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, no prazo de 6 (seis) meses, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

2005.001.14219 – *Apelação Cível Des. Azevedo Pinto*
- *Julgamento: 15/02/2006* – *Décima Terceira Câmara Cível*

Apelação. Ação Civil Pública. Ação proposta pelo Ministério Público em face do Município do Rio de Janeiro, visando compeli-lo a adotar providências administrativas no âmbito da saúde, e com vistas ao funcionamento do Hospital Rocha Faria. Sentença que julgou improcedente o pedido, e que comporta parcial reforma. Legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública que então propôs, considerando-se, inclusive, a proteção constitucional dispensada pelo legislador à saúde pública, estabelecendo políticas sociais que garantam o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, nos termos do art. 196 daquele diploma constitucional. Falta contra a Constituição caracterizada em caso de descumprimento desses programas, uma vez que, ainda a teor do próprio texto constitucional, existe dotação orçamentária para tais objetivos.

Constatação por parte dos órgãos e entidades encarregados de fiscalizar a prestação dos serviços públicos na área de saúde do Município do Rio de

Janeiro, de irregularidades pontuadas no inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público, que justificam a condenação do ente federativo, reformando-se a sentença, com o provimento parcial do recurso ministerial⁵.

2003.001.30004 - Apelação Cível Des. Nanci Mahfuz – Julgamento: 23/11/2004 – Oitava Câmara Cível.

Ação civil pública – Ação proposta contra o Município – Hospital Público – Prestação de serviços médico-hospitalares – Omissão genérica do Poder Público.

Apelação Cível. Ação civil pública visando obrigar o Poder Público Municipal a melhorar o atendimento à população no Hospital Municipal Souza Aguiar. Constatação pelo inquérito civil, por inspeção do CREMERJ e por outros órgãos, de deficiências sérias de pessoal e de equipamentos, e elevação do número de mortes de pacientes. Sentença de improcedência, pela ofensa ao princípio da separação de poderes. O pedido não é inconstitucional, nem juridicamente impossível. O art. 6.º da CF/88 estabeleceu entre os direitos sociais, fundamentais ao cidadão, o direito à saúde, e o inciso VII do art. 30 fixa a competência do Município para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, o atendimento à saúde. Se o Município se omite em manter a viabilidade da assistência à saúde, chegando a por em risco a vida dos que se dirigem ao Hospital, pode o Judiciário obrigá-lo a tomar providências, sem que tal signifique intromissão indevida em outro Poder, mas em cumprimento ao que dispõe a Constituição e o SUS. A alocação de novos médicos e a falta de verbas orçamentárias, assim como a Lei de Responsabilidade Fiscal, não afastam a obrigação do Município de manter serviços de saúde satisfatórios. Reforma da sentença, adotando-se os fundamentos do parecer ministerial e de recente decisão do STF na ADPF 45. Fixação do prazo para as providências em um ano a contar da data da aprovação da lei orçamentária

5. Observo que o provimento parcial não disse respeito a qualquer restrição feita a providências destinadas a suprir carência de profissionais no Hospital Rocha Faria.

anual, que ocorrer imediatamente após o trânsito em julgado da decisão. Não incidência dos ônus da sucumbência. Recurso parcialmente provido.⁽⁶⁾

Em face do exposto, opino no sentido do provimento do recurso do Ministério Público e no do desprovimento dos embargos do Município, para que se acolham integralmente os pedidos formulados na inicial, inclusive quanto à necessidade de passarem a atuar no Hospital Municipal de Reabilitação os profissionais de saúde nela indicados, com a alteração, contudo, da destinação de eventual multa imposta por descumprimento da determinação judicial, que deve reverter, não ao Fundo apontado na inicial, mas ao previsto no Decreto Federal 1.306, de 1994, que regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos previsto nos arts. 13 e 20 da Lei 7347, de 1985.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2006.

HELICIO ALVES DE ASSUMPTÃO
Procurador de Justiça

⁽⁶⁾ Vale aqui a mesma observação contida em nota anterior, quanto ao julgamento da apelação 2005.001.14219.

Exceção de suspeição oposta contra ato jurisdicional. Impossibilidade. A exceptio suspicionis tão-só tem cabida nos casos enumerados no artigo 135 e seus incisos do CPC, não servindo ao enfrentamento de quaestiones resultantes de error in procedendo e/ou error in judicando. Improcedência da exceção.

4ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.
Exceção de suspeição nº 2005.029.00150.

Excpte. – *Jair Albo Marques de Souza.*

Excpto. – *Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito Márcia Cunha Silva Araújo de Carvalho,* da 44ª Vara Cível da Comarca da Capital.

Conspícuo Desembargador-Relator Mário dos Santos Paulo.

Eminente Desembargador-Relator,

Exceção de suspeição oposta contra a Juíza de Direito *Márcia Cunha Silva Araújo de Carvalho*, da 44ª Vara Cível da Comarca da Capital, ao argumento de que esta magistrada teria interesse no deslinde da *quaestio*, tendo em vista não ter permitido que o excipiente escolhesse o leiloeiro.

Feito em fase de execução.

Indubitavelmente, a escolha do leiloeiro, pela dicção do art. 706 do CPC, é do credor; todavia, se o próprio órgão jurisdicional fez a escolha, não permitindo ao credor fazê-lo, agiu incorretamente, porém tal fato não é o *quantum satis* para daí inferir-se a existência de suspeição.

In casu, a *exceptio suspicionis* não é o instrumento adequado para insurgir-se contra tal decisão. Tal instrumento tão-só tem cabida para os fatos que se subsumem na moldura do artigo 135 do CPC.

Não demonstração do alegado. Art. 333, I, do Código de Processo Civil. O interesse há que ser material e/ou moral. Meras conjecturas não são suficientes para dar lastro ao acolhimento da suspeição. Se há *error in procedendo* e/ou *error in judicando*, que seja enfrentado com o competente recurso e, em não cabendo recurso algum, seja enfrentada a matéria através da competente reclamação.

A exceção de suspeição não se presta para enfrentar casos que tais, e sim tão-só os enumerados taxativamente no artigo 135 e seus incisos do CPC.

Esta Procuradoria-Geral de Justiça posiciona-se pela **improcedência** da exceção oposta.”

Jair Albo Marques de Souza, devidamente qualificado na peça prefacial vestibular, oferece a presente **exceção de suspeição**, com fulcro no artigo 135 e seguintes do Código de Processo Civil, contra a Juíza de Direito *Márcia Cunha Silva Araújo de Carvalho*, da 44ª Vara Cível da Comarca da Capital, aduzindo, como *causa petendi* à tutela jurisdicional, que o processo nº 2002.001.059324-2 acha-se em fase de execução, com a escolha pelo credor do leiloeiro público, conforme disposto no artigo 706 do CPC, tendo indicado o Dr. *Roberto Schuman*; todavia, o excipiente foi surpreendido com a rejeição pela Juíza excepta do leiloeiro escolhido, rejeitando-o sem qualquer fundamento legal, nomeando arbitrariamente o leiloeiro público, Sr. *Jonas Rymmer*, intimando-o a designar data para a praça. Entende o excipiente que o leiloeiro é de sua livre escolha; desta maneira, entende deva a Juíza declarar-se suspeita, remetendo os autos ao seu substituto legal, por ser suspeita parcialmente para conduzir o feito.

Instada a se manifestar, a Juíza excepta às fls. 09 não reconheceu sua suspeição.

Distribuída a exceção ao conspícuo e culto Desembargador *Mário dos Santos Paulo*, S. Exa. determinou o encaminhamento destes autos à Procuradoria de Justiça.

Nesta oportunidade os autos vieram com vista à Procuradoria de Justiça, para exame e parecer conclusivo.

É o relatório.

Concessa maxima venia, se por um lado assiste razão ao excipiente em afirmar que a nomeação do leiloeiro público é de sua livre escolha, a teor do disposto no artigo 706 do CPC, por outro lado, a exceção de suspeição não é o remédio processual adequado para insurgir-se contra tal decisão. Conforme é de sabença comum, o Código de Processo Civil cuidou de enumerar as hipóteses em que o magistrado deve ser considerado parcial, dividindo-as em duas categorias: impedimento (art. 134, CPC) e **suspeição (art. 135, CPC)**. Aqui, interessa-nos este último vício; assim, reputa-se suspeito o magistrado nos termos do artigo 135 do *Codex* de Processo Civil, quando: for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; quando qualquer das partes for credora ou devedora do magistrado, de seu cônjuge ou de parente destes, em linha reta, ou na colateral até o terceiro grau; quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; receber dádivas, aconselhar as partes ou subministrar meios para fazer frente às despesas do processo; interessado, por

qualquer razão, em que o resultado do processo seja favorável a uma das partes; e, finalmente, por motivo íntimo.

O excipiente fundamenta-se no artigo 135 e ss. do CPC para sustentar sua argüição; todavia, nada obstante o entendimento da *communis opinio doctorum* de que os motivos de suspeição são enumerados taxativamente pela lei, a norma sob comentário é de encerramento, constituindo-se em conceito vago, pois somente no caso concreto, diante das provas produzidas, é que se poderá saber se o magistrado tem ou não interesse no desfecho da causa. No direito alemão, onde também vigora a taxatividade dos motivos de suspeição, há o entendimento pacífico de que a *ZPO* § 42 encerra hipótese de “perigo de parcialidade”, que se assemelha ao nosso CPC 135, V, conforme lição de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, quando comentam o artigo 135 do CPC in *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 7ª ed., RT, 2003.

Na lição de PONTES DE MIRANDA, o interesse no julgamento é o da vantagem, material ou moral, que possa tirar o juiz com a decisão da causa em certo sentido. A parte que argüir a suspeição, com fundamento no particular interesse do juiz na decisão da causa, está adstrita ao dever de indicar o motivo em que se funda a argüição – Cfr. aut. cit., *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo II, Forense, arts. 46/153, p. 407 –.

No caso *sub judice*, o excipiente sequer apontou qual seria o interesse da magistrada, levando-se em consideração tratar-se de *quaestio facti*, não bastando para fundamentar a suspeição os fatos articulados na peça preambular, pois não se pode apreciar a suspeição baseando-se em meras conjecturas. O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, conforme a dicção do inciso I do artigo 333 do Código de Processo Civil.

Segundo a regra estatuída por PAULO, compilada por JUSTINIANO, a prova incumbe a quem afirma, e não a quem nega a existência de um fato (*Digesto*, XXII, 3.2). O excipiente precisa demonstrar *in iudicio* a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador de seu direito, pois, conforme nos ensina a doutrina francesa, “*La règle de droit a un caractere sanctionnateur; il sait qu’il pourra avoir recours au droit objectif en vue d’obtenir la protection qui lui est nécessaire.*” – Cfr. *Cours de Droit Civil*, Tome I, 14ª édition, MICHEL DE JUGLART e ALAIN PIEDELIEVRE, p. 19 –.

A verdade é que vislumbra-se no presente caso violação do direito público subjetivo do excipiente, que escolheu livremente o leiloeiro público, ressaltando-se que o magistrado tão-só poderia rejeitar a indicação em havendo motivos relevantes para desqualificar o profissional, com a conseqüente indicação de outro, quer pelo juiz, ou por uma das partes, porém o Ministério Público não vê como possa o Estado-Juiz do Segundo Grau de Jurisdição acolher a presente exceção de suspeição, pois desprovida de juridicidade, havendo tão-só meras conjecturas, o que não é o *quantum satis* para o acolhimento da *exceptio*. Se há *error in procedendo* e/ou *in iudicando*, que o interessado maneje o competente recurso e/ou eventual reclamação, em não cabendo recurso algum, mas não

uma *exceptio suspicionis* que tão-somente tem cabida naqueles casos previstos taxativamente, conforme, aliás, já explicitados *supra*.

Ante o exposto, aguarda esta Procuradoria de Justiça, aqui oficiando como *custos legis*, deva esta Egrégia Câmara julgar **improcedente** a presente exceção de suspeição, diante da indemonstração do alegado interesse da Juíza de Direito no deslinde da causa.

Rio de Janeiro, RJ, segunda-feira, 19 de setembro, *anno domini* MMV.

JOSÉ ANTONIO LEAL PEREIRA
Procurador de Justiça Titular
junto à 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça.

Agravo de Instrumento ao E. STJ contra decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão prolatado em revisão criminal – Reconhecimento da continuidade delitiva em roubos duplamente qualificados – Hipótese de mera reiteração delitiva – Recurso especial interposto com base no art. 105, III, “a” e “c” da CF/88 – Tema pacificado no STJ e demonstrado nos arestos paradigmas – Discussão jurídica que não pretende o reexame probatório em sede de recurso especial – Provimento do recurso interposto para afastar a inadmissão do recurso especial em juízo de admissibilidade do i. 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Agravo de Instrumento no Recurso Especial 2006.188.00073, interposto em relação ao acórdão proferido na Revisão Criminal nº 2004.053.00061¹

SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA /RJ

1ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA

Relator: Des. Salim José Chalub

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: André Luiz Rodrigues Dodds

Exmº Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Procurador de Justiça Titular da 1ª Procuradoria de Justiça oficiante junto à E. Seção Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado, nos autos da Revisão Criminal nº 2004.053.00061, em que figura como Requerente André Luis Rodrigues Dodds e Requerido o próprio Ministério Público, *irresignado com a r. decisão, por delegação, do Terceiro Vice-Presidente deste E. Tribunal, que negou seguimento ao Recurso Especial interposto em face do V. Acórdão do Colendo Órgão Julgador supra referido*, vem, mui respeitosamente, **com fundamento no artigo 28, da Lei n.º 8.038, de 28/05/1990**, opor, tempestivamente, AGRAVO DE INSTRUMENTO DIRECIONADO PARA O COLENDÓ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. OBS: O presente Agravo de Instrumento foi autuado no STJ sob o nº 792065. Em decisão monocrática publicada no Diário de Justiça em 14/11/2006, o i. Min. Relator Felix Fischer conheceu do recurso e deu-lhe provimento, determinando a subida dos autos do RESP nº 2006.188.00073 para julgamento. Atualmente, os autos do Agravo de Instrumento e do Recurso Especial referidos encontram-se pensados, aguardando análise.

Preliminarmente, requer a V. Ex^a a juntada das peças trasladadas, cuja autenticidade se afirma, sob responsabilidade pessoal do signatário, conforme regra enunciada pelo art. 544, § 1º, do CPC, e aplicável a todas as hipóteses de cabimento do presente recurso. *São as seguintes as peças xerocopiadas que acompanham o presente:*

— **Referentes à Ação Penal n 3.771/2003:** fls. 02/02-c (denúncia); fls. 277/285 (sentença); fls. 357/359 (acórdão); fls. 370 verso (certidão de trânsito em julgado);

— **Referentes à Revisão Criminal n 2004.053.00061:** fls. 02/04 (exordial); fls. 32/36 (aditamento à exordial); fls. 57/63 (parecer da Procuradoria de Justiça); fls. 67 (certidão de lavratura do acórdão); fls. 65 (relatório); fls. 68/69 (acórdão); fls. 69 (comprovante de intimação pessoal do acórdão); fls. 71/90 (recurso especial do M.P.); fls. 91/99 (acórdãos paradigmas); fls. 101/105 (contra-razões); fls. 107/109 (despacho agravado), fls. 110 (certidão da publicação) e fls. 111 (remessa à PGJ e vista pessoal ao Procurador de Justiça signatário).

Insta salientar que, *tendo sido o Agravado representado pela nobre Defensoria Pública, não se apresenta comprovação de constituição de mandato.*

A EXPOSIÇÃO DO FATO E DO DIREITO

1 – *André Luis Rodrigues Dodds* (ora Agravado) restou condenado, por intermédio do douto Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo, por infringência ao artigo 157, § 2º, inc. I e II (2x) n/f do art. 69 e art. 180, *caput*, todos do CP, à pena privativa de liberdade total de 18 (dezoito) anos de reclusão (fixado o regime fechado para o início do seu cumprimento), bem como ao pagamento de 62 (sessenta e dois) dias-multa à razão unitária mínima (fls. 277/285), sendo tal condenação, contudo, modificada, parcial e de forma unânime, por acórdão proveniente da E. 3ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, em função da absolvição pelo crime de receptação antes apenado com dois anos de reclusão e vinte dias-multa (fls. 357/359), solidificando-se, por isso, a reprimenda em 16 (dezesesseis) anos de reclusão, em regime, inicialmente, fechado e 42 (quarenta e dois) dias-multa. Trânsito em julgado operado em 19/10/2004 (fls. 370 verso).

2 – Ainda inconformado, o ora Agravado propôs Revisão Criminal, conforme petítório proemial aditado pela nobre Defensoria Pública Estadual, objetivando o reconhecimento da continuidade delitiva, face aos delitos de roubo perpetrados, afastando-se a exasperação penal pelo concurso material, sob fundamento de haver circunstância autorizadora da diminuição da pena (art. 621, III, CPP).

3 – Nos autos da Revisão Criminal referida, restou oferecido o Parecer Ministerial expendido às fls. 57/63, concluindo que o pleito não merecia prosperar, uma vez que as condutas praticadas pelo ora Agravado não atendiam ao disposto pelo art. 71, parágrafo único do Código Penal, desmerecendo, portanto, qualquer alteração a decisão revidenda. Ao revés, concluiu-se que a Revisão Criminal proposta visava tão-somente a reavaliar o quadro probatório, pretensão inteiramente descabida em tal balizada sede.

4 – Relatório junto à fl. 65. Submetido, então, a julgamento, proveu-se à Revisão Criminal, para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de roubo qualificados pelo emprego de arma e concurso de agentes, ressaltando a equivalência entre os elementos objetivos indicados no art. 71, parágrafo único do CP (dia, lugar e maneira de execução). Por reconhecimento da continuidade delitiva, a pena final sofreu redução e acabou fixada em 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, mantendo-se os demais termos do r. decisório (fls. 68/69).

5 – Ciente o *Parquet* do V. Acórdão em 01/02/2006 (fls. 69), interpôs Recurso Especial, atendendo ao prazo quinzenal, iniciado com a ciência pessoal, em 15/02/2006.

6 – O Recurso Constitucional (fls. 71/90), calcado no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Carta Magna vigente, buscou ressaltar que o v. acórdão vergastado negou vigência ao artigo 621, III, *in fine*, do CPP e art. 71, parágrafo único do CP, quando admitiu e deu provimento à Revisão Criminal fundamentada em inexistente circunstância autorizadora de diminuição da pena (continuidade delitiva), como corolário da mera reavaliação da prova contida nos autos, sem qualquer alteração do material probatório antes já analisado, no 2º Grau de Jurisdição, em sede de apelação. Outrossim, ao reconhecer a continuidade delitiva, no caso sob análise, adotou, ainda, interpretação divergente da conferida por outros Pretórios à conformação da figura jurídica contida no artigo 71, parágrafo único do CP.

7 – Entretanto, o processamento do recurso restou indeferido pela r. decisão de fls. 107/109, que o entendeu inadmissível, relativamente à alínea “a” do permissivo constitucional supra citado, por vislumbrar pretensão afastada pela inteligência da Súmula nº 7 do E. Superior Tribunal de Justiça. Quanto à hipótese elencada pela alínea “c” do art. 105, III da CRFB/88, asseverou “que o acórdão paradigma de divergência adota o mesmo fundamento jurídico do acórdão recorrido” e também que “as diferenças existentes entre as decisões confrontadas são puramente fáticas, não justificando a admissão do recurso especial”. Eis a marcha processual até aqui desenvolvida, em apertada síntese.

8 – Os obstáculos opostos na r. decisão de inadmissão, *data maxima venia*, não se mostram adequados à hipótese vertente, como se demonstrará a seguir.

I – Do suposto reexame probatório a não ensejar recurso especial

9 – No caso em tela, fundou-se a ação revisional, tida por procedente, na existência de circunstância autorizadora da diminuição da pena (art. 621, III do CPP), qual seja a continuidade delitiva (artigo 71, parágrafo único do CP).

10 – Neste sentido, sustentou o ora Agravado, àquela ocasião, que os roubos a que fora condenado haviam sido perpetrados no mesmo dia, sob as mesmas condições fáticas e modo de execução, sendo, por tais razões, cabível o reconhecimento da figura da continuidade entre os delitos.

11 – Fácil notar que a pretensão formulada na ação principal exigiria uma avaliação do contexto fático e da prova produzida durante a instrução criminal, sob pena de se tornar impossível a contextualização do pedido e a análise da ocorrência da contrariedade argüida.

12 – O v. Acórdão revisional acolheu, porém, tal pretensão, rescindindo a decisão condenatória e reconhecendo a continuação entre os crimes patrimoniais cometidos (art. 157, § 2º, I e II [2 vezes] do CP). Como corolário, reduziu a pena anteriormente fixada em 18 (dezoito) anos de reclusão para 12 (doze) anos, com exasperação de 1/2 (metade), mantendo os demais termos da decisão revidenda.

13 – Ocorre que, como aduzido no Recurso Especial, alfim inadmitido, extrapolou, notoriamente, a E. Seção Criminal os limites de análise contextual necessários e admitidos pela via revisional, resultando a procedência revisional em indevida reinterpretação do conjunto fático, contrariando, assim, expressamente, o contido no art. 621, III do CPP. Houve, ademais, errônea interpretação do disposto no art. 71, parágrafo único do CPP, vez que a continuidade delitiva foi reconhecida, unicamente, em razão da presença dos elementos objetivos indicados pela citada regra penal, o que não satisfaz a exigência normativa, a impor a avaliação e constatação da existência de liame subjetivo entre as condutas ilícitas perpetradas.

14 – A apresentação dos argumentos ora celeremente lembrados impõe certa alusão aos fatos originários, que representam a gênese da discussão jurídica que se busca afervorar. *Há, contudo, significativa diferença entre pretender-se o reexame probatório vedado pela Súmula indicada e a valoração extraída do seu exame para efeito da qualificação jurídica (matéria de direito) que se pretende demonstrar, à luz dos textos negligenciados ou afrontados.*

15 – Nesse exato sentido, assim se posicionam ROBERTO ROSAS, in “Direito Sumular”, Ed. Malheiros, 8ª ed., p. 295 e PERSEU GENTIL NEGRÃO, in “Recurso Especial”, Ed. Saraiva, 1ª ed., pp. 66/s.

16 – Evidente que, se a questão de fato e a questão de direito estão, intrinsecamente, atreladas, como na hipótese da configuração da espécie de concurso de crimes, como no caso vertente, é de se reconhecer admissível o recurso que a questiona, conforme preleciona PERSEU GENTIL NEGRÃO (in, op. cit., p. 68), citando MIGUEL REALE em “Lições Preliminares de Direito”, a saber:

“... quando as questões de fato e de direito se achem estreita e essencialmente vinculadas, a tal ponto de uma exigir a outra, é sinal que existe algo a ser esclarecido em tese, sendo aconselhado o julgamento prévio no Tribunal, ou a admissão do Recurso...”.

17 – Outro não é o entendimento pretoriano a respeito da *vexata quaestio*. Este Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em situações equivalentes, declarou a possibilidade de tal questionamento, em sede de Recurso Especial. Nesse sentido (negritos nossos):

“STJ, REsp 47216/MA – 6ª Turma, Min. Vicente Leal, v. u. DJ 18.08.1997, p. 37918 – RSTJ vol. 100 p. 320

Processual Penal. Recurso Especial. Valoração da prova. Questão federal. Lesões corporais. Alegação de legítima defesa. Decisão fundada em depoimento do réu. Prova imprestável. Nulidade.

— A doutrina nacional e a jurisprudência deste Superior Tribunal consagram a tese da possibilidade de exame do critério legal de valoração da prova em sede de Recurso Especial, pois tal estudo – valoração da prova – situa-se no campo da questão federal, susceptível de conhecimento no espaço do apelo nobre.

— É nula a decisão judicial que, desprezando as demais provas produzidas nos autos de ação penal, forma o entendimento com base no depoimento do acusado e proclama a sua absolvição sob o pálio da excludente legítima defesa, mesmo em face do fato confesso de haver disparado cinco tiros de revólver contra a vítima.

– Recurso Especial conhecido e parcialmente provido.”

Cabe, aqui, destacar do voto-condutor deste aresto: "Também é certo e indubitado que a doutrina nacional e a jurisprudência deste Tribunal consagram a tese da possibilidade de exame do critério legal de valoração das provas em sede de recurso especial, o que não consubstancia a questão de fato. Daí porque não comporta controvérsia o pensamento que situa e qualifica o estudo da valoração da prova no campo da questão federal, susceptível de conhecimento no espaço nobre do recurso especial".

STJ, REsp. 46.186-3/DF – 5ª Turma - Rel. Min. Edson Vidigal, v. u. DJU 4.12.95

Fonte: RT 725/531-533.

Título: PROVA – Exame de corpo de delito – Impossibilidade de sua realização – Suprimento pela prova testemunhal, se em harmonia com os demais elementos dos autos. ESTUPRO – Tentativa – Atentado violento ao pudor – Distinção – Concurso material de infrações – Possibilidade de reconhecimento. RECURSO ESPECIAL – Erro sobre critérios de apreciação da prova – Matéria de direito – Cabimento do recurso.

Acórdão: Ementa oficial: Não sendo possível exame de corpo de delito, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta, mormente se corroborada nos demais elementos de convicção existentes nos autos e reconhecidos pela sentença. Ementa da redação: Conquanto muitos autores não admitam o "conatus" no crime de estupro, levado na prática, a confundir-lo com o atentado violento ao pudor, há distinção entre as figuras. Na tentativa de estupro, o fim em mira é a cópula; no atentado ao pudor é a prática de ato libidinoso diverso da conjunção sexual e nada obsta que ambas as figuras, em concurso material, se façam presentes em ação delitiva. Ementa da redação: *O erro sobre critérios de apreciação da prova ou errada aplicação de regras de experiência são matérias de direito, e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial.*

18 – É o que, *data maxima venia* da posição sustentada pelo Exm. Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, buscou-se demonstrar com a interposição do Recurso Especial por aquele inadmitido.

19 – Pautados em Recursos Especiais análogos, outrora providos, cremos na relevância e no sucesso do recurso que ora se interpõe, que visa evitar errônea aplicação da lei federal, no que tange ao reconhecimento de figura jurídica criada para hipóteses excepcionais, de caráter extremamente benévolo, e que (infelizmente) constantemente se vê reconhecida para casos de mera reiteração criminosa, como o que embasa esta irresignação.

20 – No Recurso Especial, ao utilizar-se o fundamento indicado no art. 105, III, alínea “a” da CRFB/88, buscou-se comprovar a contrariedade aos citados dispositivos da lei penal (art. 71, parágrafo único do CP e art. 621, III do CPP). Evidencia-se, portanto, o destaque jurídico apresentado nas razões do Recurso Especial, não sendo razoável afastar sua apreciação pelo fundamento da Súmula n.º 07 deste E. STJ, pois não devemos confundir qualificação jurídica dos fatos demonstrados com o mero reexame probatório.

II – Do suposto questionamento aos paradigmas ofertados

21 – Da mesma forma se afigura improcedente tal impeditivo fundamento, à simples leitura do material divergente colacionado. Primeiro, porque, ao contrário do aduzido na decisão de fls. 108, não foi apenas um paradigma apresentado; ao revés, foram ofertados dois acórdãos paradigmas e, evidentemente, com fundamentação jurídica oposta à do acórdão recorrido! Segundo, porque o Ministério Público teve o cuidado de trazer à colação decisões oriundas deste E. Superior Tribunal de Justiça (fls. 92/99) e após compará-las com a hipótese dos autos (fls. 82/90), assim se manifestando, naquela oportunidade:

“Extremamente nítido, *mutatis mutandi*, o paralelismo existente entre a situação enfocada e as hipóteses versadas nos arestos retro colacionados, tomados como paradigmas. Mormente, quanto aos destaques atribuídos ao voto condutor do HC 34.390/SP, em que se nota semelhanças inquestionáveis entre o modo de ação ali narrado e o que ocorreu no caso ora em julgamento. Isto porque, como se lê na denúncia (fls. 02, da ação penal original e cópia às fls. 37/40 da Revisão Criminal), o Recorrido (André Luis Rodrigues Dodds) praticou roubos contra vítimas diversas, ora acompanhado do co-réu Luciano Alaphin da Costa Pereira, ora de terceiro não identificado, a indicar que a intenção era, unicamente, a de subtrair o patrimônio

alheio, fazendo desta prática um meio de auferir proveito patrimonial (reiteração criminosa), não existindo liame subjetivo entre os crimes.”

22 – De notar-se que o preceito prevê que os julgados sejam semelhantes, isto é, não há necessidade que sejam idênticos. Ora, como se pode conferir, os acórdãos colacionados, no Recurso Especial, guardam semelhança suficiente para a comprovação do dissídio jurisprudencial invocado, referindo-se à discussão quanto ao elemento subjetivo elementar à caracterização da continuidade delitiva, diversos entre as hipóteses em confronto (acórdão recorrido e os paradigmas), a demonstrar, igualmente, com a devida vênua, a improcedência alegada de que “as diferenças existentes entre as decisões confrontadas são puramente fáticas”(fls. 108)!

23 – Destarte, com supedâneo no art. 105, III, alínea “c” da Lei Maior foram diversos julgados colacionados ao Recurso Especial, que buscaram demonstrar que *o reconhecimento da continuidade delitiva com base na Teoria Objetiva contraria frontalmente a tese atual deste E. Superior Tribunal de Justiça, levando a errônea interpretação do art. 71, parágrafo único do CP.* Pela mesma razão, entende esta Corte Superior que *a mera reiteração criminosa afasta o cabimento da regra do art. 71, parágrafo único do CP, pois incompatível com o liame subjetivo por essa exigido entre as condutas praticadas em concurso, item igualmente abordado pelos arestos colacionados e comparado com a hipótese julgada.*

24 – Houve, portanto, *data maxima venia*, adequada demonstração do dissídio jurisprudencial, tal como se impunha, tendo sido realizado o cotejo analítico *quantum satis* entre as situações emparelhadas quanto ao *thema decidendum* trazido a esta Corte Superior.

DO PEDIDO

25 – Pelo exposto, confia e aguarda o Procurador de Justiça signatário do presente a reconsideração da r. decisão ora agravada ou, se inacolhida tal pretensão, recebido seja o presente inconformismo como Agravo de Instrumento e se digne V. Ex^a determinar a remessa do mesmo ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, para efeito de conhecê-lo e lhe dar provimento, a fim de que o recurso especial tenha seguimento.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2006.

JOSÉ ROBERTO PAREDES
Procurador de Justiça
Titular da 1^a Procuradoria de Justiça oficiante
junto à Seção Criminal do TJRJ

Recurso especial. Não conhecimento. Falta de prévio julgamento em “última instância” e, conseqüentemente, de interesse-necessidade. Em se tratando de ação de habeas corpus, a última instância ordinária se dá com a interposição do recurso ordinário stricto sensu, sem o qual é inadmissível recurso em via extraordinária. A presença de primariedade e bons antecedentes não autoriza por si só a liberdade do pronunciado, estando presente o periculum libertatis. O eventual excesso de prazo resta desconfigurado ante a pronúncia do acusado.

Exmo. Sr. Desembargador 3º Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

ASSESSORIA CRIMINAL

Recurso Especial nº 2006.188.00191

Habeas Corpus nº 2006.059.01980

Recorrente: *Anderson da Silva Bastos*

Recorrido: *Ministério Público*

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por seu PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, nos autos da ação penal movida em face de *Anderson da Silva Bastos*, tendo em vista o RECURSO ESPECIAL interposto em favor do réu vem, em tempo hábil e na forma do artigo 27 da Lei nº 8.038/90, apresentar **Contra-Razões** nos termos abaixo.

A Colenda 4ª Câmara Criminal dessa Egrégia Corte, no julgamento do *habeas corpus* impetrado pela defesa técnica do réu, Anderson da Silva Bastos, concluiu à unanimidade por denegar a ordem.

O recorrente foi pronunciado pelo Juízo da 3ª Vara Criminal – III Tribunal do Júri da Comarca da Capital – como incurso nas sanções do artigo 121, §2º, II c.c artigo 73 c.c artigo 29 todos do Código Penal e artigo 14, da Lei nº 10.826/03 c.c artigo 29 do CP, na forma do 69 do art. C.P.

O v. acórdão da 4ª Câmara Criminal foi formalizado às fls. 29/30 com a seguinte ementa:

“Habeas corpus – Crime de homicídio triplamente qualificado – Prisão em flagrante – Pronúncia – Manutenção da custódia – Presentes os motivos que justificaram a prisão em flagrante e tendo o réu permanecido preso durante toda a instrução, não há falar em falta de fundamentação para a manutenção da prisão decidida na pronúncia – Crime hediondo que não permite liberdade provisória – Excesso de prazo – Instrução encerrada – Pronúncia – Súmula 21 do STJ – Ordem denegada”.

Inconformada, a defesa técnica do recorrente Anderson da Silva Bastos interpõe RECURSO ESPECIAL com fulcro na **alínea “a”**, inciso III, do artigo 105 da Constituição Federal, nos termos da petição com razões de fls. 34/36.

I - QUANTO AOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

a) tempestividade.

Cuida-se de manifestação recursal tempestiva pelo que se afere do cotejo da data mencionada na certidão de fl. 33 referente à publicação no *Diário Oficial* da conclusão do v. acórdão guerreado, com a constante do carimbo protocolar aposto à fl. 34.

b) prequestionamento.

Quanto ao requisito do prequestionamento, o recorrente alega ofensa ao artigo 310 do Código de Processo Penal, impugnação que já foi objeto de *habeas corpus* devidamente apreciado pelo v. acórdão recorrido.

Verifica-se, assim, que, realmente, houve o prequestionamento, pois a matéria foi ventilada nas razões e apreciada na decisão recorrida.

Entretanto, não poderá ser conhecido o recurso, em vista da pendência de outro recurso, recurso este **ordinário**.

c) Não existência de julgamento em “última instância”.

Como é sabido, para que se dê o recurso especial (ou mesmo o extraordinário), em primeiro lugar, deve haver decisão de órgão **judicial**.

Outrossim, ao se referir a Constituição a causas decididas em *única ou última instância*, restringe a interposição do recurso para aquelas decisões em que já se esgotaram os recursos *ordinários* cabíveis e possíveis.

Ocorre que, no caso, o **recurso foi interposto de denegação de *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça e, assim, era cabível, ainda, outro recurso**

ordinário, ou seja, o ordinário *stricto sensu* contemplado pela Constituição Federal.

Tal recurso ordinário está previsto nos arts. 102, II, e 105, II, da Constituição Federal, sendo que, no primeiro caso, é previsto recurso para o Supremo Tribunal Federal da decisão denegatória de *habeas corpus* em única instância pelos Tribunais Superiores e, no segundo caso, cabe o recurso para o Superior Tribunal de Justiça, "da decisão denegatória de *habeas corpus*, decidido em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios.

Ao ser impetrado o recurso ordinário da decisão denegatória de *habeas corpus*, discute-se, inclusive, a matéria que seria de apreciação do recurso especial e extraordinário, não se restringindo à análise de toda a matéria de direito, sendo possível a devolução do exame de toda a matéria anterior, inclusive aquela de fato.

Não obstante, após o julgamento de recurso ordinário pelo STJ, será cabível, ainda, a propositura de recurso extraordinário, caso possa ser discutida, ainda, alguma questão constitucional, nos termos do art. 102, III, da CF.

Portanto, sendo ainda cabível *outro recurso ordinário*, inclusive um recurso que admite discussão ampla sobre matéria de fato ou probatória, além daquela pertinente ao recurso especial, incabível é a interposição deste último.

As impugnações extraordinárias estão sujeitas a rígido controle de admissibilidade, consoante os critérios fixados na Lei 8.038/90 e nos Regimentos Internos do STF e STJ, além das Súmulas destes Tribunais.

Como bem concluem ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*:

"os recursos constitucionais estão sujeitos a rígidos controles de admissibilidade, de sorte que, já no momento de sua interposição, deve o recorrente atentar para as prescrições legais e regimentais pertinentes, cujo atendimento é indeclinável, sob pena de indeferimento ou não conhecimento da impugnação"¹.

Destarte, não pode, por este motivo, ser conhecido o recurso.

II. QUANTO AOS ESPECÍFICOS REQUISITOS RECURSAIS DE ADMISSIBILIDADE

O recorrente pretende a reforma do v. acórdão da 4ª Câmara Criminal, com fulcro no artigo 105, III, "a" da Constituição da República.

1. *Recursos no Processo Penal*, São Paulo: RT, 2ª ed., 1998, pp. 288/289).

Sustenta em suas razões: violação ao artigo 310 do CPP, eis que o réu faz jus ao benefício da liberdade provisória por ser primário, com bons antecedentes e possuir residência fixa. Aduz, ainda, que não há a presença dos pressupostos e dos fundamentos que justificam a prisão preventiva.

Mesmo não podendo ser conhecido o recurso, como já devidamente demonstrado, também entende o Ministério Público, *ad argumentandum*, que o recurso **merece inadmissão**, eis que ausentes os pressupostos constitucionais específicos, indispensáveis para a sua admissão.

Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, em obra conjunta já citada, fazendo comentários acerca dos pressupostos do art. 26 da Lei nº 8.038/90:

"... após a exposição do fato e do direito, na qual o recorrente fará um resumo da hipótese concreta que pretende seja reexaminada em sede excepcional, impõe-se a demonstração do cabimento, na qual postulará ao Presidente do tribunal a quo o deferimento, bem como ao órgão ad quem o conhecimento, convencendo-os sobre o enquadramento da espécie em uma ou mais das hipóteses constitucionais de cabimento, além dos demais pressupostos de admissibilidade... Sobretudo é preciso que seja clara e objetiva a fundamentação desses recursos, com a expressa referência à disposição constitucional que os autoriza e, ainda, aos textos da própria Lei Maior ou de Leis ordinárias que se relacionam às questões deduzidas". (Recursos no Processo Penal, São Paulo: RT, 2ª ed., 1998, pp. 288/289).

Não se pode, assim, vislumbrar-se adequação à alínea "a" do inciso III do art. 105 da carta constitucional, pois, efetivamente, não houve qualquer ofensa ao dispositivo infraconstitucional acima mencionado.

Conforme expõem os autores já citados:

"A fórmula utilizada pelo constituinte é, claramente, mais ampla do que a do texto anterior, que não previa recurso extraordinário pela mera contrariedade à letra de tratado ou lei federal, limitando-o ao caso de negativa de vigência... na Carta atual nenhuma dúvida pode subsistir quanto à extensão do cabimento do recurso especial na hipótese de decisão que fere a letra ou o espírito da legislação ordinária editada pela União". (Recursos no Processo Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3º ed., 2001, p. 278).

É que, mesmo com a fórmula mais ampla, não caberia, na espécie, o Recurso Especial.

De se ver que o pressuposto de admissibilidade se confunde com o próprio requisito de procedência, pois, segundo os autores supracitados:

“Subsiste, porém, na redação da alínea “a”, ora examinada, a confusão entre o pressuposto de admissibilidade do recurso e o seu requisito de procedência, pois, ao contrário das demais previsões de cabimento, nas quais o constituinte aponta somente uma característica objetiva da decisão impugnada (declarar a inconstitucionalidade, julgar válida etc.), exige-se aqui uma valoração sobre uma espécie de erro cometido pelo julgado recorrido (contrariar, negar aplicação)” (obra citada, pp. 278/279).

Mas tal valoração deve se ater à interpretação razoável da norma, conforme orienta a antiga Súmula 400 do STF, súmula esta que se aplica ao hoje Recurso Especial, a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a égide da nova Constituição:

“Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza o recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal.”

Conforme já lecionava o Min. Athos Gusmão Carneiro:

“se uma determinada exegese da Lei Federal é razoável, isto é, de acordo com a boa razão, como entender, pela alínea “a”, que tal interpretação está em “contrariedade” com a lei? A mera afirmação de que outra exegese existe e pode ser considerada igualmente razoável não é motivo para que o STJ, no recurso especial pela alínea “a”, deva admitir o recurso e julgar qual das duas interpretações constitui a exata interpretação da lei. A interpretação divergente só autoriza o recurso extremo quando amparadas, uma e outra das exegeses, por decisões de Tribunais diversos. É a alínea “c”. Caso a mera divergência doutrinária permitisse o recurso pela letra “a”, desnecessário seria o permissivo constitucional da alínea “c”.”

Com a pronúncia, não basta que o agente seja primário ou de bons antecedentes para fazer jus à liberdade, pois, consoante ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros,

“... a prisão nessa hipótese não dispensa a verificação concreta do *periculum libertatis*, sem o que não estará justificada a cautela, segundo o contexto das garantias constitucionais; se estavam presentes os motivos para a manutenção do flagrante ou decretação da preventiva e eles subsistem, não há porque conferir ao réu o direito de aguardar o julgamento em liberdade, tão-somente pelo preenchimento dos requisitos de ordem subjetiva do art. 408, § 2º, CPP².”

Segundo tal raciocínio, se antes da sentença de pronúncia não havia motivos para se decretar a prisão preventiva, tão só em vista da não primariedade e dos maus antecedentes, não se justificaria a prisão.

Porém, aqui existe uma imposição legal de recolhimento à prisão, que é a regra em se tratando de pronúncia, onde já existe uma decisão fundada no *fumus comissi delicti*, diferentemente da situação anterior do acusado.

De acordo com JOSÉ BARCELOS DE SOUZA:

“... dizendo a lei que o juiz poderá deixar de decretar a prisão se o réu for primário e de bons antecedentes, está exigindo que a imponha, sem outras considerações, na hipótese contrária. Basta não reconheça a primariedade e bons antecedentes, para que, sem outra alternativa, sujeite o réu à prisão, em decorrência da pronúncia, expedindo ordens para sua captura, admitida a fiança, se couber, ou recomendando-o na prisão, exceto se livrar-se solto sem fiança³.”

E, consoante AFRANIO SILVA JARDIM:

“Trabalhando atentamente com sistema vigente, podemos asseverar que a pronúncia é título autônomo legitimador da prisão do réu. Entretanto, a eficácia coercitiva deste título ficará paralisada se o pronunciado for primário e tiver bons antecedentes. Esta exata colocação que se apresenta extremamente simples tem efeitos sistemáticos e práticos da maior

2. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 240.

3. SOUZA, José Barcelos. *A defesa na polícia e em juízo*. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 239.

relevância. Senão vejamos. A primariedade e os bons antecedentes impedem que o réu seja preso por causa exclusiva da decisão de pronúncia, entretanto não altera a incidência das outras normas que disciplinam o sistema de prisão e liberdades provisórias. Para melhor compreensão, pomos um exemplo: se o réu se encontrava preso preventivamente ao ser pronunciado, em sendo primário e de bons antecedentes, sua situação continuará a ser regulada pelo instituto da prisão preventiva e a sua liberdade dependerá da validade desta ou da possibilidade de sua revogação, nos termos do art. 316 do Cód. Proc. Penal.[...] Tendo sido preso em flagrante, o réu primário e de bons antecedentes não terá a disciplina de sua prisão alterada pela pronúncia. Em outras palavras, a manutenção ou não da prisão em flagrante dependerá da sua validade (relaxamento) e da possibilidade legal de ser ela substituída pela liberdade vinculada, nos termos do art. 310 e seu parágrafo único⁴.

Portanto, mesmo sendo o acusado primário e de bons antecedentes poderá continuar sob prisão provisória quando houver a decretação da pronúncia, bastando seja justificado o *periculum libertatis*, como foi feito na espécie.

Outrossim, inexistente o alegado excesso de prazo.

A instrução criminal fluiu no prazo legal, sendo certo que, se houve demora, se deu em vista do aguardo de precatória (que não suspende o prazo), inclusive sendo precatória de interesse e para oitiva de testemunha de defesa.

Ademais, como se deflui do feito, houve substituição de medidas cautelares, tendo sido decretada a pronúncia e, na forma da Súmula 21 do STJ, "*pronunciado o réu fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução*".

É que, decretada a prisão de pronúncia, e presentes os requisitos da preventiva antes decretada, passou-se a reger a cautelar agora sob um novo título, ou seja, o da pronúncia.

Ora, em primeiro lugar, o requisito do *fumus boni iuris* está presente pelo simples fato da prova de existência da imputada prática de crime e de indícios veementes de autoria, o que, aliás, resultou demonstrado na sentença de pronúncia, e o *periculum libertatis* se faz presente ante a expressa manifestação do juiz, com base nos motivos ensejadores da prisão preventiva, como já defendia

4. JARDIM, Afrânio Silva. "Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal". In: *Revista de Direito*, Rio de Janeiro: PGJ-RJ, n° 22, 1985, pp. 41-42.

ADA PELLEGRINI GRINOVER, e vem se pronunciando, recentemente, o STF.

Na verdade, o legislador do CPP, na espécie, presume o *periculum libertatis* pelo fato de que, no julgamento pelo plenário do Júri (salvo a hipótese de crime afiançável), é necessária a presença do réu, sob pena de sobrestamento da sentença de pronúncia.

Destarte, para o legislador, haveria, na verdade, conveniência para instrução criminal, a justificar o *periculum in mora*, pois como já observava TOURINHO, antes do advento da Constituição – e tal raciocínio não se invalida com a mesma – :

“Não há na sessão do Júri, uma verdadeira instrução criminal, por sinal complexa, porquanto abrange a fase probatória, a fase das alegações e a do julgamento? Não é necessária a presença do réu, sob pena de não realizar a sessão? Então poderá o Juiz decretar-lhe a prisão por conveniência da instrução criminal. Observe-se que a palavra conveniência tem o sentido de interesse, haverá conveniência na sua prisão. Esta poderá encontrar fundamento, também, no art. 312 do CPP, ao falar em assegurar a aplicação da lei penal. Se houve uma pronúncia e, evidentemente, uma probabilidade de condenação, a ausência injustificada do réu bem poderá demonstrar o desejo de subtrair-se ao império da lei penal.⁵”

Assim, já tendo ocorrido a pronúncia, não há que se falar em excesso de prazo.

Conclui-se, por conseguinte, pela ausência de pressupostos específicos a viabilizar o recurso especial em tela pela alínea “a” do preceptivo constitucional.

Coerente com todo o exposto requer e aguarda o Ministério Público que V. Exa. **inadmira** o recurso interposto, propugnando ao depoís, em face do princípio da eventualidade, **pelo desprovimento**, na hipótese de sua admissão e conhecimento.

Rio de Janeiro, 28 de julho de 2006.

MARCELLUS POLASTRI LIMA
Procurador de Justiça
Assistente Criminal

5. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. III. São Paulo:Jalovi. 1981.p. 458.

De acordo:

ALEXANDRE ARARIPE MARINHO
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

Aprovo:

MARIJA YRNEH RODRIGUES DE MOURA
Subprocuradora-Geral de Justiça
de Assuntos Institucionais e Judiciais

Alegações finais. Roubo especialmente majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes. Corrupção de menores (artigo 1º da Lei 2.252/54). Estado de necessidade versus estado de precisão. Consumação do roubo: lapso temporal, perda parcial da coisa subtraída. Corrupção de menores: crime formal ou material? Necessidade de da condenação, no caso concreto, qualquer que seja o entendimento adotado.

Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Friburgo/RJ

Processo nº 2003.037.006477-5

Réu: *Maycon Silveira Maia*

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Ação Penal em epígrafe, vem, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, com fulcro no artigo 500 e seguintes do Código de Processo Penal, apresentar suas **Alegações Finais**, na forma abaixo:

I. DOS FATOS ENSEJADORES DA DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL

Foi o ora réu denunciado pela prática dos crimes previstos no artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal e no artigo 1º da Lei 2.252/54, em concurso material, por que, como narrado a fls. 02a/02b:

“No dia 19 de setembro de 2003, por volta das 21h30min, na Rua Roberto Silveira, n 1310, Jardim Ouro Preto, nesta cidade, onde fica localizada a Farmácia Jardim Oliveira, o denunciado, agindo de forma livre e consciente e em conchunhão (sic) de ações e designios com o adolescente infrator Gelson Coellho Vettoraci, subtraiu para si ou para outrem, mediante grave ameaça exercida com exibição de arma de fogo a Darli Bento Sias, proprietário do estabelecimento, a quantia aproximada de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) e sete cartões telefônicos, em prejuízo da vítima.

O crime foi cometido com divisão de tarefas, restando ao denunciado a incumbência de, portando o revólver, anunciar o assalto e recolher o dinheiro, enquanto ao adolescente infrator incumbia a tarefa de vigiar o local.

Nessa mesma data, o denunciado, agindo de forma livre e consciente, corrompeu ou facilitou a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, o adolescente Gelson, com ele praticando a infração penal acima descrita."

II. DO RELATÓRIO

Denúncia a fls. 02a/02b.

Auto de prisão em flagrante a fls. 04/06.

Auto de apresentação e apreensão de parte dos bens subtraídos a fl. 10.

Auto de apreensão da arma de fogo utilizada no roubo a fl. 11.

Recebimento da denúncia a fl. 18.

Interrogatório a fls. 24/25.

Alegações preliminares a fl. 29.

Termos de depoimento a fls. 41/45.

Laudo de exame em arma de fogo a fl. 54.

Folhas de Antecedentes Criminais a fls. 78/80.

Certidão de antecedentes infracionais do então adolescente *Geison Coelho Vettoraci* a fl. 91, 93 e 94.

É o relatório.

III. DO MÉRITO

1. DO CRIME DE ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO (*RECTIUS*: ESPECIALMENTE MAJORADO) IMPUTADO AO ACUSADO

Ao final da instrução criminal, restaram absolutamente provadas materialidade e autoria do delito de roubo imputado ao réu na preambular acusatória.

A **materialidade** do crime se faz evidente diante dos depoimentos das pessoas arroladas na denúncia – a desvendar a mecânica da empreitada delituosa e, *ipso facto*, a demonstrar a absoluta subsunção da conduta ali noticiada ao tipo penal do roubo especialmente majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de pessoas – e do auto de apreensão de fl. 10.

A **autoria** restou igualmente extreme de dúvida, seja diante dos já referidos depoimentos, colhidos em Juízo sob o crivo da ampla defesa e o signo do contraditório, seja pela **confissão do réu** (fls. 24/25). Além disso, foi ele preso em **flagrante delito** – o que caracteriza “*a mais cabal, a mais convincente das provas do crime e da autoria que a Justiça pode obter*” (RT 401/86; RT 416/60), na esteira do magistério do grande HÉLIO TORNAGHI, para quem a prisão em flagrante consubstancia “*talvez a mais eloqüente prova da autoria de um crime*” (Curso de Direito Penal, Ed. Saraiva, 1980, vol. 2) – na posse de parte dos bens subtraídos, pouco tempo depois da perpetração da conduta delituosa em exame.

Indene de dúvidas, pois, o fato de haver-se o réu dedicado à prática do crime de roubo que se lhe imputou por ocasião da deflagração da presente ação penal.

Demonstrada, pois, a **tipicidade** da conduta do réu, mister é afirmar-se ela, igualmente, **antijurídica** e **culpável**, não se devendo admitir eventuais alegações defensivas concernentes a suposta existência de estado de necessidade (como tangenciado a fl. 24). A uma, porque não há nos autos qualquer comprovação de que a alegação do réu de que se dedicou à prática do roubo porque “*se encontrava desesperado por estarem¹ dinheiro*” (fl. 24) seja verdadeira; e, a duas, porque, como sabido, eventuais dificuldades financeiras não caracterizam, por si só, a excludente de antijuridicidade de que se ora cuida. Não se confunde, pois, o estado de necessidade com o **estado de precisão**. A propósito:

TACRSP: “*O estado de necessidade, por ser fato excludente da ilicitude, tem que ser provado para que possa ser acolhido. O ônus da prova, no transcorrer da ação penal, pertence ao réu que o alega*” (RJDTACRIM 13/211-2; No mesmo sentido, TACRSP: JTACRIM 32/373, 54/221, 58/305, 81/350, 87/198, 90/216)

TJSP: “*Dificuldades financeiras, desemprego, situação de penúria e doença, não caracterizam o estado de necessidade. Para que a excludente seja acolhida mister se torna que o agente não tenha outro meio a seu alcance, senão lesando o interesse de outrem*” (JTJ 153/330)

TACRSP: “*A falta de recursos financeiros não justifica a prática de ilícitos penais, só podendo ser reconhecido o estado de necessidade ante a atualidade de um perigo involuntário e inevitável, sob pena de, caso contrário, dar-*

1. Trata-se, a toda evidência, de erro de digitação, devendo-se ler: “*estar sem dinheiro*”.

se reconhecimento de excludente de ilicitude a toda conduta de marginais que, por não exercerem profissão que lhes garanta a subsistência, atacam o patrimônio alheio" (RT 778/607)

O crime se mostrou, a toda evidência, **consumado**, uma vez que, entre a prática da subtração dos bens e a sua recuperação parcial na posse do réu, considerável lapso temporal² houve de transcorrer sem que a vítima soubesse do paradeiro dos assaltantes – muitíssimo mais, portanto, do que o necessário para o reconhecimento da consecução da *meta optata* do crime de roubo.

Nesse mister, não se mostra demasiado colacionar-se os seguintes arestos, da lavra dos Tribunais Superiores, os quais examinam com precisão a questão do momento consumativo do delito de roubo:

STF: *"Não há falar em desclassificação de roubo consumado para tentado se, após uso de violência, o agente teve breve posse da coisa, até o flagrante. Precedentes do STF" (RT 674/359)*

STF: *"Crime consumado: assalto com grave ameaça. Se é certo que, após o assalto, no qual chegou a haver agressão física à vítima, os assaltantes chegaram a ficar, embora por pouco tempo, com os objetos roubados, livres das vistas da vítima, sem que sequer se possa dizer que ficaram durante todo o tempo com 'a posse atormentada' (na expressão de Hungria) dos bens subtraídos, tem-se como caracterizado o crime consumado, e não apenas tentado. Reforma do acórdão para inadmitir a redução pela tentativa" (RT 609/448)*

STJ: *"O roubo está consumado no instante em que o agente se torna, mesmo que por pouco tempo, possuidor da res subtraída mediante grave ameaça ou violência. A rápida recuperação da coisa e a prisão do autor do delito não caracterizam a tentativa" (RT 741/594)*

2. Tanto assim que, conforme se vê dos depoimentos de fls. 04/05, expressamente ratificados em Juízo (fls. 44/45):

- a) o roubo ingressou na esfera do conhecimento de populares, que avisaram à Polícia;
- b) os policiais militares, então, se dirigiram à farmácia palco do roubo;
- c) ali, "colheram dados sobre os possíveis autores do roubo" (fl. 04);
- d) partiram, em seguida, em busca de indivíduos que ostentassem as características dos roubadores;
- e) acabaram por localizá-los a quase **um quilômetro** de distância da farmácia roubada.

Ainda que assim não fosse, forçoso é reconhecer-se que a não-recuperação da **totalidade** dos bens subtraídos – sendo certo que, dos cerca de **duzentos** reais roubados (fl. 43), quantia pouco inferior à metade, **noventa e seis** reais, foi reavida por seu legítimo proprietário – importa, de igual maneira, a necessidade insofismável do reconhecimento da consecução da *meta optata* do delito de roubo:

TACRSP: “Em sede do delito de roubo em concurso de agentes é impossível cindir-se o resultado da ação para o reconhecimento da tentativa, quando um dos autores é preso e com ele apreendida parte das coisas, se o seu comparsa foge levando o restante da res” (RT 34/282-3)

TACRSP: “No crime de roubo, a não recuperação da totalidade dos bens, quer por ter um dos agentes fugido levando consigo parte do produto do delito, quer por ter se perdido no desenrolar da ação delituosa, inviabiliza o reconhecimento do crime tentado” (RJDTACRIM31/404)

Fadada ao **rechaço**, assim, qualquer eventual alegação da ocorrência, *in casu*, de mera **tentativa** de roubo.

A situação fática ensejadora da incidência da *causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2, inciso I do Código Penal* restou plenamente provada diante dos depoimentos colacionados aos autos e, bem assim, da apreensão da arma utilizada no assalto, cujo laudo pericial se vê acostado a fl. 54.

A causa de aumento de pena prevista no *inciso II do § 2º do artigo 157 do Código Penal* restou igual e absolutamente comprovada, havendo o réu cooptado o então adolescente *Geison Coelho Vettoraci* (fls. 41/42) para a prática do crime patrimonial ora comentado, competindo ao primeiro a empunhadura ostensiva da arma de fogo com visos à efetivação da grave ameaça integrante do tipo do roubo e, ao segundo, postar-se de guarda e vigia na parte externa da farmácia assaltada, em evidente divisão de tarefas. Mostram-se presentes, *in casu*, todos os requisitos necessários à configuração da aludida majorante, a saber: a) pluralidade de condutas; b) relevância causal de cada uma; c) liame subjetivo e d) identidade de infração para todos os participantes.

Por tudo quanto exposto, deve o réu ser condenado pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal.

2. DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 1º DA LEI 2.252/54

Imputa-se ao réu, da mesma forma, a prática do crime de corrupção de menores previsto na legislação especial (Lei 2.252/54), já que haveria, em síntese,

facilitado a corrupção moral do então adolescente *Geison Coelho Vettoraci* ao aliciá-lo para que consigo praticasse o crime analisado *sub item 1, supra*.

Inicialmente, é de se afirmar indubitável haver *Geison*, que à época contava dezessete anos (conferir, a propósito, o documento em anexo, obtido junto ao Sistema Estadual de Identificação), tomado parte no roubo em questão, como se depreende dos já mencionados elementos probatórios, por obra do réu.

Frise-se que a versão segundo a qual haveria sido o adolescente o “mentor intelectual” do delito (fls. 24/25) não encontra arrimo em **qualquer** elemento probatório coligido ao presente processo, antes se chocando frontalmente já com a *confissão extrajudicial* do acusado (fl. 06).

Nesse passo, devem-se tecer algumas considerações acerca da retratação da confissão realizada em sede policial, para tanto se afigurando válido colacionar alguns arestos que bem tratam do tema:

STF: “As confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas, desde que corroboradas por outros elementos de prova inclusive circunstanciais” (RTJ 88/371)

*TJRJ: “A lei admite, sem dúvida alguma, a retratação da confissão. A retratação, segundo a jurisprudência, somente pode ser admitida quando embasada em elementos probatórios, suficientemente fortes, que elidam a confissão. A confissão policial, ressonante no processo, prevalece sobre escoteira retratação judicial. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova. A autoria do delito, evidenciada por depoimentos de testemunhas **de visu**, seguros e coerentes, não se queda, no sistema do livre convencimento, diante de simples e obstinada negativa do agente. A inidoneidade de um ou outro policial não contamina toda a categoria profissional. O testemunho de policial, mesmo participante da diligência do flagrante, quando coerente e seguro, é tão valioso como qualquer outro.” (TJ/RJ - Apelação Criminal Proc. 1997.050.00488 – Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal – Julgado em 23/09/1997).*

TJAP: “Restando demonstrada que a confissão extrajudicial é a que se mostra verossímil e mais consentânea com as demais provas dos autos, ela é que deve prevalecer frente à retratação em juízo, máxime quando o réu não logra demonstrar a alegação de que confessou mediante coação” (RT 786/681)

TACRSP: “A confissão extrajudicial, em harmonia com os demais elementos dos autos, é suficiente para autorizar condenação, inobstante posterior retratação em juízo” (RJTACRIM 44/431)

TACRSP: “*Prova. Confissão na Polícia retratada em Juízo – Eficácia probatória.* A confissão feita no inquérito policial, embora retratada em Juízo, tem valor probatório sempre que confirmada por outros elementos de prova, valendo, pois, não pelo lugar onde é prestada, mas por seu próprio teor” (RJDTACRIM 35/218)

Mostra-se evidente, assim, que foi o réu quem aliciou seu amigo Geison para a prática, em conjunto, do crime de roubo adrede analisado, não o contrário.

Ocorre que a assunção de tal fato como verdadeiro implica, necessariamente, a condenação de Maycon também pelo crime de corrupção de menores.

O objeto jurídico tutelado pelo art. 1º da Lei 2.252/54 é, em essência, a proteção da moralidade dos menores (*rectius*: das crianças e dos adolescentes), visando a coibir a prática de delitos nos quais se dá a sua exploração. Trata-se, pois, de delito **formal**, o qual prescinde, para sua configuração, de prova da efetiva corrupção do menor, constituindo esta mero exaurimento daquele.

Assim, ainda que não seja a pessoa menor de dezoito anos totalmente inocente ou inexperiente, configura-se o delito previsto no art. 1º da Lei 2.252/54 quando com essa se pratica infração penal ou quando se induz a que ela a pratique, uma vez que, nesses casos, o corruptor leva a criança ou o adolescente, inexoravelmente, a uma degradação **ainda mais intensa** do que aquela da qual eventualmente já padeceria.

Diga-se, ademais, que o citado dispositivo legal, que data do já longínquo ano de 1954, há de ser interpretado à luz dos princípios maiores insculpidos na Carta da República de 1988, dentre os quais se inclui, como cediço, o da *proteção integral da criança e do adolescente*, o que confere novos matizes de iniquidade à conduta perpetrada pelo réu.

Colacionem-se, por oportuno, os seguintes julgados, os quais embasam a pretensão ora esposada, delineando com exatidão o escopo do dispositivo legal em comento:

“*Corrupção de menores (Lei 2.252/54, artigo 1º).* A lei presume *iuris et de iure* a eficácia corruptiva das condutas descritas: ‘praticar infração penal com menor de dezoito anos ou induzi-lo a praticá-la’. Descabida, assim, do ponto de vista do reconhecimento da existência do crime, a indagação sobre ter sido efetivamente corrompido o menor.” (TJRJ – Ap. Crim. n. 1066/90 –

Rel. Des. Raul Quental – Acórdão unânime da 4ª Câmara Criminal – data de registro: 13.06.1991)

“O delito do art. 1º da Lei 2.252/54 é de natureza formal, esgotando-se na realização de seus elementos típicos. Quem com menor prática infração penal ou o induz a praticá-la à evidência ao menos facilita a corrupção, lançando na mente do adolescente a semente que a qualquer tempo poderá germinar, abrindo-lhe as fronteiras para o crime.” (TJRJ – 4ª Câmara Criminal – Ap. 882/92 – Rel. Des. Adolphino Ribeiro – unânime)

“Assim, ao revés do que ficou consignado na r. sentença, despidiêda ou irrelevante à configuração do ilícito em questão a demonstração de que o menor se corrompeu, ou mesmo que não era corrompido. Quanto a esta prova negativa, este Colendo Tribunal já assinalou que não se poderá considerar um menor corrompido, porque não se presume a sua corrupção máxima a ponto de não mais poder agravá-la.” (TJRJ – Ap. Crim. 456 – Rel. Des. Antônio Carlos Amorim – Acórdão unânime da 4ª Câmara Criminal – DORJ 15.10.1992)

E, ainda que outro seja o entendimento adotado acerca da natureza, formal ou material, do crime em comento, idêntica solução se impõe, como deflui de luminar e auto-explicativo acórdão da relatoria do insigne Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, *verbis*:

“REsp – Penal – Lei nº 2.252/54 – Concurso formal – A Lei nº 2.252/54 visa a preservar o menor, punindo quem o iniciar na prática delituosa, ou seja, buscando sua colaboração material para a prática do crime. Todo crime é crime de resultado. Não basta a conduta. Imprescindível ocasionar impacto no objeto jurídico, trazendo dano, ou perigo de dano. Fora desse limite, o comportamento se faz atípico. Não há resultado presumido. Existe, ou não existe!

Relativamente à conduta descrita na Lei nº 2.252/54, é “corromper ou facilitar a corrupção”. Tem-se, pois, pluralidade alternativa de eventos típicos. O primeiro significa afetar o caráter do menor, de modo a ajustá-lo ao terreno do ilícito penal; o segundo é ensejar oportunidade para que isso aconteça. O agente que atrai menor para auxiliá-lo na prática do roubo, crime contra o patrimônio, facilita, estimulando, encorajando, o jovem na senda

criminosa. Ainda que o fato seja isolado, não haja repetição. Facilitar, aqui, é dar oportunidade para ingressar na senda negra da criminalidade.

Evidente, se houver retorno também, estará configurada a corrupção.

A distinção, entretanto, não invoca o velho crime formal. Na hipótese, há resultado, qual seja, a probabilidade da corrupção. Lógico, a extensão do evento pode ser maior, compreendendo também a atração, o estímulo e o fornecimento de meios para a execução mostrar-se eficaz. O delinqüente não ganha carta de crédito aberta para atrair menores porque, antes, o adolescente incursionara no caminho do crime. Acentuar, concretizar, consolidar a corrupção, corrupção é. A teleologia da lei busca impedir a atração de jovens (não se esgota em uma só vez) para a criminalidade. A corrupção vai se consolidando a medida em que alguém busca a colaboração do menor para a prática do ilícito penal. Não há limites estanques. Enseja graduação. A repetição da conduta delituosa vai, a pouco e pouco, corroendo a personalidade. O tipo penal se faz presente, assim, também quando o jovem é atraído, mais uma vez, para o campo da delinqüência. Não há perfeita igualdade com o crime do mencionado art. 218 do Código Penal, onde vozes há que excluem a criminalidade se a vítima estiver integrada na prática da vida sexual. Importante: o objeto jurídico é outro. Na lei nº 2.252/54 busca-se impedir o estímulo de ingresso, ou permanência na criminalidade.” (STJ – RESP 182471/PR – DJ 21.06.1999 – LEXSTJ vol. 125, p. 370)

Enfatize-se que, no presente caso concreto, mesmo que se considerasse o crime de corrupção de menores como crime material, impositiva ainda seria a condenação do réu por sua perpetração.

Com efeito, restou absolutamente provado que o adolescente Geison nunca antes houvera praticado qualquer ato infracional, o que é facilmente constatável à vista das certidões de antecedentes infracionais que se vêem acostadas a fl. 91 e 94 (cuja única anotação diz respeito, precisamente, aos fatos narrados na denúncia deflagradora da presente ação penal). Prova documental, portanto.

Ora, dos autos exsurge, de forma absolutamente cristalina, que o réu Maycon, ao arrebanhar o adolescente Geison para a prática do crime de roubo que pretendia realizar, inexoravelmente o introduziu no mundo sujo da

criminalidade, da violação da lei e dos princípios viabilizadores de um harmônico convívio social, assim talhando em seu caráter em formação (e até então ilibado) inexorável mácula, consubstanciadora, às escâncaras, de evidente corrupção.

Imperiosa, pois, por tudo o quanto dantes explicitado, a condenação do réu também pela prática do crime tipificado no artigo 1º da Lei 2.252/54, reconhecido o concurso material de infrações penais ou, quando menos, o concurso formal imperfeito (artigo 70, *in fine* do Código Penal).

V. DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pugna o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro seja julgada **procedente** a pretensão esposada na denúncia para que, assim, se veja **condenado** o réu *Maycon da Silveira Maya* às sanções do artigo 157, § 2, incisos I e II do Código Penal e às do artigo 1º da Lei 2.252/54, em concurso material.

Nova Friburgo, 08 de setembro de 2005.

MARCUS VINICIUS DA COSTA MORAES LEITE
Promotor de Justiça

Mandado de Segurança contra decisão de Juiz que determinou interdição de carceragem. Ausência de direito líquido e certo do Estado. Decisão que impediu que o Brasil figurasse em denúncia junto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Mandado de Segurança nº 2006.078.00044 da 6ª Câmara Criminal.

Impetrante: Estado do Rio de Janeiro.

Impetrado: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de São João do Meriti.

PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA

EMENTA:

Mandado de Segurança movido pelo Estado com vistas a invalidar decisão de Juiz que determinou interdição de carceragem, bem como transferência de presos condenados, os quais estavam tendo violados os mais básicos direitos humanos. Decisão que atendeu a postulados maiores. Ausência de direito líquido e certo do Estado que, ao invés de comungar esforços no sentido de resolver o problema, busca, indiretamente, fazer com que se continue o desrespeito respectivo. Parecer pela denegação da ordem.

Colenda Câmara.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, da lavra do Ilustre Procurador Elias Gazal Rocha, em razão da respeitável decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de São João do Meriti (folhas 13/16 do anexo), apontado como Autoridade coatora, que determinou a interdição da 64ª Delegacia de Polícia daquela Comarca, bem como a remoção, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, dos presos já condenados, atendendo ao pedido de providências formulado pela combativa Defensora Pública Carla Vianna Lima.

O Impetrante alega: 1. Em preliminar, a incompetência absoluta do juízo, pois cabe ao juízo da Vara de Execuções Penais a fiscalização e a adoção de medidas dirigidas à manutenção da ordem e da segurança nas unidades prisionais; 2. Que há litispendência entre o 'pedido de providências' ora impugnado e a Ação Civil Pública de nº. 2002.024860-9, que tramita na 3ª Vara Cível da Comarca de São João do Meriti; 3. Carência de ação por falta de interesse

de agir, eis que o Juiz da Execução, competente para a matéria, poderia, via administrativa, determinar a transferência dos presos para outra unidade prisional; 4. No mérito, que a decisão viola o princípio constitucional da Separação dos Poderes, pois cabe ao Poder Executivo a administração das unidades prisionais.

Informações às folhas 22, da lavra da Ilustre Juíza Cristiana de Faria Cordeiro, que não guardam nenhuma relação com o feito.

Este é um resumo do que se discute.

Nossa Posição.

Data maxima venia da capacidade jurídica do Ilustre Procurador do Estado, subscritor do Mandado de Segurança objeto do presente, não podemos deixar de manifestar por escrito nosso descontentamento com relação ao Estado, entidade política, buscando prolongar discussão enquanto pessoas estão tendo os mais básicos direitos humanos violados.

DA CARTA MAGNA

A Constituição Federal tem como fundamento democrático – artigo 1º, inciso III – a dignidade da pessoa humana.

Tem como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – artigo 3º, inciso IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Adota como uns dos seus princípios fundamentais – artigo 4º, inciso II – a prevalência dos direitos humanos.

Garante que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante – artigo 5º, inciso III.

Garante também que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – artigo 5º, inciso XLI – e que não haverá penas cruéis – artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”.

Assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, conforme artigo 5º, inciso XLIX.

DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Documento que constitui um dos postulados básicos das Nações Unidas, assinado em 1948. Nele são enumerados os direitos que todos os seres humanos possuem, entre eles o de não ser submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

A Declaração dos Direitos Humanos considera que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Considera ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão.

Considera, também, que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades.

Para uma compreensão comum desses direitos e liberdades, considerou a Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos da mais alta importância, para o pleno cumprimento desses, a observância de todas as normas respectivas.

DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Nosso País está entre os que firmaram o Pacto de San José da Costa Rica de 1969, onde consta em seu artigo 1º, *verbis*:

“1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

Reza, também, que toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Assevera que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. E, ainda, que os processados devem ficar separados dos condenados, devendo ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

A Convenção criou órgãos competentes – Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos – com competência para conhecer os casos de violações aos direitos humanos ocorridos nos Países-membros, dos quais o Brasil faz parte.

ESTADO DEVE GARANTIR EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Como se vê, a questão da preservação dos direitos humanos do cidadão é daquelas sobre as quais não se pode olvidar, sendo o Estado responsável pela garantia de tais direitos, sendo evidente a ausência de direito líquido e certo do

Estado em querer impedir a ação devida do Douto Impetrado ao determinar a interdição da carceragem da 64ª Delegacia Policial de Vilar dos Teles, onde estão 575 (quinhentos e setenta e cinco) presos em ambiente idealizado para 180 (cento e oitenta) segregados.

A impetração, pelo Estado, do presente Mandado de Segurança com vistas a cassar a respeitável decisão que objetivou minorar o sofrimento dos presos, é demonstrativa de omissão, o que poderia dar ensejo a competente denúncia junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

ALEGAÇÕES DO IMPETRANTE

Não procede qualquer argumentação que vise impedir que se corrija injustiça. Presos vivendo em condições piores que animais.

CORREÇÃO DA DECISÃO ATACADA

O Ilustre Juiz Impetrado, ao tomar conhecimento formal das condições da carceragem e de que estavam sendo violados os direitos mais comezinhos dos presos, não se omitiu, proferindo respeitável decisão no sentido de serem os presos condenados removidos, determinando, ainda, que a Delegacia não recebesse mais presos oriundos de outros locais, a fim de minorar o padecimento dos que ali estão.

O Impetrado não poderia deixar de agir, pois, se assim fizesse, estaria sendo omisso. É de Juízes como esse que o Brasil precisa, que não se inibe de cumprir a lei e dorme com sua consciência tranqüila.

Nenhum dos argumentos expendidos pelo Ilustre Impetrante é suficiente para elidir uma decisão que cumpriu postulados maiores e internacionais, pactuados por todos os Países desenvolvidos, quais sejam: garantir e preservar os direitos humanos do cidadão.

Isto posto, o Parecer é pela denegação da segurança por ausência do alegado direito líquido e certo. Outrossim, requeremos que seja oficiado aos Excelentíssimos Senhores Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça e Procurador Geral da Defensoria Pública, com vistas a serem elogiados, respectivamente, o Juiz Murilo Kieling e Defensora Pública Carla Vianna Lima, pelos desempenhos funcionais, fazendo cumprir a Constituição Federal, que deve ser um exemplo a ser seguido.

Rio de Janeiro, 09 de setembro de 2006.

SORAYA TAVEIRA GAYA
Procuradora de Justiça

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS 84.981 — ES

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Paciente: Edson Pavões de Medeiros ou Edson Pavões Medeiros

Impetrante: Homero Junger Mafra

Coator: Superior Tribunal de Justiça

— Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Prisão em flagrante, liberdade provisória. Pressupostos da prisão preventiva. Periculosidade.

I - A periculosidade do agente justifica a custódia preventiva como garantia da ordem pública. Mantém-se, então, a prisão decorrente do flagrante.

II - HC indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 22 de março de 2005 — Celso de Mello, Presidente — Carlos Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Edson Pavões de Medeiros (ou Edson Pavões Medeiros), da decisão da 5ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu pedido de *habeas corpus* (HC 35.948/ES), em acórdão assim ementado:

“Ementa: Processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Art. 121, § 2, I e IV e art. 121, § 2, I e IV, c/c art. 14, II, na forma dos arts. 29 e 69, do Código Penal. Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Fundamentação.

Resta devidamente fundamentado o r. *decisum* que indeferiu o pedido de liberdade provisória, com o reconhecimento da materialidade do delito e de indícios de autoria, e expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela garantia da ordem pública, tendo em vista a existência de indícios concretos de periculosidade do paciente, em razão do *modus operandi* com que os delitos foram praticados. (Precedentes).

Writ denegado.” (Fl. 410)

Diz a impetração que o paciente, preso em flagrante delito, foi denunciado como incurso nas penas do art. 121, § 2, II e IV, e 121, § 2, II e IV, c/c art. 14, II, do Código Penal.

Alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal em razão da falta de fundamentação da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória, na medida em que não mencionou fatos concretos que justificariam a manutenção da custódia.

Pede a concessão da ordem para que seja reconhecido ao paciente o direito de aguardar o julgamento em liberdade.

Indeferida a medida liminar e requisitadas informações, foram elas prestadas pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, que encaminhou cópia do acórdão proferido pela 5ª Turma daquele Tribunal (fls. 410-415).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, oficiando às fls. 423-428, opina pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): As circunstâncias e os motivos do crime praticado pelo paciente estão assim descritos na denúncia (fls. 148-150):

“(…)

Informam os autos do fascículo policial anexo, alicerce desta, que no dia 3.12.2003, por volta de 23h, terceira pessoa, ainda não identificada, empunhando arma de fogo, atuando com *animus necandi*, aproximou-se do casal *Aparecida de Fátima Souza* e *Gilmar Pereira de Oliveira*, ora vítimas, que se encontravam a bordo de um veículo

nas cercanias do Hospital Metropolitano, nesta violenta urbe e, inopinadamente, desfechou nestas múltiplos disparos, ensejando-lhes lesões corporais, consoante laudos de fls. 47 e 48, evoluindo a o óbito a vítima do sexo masculino (hemorragia cerebral), em decorrência dos ferimentos experimentados naquela oportunidade.

Cumprе sublinhar que o executor do episódio acima narrado não logrou êxito consumar o assassinato da outra vítima, ou seja, o virago, porquanto esta fingiu que estava morta, tendo seus algozes, felizmente, acreditado na simulação.

Depreende-se, também, do conjunto probatório circunstancial carregado para o almanaque inquisitorial que torpe foi o móvel do crime, vez que o denunciado, autor intelectual das condutas delitivas, mediante promessa de recompensa, ordenou que o executor dos assassinatos ceifasse a vida corpórea das vítimas com o intuito de ficar livre de uma dívida de R\$ 25.000,00, sendo credor a vítima-varão, em decorrência da compra e venda de um veículo.

Quadra anotar, ainda, que os delitos foram perpetrados mediante dissimulação, posto que o denunciado, sob o pretexto de quitar a dívida acima mencionada, ajustou um encontro com as vítimas, ocultando sua intenção homicida, levando consigo o executor do crime. Assim, não tiveram as vítimas oportunidade de esboçar defesa alguma.

Destarte, patente na situação telada a co-delinquência, porquanto houve ajuste prévio e convergência de vontade do delatado e outrem para o mesmo desiderato, bem como transcendente o cúmulo material de infrações, eis que duas foram as condutas que ensejaram dois crimes.

Assim, o comportamento do denunciado se subsume no tipo penal descrito no art. 121, § 2 , II (torpe) e IV (recurso que impossibilitou a defesa da vítima), em relação *Gilmar Pereira de Oliveira* e art. 121, § 2 , II (torpe) e IV (recurso que impossibilitou a defesa da vítima), c/c art. 14, II, tocante a *Aparecida de Fátima Souza*, na forma dos arts. 29 e 69, todos do Estatuto Repressivo Penal.

(...)." (Fls. 148-149)

No julgamento do *habeas corpus* impetrado junto ao Superior Tribunal de Justiça, o eminente Ministro Felix Fischer, Relator, acentuou:

“(…)

Vejamos o que consta do r. *decisum* que indeferiu o pedido de liberdade provisória ao ora paciente:

‘Quanto ao pedido de liberdade provisória, tenho que não é possível ser deferido, vez que os indícios são veementes de que o acusado utilizou-se de um ardil para levar as vítimas ao local onde seriam sacrificadas, como, realmente, foi uma delas e outra somente não perdeu a vida pelo fato de haver fingido de morta. Os fatos se revelam como delito classificado como hediondos para os quais não é possível a concessão da liberdade provisória nem fiança, nos termos da lei n. 8.072/90. O fato de a vítima haver sido condenado criminalmente não pode trazer qualquer benefício ao acusado, que, mesmo sabendo de sua inidoneidade, como afirma, mantinha negócios’ (fl. 100).

De início, não obstante a sucinta fundamentação, percebe-se que os pressupostos para a segregação cautelar foram atendidos, na medida em que a r. decisão esclareceu estar demonstrada a materialidade do delito e a existência de indícios de autoria. Entendo, ainda, que os requisitos do art. 312 do CPP, *in casu*, restam evidenciados.

Ora, o indeferimento do pedido de liberdade provisória, em consonância com a peça acusatória, demonstra que a soltura do paciente acarreta risco eminente de lesão à ordem pública. Isto porque, segundo o que consta nos autos, o paciente revela-se pessoa perigosa, tendo em vista o ardil demonstrado para a consumação da prática delituosa. É certo que desvios desse quilate abalam a ordem pública.

Desta forma a gravidade dos delitos, *em tese*, praticados pelo paciente, bem como o seu *modus operandi*, até onde a estreita via do *mandamus* permite chegar, denotam, concretamente, indícios de sua *periculosidade*, suficientes à fundamentação da segregação cautelar.

Neste sentido cito os seguintes precedentes desta Corte:

‘Recurso ordinário em habeas corpus.

Atentado violento ao pudor praticado contra menor de 8 anos de idade. Prisão preventiva. Necessidade. Periculosidade do agente aferida no caso concreto. Garantia da ordem pública. Recurso desprovido.

1. A prisão preventiva não está fundamentada apenas na gravidade do delito, mas também na periculosidade do agente, aferida a partir da sua conduta no caso concreto, bem como na necessidade da garantia da ordem pública.

2. Recurso desprovido' (RHC 13891/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 28/04/2003).

'Criminal. HC. Roubo qualificado. Homicídio. Quadrilha. Interceptação telefônica autorizada pelo juízo estadual. Declinação de competência para o juízo federal. Não-invalidação da prova colhida. Prisão preventiva. Necessidade da custódia demonstrada. Presença dos requisitos autorizadores. Periculosidade do agente. Razões do decreto ratificadas pelo juízo competente. Excesso de prazo. Feito complexo. Princípio da razoabilidade. Prazo para a conclusão da instrução que não é absoluto. Trâmite regular. Demora justificada. Inépcia da denúncia. Falhas não-vismbradas. Princípio da indivisibilidade da ação penal. Ação penal privada. Ação penal pública. Princípios da obrigatoriedade e da divisibilidade do processo. Alegações de cerceamento de defesa. Omissão do acórdão. Inocorrência. Ordem denegada.

(...)

A periculosidade do agente pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da ordem pública. Precedentes.

(...)

Ordem denegada' (HC 27119/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 25/08/2003).

'Processual penal e penal. Habeas corpus. Estupro e atentado violento ao pudor. matéria sobre prova. Inviabilidade. Custódia preventiva justificada. Ordem denegada.

(...)

Diante da gravidade do delito, do seu *modus operandi*, e havendo indícios concretos da

periculosidade do agente, comprovada está a necessidade da manutenção da custódia preventiva do paciente.

Ordem denegada' (HC 23894/PA, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 19/12/2002).

Feitas estas considerações, denego a ordem. (...)" (Fls. 414-415)

Estou em que o *habeas corpus* é de ser indeferido.

É que a periculosidade do agente justifica, na verdade, a custódia preventiva, como garantia da ordem pública (CPP, art. 312). E, se essa periculosidade alia-se à gravidade e violência do crime, tenho como perfeitamente justificada a prisão, que ocorreu em razão do flagrante.

No RHC n. 67.261-2/SP, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, a 1ª Turma decidiu:

"Esta Corte, por ambas as suas Turmas, já firmou o entendimento de que a prisão preventiva pode ser decretada em face da periculosidade demonstrada pela gravidade e violência do crime, ainda que primário o agente. Recurso ordinário a que se nega provimento." (DJ de 14-4-89)

Do exposto, indefiro o *writ*.

EXTRATO DA ATA

HC 84.981/ES – Relator: Ministro Carlos Velloso. Paciente: Edson Pavões de Medeiros ou Edson Pavões Medeiros. Impetrante: Homero Junger Mafra. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação unânime, *indeferiu* o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 22 de março de 2005 – Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Paciente: Helcio Carlos Bueno

Impetrante: Mauricio Ramos Thomaz

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Dosimetria da pena. Homicídio triplamente qualificado. Concorrência de qualificadoras.

1. Na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais serão consideradas como circunstâncias agravantes. Precedentes (HC 80.771, HC 65.825 e HC 79.538).

2. *Habeas Corpus* indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 14 de junho de 2005 — Celso de Mello, Presidente — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu *writ* lá impetrado. O aresto ficou assim ementado, na parte que interessa:

“Diante do reconhecimento de mais de uma qualificadora, uma delas deve ser utilizada para a configuração do tipo qualificado, enquanto que as outras deverão ser consideradas como circunstâncias agravantes, quando previstas como tal, ou, residualmente, como circunstâncias judiciais, tanto em virtude da sistemática do Código

Penal quanto em respeito à soberania do Tribunal do Júri." (Fl. 27)

Insiste o impetrante no entendimento de não ser possível que circunstâncias qualificadoras possam ser utilizadas como agravantes. Critica também o aumento da pena-base em razão da premeditação, visto que esta, no seu entender, não é circunstância judicial. A ilustre Subprocuradora-Geral da República, Delza Curvello Rocha, opinou pelo indeferimento (fls. 36/42).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): Vê-se, da transcrição de tópico do acórdão da Corte de origem (fl. 26), que o paciente foi condenado por homicídio triplamente qualificado — emprego de asfixia, motivo torpe e uso de recurso que tornou impossível qualquer defesa. O emprego de asfixia (CP, art. 121, § 2 , III) foi utilizado para a configuração do tipo qualificado. As demais qualificadoras foram consideradas como agravantes, porque previstas expressamente no art. 61, inciso II, letras *a* e *c*, do Código Penal.

2. Pacífico é o entendimento, tanto da doutrina como da jurisprudência, no sentido de que, na hipótese de concurso de qualificadoras num mesmo tipo penal, apenas uma delas deve ser utilizada para efeito de qualificar o crime. As demais são consideradas como agravantes (HC 80.771, Moreira Alves; HC 65.825, Octavio Gallotti).

Correta, portanto, a reprimenda. A vingar a tese da inicial, a pena de um homicídio qualificado seria a mesma, quer se tratasse de uma ou várias circunstâncias qualificadoras. O que não seria admissível é utilizar, como circunstância agravante, qualificadora rejeitada pela sentença (HC 79.538, Sydney Sanches). Mas dessa hipótese não cuidam os autos.

3. No mais, a pena mínima pelo homicídio qualificado — 12 anos — foi aumentada de 6 meses, em virtude de, exclusivamente, circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivo, conseqüências). Nessa fase inicial da fixação da pena, o juiz é soberano, dada a subjetividade dessas circunstâncias, não se abrindo ensejo a reexames, salvo situações excepcionais.

4. Estabelecida a pena-base, seguiu-se a majoração decorrente das circunstâncias agravantes — 6 meses para cada uma delas —, totalizando 13 anos e 6 meses de reclusão, pena que se tornou definitiva, não havendo causas de aumento ou diminuição (fl. 26). Tudo se fez em conformidade com a sistemática do Código Penal e respeito à soberania do Tribunal do Júri.

5. Diante do exposto, indefiro o *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 85.414/MG – Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Helcio Carlos Bueno. Impetrante: Mauricio Ramos Thomaz. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação unânime, *indeferiu* o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Verônica Cureau.

Brasília, 14 de junho de 2005 – Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 378.041 – MG

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Recorrente: André Luis de Almeida Silva

Recorrido: Município de Bicas

Recurso extraordinário. Município. Declaração de desnecessidade de cargo. Servidor público ocupante de cargo efetivo, em estágio probatório. Exoneração ad nutum e sem critérios objetivos. Impossibilidade.

O servidor público ocupante de cargo efetivo, ainda que em estágio probatório, não pode ser exonerado *ad nutum*, com base em decreto que declara a desnecessidade do cargo, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Incidência da Súmula 21 do STF.

Recurso a que se dá provimento, para determinar a reintegração dos autores no quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Bicas/MG.

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, conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 21 de setembro de 2004 — Marco Aurélio, Presidente — Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Cuida-se de recurso extraordinário, tempestivo e regularmente interposto com fundamento na alínea *a* do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

2. O aresto recorrido, reformando a sentença, concluiu que não houve

nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade na expedição do decreto e das subseqüentes portarias municipais que culminaram na exoneração dos recorrentes, todos servidores do Município de Bicas, aprovados em concurso público e cumprindo, à época, o estágio probatório. Isso porque, uma vez declarado excessivo o número de cargos existentes no Município, por via de decreto municipal, e diante da limitação dos gastos com a folha de pagamento, imposta pela LC n. 82/95 ("Lei Camata"), o Chefe do Executivo local não tinha outra escolha, a não ser exonerar os autores, publicando as portarias pertinentes.

3. Os recorrentes sustentam violação aos artigos 5, incisos LIV e LV, e 37, inciso II, parte final, ambos da *Carta de Outubro*. Mais precisamente, argumentam que, na condição de servidores públicos devidamente aprovados em concurso, nomeados e investidos em seus respectivos cargos, não poderiam ser exonerados sem o competente processo administrativo em que lhes fosse assegurado contraditório e ampla defesa. Menos ainda achando-se em estágio probatório, como era o caso, haja vista o entendimento desta Casa Maior de Justiça, consolidado na Súmula 21. Tal procedimento, observam, revela a absoluta arbitrariedade do ato administrativo, que foi praticado com ares de perseguição política, pois sem nenhuma motivação ou critério objetivo. Asseveram, enfim, que restou provado nos autos, por perícia e documentos, que o mesmo prefeito que os exonerou, alegando necessidade de adequação à "Lei Camata", empossou novos servidores nos mesmos cargos e também em outros, ocasionando, inclusive, aumento na folha de pagamento.

4. Em contra-razões, o recorrido, já tendo à sua frente representante político distinto do que praticou os atos de exoneração, mostra-se disposto a reintegrar os autores, mas sem arcar com as remunerações passadas e todos os seus consectários legais. Ao final, noticiando a inviabilidade da transação nesses termos (supostamente por recusa dos interessados), pugna pelo desprovimento do apelo extremo, reafirmando a legalidade do ato administrativo praticado na gestão anterior.

5. A douta Procuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso, ao fundamento de que o recorrido não estabeleceu critério prévio e objetivo que autorizasse a declaração de desnecessidade dos cargos e por considerar que o ato impugnado foi praticado ao arpejo do entendimento contido na Súmula 21 do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): O recurso extraordinário merece acolhida, não tenho dúvidas. O acórdão recorrido dá conta de que os autores eram servidores do Município de Bicas, aprovados em concurso público de provas, nomeados e empossados em seus cargos correspondentes, quando, estando ainda em estágio probatório, foram exonerados por meio de portarias municipais. Estas, a seu turno, estavam calçadas em decreto municipal, que "con-

siderou desnecessário em número algumas vagas dos respectivos cargos ocupados por ele ou alguns cargos" (fl. 331, sic).

8. Revelador do caso sob exame, o acórdão também registra que "não se vislumbra na espécie que os atos administrativos consubstanciados no decreto e nas portarias citados, tenham extinto os cargos, mas apenas limitaram-se a declarar a desnecessidade de um número excessivo de vagas nos referidos cargos" (fl. 331, sic). E, surpreendentemente, consigna que os servidores "foram exonerados sem garantias de normas constitucionais, de vez que não houve procedimento administrativo como fundamento para o ato de exonerar, e de escolher dentre outros funcionários, exatamente os autores, sem que a eles se garantissem o direito de defesa e do contraditório, sendo eles, aliás, escolhidos discricionariamente para serem exonerados" (fl. 331, sic, sem grifos no original). Nada obstante, a decisão colegiada conclui que "As portarias referidas na peça inicial buscaram suporte na legislação que menciona para expedir os atos exoneratórios dos autores, e se as vagas eram excessivas e, portanto, desnecessárias, não havia como os autores promoverem sua ampla defesa, que seria inócua, pois o Chefe do Executivo Municipal Local, outra providência não havia, senão a de afastar os autores do serviço público" (fl. 332, sic, grifei).

9. Em seguida, o acórdão vale-se da LC 82/95 e da preocupação que o Prefeito Municipal de Bicas expressou, em sua contestação, relativamente aos limites impostos pela citada lei, para considerar, enfim, que estava justificado o ato impugnado, uma vez que "Declarados desnecessários os cargos ocupados pelos autores-apelados, não havia como, diante da necessidade de adequar os gastos daquele município com os limites da Lei Camata, abrir procedimentos administrativos antecedentes aos atos exoneratórios, pois que o ato não se marcava de arbitrário, mas coerente com a citada lei" (fl. 333, sic, sem grifos no original).

10. Como se vê, a simples leitura de trechos da decisão recorrida — e é isto que explica a abundância de citações — denuncia o desrespeito a garantias constitucionais fundamentais. A pretexto de dar cumprimento aos ditames da LC 82/95, o Tribunal de origem fez tábua rasa dos incisos LIV e LV do art. 5 da Magna Carta.

11. Com efeito, em hipótese alguma o Município recorrido poderia ter exonerado servidores ocupantes de cargo efetivo, tê-los privado do seu trabalho, sem lhes garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

12. A própria declaração de desnecessidade, com efeitos sobre cargos que haviam sido providos há pouco tempo (os autores estavam em estágio probatório, lembre-se, numa época em que este se limitava a dois anos), causa espécie. De fato, mesmo contando com os imprevistos, o bom senso autoriza inferir que a Administração tem condições de avaliar e organizar seu quadro de pessoal por um período de dois anos, pelo menos. Então, se os cargos não eram necessários, por que foram providos? A par dessa consideração teórica, o Ministério Público dá conta da nomeação de novos servidores para os mesmos cargos, imediatamente após a exoneração dos autores, conforme constou do acórdão, quando se fez menção ao parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 332).

13. Por último, não há como ignorar que a decisão recorrida colide com o entendimento consolidado na Súmula 21 desta colenda Corte, segundo o qual "Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade". De outra parte, não é de se aplicar ao caso a Súmula 22, seja porque o caso não envolve extinção de cargo, mas simples declaração de desnecessidade, seja porque o referido verbete não trata da ausência de processo administrativo anteriormente ao ato de exoneração, tema central do presente apelo. Daí por que, a título de precedentes, trago a colação os seguintes julgados: RE 222.532, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, e RE 230.540, Relator o Ministro Ilmar Galvão.

Pelos fundamentos expendidos, dou provimento ao recurso para, reformando *in totum* o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, restabelecer os termos da decisão de primeiro grau.

EXTRATO DA ATA

RE 378.041/MG – Relator: Ministro Carlos Britto. Recorrente: André Luis de Almeida Silva (Advogados: Silene Helena Abjaud e José Eduardo Lewer de Amorim). Recorrido: Município de Bicas (Advogados: Geraldo Magela Longo dos Santos e outro).

Decisão: A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio. Não participou deste julgamento o Ministro Sepúlveda Pertence.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.

Brasília, 21 de setembro de 2004 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Agravante: Município de Porto Alegre

Agravado: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Interessada: Câmara Municipal de Porto Alegre

Constitucional. Meio ambiente. Estudo de impacto ambiental —EIA. CF, art. 225, § 1º, IV.

I - Cabe ao Poder Público exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. CF, art. 225, § 1º, IV.

II - RE provido. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 14 de junho de 2005 — Celso de Mello, Presidente — Carlos Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de agravo regimental, interposto pelo Município de Porto Alegre, da decisão (fls. 727-729) que deu provimento ao recurso extraordinário, por considerar incompatível com a Constituição Federal dispositivo da Lei Complementar n. 434/99, do Município de Porto Alegre, que sugere que o Estudo de Viabilidade Urbanística (EVU) poderia dispensar o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) em qualquer hipótese, nos casos de Projetos Especiais.

Sustenta o agravante, em síntese, o seguinte:

- a) a norma municipal, que supostamente dispensaria a realização do EIA em certas circunstâncias, não é incompatível com a Constituição Federal;
- b) a norma constitucional não afirma ser o EIA exigível em todos os casos,

mas apenas naqueles considerados necessários pelo administrador;

c) a norma municipal não abrandou, tampouco extrapolou os limites autorizados pela Constituição Federal para a regulamentação da matéria.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Destaco da decisão agravada, por mim proferida:

“(…)

O acórdão é de ser reformado.

É que a interpretação literal da Lei Complementar n. 434/99, do Município de Porto Alegre, sugere que o Estudo de Viabilidade Urbanística (EVU) poderia dispensar o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) em qualquer hipótese, nos casos de Projetos Especiais. Entretanto, essa leitura do dispositivo da lei municipal autorizaria instituir exceção incompatível com o disposto, a esse respeito, na Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 225, § 1, IV, estabelece o dever do Poder Público de exigir o EIA sempre que configurada a hipótese de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

Considerando-se a importância do EIA como poderoso instrumento preventivo ao dano ecológico e a consagração, pelo constituinte, da preservação do meio ambiente como valor e princípio, conclui-se que a competência conferida ao Município para legislar em relação a esse valor só será legítima se, no exercício dessa prerrogativa, esse ente estabelecer normas capazes de aperfeiçoar a proteção à ecologia, nunca de flexibilizá-la ou abrandá-la.

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal Pleno na ADI 1.086/SC, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 10-8-2001, ao declarar a inconstitucionalidade de lei estadual que dispensava a elaboração do EIA em casos de reflorestamento ou reflorestamento para fins empresariais.

Em face do exposto, **dou provimento ao recurso.**

(…)” (Fls. 728-729)

A decisão é de ser mantida, por seus fundamentos, porque amparada na jurisprudência do Supremo Tribunal, conforme nela indicado.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 396.541-AgR/RS – Relator: Ministro Carlos Velloso. Agravante: Município de Porto Alegre (Advogado: Luis Maximiliano Telesca). Agravado: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Interessada: Câmara Municipal de Porto Alegre (Advogados: Martha Lages da Rosa e outro).

Decisão: A Turma, por votação unânime, *negou* provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Verônica Cureau.

Brasília, 14 de junho de 2005 – Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS N. 32.750 – SP (2003/0235422-8)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Franciane Marques — Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Alexandre de Souza Lima (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Direito Penal. Livramento condicional. Revogação. Ilegalidade. Inocorrência.

1. A expressão “acusados em geral”, inculpada na garantia do direito à ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes” (Constituição Federal, art. 5 , inciso LV), compreende, indubitavelmente, os imputados no processo de execução penal e, nesse, a revogação do livramento condicional, que culmina com o restabelecimento da prisão do condenado, com as gravíssimas conseqüências, salvo o caso de condenação por crime anterior ao benefício, da exclusão do cômputo do período de prova vencido como tempo de cumprimento da pena e da proibição de novo livramento condicional em relação à mesma pena (arts. 141 e 142 da Lei de Execução Penal).

2. Daí por que a legalidade e a constitucionalidade da revogação do livramento condicional dependem não apenas de que seja ouvido previamente o liberado presente, como determina o art. 143 da Lei de Execução Penal, mas também a sua defesa, constituída ou dativa, por requisição do inciso LV do art. 5 da Constituição da República.

3. Ouvida a defesa do liberado que tomou paradeiro ignorado, não há falar em constrangimento ilegal, por força da revogação do livramento condicional.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 14.02.2005.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: **Habeas corpus** contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu do *writ* impetrado em favor de Alexandre de Souza Lima, visando à declaração de nulidade da decisão do Juízo da Vara das Execuções Criminais da Capital que revogou o livramento condicional do paciente, sem que tivesse sido ouvido previamente.

A impetração está fundada no cabimento do **habeas corpus** contra decisão judicial que produz constrangimento ilegal, ainda que exista recurso, cabível ou interposto, e na violação do art. 143 da Lei de Execução Penal.

A liminar foi indeferida (fls. 18/19). Informações prestadas (fls. 26/27).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não-conhecimento do pedido e concessão de **habeas corpus** de ofício, para que a Corte Estadual conheça do pedido lá impetrado, em favor do paciente (fls. 71/73).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Sr. Presidente, **habeas corpus** contra a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu do *writ* impetrado em favor de Alexandre de Souza Lima, visando à declaração de nulidade da decisão do Juízo da Vara das Execuções Criminais da Capital que revogou o livramento condicional do paciente, sem que tivesse sido ouvido previamente.

A impetração está fundada no cabimento do **habeas corpus** contra decisão judicial que produz constrangimento ilegal, ainda que exista recurso, cabível ou interposto, e na violação do art. 143 da Lei de Execução Penal.

Admito o pedido de **habeas corpus**, porque na compreensão dos Tribunais da instância excepcional, o não-conhecimento de *writ* cabível devolve, em espécies tais como a dos autos, a sua matéria à instância superior; e o denego, à falta de constrangimento ilegal qualquer.

Por certo, tomando o condenado, a que se concedeu livramento condicional, paradeiro ignorado, como ocorreu no caso em exame (fls. 28/32v), não se há de pretender que a impossibilidade de ouvi-lo impeça a revogação do benefício, eis que a exigência legal da sua prévia audiência, posta no art. 143 da Lei de Execuções Penais, incide enquanto presente o apenado.

Todavia, a expressão “acusados em geral”, inculpada na garantia do direito à ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes” (Constituição Federal, art. 5, inciso LV), compreende, indubiosamente, os imputados no processo de execução penal e, nesse, a revogação do livramento condicional, que culmina com o restabelecimento da prisão do condenado, com as gravíssimas conseqüências, salvo o caso de condenação por crime anterior ao benefício, da exclusão do cômputo do período de prova vencido como tempo de cumprimento da pena e da proibição de novo livramento condicional em relação à mesma pena (arts. 141 e 142 da Lei de Execuções Penais).

Daí por que a legalidade e a constitucionalidade da revogação do livramento condicional dependem não apenas de que seja ouvido previamente o liberado presente, como determina o art. 143 da Lei de Execução Penal, mas também a sua defesa, constituída ou dativa, por requisição do inciso LV do art. 5 da Constituição da República.

In casu, ouviu-se a Defensoria Pública (fl. 33v.), que renovou, sem mais, a intimação pessoal do sentenciado com paradeiro ignorado (fls. 28/32).

De resto, o pedido de restabelecimento do livramento condicional do paciente ressenete-se de fundamentação idônea, não caracterizando, por isso, constrangimento ilegal qualquer o seu indeferimento (fls. 39/41).

Denego, pelo exposto, a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 37.101 — PR (2004,0104657-8)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Impetrante: Udo Leto Lino

Advogado: Daniel Gilberto Lemos Pereira

Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Udo Leto Lino

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Crime do homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do CP). Réu submetido a dois julgamentos pelo Tribunal do Júri, ambos anulados. **Reformatio in pejus** indireta. Possibilidade. Soberania do júri popular.

1. O princípio da **ne reformatio in pejus** indireta — isto é, a imposição de pena mais grave, após a decretação de nulidade da sentença, em apelo exclusivo da defesa —, não tem aplicação nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, eis que, em face da soberania dos veredictos, pode o Conselho de Sentença proferir decisão que agrave a situação do réu (precedentes do STF e STJ);

2. 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. Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 19 de maio de 2005 (data do julgamento)

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 27.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: cuida-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de Udo Leto Lino, contra decisão do Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

O réu foi pronunciado em 12 de maio de 1992, restando condenado a seis anos de reclusão pelo Tribunal do Júri, em julgamento realizado em 27 de novembro de 1992, que, posteriormente, veio a ser declarado nulo pelo Tribunal Estadual, em razão de recurso interposto apenas da defesa.

Realizou-se, então, novo julgamento, que, igualmente, veio a ser declarado nulo, agora por consequência de recurso exclusivo da acusação.

Argumenta a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, pois já se passaram mais de doze anos do trânsito em julgado da sentença de pronúncia, ocorrido em 12 de maio de 1992, sem que da decisão tenha havido qualquer recurso da acusação, impossibilitando-se, dessarte, o agravamento da pena imposta no primeiro julgamento (seis anos de reclusão).

Liminar indeferida (fls. 57/58-STJ); informações prestadas (fls. 61/122-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 126/134-STJ), em parecer assim ementado:

“Habeas corpus. Crime do* homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do CP). Sentença de pronúncia. Réu submetido a 02 julgamentos populares, tendo sido condenado, no primeiro, a 06 anos de reclusão e absolvido, no segundo. Veredictos anulados à conta, respectivamente, de recursos da defesa e da acusação. Terceiro julgamento ainda não realizado. Pleito de trancamento da ação penal, sob a alegativa* de extinção da punibilidade do crime, por ocorrência da prescrição. Argumento de que eventual pena a ser aplicada ao réu não poderá ser superior a 06 anos, em razão da proibição da **reformatio in pejus** indireta. Descabimento. Inaplicabilidade de tal vedação, de índole legal, às decisões do júri. Princípio da soberania dos veredictos decorrentes de preceito constitucional. Sentença de pronúncia transitada em julgado em 22.05.1992. Não havendo sido fixada, até agora, sanção concreta ao acusado, o prazo prescricional deve ser calculado pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito. Causa extintiva da punibilidade inócurrenente. Constrangimento ilegal não caracterizado. Parecer pelo conhecimento e pela denegação da ordem.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Pretende a impetração ver reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal, eis que já decorridos mais de doze anos da primeira condenação imposta, dado o recurso exclusivo da defesa, que levou a nulidade do julgamento.

A tese, contudo, não merece prosperar.

2. Tourinho Filho, lecionando sobre o princípio da **ne reformatio in pejus** indireta — isto é, a imposição de pena mais grave, após a decretação de nulidade da sentença, em apelo exclusivo da defesa —, afirma que “em face da soberania dos verdictos, pode o Conselho de Sentença proferir decisão que agrave a situação do réu”. Esclarece, ainda, o autor:

“Contudo, se no novo júri o Conselho de Sentença mantiver o entendimento anterior, não poderá o Juiz-Presidente agravar a pena. Aí, sem, se ele pudesse fazê-lo haveria uma **reformatio in pejus** indireta. Se no julgamento anterior o Júri admitiu, apenas, o homicídio simples, sem qualquer agravante, e o Juiz lhe impôs a pena de seis anos, no segundo julgamento, sendo a decisão absolutamente idêntica, nada justifica possa o Presidente do Tribunal Júri agravar-lhe a pena, sob a alegação de que o Júri é soberano. Soberana é a decisão dos jurados e não a pena aplicada pelo Juiz-Presidente.” (“Código de Processo Penal Comentado”. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 361).

Assim, também, **Mirabete** (“Código de Processo Penal Interpretado”. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 1.335/1.336); **Grinover, Gomes Filho e Fernandes** (“Recursos no Processo Penal”. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 46/48); **Rangel** (“Direito Processual Penal”. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 531); **Magalhães Noronha** (“Curso de Direito Processual Penal”. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 375, pela possibilidade da **reformatio in pejus** indireta em qualquer situação).

Em sentido contrário: **Guilherme de Souza Nucci** (“Código de Processo Penal Comentado”. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 913).

3. Este Superior Tribunal de Justiça também vem decidindo, como a maioria da doutrina acima citada, que o princípio encontra limites na soberania, constitucionalmente estabelecida, dos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri. Observe-se:

“Penal. Habeas corpus. Art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Sentença condenatória anulada. Prescrição da pretensão punitiva. **Reformatio in pejus**. Nova sentença proferida. Prescrição.

I - A sentença penal condenatória anulada não interrompe a prescrição. (Precedentes do STJ e do STF.)

II - Ressalvadas as situações excepcionais como a referente à soberania do Tribunal do Júri, quanto aos veredictos, em regra, a pena estabelecida, e não impugnada pela acusação, não pode ser majorada se a sentença vem a ser anulada. (Precedentes)

III - Tendo sido o paciente condenado a seis anos e oito meses de reclusão, e sendo o intervalo de tempo entre o recebimento da denúncia e a r. sentença superior a doze anos, deve ser declarada, com fundamento nos arts. 109, III, e 110, § 1º, ambos do Código Penal, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Ordem concedida.” (HC n. 30.535-PR, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, v.u., DJ de 09.02.2004)

Assim, também, nos julgados: HC n. 9.381-DF, Quinta Turma (DJ de 03.11.1999); RHC n. 8.195-RJ, Quinta Turma (DJ de 10.05.1999); EREsp n. 37.786-SP, Terceira Seção (DJ de 04.08.1997).

Também essa tem sido a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal (HC n. 73.367-MG, Primeira Turma, Relator Ministro Celso de Mello, v.u., DJ de 29.06.2001).

4. Dessarte, forte na argumentação acima trazida e seguindo a linha majoritária de nossa doutrina e jurisprudência, denego a ordem pretendida.

É como voto.

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrantes: Amir Finocchiaro Sarti e outro

Impetrada: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Pacientes: Cristiane Canet Mocellin e Evaldo Darcy Elhke

EMENTA

Crime contra a ordem tributária. Crédito (constituição). Questão prejudicial (inexistência).

1. Já regularmente constituído o crédito tributário, o seu questionamento em juízo (mandado de segurança, ação ordinária, etc.) não impede a propositura da ação penal, também não significa deva ela ser suspensa.
2. A suspensão do curso da ação penal, suspensão facultativa, fica à discricão do juiz criminal.
3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 19 de maio de 2005 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 1º.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Em 02.08.2004, a Relatora da apelação proferiu, nos autos da ação penal intentada contra Cristiane Canet Mocellin e Evaldo Darcy Ehlke, a seguinte decisão:

“A defesa dos réus Cristiane e Evaldo novamente postula o trancamento da ação penal ou a suspensão do feito devido à

discussão do crédito tributário em mandado de segurança (n. 2003.04.01.058127-4).

Todavia, conforme já decidido na fl. 757 destes autos, não procede o pleito dos réus.

Comprovado está que não houve recurso na órbita administrativa, restando definitivamente lançado o crédito tributário (auto de infração das fls. 417/421 do segundo volume apenso ao Processo n. 99.00.08935-9 apenso aos autos), o qual serviu de base para a 'Representação Fiscal Para Fins Penais' das fls. 1 a 32 do segundo volume apenso ao Processo n. 99.00.08935-9 anexo aos autos.

Ressalte-se que a jurisprudência tem reiteradamente afirmado a independência entre as instâncias civil e penal:
(...)

Ademais, o caso em exame não traz questão prejudicial ao julgamento do crime, uma vez que já houve o lançamento definitivo do crédito tributário e que a discussão perpetrada no mandado de segurança diz respeito somente à responsabilidade da empresa Fortuna pela movimentação bancária da Conta n. 003-065.615-6 e ao montante devido, não sendo questionada a existência do crédito.

Igualmente importante ressaltar que a sentença proferida no mandado de segurança em 12.12.2002 julgou o feito parcialmente procedente para reconhecer a responsabilidade da empresa Fortuna e determinar a tributação sobre 30% da movimentação financeira, estando em grau de recurso neste Tribunal.

Ainda foi interposto agravo de instrumento da decisão de recebimento da apelação somente no efeito devolutivo, sendo provido o recurso (cópia juntada à petição dos réus que ora se analisa).

Contudo, a decisão proferida em agravo de instrumento procedera-se em juízo de cognição sumária, não se podendo emprestar à mesma os efeitos que pretendem os recorrentes, ou seja, não pode interferir na esfera penal, devendo ser preservada a independência das instâncias nos termos já expostos.

Portanto, indefiro o pedido de trancamento ou suspensão da ação penal."

Foi à Turma agravo regimental, ao qual se negou provimento em acórdão assim ementado: "Restando definitivamente lançado o crédito tributário não há

falar em ausência de condição objetiva de punibilidade. São independentes as instâncias civil e penal”.

Daí o presente **habeas corpus** — impetrado em favor de Cristiane e Evaldo —, em relação ao qual o Subprocurador-Geral Henrique Fagundes emitiu o seguinte parecer:

“4. A ordem há de ser denegada.

In casu, os pacientes foram condenados pelo crime de sonegação fiscal. Contudo, alegam os impetrantes que, em sede de mandado de segurança, está em discussão a existência do crédito tributário, razão pela qual não poderia haver a citada condenação.

É cediço a necessidade do esgotamento da via administrativa para que haja a condenação em crime de sonegação fiscal. Nesse sentido, salientou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 81.611-DF, de que fora Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, que o crime de sonegação fiscal, definido no art. 1º, da Lei n. 8.137, de 1990, somente se consuma com o lançamento definitivo do crédito tributário. Dessa forma, antes dele, não há que se falar em consumação do delito. No caso em tela, porém, o crédito tributário está sendo discutido em mandado de segurança. Por isso, não há que se falar em esgotamento da via administrativa.

Além do mais, consoante se lê dos autos, não houve comprovação da existência de recurso na órbita administrativa, restando, por isso, definitivamente lançado o crédito tributário.

5. Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.”

À fl. 132, indeferi a liminar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): A identidade ou semelhança que se quer ver é com o que acontece na esfera administrativa. Vejamos, então, a propósito do que se vem aqui defendendo, dois tópicos da petição do **habeas corpus**:

“Por que a conclusão do processo administrativo importa a mencionada condição objetiva de punibilidade? Para não acontecer uma condenação criminal e, posteriormente, reputar-se inexistente a dívida, o que caracterizaria uma contradição insanável: punir-se por um crime que não existiu.

Ora, tratando-se de discussão judicial a situação é idêntica: se houver condenação criminal e, depois, for julgada procedente a demanda no cível, admitindo a inexistência do débito tributário, a conseqüência lógica é de que a condenação teria ocorrido por um crime inexistente.”

Ora, sobre o que está estatuído na Lei n. 9.430/1996, venho eu ementando da seguinte maneira (por todos, RHC n. 16.791, DJ 21.03.2005):

“Crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/1990). Crédito tributário (exigência). Esfera administrativa (Lei n. 9.430/1996). Condição (objetiva de punibilidade) .

1. A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei n. 9.430, o prevalente entendimento é o de que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade.
2. Conseqüentemente, a ação penal pressupõe haja decisão final sobre a exigência do crédito tributário correspondente.
3. Precedentes da Sexta Turma do Superior Tribunal.
4. Ordem de **habeas corpus** expedida de ofício, ressalvada, porém, outra ação penal (se for o caso).”

Tal exegese, porém, diz respeito aos acontecimentos pertinentes à esfera administrativa, e isso é bem intuitivo à vista da própria norma jurídica em questão. Afinal, é a administração a competente para a constituição do crédito tributário a partir do que o crédito torna-se juridicamente exigível: “Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento...” Não há, portanto, entre as hipóteses confrontadas, a alegada identidade. Semelhança talvez haja, principalmente ao sabor de idéias minhas que vêm, com algum ceticismo, o princípio da separação das instâncias.

Aceitando a pretendida semelhança, ela de forma alguma tem tamanho suficiente para conduzir ao trancamento da ação penal. Quem sabe se não o teria para conduzir à suspensão do processo penal? Só que, nesse caso, a suspen-

são é facultativa, é o que se vê do art. 93 do Código de Processo Penal: "... o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo..." Ademais, conforme se anotou com toda propriedade na origem, "o caso em exame não traz questão prejudicial ao julgamento do crime, uma vez que já houve o lançamento definitivo do crédito tributário e que a discussão perpetrada no Mandado de Segurança diz respeito somente à responsabilidade da empresa Fortuna pela movimentação bancária da Conta n. 003-065.615-6 e ao montante devido, não sendo questionada a existência do crédito".

Voto, pois, pela denegação da ordem.

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: A. M. D. N. (menor)

Advogado: Ricardo Batista Sousa — Defensor Público

Recorridos: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Paciente: A. M. D. N. (internado)

EMENTA

Estatuto da Criança e do Adolescente. Internação. Atos infracionais distintos. Prazo limite de 3 anos. Liberdade compulsória. Impossibilidade.

As internações urgem de procedimentos distintos, autônomos, assim, o limite de 3 (três) anos descrito no estatuto menorista deve ser contado de forma separada, independente se as infrações foram praticadas antes ou após o cumprimento do prazo limite.

A tese defensiva de aplicação do princípio da unificação da pena ao ECA conduz ao esvaziamento incontestável da efetiva participação do Estado na recuperação do menor infrator, pois a prática reiterada de atos infracionais não encontraria a necessária aplicação da medida extrema (internação).

Ressalta-se que a aplicação das medidas sócio educativas de internação estão cobertas pelo manto da legalidade (art. 122, I, da Lei n. 8.069/1990).

Ademais, o paciente não implementou a idade limite de 21 (vinte e um) anos, portanto não pode usufruir da liberdade compulsória (art. 121, § 5, do ECA).

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamil-

ton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 04 de março de 2004 (data do julgamento).

Ministro Paulo Medina, Relator

DJ 29.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto pelo Defensor Público Ricardo Batista Sousa em favor do menor A. M. do N., contra acórdão da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (HC n. 2003 002 001242-8), assim fundamentado em sua ementa (fl. 94):

“ **Habeas corpus**. Menor. Medidas impostas. Prazos separados. Contagem.

O prazo máximo da internação, de três anos, previsto no § 3 do art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente é contado separadamente para cada medida sócio-educativa* da internação imposta por fatos diferente.”

O paciente fora condenado a diversos atos infracionais, e apenas em dois processos culminaram com a aplicação da medida sócio-educativa* de internação (fl. 4):

1. Autos n. 3.008-4. Conduta em 17 de março de 1999. Ato infracional equiparado ao homicídio (art. 121, § 2º, IV, do CP). Sentença de internação por tempo indeterminado em 26.04.2000.

2. Autos n. 2.449-6. Conduta em 21 de agosto de 1999. Ato infracional equiparado ao roubo (art. 157, § 2º, I e II, do CP). Sentença de internação por tempo indeterminado em 19.10.1999.

O Centro de Atendimento Juvenil Especializado informou que o adolescente complementar a prazo de 3 (três) anos internado em 1 .02.2003 (fl. 64).

Alega o recorrente que (fl. 106):

“Neste caso, sim, incide a vedação legal ao acúmulo de prazos de internação estrita. É a aplicação do princípio da unificação das penas na seara menorista. Prazo de três anos da segunda sentença não poderá ser contado desprezando-se o período em que o jovem já estava internado por outro feito, se não cometeu novo ato infracional ...”.

Aduz, ainda, que (fl. 107):

“A prevalecer o entendimento esposado pela decisão guerreada, nós teríamos a absurda possibilidade de que um adolescente ficasse, seis ou nove anos internado. À toda evidência não foi este o espírito do legislador, mormente diante da clareza do disposto no art. 121, § 3º, elaborado exatamente para situações que tais. Repita-se: ambos os atos infracionais que repercutiram em sentença de internação, são anteriores ao período em que o jovem iniciou o cumprimento da medida de privação de liberdade.”

No mérito, requer a liberação imediata do jovem (fl. 109).

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opina pela denegação da ordem, assim ementada (fl. 127):

“ Recurso em **habeas corpus**. Medida socio educativa* de internação. Esgotamento do prazo. Impossibilidade.

O prazo de 3 (três) anos previsto no art. 121, § 3º, da Lei n. 8.069/1990 é contado separadamente em cada medida sócio-educativa* de internação aplicada por fatos distintos.

Pelo não-provimento do recurso.”

É o relatório

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina (Relator): A solução da lide repousa na exegese do art. 121, § 3º, da Lei n. 8069/1990, que assim preceitua:

“Art. 121. A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Omissis.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.”

O paciente fora submetido a duas medidas sócio educativas* de internação por prazo indeterminado (ato infracional resultante de violência ou grave ameaça à pessoa – homicídio e roubo).

Verifica-se que as internações urgem de procedimentos distintos, autônomos, assim, o limite de 3 (três) anos descrito no estatuto menorista deve ser contado de forma separada, independente se as infrações foram praticadas antes ou após o cumprimento do prazo limite.

Corroborando com o esposado, colaciono julgado desta Corte:

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida socioeducativa* de internação. Prazo.

O prazo de 3 (três) anos previsto no art. 121, § 3 , da Lei n. 8.069/1990 é contado separadamente em cada medida sócio-educativa* de internação aplicada por fatos distintos.

Recurso desprovido.” (RHC n. 12.187-RS, Relator Ministro Félix* Fischer, Quinta Turma, por unanimidade, DJ em 04.03.2002).

A aplicação do princípio penal da unificação das penas não deve ser utilizado por extensão na execução das medida socio educativa* de internação, pois as execuções revestem de particularidades, ou seja, são de naturezas distintas.

A medida socioeducativa* de internação objetiva reintegrar o menor infrator no convívio social e proteger a sociedade de suas investidas delituosas.

A tese defensiva conduz ao esvaziamento incontestável da efetiva participação do Estado na recuperação do menor infrator, pois a prática reiterada de atos infracionais não encontraria a necessária aplicação da medida extrema (internação) .

Ressalta-se que a aplicação das medidas socioeducativas* de internação estão cobertas pelo manto da legalidade (art. 122, I, da Lei n. 8.069/1990).

Ademais, o paciente nasceu em 21.09.1983, com isso, não faz jus à liberação compulsória (21 anos de idade, art. 121, § 5 , do ECA).

Portanto, indemonstrado o constrangimento ilegal corrigido pela via eleita do *writ*.

Posto isso, *denego o recurso*.

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrentes: Nivaldo Gonçalves Gutierre e Célia Kozar Gutierre

Advogados: Raul Mazza do Nascimento e outro

Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná

Recorridos: Os mesmos

EMENTA

Recurso especial. Penal. Extorsão mediante seqüestro. Delação premiada. Recurso do órgão ministerial provido. Recurso dos réus prejudicado.

1. A liberação da vítima após configurada a expectativa de êxito da prática delituosa — recebimento do dinheiro —, ainda que nenhuma outra violência tenha sido praticada contra ela, não se mostra como uma conduta própria a autorizar a benesse legal inserta no art. 159, § 4, do CP.

2. “A regra do § 4 do art. 159 do Código Penal, acrescentada pela Lei n. 8.072/1990, pressupõe a delação à autoridade e o efeito de haver-se facilitado a liberação do seqüestrado” (STF, HC n. 69.328-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 05.06.1992).

3. Recurso especial do Ministério Público provido, restabelecendo a sentença, nesse particular. Recurso dos réus prejudicado.

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, dar provimento ao recurso do Ministério Público e julgar prejudicado o recurso dos réus. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 30 de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 22.08.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Trata-se de recursos especiais interpostos pelo Ministério Público do Estado do Paraná e pelos réus Nivaldo Gonçalves Gutierre e sua mulher Célia Kazar Gutierre, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal e art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, respectivamente, contra acórdão do egrégio Tribunal de Alçada Criminal daquele Estado, que, dando parcial provimento ao apelo defensivo, reduziu-lhes a reprimenda de oito anos para cinco anos e quatro meses de reclusão em regime inicial semi-aberto, pela prática de extorsão mediante seqüestro, reconhecendo a redução de um terço, para ambos, referente à “delação premiada”.

O Ministério Público alega violação ao art. 159, § 4, do CP, pois não estaria caracterizada a hipótese de redução, bem como aponta divergência jurisprudencial do acórdão objurgado com precedente do STF, e pugna pelo restabelecimento da pena fixada na sentença.

Os réus alegam violação ao art. 159, § 4, do CP e pugnam pela redução em dois terços, pela fixação do regime aberto e pelo reconhecimento de prescrição.

Contra-razões apresentadas pelos réus (fls. 358/361).

Contra-razões apresentadas pelo MP (fls. 363/370). Admissibilidade positiva na origem (fls. 372/376).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso do MP e por estar prejudicado o recurso dos réus (fls. 381/387).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Matéria devidamente pré-examinada pelo Tribunal a quo, afastando o óbice da Súmula n. 282 do STF. O recorrente realizou, também, satisfatoriamente o cotejo entre os acórdãos com o confronto analítico dos julgados, utilizando como paradigma acórdão do STF, razão pela qual a admissibilidade do recurso do órgão ministerial é positiva.

2. É da letra do art. 159 do CP:

“Art. 159. Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena - reclusão, de 8 a 15 anos.

(...)

§ 4 Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o

denunciar à autoridade, facilitando a liberação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

3. De seu turno, colhe-se do acórdão recorrido (fls. 303/304):

“(…) ao se dirigir ao local onde deveria buscar o dinheiro, segundo fora combinado, o varão já havia deixado o menor livre no pátio do supermercado, para telefonar ao pai ou tomar o ônibus para casa. Tanto assim, que não tinha em sua companhia, ao ser ali preso, nem os policiais o encontraram na casa dos apelantes, quando, em seguida, lá prenderam a mulher.

Ainda que não se esteja em face de uma iniciativa de denúncia do crime a autoridade pelo co-agente dissidente, como enuncia o dispositivo em tela, a atitude deve ser interpretada em mérito dos apelantes, porque concorre para abrandar o conceito do elemento subjetivo do crime, correspondendo, na forma do invocado precedente, a uma renúncia objetiva e eficaz às conseqüências mais funestas do grave empreendimento, não raras no crime em espécie.

A liberação do seqüestrado, ileso, pelo agente, voluntariamente e anteriormente à obtenção da própria vantagem material, é o fato mais relevante, constituindo conduta que não pode ser minimizada quando em comparação com aquela outra, de um comparsa que faz delação à polícia, de tal modo só facilitando liberação do seqüestrado. Deve ser estimulada, como é do propósito implícito na lei.”

5. Júlio Fabbrini Mirabete ensina:

“(…) Com o intuito de obter maiores facilidades no esclarecimento do delito em foco, que passou a ter incidência elevadíssima nos últimos tempos em alguns Estados da Federação, o legislador passou a acenar com uma redução expressiva da pena, de caráter obrigatório, para aquele que participa do ilícito, tenha agido como membro de quadrilha ou bando ou apenas em concurso de agentes. Para obtê-la, o agente deve, por iniciativa própria ou quando argüido pela autoridade, prestar informações que, em concreto, facilitem a liberação do seqüestrado. A simples confissão da prática do delito, ainda que com a denúncia dos demais co-autores

ou partícipes, sem tal efeito, pode ser considerada apenas como atenuante genérica (arts. 65, III, d, e 66 do CP).” (In “Manual de Direito Penal, Parte Especial”, Ed. Atlas, 2004, pp. 259/260)

6. Nesse diapasão, não se vê caracterizada, na espécie, hipótese da “delação premiada”, isso porque, a liberação da vítima após configurada a expectativa de êxito da prática delituosa — recebimento do preço do resgate —, ainda que nenhuma outra violência tenha sido praticada contra ela, não se revela conduta própria a autorizar a benesse legal.

“A regra do § 4 do art. 159 do Código Penal, acrescentada pela Lei n. 8.072/1990, *pressupõe a delação à autoridade e o efeito de haver-se facilitado a liberação do seqüestrado*” (STF, HC n. 69.328-SP, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 05.06.1992).

7. Lado outro, não há falar em prescrição da pretensão punitiva, pois o lapso temporal ocorrido entre a última causa interruptiva — sentença condenatória recorrível, datada de 13.11.1997 — e a presente data não supera os doze anos previstos no art. 109, III, do CP.

8. Pelo exposto, *dou provimento* ao recurso do órgão ministerial para afastar a redução da pena referente à “delação premiada”, restabelecendo a sentença, nesse particular, e *julgo prejudicado* o recurso dos réus.

É como voto.

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Leodário dos Santos Falkembach

Advogados: Nesy Marina Ramos - Defensora Pública e outro

EMENTA

Recurso especial. Saída temporária. Necessidade de oitiva do Ministério Público.

Para que seja concedido o benefício das saídas temporárias, a lei estabelece que, previamente, além de o apenado preencher certos requisitos especiais, devem ser ouvidos, em todos os pedidos, o Ministério Público e a administração do presídio.

A automatização das saídas subseqüentes à primeira saída, sem ser ouvido o órgão fiscalizador, encontra óbices legais (arts. 122, 123 e 124, ambos da LEP).

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator

DJ 14.02.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra decisão proferida pela colenda Sexta Câmara do Tribunal de Justiça daquele Estado que, por unanimidade, negou provimento ao agravo em execução, estando assim ementada (fl. 29):

“Agravo da execução (art. 197 da LEP).

Viabilidade de deferimento de saídas temporárias automatizadas. Aplicação 13ª conclusão do encontro de execução penal (junho de 2000), promovido pela Corregedoria Geral de Justiça do TJ/RS. Intervenção fiscalizadora do Ministério Público, ao qual é facultado o eventual pleito de revogação do benefício concedido in concreto. Princípio da conveniência na administração da justiça, com preservação do devido processo legal.

Agravo improvido.”

O recorrente alega que o v. acórdão contrariou os arts. 122, 123 e 124 da Lei n. 7.210/1984, sustentando que compete exclusivamente ao juiz da execução a autorização das saídas temporárias somente após a manifestação do Ministério Público e da administração penitenciária, sendo inadmissível a forma automatizada, por subtrair do Ministério Público a função de fiscal da lei, visando, inclusive, suas garantias e prerrogativas constitucionais.

Contra-razões às fls. 52/63.

Admitiu-se o regular processamento do feito.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Adoto, como razões de decidir, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Moacir Mendes Sousa, *verbis* (fls. 75/80):

“Contrariamente ao que sustenta a parte Recorrida, interposto com base nas alíneas a e c, o apelo comporta

conhecimento, visto que contrariados os dispositivos legais e demonstrada a divergência pelo Recorrente.

Nem se diga que a matéria não foi prequestionada, porque os arts. 122, 123 e 124 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais) não foram explicitamente citados no v. acórdão recorrido, para inviabilizar o reclamo, certo que à luz deles, mormente do segundo dispositivo, é que a matéria foi decidida, confirmando a medida permissiva das saídas temporárias automatizadas, sem a prévia audiência do Ministério Público e sem levar em conta a situação particular de cada beneficiário, como o exige o art. 123 da Lei de Execuções Penais.

Tais questões somente são tratadas nos dispositivos legais mencionados, daí estar evidenciado que foi em vista deles que a matéria foi decidida. (AGE n. 290040666, Câmara de Férias Criminal do Tribunal de Alçada do RS, Relator o então Juiz de Alçada Érico Barone Pires, j. em 19.07.1990)

Aliás, ficou expressamente consignado no voto do Relator, por refletir o seu pensamento, a transcrição de trecho do voto proferido pelo eminente Juiz de Alçada Érico Barone Pires, em julgamento do Agravo n. 290040666, pela Câmara de Férias Criminal do Tribunal, a saber:

‘(...) 2. É bem de ver que, no caso em exame, a decisão recorrida ainda noticia o preenchimento, por parte do agravado, dos requisitos prescritos no art. 123 da Lei n. 7.210/1984, para a concessão do benefício de saída temporária, quais sejam o bom comportamento e o cumprimento de um sexto de sua pena, além de parecer favorável no laudo de exame criminológico, **verbis**:

‘O apenado recebeu parecer favorável no laudo de exame criminológico, cumpriu mais de 1/6 da pena no regime fechado e possui boa conduta carcerária’

Por outro lado, nas razões do recurso, o Ministério Público não suscita, aponta qualquer fato objetivo e/ou subjetivo que impeça a concessão do benefício agravado, a fim de derruir os termos da bem lançada decisão recorrida. No ponto, vale a transcrição do seguinte precedente jurisprudencial, **verbis**:

‘(...) No caso, o agravante ainda não provou a respeito do

desatendimento das exigências da lei, resultando do exame da inicial que a inconformidade se refere apenas contra a automatização. Inteligência dos arts. 123,124 e 125 da Lei de Execução Penal. Agravo de instrumento improvido por maioria” (AGE n. 290040666, Câmara de Férias Criminal do Tribunal de Alçada do RS, Relator o então Juiz de Alçada Érico Barone Pires, j. em 19.07.1990)

3. Ademais disso, a concessão automática de saídas temporárias não obstaculiza a dedução de posterior pedido de alteração ou revogação do benefício, por parte do Ministério Público, se assim entender necessário. Da mesma forma, o deferimento do benefício não importa em impossibilidade de fiscalização futura do comportamento do agravado, que poderá ter o benefício cassado na hipótese de cometer alguma das faltas enunciadas na legislação. Ademais disto, ao Juízo da execução também cabe a revisão de ofício do deferimento de saídas temporárias.

Neste sentido, colaciono o seguinte precedente jurisprudencial, **verbis**:

‘Direito penitenciário. Licença para presos. Critério de conveniência. As licenças prolongadas não são recomendáveis. Melhor será diferir-se licenças mais seguidamente, com prazos reduzidos. A automação de licenças confere com o critério de conveniência, nada obstando que o MP pleiteie alguma alteração, mesmo a cassação, ou que o Juiz revise de ofício. Recurso desprovido.’ (AGE n. 690003264, Primeira Câmara Criminal do TJ/RS, Relator Desembargador Décio Antônio Erpen, j. em 07.03.1990)‘

O prequestionamento implícito, por sua vez, é admitido por essa augusta Corte, como se pode ver do acórdão proferido no REsp n. 444-RJ (Registro n. 89.0009188-3), em que foi Relator o Sr. Ministro Athos Carneiro.

Surgindo, na discussão da matéria, a questão relacionada ao prequestionamento, porque não se fez referência expressa, no acórdão, ao dispositivo legal tido como contrariado pelo recorrente, assim se manifestou o Ministro Barros Monteiro:

Assume relevo na espécie, como tema central em debate, a natureza da renúncia à doação formulada por Alberto Abulafia, conforme escritura pública constante de fls. 33/34 dos autos.

De anotar-se, por primeiro, que a matéria restou devidamente prequestionada nas razões de recurso extraordinário, ora convertido em recurso especial. O que

importa – segundo ponderou o preclaro Ministro Costa Leite – ‘é que a questão federal emerge da decisão recorrida, ainda que implicitamente’ (‘Recurso especial: admissibilidade e procedimento’, palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, no dia 03 de maio de 1989). Saliente-se, ainda, por oportuno, que, conquanto não indicado o preceito do art. 1.165 do Código Civil no primitivo rol que declinou o recorrente, ao depois, nas mesmas razões recursais, ele considerou-o como infringido e passível de incorreta aplicação pelo julgado recorrido (cf. fl. 651).

(...)

Inocorrente a aceitação oportuna, indúvidoso é que a doação segunda (de Alberto Abulafia para Linda Antongini de Freitas Bastos) não se perfectibilizou e, nesses termos, certo é que o **decisum** objurgado contrariou o art. 1.165 do Código Civil, assim como os arts. 145, n. IV, e 146 e seu parágrafo único, do mesmo diploma legal.’ (RSTJ 15/253. Sem destaque no original)

Assim, embora não se tenha feito referência expressa aos arts. 122, 123 e 124, da Lei n. 7.210/1984, foi devido às disposições neles contidas, contrariando-as, é bem verdade, que se decidiu a questão, pelo que satisfeito o requisito do prequestionamento.

Indúvidoso é que dito óbice, portanto, não pode ser invocado.

No mérito, o recurso merece ser provido.

A saída temporária permitida aos apenados que cumprem pena em regime semi-aberto, nos casos indicados no art. 122 da referida lei, será autorizada por ato motivado do Juiz das Execuções, ouvidos o Ministério Público e a Administração Penitenciária, mediante a satisfação dos requisitos elencados nos três incisos do art. 123 da Lei n. 7.210/1984.

Desse modo, a portaria questionada, além de malferir os citados dispositivos legais, subtrai atribuições próprias e inerentes às funções do Juiz e do Ministério Público, transferindo-as para a Administração Prisional, ao dispor que o apenado possa sair do estabelecimento penal três dias por mês, sem justificar os motivos de sua saída, dada a previsão, na Portaria, de saídas temporárias automatizadas posteriores, realizadas ao desabrigo da fiscalização do Ministério Público e sem a prática de ato decisório e motivado do Juiz da Execução, consoante é a regra imposta pelo dispositivo legal violado.

Com efeito, a novidade introduzida pela portaria mencionada não apenas fere os arts. 122, 123 e 124 da Lei de Execuções Penais, mas, sobretudo, põe em risco a própria Política Prisional, pois, retiradas das Autoridades Judiciárias e do Ministério Público atribuições que são iminentes ao exercício de suas funções, transferindo-as ao crivo de autoridade administrativa, permite que os atos

sejam, sucessivamente, praticados longe do imperioso acompanhamento do Estado Juiz, responsável pelo bom andamento da execução penal e da adequada reinserção do apenado no seio da sociedade, propiciando-lhe a necessária reeducação.

A alegação de que as saídas temporárias automatizadas têm sido utilizadas com êxito nas VECs com grande número de apenados e não significa 'delegação de jurisdição', conforme a 13ª conclusão do Encontro de Execução Penal (junho de 2000), promovido pela egrégia Corregedoria Geral de Justiça do TJ/RS, não guarda qualquer compatibilidade com a noção de responsabilidade que é conferida ao Estado, através de seus agentes, Juiz de Direito e Promotor de Justiça, que, no particular da saída temporária, dando curso à execução penal, devem observar para a autorização: o primeiro, a motivação do ato e, o segundo, ser ouvido por ocasião do pedido.

Não se deve esquecer que, segundo norma inserta no art. 123 da Lei n. 7.210/1984, 'A autorização será concedida por *ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:*

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, e um quarto, se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.' (Grifamos)

Por conseguinte, mostra-se evidente que a lei condiciona, para a concessão do benefício das saídas temporárias, que, além da necessidade do apenado preencher certos requisitos especiais, previamente, devem ser ouvidos, em todos os pedidos, o Ministério Público e a Administração Penitenciária.

Disso resulta que as saídas automatizadas, sem a indispensável ouvida do Ministério Público, no cumprimento de seu mister fiscalizador, encontram impedimentos legais no art. 123 da Lei de Execuções Penais.

A respeito do tema em debate, essa colenda Corte já se pronunciou, nos termos do julgado abaixo transcrito:

'Recurso especial. Saída temporária. Necessidade de oitiva do Ministério Público.

'Para que seja concedido o benefício das saídas temporárias, a lei estabelece que, previamente, além de o apenado preencher certos requisitos especiais, devem ser ouvidos, em todos os pedidos, o Ministério Público e a administração do presídio.'

'A automatização das saídas subseqüentes à primeira sem ser ouvido o órgão fiscalizador, encontra óbices legais (arts. 67 e 123, ambos da LEP.)'

Recurso conhecido e provido". (Resp n. 571.479-RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 02.02.2004)

Os aludidos dispositivos legais, em assim sendo, foram flagrantemente contrariados.

De igual modo, demonstrada, satisfatoriamente, a divergência jurisprudencial.

Nesse sentido, recente julgamento dessa colenda Turma:

'Criminal. REsp. Execução. Saída temporária automatizada. Delegação administrador do presídio, acerca da conveniência. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido.

I - A Lei de Execuções Penais é clara ao definir a competência do Juízo da Execução para a concessão, por decisão motivada, de saída temporária — a qual deverá obedecer aos requisitos objetivos e subjetivos — atribuindo, ao Ministério Público, o poder de fiscalização.

II - A delegação, ao Administrador do Presídio, da avaliação sobre a conveniência da saída temporária do preso, nega vigência aos termos da Lei de Execuções Penais.

III - Irresignação que merece ser provida para, cassando-se o acórdão recorrido, determinar-se ao Juízo da Execução que se manifeste, nos termos da Lei de Execuções Penais, acerca do pedido de saída temporária do preso.

IV - Recurso conhecido e provido.' (REsp n. 626.219-RS, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.08.2004)"

À vista do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

RECURSO ESPECIAL N. 172.968-MG (1998,0031147-5)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Recorrido: Mário Francisco dos Santos
Repr. por: Simone Maria dos Santos
Advogados: Edilson Gomes e outros

EMENTA

Civil e Processual. Ação de investigação de paternidade. Revelia do pai investigado. Julgamento antecipado da lide. Recurso do Ministério Público. **Custos legis**. Apelação não recebida. Agravo de instrumento improvido. Legitimidade e interesse recursal. CPC, arts. 3, 320, II, e 499, § 2, Exegese.

I - A legitimidade do Ministério Público para apelar das decisões tomadas em ação de investigação de paternidade, onde atua na qualidade de **custos legis** (CPC, art. 499, § 2º), não se limita à defesa do menor investigado, mas do interesse público, na busca da verdade real, que pode não coincidir, necessariamente, com a da parte-autora.

II - Destarte, decretada em 1º grau a revelia do investigado, mas sem que qualquer prova da paternidade ou elementos de convicção a respeito tenham sido produzidos nos autos, tem legitimidade e interesse em recorrer da sentença o Ministério Público.

III - Recurso especial conhecido e provido, para determinar o processamento da apelação do *Parquet*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas cons-

tantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 29 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 18.10.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório que integra o acórdão recorrido, *verbis* (fl. 93):

“O Ministério Público, por seu Promotor de Justiça da 3ª Vara da Comarca de Uberaba interpôs agravo de instrumento contra decisão do Juiz a **quo** que deixou de receber seu recurso de apelação, nos autos da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos ajuizada por Mário Francisco dos Santos, representado por sua mãe Simone Maria dos Santos contra Regis Humberto Bazaga.

Entendeu a sentença hostilizada que não houve, **in casu**, interesse do Ministério Público para recorrer, porque a ação foi julgada procedente, ou seja, o objetivo do menor foi alcançado. E mais, a indisponibilidade estaria afeta aos direitos do menor.

Inconformado com a decisão, o Ministério Público apelou, alegando a sua legitimidade e interesse para interposição do recurso, pois o Juiz monocrático, ao julgar antecipadamente a lide em face da revelia do réu, aplicou-lhe seus efeitos, ou seja declarou a paternidade, fixando os alimentos, mesmo com seu requerimento para especificação de provas pelo autor, contrariando, assim, dispositivo de lei.

À fl. 81, foi determinada a intimação do agravado, dando-se vista à Procuradoria Geral de Justiça.

O agravado deixou de apresentar sua resposta.

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 87/91, opinou pelo provimento do recurso.”

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por maioria, negou provimento ao agravo (fls. 95/104).

Opostos embargos de declaração (fls. 108/114), foram os mesmos rejeitados às fls. 117/118.

Inconformado, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe, pela letra a do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial alegando, em resumo, que a promotoria se insurgiu contra o julgamento antecipado da lide, em decorrência da decretação da revelia do pai investigado, porquanto tal espécie de ação versa sobre direitos indisponíveis (CPC, art. 320, II), alusivos ao estado de filiação, que é referente a ambas as partes e não apenas ao menor. Aduz que a intervenção do *Parquet* decorre do estado da pessoa, e não porque o investigante é menor, tanto que também atua como *custos legis* quando maior de idade.

Argüi, reportando-se ao voto vencido, que na ação que discute direito de filiação é inaplicável a revelia, cabendo ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito.

Invoca contrariedade ao art. 499, § 2, do CPC, e dissídio jurisprudencial, com base na Súmula n. 99-STJ.

Sem contra-razões (fl. 139).

O recurso especial foi admitido no Tribunal de origem pelo despacho presidencial de fls. 140/141.

Parecer da douta Subprocuradoria Geral da República pelo Dr. Henrique Fagundes, no sentido do não-conhecimento do recurso (fls. 148/151).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Julgada procedente ação de investigação de paternidade cumulada com pensão alimentícia, em que o réu, citado, não compareceu, sendo decretada a sua revelia, insurge-se o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, mediante agravo de instrumento, contra o despacho que não recebeu a sua apelação, ao argumento de que lhe faltava interesse processual.

Confirmada a decisão pelo Tribunal **a quo**, sustenta o recorrente ofensa ao art. 499, § 2, do CPC, porquanto ele figura no processo, na qualidade de **custos legis** unicamente para velar pelo interesse do menor, esse múnus se estende ao processo como um todo e, em se tratando de direito indisponível – ação de estado de pessoa – que se refere a ambas as partes, e ainda há interesse público. Justamente por isso, a matéria debatida na apelação, a revelia, teria de ser examinada pela Corte estadual.

Tenho que assiste razão ao *Parquet* quando defende que na atuação como fiscal da lei, ela se faz de forma independente de ser o resultado, em si, favorável

à parte supostamente mais indefesa, caso do menor investigante, aqui representado por sua mãe, mediante advogado constituído nos autos. É que, especialmente na ação atinente ao estado das pessoas, busca-se a verdade real, pelos inúmeros efeitos que advêm do reconhecimento, por exemplo, dos laços consanguíneos, a envolver não apenas a figura do pai investigado, porém de todos os seus parentes, notadamente outros filhos espontaneamente reconhecidos.

Em tais condições, sendo *ex vi legis* a intervenção do Ministério Público, não há sentido em somente se lhe emprestar o direito de recorrer quando, aparentemente, houver desvantagem para o menor. Como bem argumentado nas razões, ele também atua nas investigações quando se cuida de maior investigante.

A legitimidade, pois, ocorre em razão da natureza da causa, nos termos do art. 499, § 2, *litteris*:

“§ 2 O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.”

É certo que o despacho atacado não lhe retirou a legitimidade exatamente, limitando-se a distinguir, com base em precedentes do STJ, entre interesse e legitimidade, em face da norma do art. 3 do CPC (“Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade” (fls. 13/19). Ao fazê-lo, o MM. Juiz de Direito aduziu razões atinentes apenas ao interesse do *Parquet* em proteger o menor, olvidando que, como acima explicitado, esse interesse pode, eventualmente, extrapolar aquele âmbito, pela necessidade de zelar pela observância do devido processo legal e do expurgo de vícios nos atos jurídicos, *v.g.*

Para melhor compreensão, transcrevo excerto do voto condutor do acórdão estadual, do eminente Desembargador José Brandão de Resende (fls. 101/103):

“Como fiscal da lei, a atuação ministerial também se desdobra no processo: ora fiscaliza a forma processual, pugnano pela aplicação dos princípios do processo, mormente aqueles erigidos à condição de constitucionais, como o direito à tutela jurisdicional, devido processo legal, imparcialidade do juiz, contraditório e regular procedimento, ora defendendo o incapaz, ‘uma vez que, habitualmente, a defesa desta é débil, porquanto outrem (o seu representante) é quem atua em seu nome. Imprescindível, portanto, que o Estado supra essa inferioridade processual, defendendo ele próprio o incapaz, com o que o equilíbrio exigido no contraditório (no *due process of law*) ficará atendido’ (“Manual de Direito

Processual Civil”, José Frederico Marques, Ed. Saraiva, 1º vol., p. 289), ora defendendo interesse de ordem pública, ou direitos indisponíveis, pondo em destaque aquilo que vai de encontro ao interesse público, ativando o processo, suprindo a inércia das partes, ou impedindo avenças ocultas em fraude à lei nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade, ora como parecerista ou ‘órgão judicial consultivo, técnico, podendo externar o que pensa pró ou contra quaisquer comunicações de vontade feitas ao juiz’ (“Comentários ao CPC”, Pontes de Miranda, Forense, Tomo VII, p. 71). No primeiro caso, como defensor da ordem processual, pode o Ministério Público recorrer sempre que houver infringência aos princípios e normas processuais atinentes à espécie. Indeferidos os seus requerimentos, interesse terá em agravar de instrumento. Prolatada a sentença com vícios processuais ou procedimentais, interesse ficará patenteado para apelar. No segundo caso, somente terá interesse em recorrer se o incapaz sofrer gravame ou qualquer tipo de sucumbência. No terceiro caso somente poderá recorrer se indeferidos os seus requerimentos visando à defesa do interesse público, mormente se a providência solicitada e indeferida for de legalidade manifesta. No quarto caso, quando atua como parecerista, se a sentença for contrária ao seu ponto de vista jurídico e ao direito individual da parte, não terá o órgão ministerial interesse em recorrer. Conforme enfatizado por Barbosa Moreira (“Comentários ao CPC”, Forense, vol. V, p. 238). ‘Deve aferir-se ao ângulo prático a ocorrência da utilidade, isto é, a relevância do proveito ou vantagem cuja possibilidade configura o interesse em recorrer. A razão de ser do processo não consiste em proporcionar ocasião para o debate de puras teses, sem conseqüências concretas para a fixação da disciplina do caso levado à apreciação do juiz. Nem pode a atividade do aparelho judiciário do Estado intervir de instrumento para a solução de questões acadêmicas’.

Diz o recorrente que o seu interesse em recorrer está evidenciado na necessidade de observância do direito objetivo, ou seja, a correta aplicação da lei ao caso concreto - a sentença justa. **Data venia** não pode ser esta a melhor exegese, porque se assim fosse, o Ministério Público deveria atuar em todos os processos como **custos legis** e não somente naqueles exaustivamente elencados no art. 82 do Estatuto Processual Civil, já que em todos os processos o julgador há

de se observar o direito objetivo aplicando corretamente a lei ao caso concreto. Ao Ministério Público, conforme afirmado, surge o interesse de recorrer se o pronunciamento judicial contraria o fim que ditou a presença do órgão ministerial no processo.”

Voltando à sentença, esta registra que “se existe direito indisponível, este é do investigante e não do investigado, pelo que perfeitamente aplicável em favor do menor investigante os efeitos da revelia” (fl. 25, sic, destaqui).

Conquanto impressione a argumentação, penso que não é possível fazer-se essa distinção.

É que, como antes ressaltado, a ação de estado de pessoa torna indisponível também a vontade do investigado na busca da verdade real, que é de interesse público. E o **custos legis** exercido pelo Ministério Público vai a tanto, não pode ser mitigado.

Daí, nessa situação, a revelia do investigado não exclui ou impede a intervenção do *Parquet*, que não se restringe à defesa do interesse do menor. Ele defende o interesse público. E esse interesse público prevalece sobre o particular, quer seja do investigante ou do investigado.

Na espécie em exame, houve a revelia e não foram, ao que se diz, apresentados quaisquer outros elementos comprobatórios da relação ou vinculação da mãe do investigante com o investigado. Pode, assim, o Ministério Público, que legalmente intervém obrigatoriamente no feito, impugnar os efeitos da revelia aplicados pelo juiz singular, requerer provas, etc.

Ante o exposto, sem embargo de reconhecer a juridicidade do entendimento sufragado pelo Tribunal a **quo**, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para prover o agravo de instrumento e, conseqüentemente, determinar o processamento da apelação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 244.847-SP (2000,0001419-2)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Recorrente: Maria Cristina Marques Pereira
Advogados: Diva Iracema Pasotti Valente e outro
Recorrido: Amil Assistência Médica Internacional Ltda
Advogados: Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho e outros

EMENTA

Plano de saúde. Cláusula de exclusão. Aids.

I - A cláusula de contrato de seguro-saúde excludente de tratamento de doenças infectocontagiosas, caso da Aids, é nula porque abusiva.

II - Nos contratos de trato sucessivo aplicam-se as disposições do CDC, ainda mais quando a adesão da consumidora ocorreu já em sua vigência.

III - Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 19 de maio de 2005 (data do julgamento) .

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator

DJ 20.06.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Trata-se de recurso especial fundado na alínea a do permissivo constitucional alegando ofensa ao art. 51, §

1, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Insurge-se contra acórdão assim ementado (fl. 406):

“Seguro-saúde. Exclusão expressa da cobertura de tratamento da Aids. Admissibilidade. Aplicação do art. 1.460, c.c. os arts. 1.432 e 1.434, todos do Código Civil. Medida cautelar. Preenchimento, até a contestação da lide principal, dos requisitos dos arts. 796 e ss., do CPC. Embargos infringentes acolhidos para julgar improcedente a ação principal e parcialmente procedente acautelar.”

Sustenta a recorrente que a cláusula contratual que limita o tratamento de doenças infectocontagiosas, no caso a Aids, é abusiva, devendo ser declarada nula.

Em contra-razões, a empresa seguradora afirma que a cláusula limitadora é válida e legal e, ainda, que o contrato é anterior ao Código de Defesa do Consumidor, portanto, suas disposições a ele não se aplicam.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O pleito da recorrente deve ser concedido, pois forçoso o reconhecimento da ineficácia de cláusula contratual que exclui obrigação de tratamento de doenças infecto contagiosas, porquanto não guarda o necessário equilíbrio entre os contratantes.

Esse é o entendimento agasalhado por esta Corte, como se pode ver, entre outros, das seguintes ementas:

“Processual Civil. Civil. Recurso especial. Embargos de declaração rejeitados. Inexistência de omissão. Seguro-saúde. Invalidade de cláusula restritiva de cobertura de tratamento de Aids. Obrigação de reembolsar despesas médicas.

(...)

É inválida a cláusula que exclui da cobertura do seguro-saúde o tratamento de Aids, tendo em vista tratar-se de contrato de adesão, em que inserido dispositivo exageradamente desfavorável ao segurado, parte mais fraca da relação jurídica, e que esta cláusula fere a natureza mesma do seguro-saúde.

(...)” (REsp n. 304.326-SP, Relatora-Ministra Nancy Andriahi, DJ 03.02.2003) .

“Civil e Processual. Seguro-saúde. Tratamento de Aids. Cláusula restritiva. Abusividade. Falta de destaque. CDC, art. 54, § 4º.

(...)

II. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça está firmado o entendimento de que a cláusula de exclusão de tratamento de Aids é nula, por abusiva, e mais ainda quando sequer atendeu ao requisito no art. 54, § 4º, do CDC, de ser redigida com destaque, de modo a permitir ao segurado a sua devida compreensão.

III. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 258.007-SP, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 25.11.2002).

“Processual Civil. Recurso adesivo. Plano de saúde. Cláusula de exclusão. Portador do vírus da Aids. Aplicação da Súmula n. 182 desta Corte.

(...)

II - A cláusula de contrato de seguro-saúde excludente de tratamento de doenças infectocontagiosas, caso da Aids, não tem qualquer validade porque abusiva.

III - Agravo regimental não conhecido” (AgRg no REsp n. 251.722-SP, de minha relatoria, DJ 19.11.2001).

De outro lado, não prospera o argumento da recorrida sobre a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

É bem verdade que esta Corte tem jurisprudência firmada sobre a não aplicação da legislação consumerista aos contratos anteriores a sua vigência.

Na espécie, o contrato de plano de saúde foi firmado pela empregadora da recorrente com a empresa seguradora recorrida em 1º.10.1989 e a recorrente veio a aderir-lo em 1º.04.1992.

Todavia, **in casu**, tenho que é aplicável o CDC, visto que cuida-se de avença por tempo indeterminado de longa duração e de execução continuada. Como cediço, os contratos de trato sucessivo renovam-se a cada pagamento efetuado, o que confirma o interesse das partes em sua manutenção.

Além disso, a recorrente somente aderiu como beneficiária co-obrigada após a vigência do referido Código, portanto, parece-me desarrazoada a exclusão de sua proteção.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Filho: Acompanho o ilustre Ministro-Relator, ressaltando a possível alteração de posição futura.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 293.874-SP (2000,0135592-9)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Daniela Gavioli Ferreira

Assistida por: Cleusa Gavioli Ferreira

Advogado: José Carlos de Cerqueira

Recorrida: Real Expresso Ltda

Advogados: Marilene Lautenschlager e outros

EMENTA

Responsabilidade civil. Transação extrajudicial celebrada pela mãe em nome de filha menor absolutamente incapaz. Ato que extrapola a simples gerência e administração do patrimônio. Autorização judicial e intervenção do Ministério Público imprescindíveis.

“A transação, por ser negócio jurídico bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-la em nome dos filhos menores independentemente de autorização judicial. Realizada nestes moldes não pode a transação ser considerada válida, nem eficaz a quitação geral oferecida, ainda que pelo recebimento de direitos indenizatórios oriundos de atos ilícitos.” (REsp n. 292.974-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi)

Uniformização da jurisprudência pela colenda Segunda Seção: “São indispensáveis a autorização judicial e a intervenção do Ministério Público em acordo extrajudicial firmado pelos pais dos menores, em nome deles, para fins de receber indenização por ato ilícito.” (EResp n. 292.974-SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira)

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente

julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ 13.12.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Daniela Gavioli Ferreira, menor assistida por sua mãe, Cleusa Gavioli Ferreira, ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra a "Real Expresso Ltda", sob a alegação de que, em 09.11.1991, seu pai, Nelson dos Santos Ferreira, faleceu em decorrência de acidente ocorrido com um ônibus de propriedade da ré, em que viajava como passageiro.

A demandada, em audiência, apresentou resposta, sustentando, preliminarmente, ser a autora carecedora de ação, uma vez que entre as partes foi realizada transação em que a menor, à época representada por sua mãe, deu à requerida plena, geral e irrevogável quitação. Tal preliminar foi afastada na mencionada audiência, em razão do que interpôs agravo retido.

O MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, apreciando o agravo retido, reconsiderou a decisão agravada e, acolhendo a preliminar, julgou "extinto o processo, sem apreciação do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, reconhecendo ser a autora Daniela Gavioli Ferreira (menor assistida por sua mãe, Cleusa Gavioli Ferreira), carecedora de ação (falta de interesse de agir) que ajuizou em face de Real Expresso Ltda" (fls. 383/ 386).

A Sétima Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, à unanimidade de votos, negou provimento ao apelo da autora, em acórdão cujos fundamentos se resumem na seguinte ementa:

"Responsabilidade civil. Reparação de danos. Acordo envolvendo interesse de menor, celebrado antes da propositura da ação. Não se é de dizer nula a transação, de que participe menor, devidamente representada por sua genitora, que lhe detém o pátrio poder. Alegação de nulidade descabente, se a transação a mãe a praticou nos limites da administração dos bens da filha. Apelo da menor improvido." (Fl. 529).

Inconformada, a acionante manifestou recurso especial com arrimo nas alíneas a e c do permissor constitucional, apontando violação do art. 386 do Código Civil/1916, além de divergência com julgado do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Sustentou, em suma, que “a transação de fl. 131, celebrada pela mãe da recorrente, que na época da transação era absolutamente incapaz, impôs a ela obrigação de aceitar como válida a transação celebrada, pelo valor nela estipulado, sem que ela tivesse capacidade legal para tal entendimento, além de renunciar em nome dela outros direitos, e isso é norma de disposição, que ultrapassa sim aos limites de mera administração, cuja validade requeria inafastavelmente o consentimento judicial, ao contrário do que entende o acórdão recorrido”.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): A autora, à época, menor absolutamente incapaz, representada por sua genitora, em conformidade com o recibo constante de fl. 131, celebrou a transação com a ré em torno do acidente havido com o coletivo de propriedade desta última, em virtude do qual o seu pai veio a falecer, dando-lhe plena, geral e irrevogável quitação.

A questão jurídica enfocada neste feito diz com a interpretação do art. 386 do antigo Código Civil e consiste em saber se a transação extrajudicial realizada pela mãe com a ré, em nome da menor, ultrapassou ou não os poderes de simples administração de seu patrimônio.

O tema já passou pelo crivo desta Corte em algumas oportunidades. A Quarta Turma, quando do julgamento do REsp n. 4.129-MG, de minha relatoria, entendeu ser válida a transação extrajudicial efetivada pela mãe, uma vez que inserida dentre os poderes de administração inerentes ao poder familiar. Todavia, dessa orientação dissentiu a colenda Terceira Turma ao apreciar o REsp n. 292.97 4-SP, de que foi Relatora a Ministra Nancy Andrichi, em acórdão que porta a seguinte ementa:

“Recurso especial. Indenização por danos materiais e morais. Transação extrajudicial celebrada pelo pai, em nome dos filhos menores. Recebimento de direitos indenizatórios por atos ilícitos relativos. Quitação geral. Pátrio poder. Poderes de administração dos bens dos filhos. Ato que extrapola a

simples gerência e conservação do patrimônio dos menores. Autorização judicial. Imprescindibilidade. Intervenção do Ministério Público. Obrigatoriedade. Art. 82, II, do CPC.

O Código Civil outorga aos pais amplos poderes de administração sobre os bens dos filhos, mas estes não abrangem os atos que extrapolem a simples gerência e conservação do patrimônio do menor. Não podem, assim, praticar atos de disposição, a não ser nos casos especiais mencionados no art. 386 do CC, mediante as formalidades legais exigidas.

A transação, por ser negócio jurídico bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-la em nome dos filhos menores independentemente de autorização judicial. Realizada nestes moldes, não pode a transação ser considerada válida, nem eficaz a quitação geral oferecida, ainda que pelo recebimento de direitos indenizatórios oriundos de atos ilícitos.

O Ministério Público atua para proteger interesses indisponíveis. No rol destes estão os relacionados à **patria potestas**. É de interesse do Estado assegurar a proteção da relação que envolve pais e filhos. Neste diapasão, quaisquer questões relativas aos direitos de ordem patrimonial dos filhos, assim como, aqueles que concernem ao usufruto e administração pelos pais sobre seus bens, transcendem a órbita do direito privado e justificam a atuação do Ministério Público na causa concernente, com arrimo no art. 82, inciso II, do CPC.

Com vistas a impedir atos fraudulentos ou o propiciar de perdas desvantajosas para o menor, competirá ao Ministério Público, nestes casos, coadjuvar seu representante na defesa dos interesses que estão afetos ao incapaz, bem como, fiscalizar os negócios por ele praticados que impliquem vedada disposição de bens. Tal participação é obrigatória, sob pena de nulidade.

Recurso especial a que se nega provimento.”

A Ministra-Relatora, em seu douto voto, destacou o aspecto de que a norma do art. 386 do Código Civil/1916 é de cunho cogente e, por estar diretamente ligada ao interesse do menor, não pode ser derogada por convenção das partes. Ademais, assinalou que “a transação extrajudicial, negócio jurídico bilateral, implica sempre concessões recíprocas; não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-la, independentemente de autorização judicial”.

Portanto, tal diretriz veio a prevalecer no seio da colenda Segunda Seção, por maioria de votos. Foram levados a exame daquele órgão julgador os Embargos de Divergência no REsp n. 292.974-SP, sob a relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, restando assim assentado em verdadeira uniformização jurisprudencial que:

“Civil e Processual Civil. Embargos de divergência. Dissídio configurado. Ação indenizatória. Transação extrajudicial. Interesse de menor. Validade. Autorização judicial e anuência do Ministério Público: obrigatoriedade. Código Civil, art. 386. Declaração de quitação. Interpretação restritiva. Precedentes. Embargos desprovidos.

I - São indispensáveis a autorização judicial e a intervenção do Ministério Público em acordo extrajudicial firmado pelos pais dos menores, em nome deles, para fins de receber indenização por ato ilícito.

II - A transação firmada sem observância desses requisitos não impedirá o ajuizamento da ação correspondente, ressalvando-se, no entanto, a dedução, a final, do valor pago no acordo, para evitar o enriquecimento sem causa.

III - A jurisprudência deste Tribunal, mesmo nos casos em que não haja interesse de menor, tem decidido que a declaração de plena e geral quitação deve ser interpretada **modus in rebus**, limitando-se ao valor nela registrado. Em outras palavras, ‘o recibo fornecido pelo lesado deve ser interpretado restritivamente, significando apenas a quitação dos valores a que refere, sem obstar a propositura de ação para alcançar a integral reparação dos danos sofridos com o acidente’.”

Nesses termos, diante do que restou decidido pelo órgão incumbido de uniformizar a jurisprudência no âmbito desta Corte, dúvida não paira de que a transação extrajudicial, realizada pela genitora em nome da menor, por importar em disposição de direitos indenizatórios do incapaz, extrapola sobremaneira os denominados atos de simples administração, razão por que a consequência inexorável é o decreto de sua invalidade.

Releva notar que este Órgão Fracionário do Tribunal, há poucos dias, julgou o REsp n. 171.918-MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, mas nele o acordo impugnado teve a assistência do Ministério Público.

Em suma, o acórdão recorrido não somente malferiu a regra do art. 386 do CC/1916, como ainda dissentiu do aresto carreado como paradigma pela recorrente.

Isso posto, conheço do recurso por ambas as alíneas do admissor constitucional e dou-lhe provimento, a fim de que, afastada a extinção do processo sem conhecimento do mérito, os autos retornem ao 1º grau para prosseguimento, na forma da lei.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 439.509-SP (2002,0068031-0)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrida: RSPP - Previdência Privada

Advogados: André Gustavo Salvador Kauffman e outros e Eduardo Galdão de Albuquerque e outros

EMENTA

Ação civil pública. Interesses individuais homogêneos. Legitimação do Ministério Público.

— Tratando-se de tutela de interesses individuais homogêneos, o Ministério Público é parte legítima para intentar a ação civil pública. Arts. 81, parágrafo único, III, combinado com o art. 82, I, do CDC. Art. 21 da Lei n. 7.347, de 24.07.1985.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 18 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Relator

DJ 30.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a “GNPP Sociedade Nacional de Previdência Privada”, com a atual denominação de “Montepar Sociedade Nacional de Previdência Privada”, visando obter a declaração de que os benefícios devidos pelos planos de previdência privada contratados com a ré estão sujeitos aos reajustes decorrentes da correção monetária, assim como, de

que, em caso de rescisão ou desistência, os segurados têm direito à restituição das quantias depositadas de modo atualizado.

Às fls. 570/573 o MM. Juiz de Direito rejeitou, dentre outras, a preliminar de ilegitimidade de parte ativa. Contra essa decisão a ré interpôs agravo na forma retida.

A ação foi julgada procedente para “declarar como certa a relação jurídica entre a ré e todos os seus segurados cujos benefícios deverão ser reajustados na forma dos itens a e b da petição inicial e que, em caso de desistência ou rescisão, os segurados terão direito à restituição das quantias depositadas, com a atualização devida a partir da data dos depósitos até o efetivo resgate, pelos índices indicados nos itens anteriores.” (Fls. 914/915)

A Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, deu provimento ao agravo retido para declarar a ilegitimidade de parte ativa do Ministério Público, prejudicado o apelo da ré. Eis os fundamentos do acórdão, no que ora interessa:

“(…) ‘não tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais plúrimos, que não se confundem com interesses coletivos’ (JTJ 208/9; idem 196/9).

O caso dos autos revela interesse de um grupo de pessoas que contratou benefícios previdenciários com a empresa GNPP Sociedade Nacional de Previdência Privada, que não evidencia manifesto interesse social a justificar a intervenção do Ministério Público como autor civil público.

Ante o exposto, dão provimento ao agravo retido para extinguir o processo sem decisão de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, restando prejudicada a apelação. Reembolso de custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da ação pela Fazenda do Estado de São Paulo.” (Fls. 1.072/1.073)

Rejeitados os declaratórios, o Ministério Público Estadual manifestou este recurso especial com fundamento na alínea a do admissivo constitucional, apontando afronta aos arts. 535,II, do CPC; 1ª, 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor; 17,18 e 19 da Lei n. 7.347/1985. Arguiu a nulidade do julgado por não haver suprido a omissão apontada. De outro lado, sustentou a sua legitimidade de parte ativa *ad causam*, uma vez que os segurados representam uma coletividade de consumidores vinculados à ré por uma mesma relação consumerista. Asseverou que o propósito da ação é assegurar a higidez do sistema de captação de poupança pública na área de previdência privada. Por fim, reque-

reu o cancelamento da condenação relativa aos ônus sucumbenciais, uma vez comprovada a má-fé.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi inadmitido na origem, subindo os autos a este Tribunal por força do provimento do Agravo n. 332.611-SP.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Inexiste a omissão atribuída ao v. acórdão. Apreciou ele a questão substancial concernente à legitimação do Ministério Público para intentar a ação civil pública, decidindo-a com os fundamentos que lhe pareceram pertinentes. Prescindível é que o julgado faça alusão a cada uma das normas infraconstitucionais invocadas pelos litigantes.

2. Acha-se satisfeito, no caso, o requisito do prequestionamento, pois a matéria versada no acórdão recorrido disse respeito à ilegitimidade de parte ativa do Ministério Público Estadual para propor a ação civil pública, tema que ora é enfocado no apelo especial interposto.

3. Trata-se, no caso, da defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, uma vez que o objeto da pretensão diz respeito a grupo determinado ou determinável de pessoas que compartilham prejuízos de origem comum.

A jurisprudência desta Casa orienta-se francamente no sentido de se admitir a legitimidade do Ministério Público em tais hipóteses, quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição (REsps ns. 168.859-RJ, 177.965-PR e 404.239-PR, todos de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar). Nessa linha também pode ser mencionado o REsp n. 105.215-DF, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no qual se pleiteou em ação coletiva:

“a) à nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) à indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) à obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula”.

Tenho que, nessas condições, o acórdão recorrido, ao negar legitimação ao *Parquet* Estadual para propor esta ação civil pública, contrariou os arts. 81, parágrafo único, III, e 82, I, da Lei n. 8.078, de 11.9.1990, e 21 da Lei n. 7.347, de 24.07.1985.

Não se vê incompatibilidade entre a regra inscrita no art. 82, I, da Lei n. 8.078, de 11.09.1990, c.c. o art. 81, parágrafo único, III, do mesmo diploma legal,

e a norma do art. 127 da Constituição da República. A circunstância de a preceituação constitucional aludir à defesa dos interesses individuais indisponíveis não obsta a que o legislador ordinário confira legitimação ao *Parquet* para agir em defesa de direitos que, embora disponíveis, contenham suficiente abrangência ou repercussão social, para utilizar as expressões empregadas por **Hugo Nigro Mazzilli** (ob. citada, p. 69). As disposições legais não entram em choque com a norma constitucional; na verdade, ajusta-se ao espírito que norteou o legislador constituinte. Do mesmo escoliasta retiro, a respeito, as seguintes observações:

“Quando é que o Ministério Público age em defesa do consumidor?”

Para alguns, a instituição só deve defender interesses difusos e coletivos dos consumidores, pois só a estes se refere o art. 129, III, da Constituição. Sob esta interpretação, ficaria excluída a defesa de interesses individuais homogêneos.

Para outros, ao contrário, a conjunção dos arts. 81 e 82 do CDC permite a defesa de quaisquer interesses transindividuais pelo Ministério Público.

A crítica a essas posições já a fizemos no Cap. 4, n. 14. Ora acrescentamos que não basta que a lei ordinária presuma a existência de um interesse social para obrigar à sua defesa pelo Ministério Público, pois isto seria o mesmo que permitir que o legislador infraconstitucional pudesse pô-lo em defesa de interesses incompatíveis com sua finalidade institucional.

A nosso ver, a resposta à indagação acima formulada dependerá do tipo de interesse ou do pedido a ser formulado.

A atuação do Ministério Público sempre é cabível em defesa de interesses difusos, em vista de sua abrangência. Já em defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, atuará sempre que a) haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, ainda que potencial; b) seja acentuada a relevância do bem jurídico a ser defendido; c) esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico.

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgamentos, admitiu a legalidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública versando a discussão sobre a legitimidade de cobrança de mensalidades escolares, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social. Por sua vez, o plenário do Supremo Tribunal Federal para propor ação civil pública em defesa de interesses coletivos ligados ao reajuste de mensalidades escolares.

Assim, se a defesa de interesse coletivo ou individual homogêneo convier à coletividade como um todo, deve o Ministério Público assumir sua tutela. Nos casos de interesses de pequenos grupos, sem características de indisponibilidade ou sem suficiente abrangência social, não se justificará a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público" (ob. citada, pp. 131/132).

Forçoso reconhecer, no caso em tela, o interesse social compatível com a finalidade da instituição autora, uma vez que o seu objetivo maior aqui é resguardar os interesses de segurados da entidade de previdência privada, de danos em face interpretação que a referida pessoa jurídica vem conferindo aos contratos e planos com ela celebrados.

4. Isso posto, conheço, em parte, do recurso e, nessa parte, dou-lhe provimento, a fim de que, afastada a ilegitimidade do Ministério Público Estadual, a egrégia Câmara julgue a apelação como entender de direito.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe provimento, com ressalva do meu ponto de vista.

Promotores de Justiça tomaram posse no Ministério Público do Rio

No dia 11 de janeiro de 2008, *Diego Abreu dos Santos Flores da Silva, Márcia de Oliveira Pacheco e Renata Vianna Soares*, promotores substitutos aprovados no XXIX Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira do Ministério Público, tomaram posse, por decisão judicial em mandado de segurança, em sessão solene realizada no *foyer* do 9º andar do edifício sede da Procuradoria-Geral de Justiça.

A sessão foi aberta às 10h pelo Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, que convidou a Promotora de Justiça *Márcia de Oliveira Pacheco* para se dirigir à tribuna a fim de fazer o juramento em nome de todos.

Após leitura do termo de posse pelo Secretário-Geral, *Ronaldo de Medeiros e Albuquerque*, os novos promotores assinaram o documento e receberam o ato de nomeação entregue pelo Presidente do Conselho Superior do Ministério Público.

Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou residência em comarca

Segundo Resolução nº 26, de 17 de dezembro de 2007, do CNMP, o promotor fica obrigado a residir na comarca onde atua e o não-cumprimento da determinação, sem a devida autorização, caracterizará infração funcional sujeita a processo administrativo disciplinar, conforme respectiva Lei Orgânica. O Procurador-Geral, no entanto, poderá autorizar moradia fora da comarca, em caráter excepcional e por meio de ato motivado, além de o membro precisar cumprir alguns requisitos tais como já ter atingido a vitaliciedade.

1º Simpósio FEMPERJ — Cinco Anos do Código Civil

A Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – FEMPERJ – promoveu seu primeiro simpósio, intitulado “1º Simpósio FEMPERJ — Cinco Anos do Código Civil”, com objetivo de abordar inovações ocorridas em cinco anos da Lei 10.406/2002 — o Código Civil.

O evento aconteceu no Auditório do edifício-sede da Procuradoria-Geral de Justiça, em 11 de fevereiro, das 9 às 18h e contando com a presença do Subprocurador-Geral de Justiça, *Cláudio Soares Lopes*, representando o Procurador-Ge-

Obs.: Dados extraídos do sítio da Intranet do MPRJ.

ral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*; do Presidente da FEMPERJ, *José Maria Leoni Lopes de Oliveira*, além de ilustres convidados tais como: o Desembargador *Silvio Capanema*, o Dr. *Ricardo Lira*, o Dr. *Luiz Tubenclak Filho*, a Defensora Pública *Judith Regis Moreira Rocha*, o Dr. *Carlos Roberto Barbosa Moreira*, e o Defensor Público *Luiz Paulo Vieira de Carvalho*.

MP indica nomes para cargo de Desembargador do TJ

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro escolheu, no dia 25 de janeiro, por meio de seu Conselho Superior, a lista sêxtupla de Procuradores de Justiça para preenchimento de vaga ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça. Os nomes foram escolhidos de uma lista de oito concorrentes.

Os procuradores eleitos pelo Conselho foram:

Celma Pinto Duarte Carvalho Alves, 10 votos;

José Muiños Piñeiro Filho, 10 votos;

Carlos Roberto de Castro Jatahy, 10 votos;

Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira, 10 votos;

Maria Ignez Carvalho Pimentel, 9 votos;

Renata Machado Cotta Buhatem, 6 votos.

Candidato ao cargo de Desembargador do TJ foi escolhido pelo Governador

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro escolheu, a partir da lista sêxtupla elaborada pelo Conselho Superior do Ministério Público e composta por Procuradores de Justiça, os três candidatos ao cargo de Desembargador. Os escolhidos, *José Muiños Piñeiro Filho*, *Carlos Roberto de Castro Jatahy* e *Renata Machado Cotta Buhatem* compunham a lista submetida ao Governador do Estado, *Sérgio Cabral*, que, no dia 12 de fevereiro, nomeou *José Muiños Piñeiro Filho*, ex-Procurador-Geral de Justiça, para exercer o cargo.

Conselho Nacional de Procuradores-Gerais comemorou

O décimo quinto aniversário da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público foi comemorado com um evento realizado nos dias 14 e 15 de fevereiro, em Minas Gerais.

O ex-presidente *Itamar Franco*, que sancionou a lei, participou da comemoração que contou, ainda, com a presença de Procuradores-Gerais de Justiça de todo o país e presidentes de entidades ligadas ao Ministério Público.

Durante o evento, foram realizadas reuniões e apresentações de painéis sobre a lei. *Marfan Martins Vieira*, Presidente do CNPG, entregou uma placa em homenagem ao ex-Presidente *Itamar Franco* lembrando que o MP “desfruta de altíssimo índice de credibilidade junto aos diversos segmentos formadores da opinião pública”. Em seu discurso, *Itamar Franco* falou de um Ministério Público “extraordinariamente ampliado em suas funções e prerrogativas, dotado das condições necessárias para realizar um bom trabalho, como instituição permanente e autônoma à cotização dos direitos dos cidadãos, principalmente daqueles historicamente privados de qualquer acesso à Justiça”.

Palestra realizada por Maria Tereza Sadek

Maria Tereza Sadek, cientista social e coordenadora do projeto “Ministério Público – prerrogativas em questão: ataques, defesas e reflexões” em palestra realizada no dia 22 de fevereiro, às 14h, afirmou que o MP é instituição de expressão, que o crescimento de sua atuação vem provocando reações e que suas atribuições estão em questão. Esperado para a abertura do evento, o deputado federal e procurador de justiça aposentado, *Ibsen Pinheiro*, não compareceu por motivos de saúde.

Galeria de Retratos da Secretaria-Geral do Ministério Público ganha novos integrantes

A partir do dia 3 de março, duas novas fotos passaram a integrar a Galeria de Retratos da Secretaria-Geral do Ministério Público: a de *Eduardo Gussem*, Secretário-Geral de 17 de janeiro de 2005 a 31 de agosto de 2006, e de *Alberto Flores Camargo*, que ocupou o cargo no período compreendido entre o dia 1º de setembro de 2006 e 31 de janeiro de 2007.

Procuradores de Justiça unidos contra corrupção

Em apoio ao Ministério Público de Alagoas, que pediu o afastamento de membros da Mesa Diretora da Assembléia Legislativa estadual envolvidos no esquema de corrupção, reuniram-se, em Maceió, na manhã do dia 3 de março, Procuradores-Gerais de Justiça de todo o país. A operação denominada Taturana foi lançada pela Receita Federal juntamente com a Polícia federal e o Ministério Público visando a combater a sonegação fiscal, a obtenção fraudulenta de

financiamentos bancários e a lavagem de dinheiro. Segundo a Polícia Federal, deputados estaduais de Alagoas faziam parte de uma quadrilha que desviou mais de R\$ 280 milhões dos cofres públicos.

Presidente da Alerj foi recebido pelo Procurador-Geral

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Marfan Martins Vieira*, recebeu, em 19 de março, o Presidente da Assembléia Legislativa, *Jorge Picciani*, além de outros membros da Mesa Diretora da Alerj, que vieram reiterar o pedido de prisão preventiva dos seis acusados de participação nas fraudes do auxílio-educação. *Marfan* afirmou que os depoimentos podem levar a um número maior de pedidos de prisão e que a melhor estratégia, no momento, é aguardar o oferecimento da denúncia para depois requerer a prisão preventiva dos envolvidos no esquema criminoso. O Procurador-Geral explicou que depoimentos de vítimas colhidos pelo Assessor-Chefe da Assessoria de Feitos da Atribuição Originária Criminal, *Antônio José Campos Moreira*, indicam que os aliciadores estão tentando obstruir a investigação. Mencionou que algumas pessoas que prestaram depoimento no MP, embora muito carentes, apareceram acompanhadas de advogados, fato que causou estranheza. Acrescentou que o MP fará acaresões e levantará outros elementos de prova para definir a interferência dos aliciadores e de outras pessoas. A Coordenadoria de Segurança e Inteligência do MP já realizou diligências nos bairros onde moram os supostos funcionários-fantasma que estão sendo ouvidos.

EUA e Brasil contra o crime organizado

Brasil e Estados Unidos vão desenvolver um trabalho conjunto com o intuito de combater crimes tais como tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, corrupção e terrorismo. A Promotora de Justiça *Karine Moreno-Taxman*, Assistente do Procurador-Geral dos Estados Unidos e o Diretor Adjunto da Interpol em Washington, *Timothy A. Williams* foram recebidos pelo Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*. O plano de cooperação prevê cursos que serão ministrados pelos americanos sobre temas como *plea bargaining*, infiltração de agentes em organizações criminosas, força-tarefa, propriedade intelectual e pirataria, entre outros.

Segundo *Karine*, o *plea bargaining* resolve a maioria dos casos antes de chegarem aos tribunais, permitindo que os procuradores se dediquem a crimes mais graves. *Marfan Vieira* declarou que é necessário uma mudança cultural e, acabar com a impunidade, seria o primeiro passo a fim de que se possa acreditar no sistema.

Participaram, também, da reunião o Secretário de Estado de Segurança Pública, *José Mariano Beltrame*; o Comandante-Geral da Polícia Militar, Coronel *Gilson Pitta Lopes*; o Chefe da Polícia Civil do Estado, *Gilberto Ribeiro*; o Secretário de Estado de Administração Penitenciária, *César Rubens Monteiro de Carvalho*; o Coordenador do SISPEN, Capitão *Luiz Otavio Altmayer Odawara*; *Allan Turnowski*, Delegado do Departamento de Polícia Especializada; o Coordenador de Segurança e Inteligência do MPRJ, o Promotor *Dimitrius Viveiros Gonçalves*; os coronéis *Marcílio Faria da Costa* e *Wilton Soares Ribeiro*, da Coordenadoria de Segurança e Inteligência do MPRJ, além de membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

MP recebe Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *Marfan Martins Viera* reuniu-se, na sede do Ministério Público, com a Ministra *Nilcéa Freire*, da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Discutiram ações que possam ajudar na aplicação plena da Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (nº 11.340/06) – Lei Maria da Penha. *Marfan* declarou que, embora haja discussões quanto sua constitucionalidade, após a aplicação integral da Lei. *Nilcéa* informou que a Advocacia Geral da União – AGU – propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade, no STF, cujo relator é o Ministro *Marco Aurélio Mello*. O MP organizará palestras sobre a lei, declarou *Marfan*, para as quais serão convidados um penalista, um constitucionalista e também *Nilcéa Freire*. O Procurador-Geral de Justiça, aproveitando a oportunidade, convidou a ministra para falar sobre o tema no Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União, presidido por ele. Também estavam presentes na reunião os promotores *Guilherme Vogel Prado* e *Marcus Edoardo de Sá Earp Siqueira*, do 2º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais.

Congresso de Direito Civil Contemporâneo

O Congresso aconteceu nos dias 28 e 29 de março no edifício-sede do Ministério Público e prestou homenagem ao Ministro do Supremo Tribunal Federal *José Carlos Moreira Alves* (aposentado), integrante da mesa de abertura, composta também por *Eduardo Gussem*, Presidente da Amperj; os procuradores *Maria Cristina Tellechea* e *José Maria Leoni*; os Defensores Públicos *Luís Paulo Vieira*, *Cláudio Silva Mascarenhas* e *Carlos Alberto do Amaral*; o Reitor da Universidade Estácio de Sá, *Gilberto Mendes*; o Desembargador *Sylvio Capanema*; a Juíza, *Thelma Fraga* e a coordenadora do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, *Solange Ferreira*.

Na oportunidade, o MP assinou convênio com a Universidade Estácio de Sá, que vai alimentar o cadastro eletrônico do "Módulo Criança Adolescente" (MCA), criado pelo MP. O módulo compila, em tempo real, dados sobre a situação social e jurídica de jovens recolhidos pelo sistema de abrigamento de crianças e adolescentes no Estado, em condições de serem adotados, e de pessoas aptas a adotá-los.

Palestraram o Desembargador *Carlos Roberto Gonçalves*, que abordou a questão do ato jurídico lícito e ilícito e sua apresentação no Código Civil de 2002; o Ministro *José Carlos Moreira Alves*, que discorreu sobre a Alienação Fiduciária; o Procurador de Justiça *José Maria Leoni* com "Dissolução da Sociedade Conjugal e da União Estável Segundo os Novos Paradigmas do Direito de Família"; a Juíza *Thelma Araújo Fraga*, que tratou da questão da formação de casais. Encerrou o Congresso, o tema da Desembargadora *Maria Berenice Dias* sobre as atuais modalidades de união familiar e a aplicação das leis.

Vitalicamentos

No período compreendido entre 1º de janeiro a 31 de março de 2008 foi vitaliciada na carreira do Ministério Público a seguinte colega:

Cristiane de Carvalho Pereira

Aposentadorias

No período compreendido entre 1º de janeiro a 31 de março de 2008 aposentou-se na carreira do Ministério Público a seguinte colega:

Nedir Machado de Bragança Soares

Ministro do Superior Tribunal de Justiça
oriundo do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

(Em 31.03.2008)

Hamilton Carvalhido

Desembargadores do Tribunal de Justiça
oriundos do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

(Em 31.03.2008)

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

Telma Musse Diuana

Artigos para o próximo número:

Candidatura a cargo eletivo e a Constituição
Benedito Calheiros Bomfim

Aspectos da conversão do negócio jurídico
Carlos Roberto Barbosa Moreira

20 anos de Constituição: o novo Ministério Público e suas
perspectivas no Estado Democrático de Direito
Carlos Roberto de Castro Jatahy

Nova Lei Antidrogas - Alguns questionamentos
Damásio de Jesus

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

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

Mandado de segurança coletivo
Joel Tovi

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

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