ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Órgão Cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado
de jurisprudência dos Egrégios

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
e
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rev. Minist. Público Rio de Janeiro n. 24 jul./dez. 2006

ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio Supremo Tribunal Federal
Registro nº. 25/99, de 22/04/1999
D.J.U. 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
D.J.U. 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

Revista do Ministério Público. – , n. 24 (jul./dez.2006)- . –
Rio de Janeiro : Ministério Público, 1995-
v. ; 22 cm.

Semestral.
ISSN 1413-3873

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

CDU. 34(051)
CDD. 340.05

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)

Rev. Minist. Público Rio de Janeiro n. 24 jul./dez. 2006

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Fundador

HAMILTON CARVALHIDO

Procurador-Geral de Justiça

MARFAN MARTINS VIEIRA

Diretor da *Revista do Ministério Público*
SERGIO DEMORO HAMILTON

Quadro Funcional

Sérgio Maugé Aragão
Técnico Superior Processual

Cláudia Maria Martins Campochão
Técnico Administrativo

Editoração Eletrônica
Sérgio Maugé Aragão
Técnico Superior Processual

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Pede-se permuta
On demande l'échange
We ask for exchange

REDAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO

Travessa do Ouvidor, 38 - Térreo, CEP 20040-040, Centro, Rio de Janeiro, RJ, telefones/Fax (0xx21)2550-7918 e (0xx21)2550-7917 (Direção), *para onde deve ser dirigida toda correspondência.*

ENDEREÇO NA INTERNET:
http://www.mp.rj.gov.br

E-MAIL:
revista@mp.rj.gov.br

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
(Em 31.12.2006)

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
MARFAN MARTINS VIEIRA

Subprocurador-Geral de Justiça de Administração
EDUARDO DA SILVA LIMA NETO

Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento
e Modernização Organizacional
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 Fiscalização do Terceiro Setor
LEONARDO DE SOUZA CHAVES

Corregedor-Geral do Ministério Público
ANTONIO CARLOS DA GRAÇA DE MESQUITA

Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça
SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO

Secretário-Geral de Administração
ALBERTO FLORES CAMARGO

Nota: Dados colhidos no organograma publicado na Intranet.

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça (Em 31.12.2006)

MARFAN MARTINS VIEIRA
Presidente

ANTONIO CARLOS DA GRAÇA DE MESQUITA
Corregedor-Geral

Titulares Natos

Cezar Romero de Oliveira Soares
Carlos Antonio da Silva Navega
Marija Yrneh Rodrigues de Moura
João Baptista Lopes de Assis Filho
Evangelina Fontelas Rosado Spinelli
Renato Pereira França
Vera de Souza Leite
Elio Gitelman Fischberg
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Levi de Azevedo Quaresma

Titulares Eleitos

Márcia Álvares Pires Rodrigues
Karla Maria da Cruz Carvalho
José Roberto Paredes
Luiz Fabião Guasque
Luiz Roberto Saraiva Salgado
Pedro Moreira Alves de Brito
Maria da Conceição Lopes de S. Santos
Rogério Carlos Scantamburlo
Nilo Augusto Francisco Suassuna

Conselho Superior do Ministério Público (Em 31.12.2006)

MARFAN MARTINS VIEIRA
Presidente

ANTONIO CARLOS DA GRAÇA DE MESQUITA
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Maria Cristina Menezes de Azevedo
Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Pedro Elias Erthal Sanglard
Lígia Portes Santos

Pelos Promotores de Justiça

Carlos Roberto de Castro Jatahy
Sumaya Therezinha Helayel
Simone Benício Ferolla
Maria Luiza de Lamare São Paulo

Nota: Composições fornecidas pela Secretaria dos Órgãos Colegiados.

Associação do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Dr. *Luiz Antônio Ferreira de Araújo*
Presidente

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

Dr. *Arthur Pontes Teixeira*
Diretor-Presidente

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

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

Centro dos Procuradores de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro

Dr. *Roberto Abranches*
Presidente

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

Dr. *Luiz Antônio Ferreira de Araújo*
Presidente

Composição das entidades em 31.12.2006.

SUMÁRIO

DOUTRINA

Alexander Araujo de Souza - O requerimento abusivo de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal 23

Álvaro Mayrink da Costa - Limitações da atuação do Juiz no sistema acusatório 47

André Guilherme Tavares de Freitas - Outra Leitura Sobre o Art. 13, § 1º, do CP - Causa Superveniente Relativamente Independente 55

Arnoldo Wald - A Infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem 61

Áurea Pimentel Pereira - A Redução da Idade Penal..... 77

Benedito Calheiros Bomfim - Extinção da Reeleição 85

Carla Rodrigues Araújo de Castro - Perito Juiz ou Juiz Perito 89

Damásio de Jesus - Justiça Restaurativa no Brasil 97

Emerson Garcia - O Poder Sancionador do Conselho Nacional do Ministério Público e a Necessidade de Prévia Definição Legal das Infrações Disciplinares 113

Francisco de Assis Machado Cardoso - Interceptação Telefônica - Aspectos Controvertidos 119

Hugo Nigro Mazzilli - O Controle Externo do Ministério Público 127

Jorge Miranda - A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana 131

José Carlos Barbosa Moreira - Restrições Ilegítimas ao Conhecimento dos Recursos 141

José Marinho Paulo Junior - A Natureza Jurídica Precariíssima da Informação Obtida Através da Delação Premiada à Luz do Direito Probatório no Estado Democrático 155

Luiz Fabião Guasque - Os efeitos da sentença que julga da inconstitucionalidade no controle por ação direta e no incidental 163

Nilo Augusto Francisco Suassuna - Reflexões sobre o papel do Ministério Público no processo penal brasileiro 173

Reis Friede - Democracia e Regime Democrático 193

Rosana Barbosa Cipriano Simão - O Afeto e a Dignidade como Centro do Direito de Família: A Inconstitucionalidade da discussão da culpa na separação judicial e a nova parentalidade à luz do Código Civil 199

Samuel Buzaglo - Considerações Sobre a Eutanásia 217

Sergio Demoro Hamilton - A chamada de co-réu e a nova disciplina legal do interrogatório 237

PARECERES E RAZÕES

– Ação civil pública - Transporte complementar por vans e kombis - Necessidade de licitação para a permissão **(Cláudio Henrique da Cruz Viana)** 249

– Regime Disciplinar Diferenciado. Interpretação conforme a Constituição do artigo 54, parágrafo 1º da Lei de Execuções Penais, de forma a conferir legitimidade para o Ministério Público instaurar procedimento para a inclusão no regime disciplinar diferenciado. Reforma da decisão de limitação da Perda dos Dias Remidos ao período de um ano. Ausência de Norma Legal restringindo o artigo 127 da Lei de Execuções Penais **(Cristiano dos Santos Lajoia Garcia)** 261

- Comutação. Homicídio qualificado cometido antes da edição da Lei nº 8.930/94, que incluiu este crime no rol dos crimes hediondos. Persistência da vedação imposta no Decreto Presidencial nº 4.495/92. Recurso provido **(Dalva Pieri Nunes)** 269

– *Sucessio in usucapionem*. Prescrição aquisitiva do imóvel consumada em vida dos avós dos autores. Transmissão da posse aos pais dos autores pela atuação do artigo 1572 do antigo Código Civil, aplicável à época. Não comprovado o exercício da posse com exclusividade pela 1ª autora ou seus pais, pelo lapso temporal exigido por lei. Declaração do domínio do imóvel usucapiendo em nome dos netos e bisnetos dos originários possuidores, em condomínio e devendo ser observada a quota cabível a cada qual por direito de representação **(Elizabeth Machado Carneiro)** 277

– Lei nº 3397/2002 do Município do Rio de Janeiro. Inconstitucionalidade formal decorrente de vício de iniciativa. **(Emerson Garcia)** 281

– Apelação. Litígio entre Diretorio Regional e Diretório Nacional de Partido Político. Apelação do Réu. Inexistência de personalidade jurídica, tanto do Autor, quanto do Réu. Não sendo de se cogitar, no caso, de personalidade judiciária. Preliminar no sentido da extinção do processo sem o julgamento do mérito, por ausência de legitimação de ambas as partes. E, no mérito, se ultrapassada a preliminar, pelo provimento para

julgar improcedente o pedido **(Ertulei Matos)** 285

– Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público em face de Prolagos S.A. Concessionária de Serviços Públicos de Água e Esgoto a fim de compeli-la ao adimplemento do contrato celebrado com o Município de Cabo Frio, no que tange ao fornecimento de água aos munícipes. Configuração de inadimplemento contratual. Concessão pelo Juízo *a quo* da tutela antecipada. Interposto Agravo de Instrumento, a relatoria concedeu o efeito ativo. Ilegalidade da medida. Existência de verossimilhança. Presença dos requisitos do art. 273 e seus §§ do CPC. Cassação do efeito ativo.
Si et in quantum mister examinar-se tão-só se se encontram presentes os requisitos exigíveis à concessão da antecipatória, impondo-se o improvimento do recurso **(José Antonio Leal Pereira)** 291

– Reclamação. Condenação do réu, pelo Tribunal do Júri, pela prática do crime de homicídio qualificado e pelos conexos de latrocínio e furto, em concurso material. Alcance do patamar previsto no artigo 607, *caput*, CPP, vinte anos de reclusão, tão-somente pela sanção aplicada a crime não-doloso contra a vida, o latrocínio. Deferimento, pelo Juízo, do protesto por novo júri requerido pela Defesa. Erro de ofício conducente a inversão da ordem legal do processo e a tumulto processual corrigível pela via eleita **(Marcus Vinicius da Costa Moraes Leite)** 297

– Competência da Justiça Militar - Emenda Constitucional 45/2004 **(Nilo Augusto Francisco Suassuna)** 313

– Contribuição de Iluminação Pública. Análise de constitucionalidade de lei municipal. Emenda Constitucional nº 39. Limitações ao poder de tributar. Repetição de indébito. **(Robson Renault Godinho)** 317

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jurisprudência Criminal

– ***Ação penal originária. Denúncia apresentada por procurador de justiça. Sentença de pronúncia apresentada antes da devolução de carta rogatória.***
1. Inexistência de irregularidade da denúncia tendo em vista a delegação do Procurador-Geral a procurador de justiça (Lei 8.625/93, art. 31). Ademais, no caso, a denúncia foi recebida em sessão na qual esteve presente o Procurador-Geral. Cumprimento do disposto no art. 222, § 2º, do CPP. A sentença de pronúncia não fica condicionada ao cumprimento da rogatória expedida.
2. *Habeas corpus* indeferido. (*Habeas Corpus* **n. 84.128 - PB, Segunda Turma,** *RTJ* **193, pp. 386/389)** 333

- ***Habeas corpus. Paciente denunciada por omitir dado técnico indispensável à propositura de ação civil pública (art. 10 da Lei n. 7.347/85). Alegada nulidade da ação penal, que teria origem em procedimento investigatório do Ministério Público e incompatibilidade do tipo penal em causa com a Constituição Federal.***
Caso em que os fatos que basearam a inicial acusatória emergiram durante o Inquérito Civil, não caracterizando investigação criminal, como quer sustentar a impetração. A validade da denúncia nesses casos – proveniente de elementos colhidos em Inquérito civil – se impõe, até porque jamais se discutiu a competência investigativa do Ministério Público diante da cristalina previsão constitucional (art. 129, II, da CF).
Na espécie, não está em debate a inviolabilidade da vida privada e da intimidade de qualquer pessoa. A questão apresentada é outra. Consiste na obediência aos princípios regentes da Administração Pública, especialmente a igualdade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, que estariam sendo afrontados se de fato ocorrentes as irregularidades apontadas no inquérito civil. Daí porque essencial a apresentação das informações negadas, que não são dados pessoais da paciente, mas dados técnicos da Companhia de Limpeza de Niterói, cabendo ao Ministério Público zelar por aqueles princípios, como *custos iuris*, no alto da competência constitucional prevista no art. 127, *caput*.
Habeas corpus indeferido. (*Habeas Corpus* **n. 84.367 – RJ, Primeira Turma,** *RTJ* **193, pp. 1036/1040**) 336

– ***Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão Preventiva. Fundamentação. Indício de Autoria.***
I - O Supremo Tribunal Federal tem considerado fundamentada a decisão do juiz que acolhe a manifestação do Ministério Público como razão para decretar a prisão preventiva, desde que ela esteja devidamente motivada (Precedente: HC 81.534/PE, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 22-11-2002).
II - Decreto de prisão preventiva suficientemente fundamentado.
III - Alegação de ausência de indício de autoria: exame inviável, tendo em vista o decidido no RHC 83.179/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.
IV - *HC* indeferido. (*Habeas Corpus* **n. 84.438 – SP, Segunda Turma,** *RTJ* **193, pp. 1041/1046**) 341

– ***Habeas corpus. Revogação do sursis processual após o período de prova, mas por fatos ocorridos até o término daquele período. Pretensão de que seja declarada extinta a punibilidade do paciente, que estaria consumada no momento em que se verifica o término do período de prova.***
Caso em que a revogação teve como fundamento o descumprimento das condições estipuladas e aceitas na concessão do benefício, relativas ao comparecimento mensal e obrigatório em Juízo e à proibição de se ausentar da comarca sem prévia autorização (art. 89, § 4°, da Lei n. 9.099/95). Não se discute, portanto, aqui, a revogação pelo fato de o beneficiário vir a ser processado por outro crime (art. 89, § 3°, primeira parte), cujo exame da constitucionalidade, à luz do princípio da não-culpabilidade, foi afetado ao Plenário (HC 84.660).
A melhor interpretação do art. 89, § 5°, da Lei n. 9.099/95 leva à conclusão

de que não há óbice a que o juiz decida acerca da revogação do *sursis* ou da extinção da punibilidade após o final do período de prova. Assim, pode haver a revogação mesmo após expirado o referido período, desde que motivada por fatos ocorridos até o seu término. Precedente: HC 80.747.
Habeas corpus indeferido. (*Habeas Corpus* **n. 84.593 - SP, Primeira Turma,** *RTJ* **193, pp. 689/694**) 348

— ***Habeas Corpus - Porte de arma de fogo - Concurso material com o delito de quadrilha armada (CP, art. 288, parágrafo único) - Crimes que possuem autonomia jurídica - Inexistência de relação de dependência ou de subordinação entre tais espécies delituosas - Inaplicabilidade do princípio da consunção - Inocorrência de conflito aparente de normas - Pedido indeferido.***
- A prática dos delitos de quadrilha ou bando armado e de porte ilegal de armas faz instaurar típica hipótese caracterizadora de concurso material de crimes, eis que as infrações penais tipificadas no parágrafo único do art. 288 do Código Penal e no art. 10, § 2°, da Lei n. 9.437/97, por se revestirem de autonomia jurídica e por tutelarem bens jurídicos diversos (a paz pública, de um lado, e a incolumidade pública, de outro), impedem a aplicação, a tais ilícitos, do princípio da consunção (*major absorbet minorem*).
(*Recurso em Habeas Corpus* **n. 83.447 - SP, Segunda Turma,** *RTJ* **193, pp. 1006/1016**) 354

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência Criminal

— EMENTA: ***Criminal. HC. ECA. Paciente que atingiu 19 anos cumprindo medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. Impossibilidade de extinção da medida. Consideração da data do ato infracional praticado. Falta de interesse do Estado. Inocorrência. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.***
I - Para a aplicação das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se a idade do menor à data do fato, em atendimento ao intuito do referido Diploma Legal, o qual visa à ressocialização do adolescente, por meio de medidas que atentem às necessidades pedagógicas e ao caráter reeducativo. Precedente do STJ.
II - Se a liberação obrigatória deve ocorrer somente quando o adolescente completar 21 anos de idade, não há que se falar em falta de interesse do Estado em punir o paciente, em razão de o mesmo já ter atingido 19 anos de idade.
III - Ausente o apontado constrangimento ilegal decorrente da manutenção da medida de internação do paciente.
IV - Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (*Habeas Corpus* **n. 23.580 - MG, Registro n. 2002/0086170-9, Quinta Turma,** *RSTJ* **183, pp. 449/452,** *DJ* **de 04.08.2003**) 369

— EMENTA: *Habeas corpus. ECA. Medida socioeducativa. Direito à visitação familiar. Art. 120 da Lei n. 8.069/1990. Benefício devidamente regulado e observado pela autoridade correcional. Inexistência de constrangimento ilegal.*
1. Inexiste violação ao direito do paciente de visitar os seus familiares, ainda que tal benefício esteja limitado à forma progressiva e condicionado ao comportamento apresentado pelo menor infrator. Precedentes do STJ.
2. *Habeas corpus* denegado. (*Habeas Corpus* **n. 29.414 - RJ, Registro n. 2003/0129507-0, Quinta Turma,** *RSTJ* **185, pp. 510/513,** *DJ* **de 06.10.2003)** 372

— EMENTA: *Recurso especial. Penal e Processo Penal. Execução. Falta grave. Perda dos dias remidos. Art. 127 da LEP. Inexistência de direito adquirido. Recurso provido.*
"Não se vislumbra ilegalidade na decretação da perda dos dias remidos pelo Juízo de Execução, quando demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade, *ex vi* do art. 127 da Lei n. 7.210/1984. Direito adquirido. Inexistência."
Recurso conhecido e provido. **(Recurso Especial n. 499.071 - SP, Registro n. 2002/0156127-3, Quinta Turma,** *RSTJ* **183, pp. 473/476,** *DJ* **de 29.09.2003)** 375

— EMENTA: *Recurso Especial. Execução Penal. Comutação. Espécie de indulto parcial. Impossibilidade de comutação para condenados por crime hediondo. Impossibilidade. Recurso Provido.*
(Recurso Especial n. 778.439 - RJ, Registro n. 2005/0145221-8, Sexta Turma) 379

Jurisprudência Cível

— EMENTA: *Administrativo. Ação civil pública. Contrato sem licitação. Dano ao Erário. Cabimento.*
1. Cabimento de ação civil pública para anular contratos firmados, com dispensa de licitação, entre a Prefeitura Municipal de Santos e terceiros, visando coibir danos ao Erário Municipal.
2. A despeito de ser a ação civil pública, em razão de suas finalidades sociais, preponderantemente condenatória, implicando na obrigação de fazer ou não fazer, esta Corte tem-na admitido para defesa do Erário. Precedentes.
3. Recurso especial improvido. **(Recurso Especial n. 78.916 - SP, Registro n. 1995/0057325-3, Segunda Turma,** *RSTJ* **185, pp. 189/194,** *DJ* **de 06.09.2004)** 381

— EMENTA: *Processual Civil. Recurso especial. Instituição financeira. Ação para responsabilização dos ex-administradores. Regime de administração especial temporária. Cessação. Ministério Público. Legitimidade.*
- O Ministério Público não perde a legitimidade para prosseguir na ação de responsabilidade de ex-administradoras de instituições financeiras após o levantamento do regime de administração especial e temporária.

Art. 7°, II, da Lei n. 9.447/1997. Precedente da Segunda Seção. (**Recurso Especial n. 445.662 - RO, Registro n. 2002/0079244-7, Terceira Turma,** *RSTJ* **182, pp. 309/315,** *DJ* **de 09.06.2003)** 386

– EMENTA: ***Ação civil pública – Ministério Público Estadual – Legitimidade ativa – Interesse individual homogêneo – Dissídio jurisprudencial não comprovado.***
I - É comportável ação civil pública com o objetivo de proteger consumidores de eventual queda na qualidade de serviço prestado por operadora de televisão por assinatura, o que confere legitimidade ativa ao Ministério Público, conforme o disposto na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei n. 7.347/1985.
II - É de ser negado conhecimento ao recurso fundado na alínea c do permissivo constitucional, quando não demonstrada a existência do propalado dissídio.
Com ressalvas quanto à terminologia, não conheço do recurso. (**Recurso Especial n. 547.170 - SP, Registro n. 2003/0092864-3, Terceira Turma,** *RSTJ* **184, pp. 283/287,** *DJ* **de 09.02.2004)** 393

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Jurisprudência Criminal

– EMENTA: ***Reclamação Criminal - Protesto por novo Júri - Decisão de 1° grau de jurisdição que admitiu tal recurso pelo somatório das penas dos crimes conexos - Reclamação que se tem como procedente.***
Se, conforme se depreende de todo o processado, o MM. Juiz "*a quo*" admitiu o protesto por novo júri interposto pela Defesa do acusado, ao argumento de que a lei processual penal não exige que o crime em relação ao qual tenha sido imposta a pena de vinte anos seja daqueles da competência do Tribunal Popular, de se reconhecer que tal decisão merece ser cassada. Cabimento do recurso de protesto por novo júri somente ocorre nas hipóteses em que a pena igual ou superior a vinte anos tenha sido imposta por delito da competência originária e exclusiva do Tribunal do Júri. Reclamação, pois, que se tem como procedente, para o fim de cassar a decisão de 1° Grau de Jurisdição que concedeu o Protesto por novo júri pelo somatório das penas dos crimes conexos, acolhendo-se "*in totum*" o Parecer do Ministério Público. (**Reclamação n. 24/05, Segunda Câmara Criminal)** 397

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

– A Constitucionalidade do Regime Integralmente Fechado para Crimes Hediondos e Assemelhados **(André Guilherme Tavares de Freitas)** 403

NOTICIÁRIO

– XXVIII Concurso para ingresso no Ministério Público 419

– MP e Receita assinam convênio para atuação conjunta contra sonegação 422
– Solenidade de Posse dos Promotores de Justiça aprovados no XXVIII Concurso **(I)** 423
– I Encontro de Promotores de Justiça da Região Serrana 424
– Encerramento do Curso de Capacitação 426
– Itaguaí cede terreno para construção de sede do MP no Município 427
– MP's do Rio, São Paulo e Minas se unem em defesa do Rio Paraíba do Sul 428
– Solenidade de Posse dos novos Promotores de Justiça **(II)** 429
– *Revista do MP* deixa a sede da Instituição 438
– Cerimônia da entrega das insígnias do Ministério Público 438
– Centro Cultural da AMPERJ 440
– Ministério Público e Secretaria de Segurança implantam Inquérito Virtual 441
– CAMPERJ comemora 25 anos de existência 441
– Prefeitura de Maricá doa terreno para construção de sede do MP no local 443
– Centrais de Inquéritos comemoram 15 anos de funcionamento 443
– Decano assume em caráter interino a Chefia do MP 444
– CNMP aprova regras para investigações do MP 445
– Candidatos ao cargo de PGJ 445
– Eleição para o CSMP **(I)** 445
– Eleição na AMPERJ 446
– Eleição para o CSMP **(II)** 447
– Quinto Constitucional **(I)** 448
– Informativo da ASPROJU 451
– Eleição para o cargo de PGJ 451
– Quinto Constitucional **(II)** 452
– Homenageado o Decano do MP 453
– II Encontro de Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro 457
– Homologação do resultado das eleições para PGJ 457
– Homologação do resultado da eleição para o CSMP 458
– Quinto Constitucional **(III)** 458
– Homenagem ao Ministro Hamilton Carvalhido 459
– CAMPERJ festeja o Natal 459
– Quinto Constitucional **(IV)** 459
– II Congresso Virtual Nacional do MP 460
– AMPERJ comemora o Dia Nacional do Ministério Público 460
– Inauguração da nova sede da ASPROJU 460
– Novos Procuradores de Justiça (Período de 1°.jul. a 31.dez.2006) 461
– Vitaliciamentos (Período de 1°.jul. a 31.dez.2006) 461
– Aposentadorias (Período de 1°.jul. a 31.dez.2006) 462
– Exonerações (Período de 1°.jul. a 31.dez.2006) 462
– Falecimentos (Período de 1°.jul. a 31.dez.2006) 462

– Lista de Antigüidade dos Membros do Ministério Público (Em 31/12/2006) 465
– Lista dos Membros do Miinistério Público Inativos (Em 31/12/2006) 477
– Integrante do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Miniśtério Público do Estado do Rio de Janeiro (Em 31/12/2006) 481
– Integrantes do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Em 31/12/2006) 481

DOUTRINA

DOUTRINA

O requerimento abusivo de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA (*)

Sumário: 1. *O abuso nos requerimentos de medidas cautelares. Generalidades.* 2. *Os requerimentos abusivos de medidas cautelares típicas.* 3. *Os requerimentos abusivos de medidas cautelares atípicas e o poder geral de cautela do Juiz.*

1. ***O abuso nos requerimentos de medidas cautelares. Generalidades.*** Já se afirmou que em matéria processual penal as medidas cautelares têm igual ou até mesmo maior importância que no âmbito civil [1]. A assertiva se justifica, pois, naquele caso, pode estar em jogo o inestimável valor liberdade [2]. Em quaisquer dos ramos do direito processual, porém, os provimentos cautelares sem dúvida constituem um campo fértil para as condutas temerárias ou abusivas das partes [3]. No presente trabalho, apesar da escassez de fontes doutrinárias no

---

[1] A assertiva é de CASTILLO, Niceto Alcala-Zamora y; HIJO, Ricardo Levene. *Derecho procesal penal.* Tomo II. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945. p. 272.

[2] Bem afirma BARROS, Romeu Pires de Campos, referindo-se ao processo penal, que "grande parte das cautelas envolvem bens jurídicos de suma relevância, visto que estas operam no campo da liberdade individual, surgindo um verdadeiro conflito de interesses entre a pretensão do Estado em impor uma dessas medidas para assegurar o êxito do processo principal ou a sua profícua realização, e a do indivíduo que se esforça para não sofrer restrições em seu direito de *ir, vir, permanecer* e *estar*" (***Processo penal cautelar***. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 35).

[3] Assim, BILESIO, Juliana; GASPARINI, Marisa G.. *Reflexiones sobre el abuso en materia procesal.* Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. p. 25. Como afirma CALAMANDREI, Piero, relativamente ao processo civil, "la providencia cautelar, que en la intención de la ley debería tener finalidades meramente conservativas de la situación de hecho (*nihil lite pendente innovetur*), sin perjuicio alguno de la decisión de mérito, viene a ser en realidad, en manos de un litigante astuto, una arma a veces irresistible para constreñir a su adversário a la rendición, y a obtener así en el mérito una victoria que, si el adversario hubiese podido defenderse, sería locura esperar" (*El proceso como juego. Instituciones de derecho procesal civil. Estudios sobre el proceso civil.* Volumen III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996. p. 282). Na doutrina nacional, FUX, Luiz faz referência à "vulgarização do processo cautelar", bem como à sua "utilização promíscua no afã de suprir o retardamento causado pela ordinarização do procedimento" (*Tutela de segurança e tutela da evidência. Fundamentos da tutela antecipada.* São Paulo: Saraiva, 1996. p. 53).

cenário nacional, tentar-se-á delinear a possibilidade de as partes da relação processual penal agirem abusivamente quanto ao requerimento das providências acautelatórias [4].

Preliminarmente, todavia, convém explicitar um dado relevante, qual seja, o de que no processo penal brasileiro, ao contrário do que se passa no processo civil, não há regulamentação acerca de um processo cautelar autônomo, destinado a assegurar, "na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas" [5]. O Código de Processo Penal de 1941 traz em seu corpo diversas providências acautelatórias sem nenhum rigor sistemático, delas cuidando em diferentes capítulos. Tais providências recebem da doutrina o rótulo de *medidas* ou *provimentos cautelares* [6], os quais podem ser efetivados na fase pré-processual, no processo penal de conhecimento ou mesmo no processo penal de execução, assumindo caráter de servilidade em relação a estas duas últimas espécies de processo [7]. O Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, que tramita no Congresso Nacional relativamente ao tema, também não traz um Título no qual se cuida de um possível *processo penal cautelar*, mas sim das *medidas cautelares* [8].

Mas referidas medidas acautelatórias, independentemente de serem consideradas, ou não, como verdadeiras *ações penais cautelares*, se sujeitam ao manejo abusivo pelas partes da relação que se forma em juízo. Com efeito, a exemplo do que já se atestou na órbita processual civil [9], os provimentos cautelares processuais penais também se prestam a postulações temerárias,

---

[4] Referindo-se ao abuso, deixou consignado Barros, Romeu Pires de Campos: "Portanto, se está patente no processo cautelar penal o problema de garantir o exercício do direito de cautela, ocorre que, também nele é que se garante ao imputado contra o abuso do poder cautelar" (*Processo penal cautelar*. cit., p. 18).

[5] A conceituação é de Moreira, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 301.

[6] Neste sentido, Jardim, Afranio Silva. *Reflexão teórica sobre o processo penal*. Direito processual penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. pp. 38/39; Tucci, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 195; Hamilton, Sergio Demoro. "A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia". *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 12. jul./dez. de 2000. p. 138; Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 413.

[7] Assim, Ambos, Kai; Choukr, Fauzi Hassan. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001. p. 159.

[8] Resultante de anteprojeto elaborado por comissão de notáveis juristas, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 4.208/2001, que visa a instituir um Título IX no Código de Processo Penal com a rubrica "*Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória*". Mas a redação de tal rubrica traz dubiedade que não escapou à percepção de Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz: "Não se entende o motivo pelo qual o título é 'Prisão, medidas cautelares e liberdade', uma vez que a prisão é (ou deveria ser entendida, conforme a exposição de motivos) como medida cautelar" (*A crise no direito processual penal brasileiro. Comentários aos projetos de reforma do Código de Processo Penal. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 214).

[9] É notoriamente mais rica no processo civil a literatura quanto ao abuso relativo às medidas cautelares. Assim, dentre nós, *vide* Stoco, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 109/111. Igualmente, na doutrina argentina, dentre muitos, Bilesio, Juliana; Gasparini, Marisa G. *Reflexiones sobre el abuso en materia procesal*. Abuso procesal (Org. Juan Alberto

desviadas de sua finalidade, inspiradas na má-fé, infundadas ou para as quais não concorram os requisitos legais. Atitudes desta monta não devem ser admitidas pelo órgão jurisdicional, o qual deve envidar esforços em coibi-las, ou mesmo em sancioná-las.

Aspecto peculiar relativo aos provimentos acautelatórios, que se relaciona diretamente com o abuso, se refere à questão acerca da possibilidade de decretação das cautelares processuais penais pelo órgão jurisdicional independente de provocação, ou, ao contrário, apenas mediante requerimento do legitimado. Isto porque a admissão de cautelas *ex officio* pelo Magistrado minimizaria a noção de atitude abusiva pelas partes da relação processual, pois aquele, ao assim agir, *não* estaria exercendo um *direito* de maneira irregular, com desvio de finalidade ou fora dos lindes da razoabilidade.

Na doutrina brasileira é grande a controvérsia sobre a possibilidade de as medidas cautelares processuais penais serem decretadas de ofício pelo órgão jurisdicional. Dúvidas não há que, em um sistema de índole acusatória, o Juiz se encontra alijado da decretação de medidas acautelatórias de ofício na fase pré-processual. Nesta etapa, *quando ausente* provocação de atividade jurisdicional, não há espaço para a atuação propulsiva do julgador, o qual deve remanescer na posição de juiz de garantias, sob pena de quebra de sua imparcialidade [10]. Desta maneira, não se encontram recepcionadas em face do que dispõe o art. 129, I, da Constituição da República, as normas que permitiam ao Magistrado requisitar à autoridade policial a instauração de inquérito policial ou a realização de diligências (arts. 5º, I, e 13, II, do Código de Processo Penal). A propósito, de forma coerente com o sistema acusatório instituído pelo constituinte de 1988, o legislador infraconstitucional brasileiro, ao instituir a prisão temporária, subordinou sua decretação a ato postulatório do Ministério Público ou à representação da autoridade policial; e, neste último caso, somente após a necessária oitiva do *Parquet* (art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.960/89).

Quanto à fase processual propriamente dita, é respeitabilíssimo o entendimento que, uma vez deflagrada a ação penal, o provimento acautelatório poderia ser tomado pelo próprio julgador, independentemente de provocação, pois a cautela seria provida de maneira incidental, sem estabelecer relação

---

Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. p. 25; RAMBALDO, Juan Alberto. *El abuso procesal*. Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. pp. 232/233; CARBONE, Carlos A. *Abuso del proceso en las medidas cautelares y en los procesos diferenciados: sentencia anticipada y autosatisfactiva*. Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. pp. 353/354; FLUCK, Anna Inés. *La medida cautelar trabada abusivamente y los daños y perjuicios. ¿Preclusión o prescripción?* Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. pp. 383/390.

[10] De acordo com o texto, PRADO, Geraldo: "Portanto, a coerência com os ditames do princípio acusatório, à vista da implicação de um devido processo penal cautelar, em fase anterior ao processo de conhecimento condenatório, exigirá a iniciativa dos encarregados da investigação ou do titular do direito de ação, até o que inerte deverá permanecer o juiz, sob pena de quebra da imparcialidade" *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 205). Também assim, NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo penal. Sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 93.

processual autônoma [11]. Para os que assim entendem, não haveria afronta ao *ne procedat iudex ex officio*, pois a atividade jurisdicional já fora invocada pelo legitimado, quando do exercício da ação penal de conhecimento ou de execução. Este posicionamento, contudo, parece desconsiderar a existência de uma *ação cautelar* no processo penal, tema, aliás, por demais controvertido na doutrina nacional [12]. Neste passo, cumpre asseverar que o legislador infraconstitucional brasileiro, desde o advento do Código de Processo Penal (*e. g.*, arts. 127, 225, 242, 311), insiste na possibilidade de decretação das mais diversas cautelares por iniciativa do próprio Juiz [13]. E isto se verifica também em relação a outras medidas cautelares, previstas em diplomas extravagantes, como, por exemplo, na decretação de interceptação telefônica (art. 3º da Lei nº 9.296/96) e da suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor (art. 294, *caput*, da Lei nº 9.503/97). E, ao que parece, mesmo o projeto de reforma do Código de Processo Penal que tramita no Congresso Nacional conserva esta índole no que diz respeito às medidas cautelares, possibilitando a adoção, pelo Magistrado, de providências acautelatórias independente de requerimento [14].

Contudo, com as devidas vênias aos que esposam entendimento contrário, não parece possível a adoção de provimentos cautelares de ofício pelo órgão julgador, diante da separação de funções preconizada pelo processo penal de tipo acusatório, o qual foi inegavelmente adotado pela atual Constituição da

---

[11] Este o ensinamento do mestre da processualística contemporânea JARDIM, Afranio Silva: "Assim, no processo penal, exerce o Juiz atividade instrumental de natureza cautelar, seja em face de uma pretensão, seja sem qualquer provocação. Embora sem criar relação processual autônoma, mas de forma incidental, existe pretensão cautelar nos casos de requerimentos de prisão provisória, de aplicação provisória de interdição de direitos e medidas de segurança, de seqüestro dos bens adquiridos com o provento da infração penal, visando a assegurar efeito da sentença penal condenatória, e a antecipação de prova testemunhal prevista no art. 225 do Código de Processo Penal de 1941" (Reflexão teórica sobre o processo penal. *Direito processual penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 39). Em sentido aproximado, TORNAGHI, Hélio: "Na verdade, no Direito Processual Penal brasileiro, o 'processo cautelar' é possível sem que qualquer ação tenha sido exercida, pois o juiz pode agir de ofício. (...) Ao contrário do que acontece no processo civil, parece razoável considerar essas providências como *incidentes* do processo penal brasileiro" (*Curso de Processo Penal*. **Volume 1**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995. p. 208).

[12] Negando a existência de uma ação cautelar autônoma no processo penal, dentre outros, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. cit., p. 413; TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Volume 1. cit. p. 208; JARDIM, Afranio Silva. *Reflexão teórica sobre o processo penal* cit., p. 39; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. pp. 101/102; TUCCI, Rogério Lauria. "Processo e procedimentos penais". *Revista dos Tribunais*. Vol. 749. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1998. pp. 496/497.

[13] Perspicaz a observação de HAMILTON, Sergio Demoro, quanto à medida de seqüestro: "No campo das cautelares, sejam elas pessoais, sejam elas reais, ignora-se, por completo, o sistema acusatório. Assim, à guisa de exemplo, no art. 127 permite-se ao juiz, **de ofício**, ordenar o seqüestro dos bens do indiciado no curso do processo ou **antes** dele, na fase do inquérito" ("A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia." *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 12. jul./dez. de 2000., p. 138).

[14] O já mencionado projeto de lei nº 4.208/2001, no tocante às medidas cautelares, pretende inserir no Código de Processo Penal um § 2º no art. 282, o qual contaria com a seguinte redação: "Serão decretadas de ofício, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial".

República de 1988 (art. 129, I) [15]. A privatividade da ação penal conferida ao Ministério Público depurou a acusatoriedade proveniente do Estatuto Processual Penal, vedando a atuação *ex officio* do órgão encarregado de prestar jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*) [16]. Neste passo, vale citar como exemplo digno de nota o direito processual penal italiano, no qual se adotou inequivocamente o sistema acusatório com o advento do *Codice di Procedura Penale* de 1988. Por força do que dispõe o art. 291 do referido Estatuto [17], as medidas cautelares são requeridas pelo Ministério Público, sendo indispensável um ato propulsivo deste dirigido ao Juiz para a sua decretação [18]. A única reserva que se defere ao Magistrado para agir de ofício no campo das cautelares se relaciona à revogação destas ou à sua substituição por outra medida (art. 299, 3, do *Codice di Procedura Penale*) [19]. Com a consciência dos perigos inerentes à importação acrítica de

---

[15] No sentido do texto, Prado, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais.* 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 206; Alves, Rogério Pacheco. "O poder geral de cautela no processo penal." *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.* nº 15. jan./jun. 2002. p. 249; Hamilton, Sergio Demoro. *"A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia". Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 12. jul./dez. de 2000. p. 138; Ferreira, Denis Aceti Brasil."*A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório." Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.* nº 08. jul./dez. 1998. p. 141; Ambos, Kai; Choukr, Fauzi Hassan. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina.* São Paulo: Método, 2001. p. 170; Barros, Antonio Milton. *Processo penal segundo o sistema acusatório. Os limites da atividade instrutória judicial.* São Paulo: Led Editora de Direito, 2002. pp. 186/187; Junqueira, Gustavo Octaviano Diniz. *A crise no direito processual penal brasileiro. Comentários aos projetos de reforma do Código de Processo Penal. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 217.

[16] Como afirma Massari, Eduardo, "il principio '*ne procedat judex ex officio*' esprime il concetto che l'esercizio della giurisdizione non può verificarse senza una domanda di un soggetto diverso dal giudice, ossia senza che l'intervento del giudice sia invocato da colui che è titolare dell'azione" (*Il processo penale nella nuova legislazione italiana.* Napoli: Casa Editrice Jovene, 1934. p. 50).

[17] Estatui o dispositivo citado: "**Art. 291. (Procedimento applicativo).** Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero (714, 715, 716, 745), che presenta al giudice competente (279, 391; art. 91) gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato (60, 61) e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate".

[18] Neste sentido, asseveram Longo, Piero; Ghedini, Niccolò: "Il procedimento di applicazione delle misure cautelari delineato dal codice postula, infatti, come indefettibile antecedente, uno specifico atto propulsivo rappresentato dalla 'domanda' che il pubblico ministero rivolge al giudice: se, quindi, come precisa la Relazione al Progetto preliminare, deve essere da un lato esclusa 'una legitimazione ai provvedimenti cautelari in capo al pubblico ministero cosi è da escludersi l'adozione di misure cautelari che prescinda dalla iniziativa del pubblico ministero il quale è, sotto questo profilo, soggeto necessariamente richiedente senza legittimazione a disporre, mentre, per converso, il giudice è soggetto decidente, ma non *ex officio*" (*Commentario costituzionale al Codice di Procedura Penale.* Terza edizione. Padova: Cedam, 2003. p. 256). No mesmo sentido, dentre outros, Tonini, Paolo. *Lineamenti di diritto processuale penale.* Milano: Giuffrè, 2003. p. 189.

[19] Assim, Conso, Giovanni; Grevi, Vittorio. *Compendio di procedura penale.* Seconda edizione. Padova: Cedam, 2003. p. 392. O referido art. 299, comma 3, estatuiu: "Il pubblico ministero (50 ss.) e l'imputato (60, 61) richiedono la revoca o la sostituzione delle misure al giudice (279; att. 91), il quale provvede con ordinanza (125) entro cinque giorni dal deposito della richiesta. Il giudice provvede anche di ufficio quando assume l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare (294) o quando è richiesto della proroga del termine per le indagine preliminare (406) o dell'assunzione di incidente probatorio (393) ovvero quando procede all'udienza preliminare (416 ss.) o al giudizio (438 ss., 447, 465)"

modelos estrangeiros, pode afirmar-se ser esta a regulamentação desejável às cautelares no direito processo penal pátrio. Entretanto, como já afirmado, não parece ser este o ideário da reforma projetada para o Código de Processo Penal brasileiro [20].

Mas a *via crucis* da questão acerca da admissão, ou não, da decretação de provimentos cautelares de ofício pelo órgão jurisdicional, no direito brasileiro, se relaciona ao reconhecimento de uma *ação cautelar* no direito processual penal. Costumeiramente, o legislador utiliza a denominação *medidas cautelares*, a qual poderia autorizar a crença de se cuidarem de medidas incidentes, e não de um verdadeiro direito de ação. Todavia, parece correto não se deva negar a existência de uma ação penal cautelar dotada de condições para seu exercício, bem como de requisitos próprios [21], apesar de nem sempre se contar com um procedimento bem configurado ou que corra em autos apartados [22]. Decerto, a ação penal cautelar normalmente é exercida de maneira incidental, mas isto não lhe retira a essência. A propósito, a contraposição entre *ação cautelar* e *medida cautelar* leva ao risco de esvaziamento do conceito de cautelaridade penal. Afinal, se ao determinar uma prisão preventiva de ofício (assim como uma interceptação telefônica, uma busca e apreensão domiciliar *etc.*) entender-se que se está diante de uma ação penal de conhecimento com "medidas cautelares" a ela incidentes, "o que sobra efetivamente para o conceito de *ação cautelar* é muito pouco ou quase nada. E toda a idéia acusatória de repartição de funções no processo penal (que não se limita a uma mera repartição de legitimidade para a propositura da ação penal de conhecimento) se esvai" [23].

---

[20] A respeito, comentando os projetos de reforma ao Código de Processo Penal, deixou consignado JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz: "A possibilidade de medida cautelar restritiva (processual penal) de ofício quebra a imparcialidade do magistrado, e ajuda a formar a cultura do inquisidor: não deveria causar estranheza que tal cultura ainda esteja tão presente, especialmente nos novos magistrados. A explicação está no vértice axiológico da legislação aplicada atualmente, e que talvez seja, infelizmente, ainda mais reforçado pela reforma proposta" (*A crise no direito processual penal brasileiro. Comentários aos projetos de reforma do Código de Processo Penal.* cit. p. 217).

[21] Reconhecendo a existência de uma ação cautelar no processo penal, BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar.* Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 57; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Volume I. 1ª ed., 2ª tir., Campinas: Bookseller, 1998. pp. 300/302; ALVES, Rogério Pacheco. "O poder geral de cautela no processo penal." *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.* nº 15. jan./jun. 2002. p. 249; FERREIRA, Denis Aceti Brasil. *A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório.* cit., pp. 140/141; AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina.* São Paulo: Método, 2001. p. 170.

[22] Assim, quanto ao processo civil, MOREIRA, José Carlos Barbosa: "Nem todas as providências ou medidas cautelares correspondem, na verdade, a procedimentos perfeitamente individualizados. Muitas delas se inserem como simples incidentes no curso de processo de conhecimento ou no de processo de execução, sem necessidade, repito, de que a lei regule expressamente um procedimento individualizado para que tais providências possam ser decretadas" (*O processo cautelar. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. pp. 231/232). No processo penal, exceção pode ser vista na medida cautelar de interceptação telefônica, segundo o que dispõem os arts. 4º a 8º da Lei nº 9.296/96, havendo um procedimento bem delineado e que ocorre necessariamente em autos apartados.

[23] A exposição segue, quase literalmente, AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina.* cit., p. 169.

Em conformidade com as idéias expostas, arrisca-se à assertiva de que na ação penal de iniciativa pública somente o Ministério Público fica legitimado ao requerimento de providências acautelatórias, sob pena de se instaurar uma esdrúxula relação processual inquisitória entre juiz e aquele que sofre a constrição cautelar [24]. Por outro lado, não obstante a privatividade da ação penal pública atribuída ao *Parquet*, subsiste no ordenamento brasileiro a possibilidade de o ofendido deflagrá-la em caso de inércia do Ministério Público (art. 5º, LIX, da Constituição da República). De igual maneira, o ordenamento infraconstitucional defere àquele a oportunidade de exercer a ação de iniciativa privada em determinados crimes (art. 30 do Código de Processo Penal). Desta forma, também o ofendido, seja na queixa subsidiária ou na ação de iniciativa privada, ostentará legitimidade extraordinária para formular requerimento de medidas cautelares no processo penal [25]. Advirta-se, porém, que, na hipótese de ação subsidiária (não na ação de iniciativa privada exclusiva!), a referida legitimação para a postulação acautelatória somente sobrevém diante da inércia ministerial no tocante à propositura da ação penal de conhecimento, o que impede o ofendido de formular requerimento de medida cautelar na fase pré-processual [26]. Como corolário de tal quadro pode afirmar-se que, para a preservação do sistema acusatório, somente o legitimado ao exercício da ação penal de conhecimento pode exercer o direito de ação cautelar [27].

---

[24] Soa oportuna, pela conformidade com o posicionamento adotado, a advertência de AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan: "Pois bem, se a 'medida' foi determinada *ex officio*, instaura-se uma relação dialética entre o juiz e o réu ou (pior) entre o magistrado e o investigado/indiciado/suspeito, na medida em que as 'medidas' são cabíveis mesmo na fase prévia à ação penal. Esta situação desbanca qualquer insinuação de inspiração acusatória, vez que o juiz provocador da 'medida' (na improvável, mas possível, hipótese em que julgue não haver 'urgência' ou 'perigo da ineficácia' da 'medida') mete-se numa relação jurídica processual com o pólo passivo e ainda irá decidir sobre a 'medida' que ele mesmo propugnou" (*A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001. p. 170).

[25] Tal possibilidade de o ofendido formular requerimento de medidas cautelares não passou despercebida por ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 249.

[26] Inteiramente pertinente, a propósito, a observação de CHOUKR, Fauzi Hassan: "Cabe indagar quanto à legitimidade ativa extraordinária para a promoção de medidas ou ação cautelar, ante a inércia do organismo estatal. Nesse passo, é de ser admitida a provocação da tutela cautelar, seja de caráter pessoal, seja de caráter patrimonial ou probatório, apenas no exercício da relação processual penal. A observação assoma em importância dada a existência da cautela pessoal típica de investigação, que é a prisão temporária. Como sua existência antecede forçosamente o oferecimento da queixa subsidiária, não tem o legitimado extraordinário possibilidade de pleitear essa modalidade de tutela. O mesmo ocorre com a produção antecipada de provas e o seqüestro de bens antecedente ao exercício da ação penal, vez que a condição legitimadora extraordinária (inércia estatal) ainda não se verificou" (*Ação penal privada nos crimes de ação penal pública não intentada no prazo legal. Processo penal à luz da Constituição. Temas escolhidos*. Bauru: Edipro, 1999. p. 198).

[27] Precisas, no sentido do texto, as palavras de FERREIRA, Denis Aceti Brasil: "Assim, ao momento em que o direito processual já respira ares favoráveis a sua completa autonomia, pensamos ser despropositado afirmar não haver lugar para a ação penal cautelar, com todos os seus consectários lógicos, ou seja, observância ao contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, e, inclusive, - é nosso desejo repetir - **pretensão deduzida por quem efetivamente tenha legitimidade para tanto**" (A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 08. jul./dez. 1998. p. 140/141).

Mas sob a perspectiva do imputado não se lhe pode deixar de reconhecer, em algumas hipóteses, a possibilidade de formular requerimentos de medidas cautelares no âmbito de sua atuação defensiva, ou mesmo contracautelas como a liberdade provisória [28]. Pelo fato de figurar como titular de direitos na relação processual, é legítimo ao acusado deduzir pretensão que vise a preservá-los, por intermédio de providências acautelatórias. Figure-se como exemplo o direito à prova de que desfruta, o qual pode encontrar-se em vias de periclitação. Neste sentido, o Código de Processo Penal, em seu art. 225, permite a qualquer das partes (acusação ou defesa) formular o requerimento de produção antecipada de prova testemunhal.

Às partes da relação processual penal, portanto, será possível exercer o direito de ação penal cautelar. Não se pense, contudo, como já afirmado, que tal direito esteja isento de ser alvo de abusos, ou que seu exercício não possa ser inspirado na má-fé ou na temeridade. Mormente quando ausentes os pressupostos legais para a concessão da cautela, ou quando esta for direcionada a fins diversos dos que lhe destina o legislador, pode estar-se diante de abuso da tutela cautelar.

Sem pretender exaurir os postulados de uma teoria geral do processo cautelar, por não ser este o objetivo desta empreitada, passa-se à constatação das características e dos pressupostos dos provimentos acautelatórios para, após, analisar algumas hipóteses nas quais se pode estar diante de abuso no seu requerimento. Ainda na mesma esteira, por se reconhecer a existência de uma ação penal cautelar, também ficará delineado o seu uso indevido ou abusivo quando não concorram as condições para que seja regularmente exercida.

Também no processo penal, a exemplo do que já se afirmou na doutrina processual civil, possuem os provimentos cautelares como características a *acessoriedade*, a *preventividade*, a *instrumentalidade hipotética* e a *provisoriedade* [29]. São acessórias as cautelas por se vincularem ao resultado do processo penal principal. A preventividade se relaciona à sua destinação de precaver ou evitar a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação, enquanto o processo principal não chega ao fim (*v. g.*, prisão preventiva decretada com vistas a assegurar a regular instrução criminal). Já a instrumentalidade hipotética significa não ser a tutela cautelar um fim em si mesmo, mas ressalta sua função de instrumento assecuratório da eficácia prática das atividades jurisdicionais

---

[28] No tocante à contracautela de liberdade provisória, que não possui os requisitos de autêntica *medida cautelar*, pois não visa a assegurar a eficácia de providências cognitivas ou executivas, oportuna a observação de PRADO, Geraldo, no sentido da possibilidade de o juiz concedê-la de ofício: "A exceção é pertinente à tutela da liberdade, mediante determinação, de ofício, da liberdade *provisória*, considerado o princípio do *favor rei*, a presunção de inocência e o papel garantista do princípio acusatório na sua harmonia com os demais princípios" (*Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. cit., p. 206).

[29] A identificação das características dos provimentos cautelares, bem como sua explanação, seguem a lição de JARDIM, Afrânio Silva. "A prisão em decorrência de sentença penal condenatória". *Revista de Processo*. nº 51. julho-setembro 1988. p. 169.

cognitivas ou executivas [30]. No tocante à provisoriedade, esta impõe que a manutenção da cautela dependa da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo satisfativo (assim, no mesmo exemplo relativo à prisão preventiva, esta deve ser revogada quando não mais subsistam os motivos que ensejaram a sua decretação - art. 316 do Código de Processo Penal).

O que mais de perto interessa ao presente estudo, porém, são os pressupostos fundamentais para a decretação da tutela cautelar, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Não obstante a inexistência de consenso na doutrina quanto à utilização desta nomenclatura (forjada na órbita civilista) para a identificação dos pressupostos das cautelas processuais penais, acredita-se serem as que ainda guardem maior coerência com uma teoria geral do processo penal cautelar [31]. Por exemplo, as expressões por vezes referidas como *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* teriam incidência válida às cautelas restritivas de liberdade [32], mas não serviriam a determinadas cautelas patrimoniais, como o seqüestro, ou às relativas aos meios de prova (*v. g*, a colheita antecipada de prova testemunhal).

Quanto ao pressuposto do *fumus boni iuris*, traduz-se pela probabilidade ou pela plausibilidade do direito que se pretende assegurar [33]. Neste passo, deve-se indagar se a pretensão formulada, diante dos elementos apresentados pelo legitimado, conduzirá, provavelmente, a um resultado favorável, cuja utilidade se pretende preservar. Por sua vez, o *periculum in mora* se relaciona aos riscos provenientes da natural demora da prestação jurisdicional dita principal

---

[30] Consoante NORES, José I. Cafferata, "la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un *medio* para asegurar el logro de otros fines: os del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y *cautelar*: sólo se conciben en cuanto sean *necesarias* para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva" (*Introducción al derecho procesal penal*. Córdoba: Marcos Lerner, 1994. p. 160).

[31] Utilizando a nomenclatura *fumus boni iuris* e *periculum in mora* em relação às cautelas processuais penais, *vide*, dentre outros, BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. cit., pp. 41/43; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume IV. 1ª ed., 2ª tir. Campinas: Bookseller, 1998. p. 33; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 279; BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 07; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 6ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 276. Igualmente, na doutrina argentina, NORES, José I. Cafferata. *Introducción al derecho procesal penal*. cit., p. 172.

[32] Assim, na doutrina italiana, utilizando-se das expressões *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* como pressupostos das medidas cautelares pessoais, CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. Seconda edizione. Padova: Cedam, 2003. p. 367. Por sua vez, CORDERO, Franco se refere a *fumus delicti* e a "bisogno cautelare", como pressupostos das medidas cautelares (*Procedura Penale*. Sesta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2002. pp. 470/474).

[33] CALAMANDREI, Piero, o incomparável mestre nesta e em outras temáticas, refere-se a um "*giudizio di probabilità*" (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Opere giuridiche*. Volume IX. Napoli: Morano, 1983. p. 201).

[34], vale dizer, do perigo concreto [35] que a delonga no acertamento do direito pode acarretar à eficácia prática de futura sentença [36].

A parte que requer a tutela jurisdicional cautelar, sob o risco de não obtê-la, tem de fazer a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* [37]. A este respeito, costuma afirmar-se que a cognição relativa à satisfação destes pressupostos é sumária, vale dizer, não se baseia em um juízo de certeza [38]. Assim, para a caracterização do *fumus boni iuris* basta a plausibilidade ou a verossimilhança do direito invocado. Também quanto ao *periculum in mora* também não se pode exigir prova plena de um risco de dano, ou de um dano potencial. Entretanto, a menor profundidade na atividade cognitiva jurisdicional não pode levar à conclusão de afrouxamento na caracterização dos pressupostos aludidos [39]; tampouco pode eximir o legitimado da demonstração destes, sob pena de se consagrar a utilização temerária do requerimento cautelar. A cautela não será prestada com base em um juízo de certeza, mas nem por isso quem a requereu fica isento de trazer ao conhecimento do juízo evidências que dêem suporte à postulação. Vale dizer: o ônus da prova quanto aos pressupostos em comento recai sobre o requerente do provimento acautelatório [40].

---

[34] Neste sentido, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal.* cit., p. 231. Igualmente, na doutrina argentina, afirma NORES, José I. Cafferata: "respecto a lo segundo (*periculum in mora*), los Códigos determinan en qué hipótesis habrá riegos para los fines del proceso, a la vez que regulan las medidas coercitivas enderezadas a neutralizarlas" (*Introducción al derecho procesal penal.* Córdoba: Marcos Lerner, 1994. p. 174).

[35] Como bem pondera ALVES, Rogério Pacheco, "não basta o perigo genérico, tênue, exigindo-se a demonstração de que, provavelmente, a alteração do *status quo*, razoavelmente demonstrada, esvaziará a atuação jurisdicional, tornando-a irremediavelmente imprestável" (*O poder geral de cautela no processo penal.* cit., p. 232).

[36] Sobre o *periculum in mora*, vale a transcrição das belas palavras de TORNAGHI, Hélio: "Ao chegar à cabeceira do cliente, o médico verifica que precisa examiná-lo para lhe dar o medicamento específico e decisivo. Mas o exame vai consumir algum tempo e é preciso evitar que o doente morra antes que ele, médico, chegue a uma conclusão e seja possível tomar uma providência definitiva. Para isso, dá-lhe uma injeção de óleo canforado, precaução, remédio provisório contra o perigo da demora. Pudesse o médico fazer logo o tratamento definitivo e não úsaria o provisório. Para alcançar a certeza sobre a situação do doente tem de gastar tempo e contra o perigo da demora (*periculum in mora*) é preciso acautelar-se. O ato provisório, para usar outro símile, grosseiro mas que bem ilumina o assunto, é o torniquete aplicado no sujeito que se esvai em sangue até que seja possível suturar os vasos" (*Curso de Processo Penal.* Volume 1. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995. p. 210).

[37] Assim, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal.* cit., pp. 421/422.

[38] Neste sentido, por todos, *vide* CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari.* cit., pp. 200/201.

[39] Tal preocupação não passou desapercebida pela pena de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy: "(...) a assertiva de que na tutela cautelar tem lugar uma *summaria cognitio*, realizada em nível superficial, pode levar a interpretações perigosas. A menor profundidade na cognição, se mal compreendida, pode significar uma maior facilidade na obtenção da tutela cautelar, fazendo com que quase sempre se possa considerar que, com base em uma cognição não profunda, estão presentes os requisitos para a concessão da tutela cautelar" (*Ônus da prova no processo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 420).

[40] Em conformidade com o texto, invoca-se, ainda uma vez, pela precisão das palavras, a lição de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy: "Neste caso, o juiz somente poderá realizar o juízo sobre a probabilidade de dano de acordo com os fatos que estiverem provados nos autos. Para a concessão da medida cautelar deve haver prova dos fatos dos quais se infere o perigo de dano. Neste caso,

Finalmente, como se adota neste trabalho o entendimento que propugna o reconhecimento de uma ação penal cautelar, embora dotada de algumas peculiaridades, não se pode descurar das condições para o regular exercício deste direito. Sob pena de se transpor os lindes da utilização regular, adentrando no campo do abuso, fazem-se necessárias condições para o exercício do direito de ação penal cautelar, as quais não diferem das genericamente estabelecidas pela doutrina para as ações penais não condenatórias: legitimidade *ad causam*, interesse em agir, possibilidade jurídica do pedido e originalidade [41]. A falta de quaisquer das condições aludidas, a exemplo do que já restou assentado, implicará igualmente exercício abusivo do direito de ação cautelar.

2. ***Os requerimentos abusivos de medidas cautelares típicas.*** É desalentador o quadro de medidas cautelares apresentado pelo Código de Processo Penal brasileiro de 1941, o qual não conta, nesta temática, com nenhum rigor sistemático [42]. Há diferentes providências cautelares espalhadas pelo Estatuto Processual Penal, em diferentes Capítulos, além de outras previstas na legislação extravagante. De acordo com sistematização proposta pela doutrina, os provimentos acautelatórios tipificados pelo legislador podem ser divididos, para efeitos didáticos, em cautelas *pessoais*, cautelas *relativas aos meios de prova* e cautelas *patrimoniais* [43]. As primeiras se concentram notadamente nas prisões provisórias e em algumas medidas de índole pessoal, como a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor (art. 294, *caput*, da Lei nº 9.503/97). Como cautelares relativas aos meios de prova, podem ser citadas, dentre outras, a busca e apreensão, a interceptação telefônica (art. 2º da Lei nº 9.296/96) e a colheita antecipada de prova testemunhal. No tocante às cautelas reais ou patrimoniais, servem como exemplos o seqüestro e a hipoteca legal (arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal).

---

repita-se, não se exige a prova plena do perigo de dano, mas dos dados fáticos dos quais se infere tal perigo" (*Ônus da prova no processo penal*. cit., p. 427).

[41] Não se faz aqui referência à *justa causa* por se tratar de condição para o regular exercício da ação penal condenatória. No sentido da exigência de condições genéricas para o exercício do direito de ação penal cautelar, sem, no entanto, qualquer referência à *originalidade* como uma daquelas condições, confira-se a lição de BARROS, Romeu Pires de Campos: "As condições da ação cautelar, embora se revistam de certas peculiaridades, são as mesmas exigidas para as outras ações: possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade ativa e passiva para a causa. Assim, se o mérito na ação cautelar consiste no exame do '*fumus boni iuris*', embora se trate de um procedimento sumaríssimo, consoante ocorre com aqueles estabelecidos para a tutela cautelar, impõe-se o exame de tais condições, liminarmente, para que possa ser examinado o '*meritum causae*'" (*Processo penal cautelar*. cit., p. 57).

[42] A reforma projetada para o Código de Processo Penal pretende amenizar tal problema, pois o projeto de lei nº 4.208/2001 visa a instituir um Título IX no Código de Processo Penal, o qual regulamentaria as medidas cautelares em geral, juntamente com a contracautela denominada liberdade provisória.

[43] A classificação adotada segue BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. cit., p. 70. Seguindo a mesma classificação, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 280/281; ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 234.

Quanto ao abuso no requerimento de cautelares tipificadas pelo legislador, algumas premissas podem ser estabelecidas. Primeiramente, em quaisquer hipóteses, estar-se-á diante de requerimento abusivo quando não concorram os pressupostos indispensáveis às cautelas em geral, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Mas não é só. Como já afirmado, haverá igualmente abuso quando não se fizerem presentes as condições para o regular exercício do direito de ação penal cautelar. O mesmo pode ser dito quando as medidas acautelatórias forem utilizadas com finalidades diversas das que lhe foram destinadas pelo ordenamento jurídico, ou ainda quando o legitimado incorra em erro grosseiro.

Sem o intuito de esgotar o trato de todas as medidas cautelares tipificadas em lei, passa-se ao exame de algumas delas, tentando identificar hipóteses em que seu requerimento se revele abusivo ou temerário. Para tanto, servirão como bússola as premissas apontadas acima.

No tocante às cautelas pessoais, que importam restrição da liberdade, serão destacadas, pela sua importância, as prisões provisórias. Interessarão ao presente estudo a prisão preventiva [44] e a prisão temporária [45], as quais necessariamente têm de ser requeridas pelo legitimado à ação penal condenatória. A prisão em flagrante, a despeito de sua cautelaridade (advinda da necessária jurisdicionalização e que visa a avaliar a necessidade da clausura) [46], não conta, logicamente, com um requerimento, não se vislumbrando, assim, possibilidade de abuso por parte da acusação. Na mesma situação, e independentemente da controvérsia acerca de sua efetiva cautelaridade, se encontram a prisão decorrente de decisão de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, por serem provenientes de um ato jurisdicional [47].

---

[44] É inconteste a natureza cautelar da prisão preventiva. Neste sentido, dentre outros, *vide* BONILHA, José Carlos Mascari. *Prisão preventiva. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 256; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. cit., p. 283; FERREIRA, Denis Aceti Brasil. *A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório*. cit., p. 141.

[45] Afirmando a cautelaridade da prisão temporária, *vide*, dentre muitos, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. cit., p. 290; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Limites constitucionais à prisão temporária. O processo em evolução*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 88; PEIXOTO, Nelson; KAUFFMANN, Carlos. *Breves considerações sobre a prisão temporária. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. pp. 55/56; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 311; PEREIRA, Cláudio José. *Prisões extrapenais. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 86; GOMES, Marcus Alan de Melo. *A prisão provisória: aspectos constitucionais e infraconstitucionais. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 356.

[46] Consoante a lição de JARDIM, Afranio Silva, sobre a prisão em flagrante, "podemos firmar que, após a reforma da Lei nº 6.416/77, passou ela a depender do efetivo *periculum in mora*. Em outras palavras, a sua manutenção ficará condicionada a um criterioso juízo de necessidade, tornando visível a sua condição de verdadeira medida cautelar" (*Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal. Direito processual penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 260).

[47] Correta a percepção de TUCCI, Rogério Lauria: "As outras duas – decorrente de *decisão de pronúncia* e resultante de *sentença condenatória recorrível* –, tendo como pressuposto o proferimento de ato decisório, assumem natureza marcadamente processual: enquanto as *tipicamente cautelares* firmam-

Como regra, deve reputar-se abusiva, importando responsabilização, a atitude do órgão do Ministério Público ou do querelante que formular requerimento de prisão preventiva ou temporária sem a presença dos aludidos pressupostos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* [48], ou que se revele arbitrário, infundado, com desvio de finalidade ou fora das hipóteses legais. Se deduzida a pretensão cautelar nestes moldes, visando à constrição indevida da liberdade, está-se diante de abuso do direito, que não deve encontrar respaldo no ordenamento jurídico. Na Constituição do Império de 1824, já havia a previsão de punição não só ao juiz que houvesse decretado uma prisão arbitrária, mas também àquele que a tivesse requerido. O art. 179, 10, daquela Carta já dispunha: "*Á excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada senão por ordem escripta da autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar*". Embora tal sanção não tenha sido reiterada nas Cartas Constitucionais subseqüentes, tampouco implantada a nível infraconstitucional, já se podia antever com a edição daquele preceito a preocupação em prevenir e reprimir abusos por parte dos legitimados à postulação das prisões cautelares.

Com efeito, a providência cautelar restritiva de liberdade deve ser encarada de maneira *excepcional*, como medida extrema [49], somente devendo ser manejada quando não se dispuser de outros meios neutralizadores dos riscos ao processo dito principal [50]. A concepção de que tais prisões não podem converter-se em penas antecipadas é antiga, tendo-se intensificado com o advento dos ideais iluministas [51]. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência hodiernas não têm dado a devida ênfase ao aspecto da postulação abusiva ou indevida das

---

se em fatos *extra* e *metaprocessuais*, elas ocorrem no âmbito de processo em curso, sendo necessariamente *vinculadas a ato processual*, de que derivam" (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. cit., pp. 382/383).

[48] Como assevera JARDIM, Afranio Silva, referindo-se aos pressupostos mencionados, "ao se aplicar uma prisão cautelar, não se está partindo de uma presunção de culpa, mas tutelando os fins e os meios do processo penal, tendo em vista a probabilidade de condenação e o risco de dano irreparável na demora da entrega definitiva da prestação jurisdicional" ("A prisão no curso do processo em face da nova Constituição". *Revista de Processo*. nº 54. abril-junho 1989. p. 256).

[49] CRISTIANI, Antonio concebe a custodia cautelar "come 'l'immorale' ('aggettivo è di Francesco Carrara) misura estrema, che solo specifiche e motivate ragioni di necessità possono giustificare" (*Manuale del nuovo Processo Penale*. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991. p. 242).

[50] Neste sentido, NORES, José I. Cafferata: "Es que sólo *excepcionalmente*, cuando el imputado intente abusar de su libertad para frustrar el propósito de afianzar la justicia que persigue el juicio previo, nacerá el derecho del Estado de limitar o restringir su libre locomoción, siempre que tales riesgos no puedan neutralizarse por otros medios menos cruentos" (*Introducción al derecho procesal penal*. Córdoba: Marcos Lerner, 1994. pp. 176/177).

[51] Durante a reação iluminista, bradava BECCARIA, Cesare: "La privazione della libertà, essendo una pena, essa non può precedere la sentenza, se non quanto la necessità lo chiede. La carcere è dunque la semplice custodia di un cittadino, finchè sia giudicato reo; e questa custodia, essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e deve esser men dura che si possa. Il minor tempo deve essere misurato e dalla necessaria durazione del processo e dall'anzianità di chi prima ha un diritto di essere giudicato. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti" (*Dei delitti e delle pene*. Milano: Giuffrè Editore, 1973. p. 69).

cautelares pessoais. Exceção digna de nota pode ser encontrada em diplomas processuais penais modernos, como o *Código Orgánico Procesal Penal* venezuelano de 1998, que em seu *artículo 102*, embora sem estabelecer nenhuma sanção, estatuiu: "*Buena Fe. Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede. Se evitará, en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso*".

Neste trabalho, porém, arrisca-se afirmar que o exercício do direito à cautela, inspirado na má-fé, em erro grosseiro, em capricho ou mesmo no espírito emulativo do acusador, mormente quando tenha por objeto a constrição da liberdade, deve levar à sua responsabilização. Alguns exemplos podem servir a elucidar a assertiva. Vislumbre-se requerimento de prisão preventiva formulado pelo Ministério Público sem qualquer amparo em prova acerca da existência do fato criminoso ou em indícios no sentido de o acusado tê-lo praticado; tal postulação deve ter-se por temerária e abusiva, por ausência de demonstração do *fumus boni iuris*. Diga-se o mesmo de requerimento de prisão temporária sem que se evidencie o *periculum in mora* resultante da necessidade de garantir a eficácia das investigações, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, I e II, da Lei nº 7.960/89). Imagine-se ainda prisão preventiva requerida em decorrência de manifesto erro grosseiro por parte do acusador, como na hipótese de imputação por crime culposo, em contrariedade ao que dispõe o art. 313 do Código de Processo Penal. Ou, de maneira semelhante, prisão temporária postulada em relação a crime não constante da relação prevista no art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89. Em todos esses exemplos, e em outras hipóteses nas quais fique delineada a postulação temerária ou abusiva, a acusação não deve ficar imune à reparação do dano porventura causado.

Ainda sobre o prisma da abusividade, remarque-se que as prisões cautelares não devem ser postuladas com finalidades diversas das instituídas pelo legislador. Nesse sentido, por exemplo, inadmissíveis requerimentos de prisão preventiva ou temporária, formulados de maneira infundada, com o único intuito de intimidar ou pressionar o indiciado ou o acusado a confessar a autoria do crime, ou mesmo a colaborar com a acusação [52]. A responsabilização do acusador também nestas hipóteses deve fazer-se presente.

Quanto às cautelares relativas aos meios de prova no processo penal tem-se, exemplificativamente, as produções antecipadas de prova [53]. No direito

---

[52] No direito italiano, tal desvirtuamento não escapou à pena ilustre de FERRAJOLI, Luigi: "E il processo nuovamente s'abassa a rapporto di forza tra l'imputato, indotto alla confessione o alla delazione dal timore del carcere e dalla speranza della libertà, e la pubblica accusa, che autoriflessivamente sperimenta in corpore vili, come nell'antica tortura, le sue ipotesi accusatorie" (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Ottava edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2004. p. 810).

[53] Assim, CASTILLO, Niceto Alcala-Zamora y; HIJO, Ricardo Levene. *Derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945. pp. 299/300.

brasileiro, a colheita antecipada de prova testemunhal vem regulamentada no art. 225 do Código de Processo Penal, sendo induvidosa a sua natureza de cautela [54]. À luz do que dispõe o art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.271/96, ostenta idêntica essência a "produção antecipada das provas consideradas urgentes". Na primeira hipótese mencionada, deve ser considerado abusivo o requerimento formulado pela parte sem a demonstração do *periculum* de a testemunha "ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista". Porém, no caso do art. 366 do Código de Processo Penal há respeitável entendimento [55] (inclusive já acolhido jurisprudencialmente) [56] que, como se está diante de revelia, todas as provas possíveis devem ser produzidas, sob pena de seu irremediável perecimento. Desse modo, o pressuposto da "urgência" para a decretação da cautela remanesce atenuado, mas não eliminado, como deflagrador de atitude abusiva ou temerária.

Outra medida que pode assumir inegável natureza cautelar, em algumas das hipóteses em que disciplinada pelo legislador brasileiro (arts. 240 e 244 do Código de Processo Penal), é a busca e apreensão, notadamente no tocante à obtenção de meios de prova [57]. Assim, não deve ser admitida postulação de tal providência acautelatória sem que o legitimado demonstre haver "fundadas razões" para a busca domiciliar (art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal), ou "fundada suspeita" de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos criminosos (art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal). Em ambos os casos,

---

[54] No sentido do texto, JARDIM, Afranio Silva. *Reflexão teórica sobre o processo penal. Direito processual penal.* 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 39.

[55] Como afirma HAMILTON, Sergio Demoro, "o juiz deve, desde logo, **ignorando a advertência da lei**, colher todas as provas que entender cabíveis pois **todas assumem caráter de urgência sob pena de perecimento**. Não se pode premiar ainda mais a revelia, suspendendo, por completo, o curso do processo, pondo a perder as provas até então amealhadas" (A revelia premiada e o sentido da expressão 'prova urgente'. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.* nº 27. 2004. p. 103). Em sentido contrário, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 274.

[56] Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, com relação à produção antecipada de prova testemunhal em caso de revelia: "PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. REVELIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL. NECESSIDADE. CPP, ARTS. 92 E 366. Na hipótese de suspensão do processo em face da revelia do réu, a memória testemunhal deve ser colhida no tempo mais próximo do fato, em face do fenômeno humano do esquecimento, sendo de rigor a sua produção antecipada. Exegese dos arts. 92 e 366, do Código de Processo Penal" (**STJ**, 6ª Turma, ROMS 10494/SP, Rel. Min. Vicente Leal, *DJU* de 06.11.2000, p. 232).

[57] PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos, apartando a busca da apreensão, assevera que aquela "consiste, na verdade, em *medida instrumental*, com restrição a certos direitos fundamentais, no escopo de achar, encontrar, pessoas, semoventes, coisas ou vestígios, que, de modo direto ou indireto, se relacionem com o fato, pretensamente, ilícito e típico, investigado ou perquirido. A apreensão, por seu turno, pode consistir em meio cautelar de obtenção de provas, quando visa a assegurar elementos indispensáveis à comprovação da verdade criminal pesquisada. A busca, contudo, não se dirige, tão só, para ela" (*Da busca e apreensão no processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 103/104). Asseverando que em quaisquer hipóteses a busca e apreensão se revestem de natureza cautelar, TÔRRES, Ana Maria Campos. *A busca e apreensão e o devido processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 103.

tanto as "fundadas razões" quanto a "fundada suspeita" consubstanciam o *fumus boni iuris* [58], o qual, se não evidenciado pelo requerente da medida acautelatória, conduz à abusividade no seu requerimento.

A propósito, no tocante à busca e apreensão relacionada a crimes contra a propriedade industrial, o legislador foi expresso em reconhecer a possibilidade de o requerimento cautelar se apoiar na má-fé, no espírito emulativo ou em erro inescusável de quem o postula, consoante ficou estatuído no art. 204 da Lei nº 9.279/96: "Realizada a diligência de busca e apreensão, responderá por perdas e danos a parte que a tiver requerido de má-fé, por mero capricho ou erro grosseiro". Esta norma consagra hipótese na qual se sanciona o abuso na utilização da referida medida cautelar, por intermédio da reparação, imposta ao requerente, do dano causado ao requerido.

Uma observação final se faz importante, no que diz respeito à possibilidade de abuso quanto às providências cautelares típicas. Também no processo penal, se o legitimado (Ministério Público ou querelante) houver logrado a obtenção de um provimento jurisdicional cautelar na fase pré-processual, fica obrigado a propor a ação penal no prazo legal, sob pena de sua responsabilização e de a medida decretada perder a sua eficácia. A exemplo do que ocorre no direito processual civil [59], onde o requerente de medida cautelar responde perante o requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida, se não propuser a ação principal no prazo de trinta dias previsto em lei (arts. 811, III, e 808, I, do Código de Processo Civil), deve prevalecer a mesma *ratio* para o direito processual penal.

Sem dúvida, tendo em vista a provisoriedade inerente aos provimentos cautelares, não se deve admitir que sua duração se prolongue indefinidamente, principalmente nos casos em que o provimento acautelatório seja determinado na fase inquisitorial. O legislador brasileiro não ficou desatento a esta necessidade, estabelecendo, por vezes, prazos diferenciados para o exercício da ação penal de conhecimento, quando decretada uma medida cautelar na fase pré-processual. Assim, por exemplo, decorrido o prazo máximo de duração da prisão temporária, o acusador deve exercer a ação penal condenatória principal ao final do prazo para a conclusão das investigações, sob pena de perda da eficácia da medida prisional decretada, - ressalvando-se a possibilidade de requerimento e

---

[58] Neste sentido, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 231.

[59] Vale a citação, neste particular, da lição de direito processual civil comparado trazida por MOREIRA, José Carlos Barbosa: "Se la misura cautelare è stata concessa prima della pendenza della cosiddetta 'causa di merito' l'istante ha l'onore di proporre la domanda entro un termine perentorio, altrimenti il provvedimento cautelare perde la sua efficacia. Questo termine è di un mese nella Costa Rica (*Código Procesal Civil*, artt. 243; 244, 1), di 30 giorni in Brasile (artt. 806, 808, I) e in Uruguay (art. 311.2), di 20 giorni nel Codice-modello (art. 274, comma 2°), di 10 giorni in Argentina (art. 207, comma 1°), nel Paraguay (art. 700) e nel Peru (art. 636), di 6 giorni nel Panama (art. 521, 11, *a*), di 5 giorni nella Bolivia (art. 177, I). La ragion d'essere di tale disposizione è ovvia: si vuole evitare che l'istante, soddisfatto dal vantaggio che ha ottenuto, ritardi l'accertamento definitivo del rapporto giuridico tra le parti, per timore di un risultato sfavorevole, e cosi rechi un pregiudizio ingiusto alla persona che subisce gli effetti della misura cautelare" (Le misure cautelari nel processo latino-americano. *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 177/178).

decretação da prisão preventiva, uma vez oferecida a denúncia ou a queixa (art. 2º, § 7º, da Lei nº 7.960/89). Já o art. 45 da Lei nº 10.409/02 dispôs que "as medidas de seqüestro e de indisponibilidade de bens ou valores serão suspensas, se a ação penal não for iniciada no prazo de 180 (cento e oitenta) dias". Em sentido assemelhado, estatuiu o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.613/98: "As medidas assecuratórias previstas neste artigo serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da data em que ficar concluída a diligência". Não havendo prazo especificado em lei para o exercício da ação penal principal, por se tratar a cautela antecipada de restrição a direito fundamental do investigado, crê-se razoável a aplicação analógica dos prazos estabelecidos genericamente no art. 46 do Código de Processo Penal, vale dizer, cinco ou quinze dias [60], consoante se trate, respectivamente, de cautelar restritiva de liberdade pessoal, ou de outra medida acautelatória patrimonial ou relativa aos meios de prova.

Ressalve-se, porém, que, em quaisquer das hipóteses mencionadas, não se deve excluir a responsabilização pelo retardo levado a efeito pelo acusador, não obstante este porventura venha a sair vitorioso na ação penal de conhecimento tardiamente iniciada [61].

3. ***Os requerimentos abusivos de medidas cautelares atípicas e o poder geral de cautela do Juiz.*** Os estudos sobre a cautelaridade no processo penal brasileiro têm sido realizados com os subsídios da dogmática já consolidada no direito processual civil. Ainda assim, não são poucas as dificuldades encontradas. Uma delas se refere à possibilidade do reconhecimento de um poder geral de cautela ao juízo criminal, a exemplo do que se passa no âmbito cível, diante da autorização constante do art. 798 do Código de Processo Civil [62]. Há quem entenda, pelo fato de existir uma tipicidade processual "não diferente da tipicidade de direito substancial", ser juridicamente impossível a adoção de cautelas atípicas no direito processual penal [63]. Este posicionamento já chegou

---

[60] Com relação às cautelas inominadas decretadas antecipadamente, pronuncia-se no mesmo sentido ALVES, Rogério Pacheco: "Decretada a cautela inominada antecipadamente pelo Juízo criminal, *de que prazo disporá o Ministério Público para o oferecimento da denúncia*? Tendo em vista que a medida, em qualquer hipótese, importará na restrição ao exercício de direitos e interesses juridicamente tutelados, representando um sacrifício, mesmo que legal, ao indiciado, cremos razoável a aplicação analógica do art. 46 do Código de Processo Penal, ou seja, o prazo para o oferecimento de denúncia será o de 5 dias, a contar da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, tomando ciência da decisão" (*O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 251).

[61] Este é o posicionamento, segundo a sistemática estabelecida pelo direito processual civil, de MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Medida cautelar liminarmente concedida e omissão do requerente em propor a tempo a ação principal". *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 296.

[62] Dispõe o art. 798 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973: "Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação".

[63] É o que afirma BARROS, Romeu Pires de Campos: "Existe uma tipicidade processual não diferente da tipicidade de direito substancial. Portanto, importa verificar se o pedido do autor pode subsumir-

inclusive a ser acolhido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal [64]. Existe ainda quem assevere ser descabido um poder geral de cautela concedido ao juiz criminal, diante da impossibilidade de este adotar provimentos cautelares de ofício [65].

Entretanto, não parece acertado o entendimento que inadmite por completo a adoção de provimentos acautelatórios com fulcro em um poder genérico atribuído ao Juiz criminal [66]. Com efeito, não parece razoável o confinamento das providências cautelares penais às hipóteses expressamente previstas em lei, a partir do fundamento da *tipicidade processual*. Apesar de reconhecida esta doutrinariamente [67], não faz sentido invocá-la de modo a inviabilizar as cautelas inominadas no direito processual penal, pois se presta a tipicidade a assegurar a observância do devido processo legal, não a obstar a efetividade do processo. Assim, seja no âmbito criminal, seja no âmbito civil, "sempre que houver uma concreta possibilidade de esvaziamento do exercício

---

se num dos modelos descritos nos preceitos normativos do direito vigorante. Inexistindo no ordenamento jurídico a medida cautelar pleiteada, não há possibilidade jurídica para o pedido do autor" (*Processo penal cautelar*. cit., p. 58).

[64] Assim já chegou a decidir a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, consoante se pode constatar da transcrição das ementas que seguem: "PROCESSO PENAL. PODER DE CAUTELA GERAL. MEDIDA PREVENTIVA. LIBERDADE. SILÊNCIO DA LEI. No campo do processo penal, descabe cogitar, em detrimento da liberdade, do poder de cautela geral do órgão judicante. As medidas preventivas hão de estar previstas de forma explícita em preceito legal" (**STF**, 2ª Turma, *HC* 75662/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 17.04.1998, p. 03); "MEDIDA CAUTELAR. LIBERDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Ao contrário do que ocorre no âmbito instrumental civil, o poder de cautela, no campo penal, em jogo a liberdade do cidadão, há de estar previsto em lei. Descabe implementá-lo, tendo em conta a regressão a regime de cumprimento mais rigoroso, prevista no inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal, no período que antecede a audição do condenado, formalidade essencial imposta pelo § 2º do aludido artigo. Precedente: *Habeas-corpus* nº 75662-0/SP, por mim relatado, perante a Segunda Turma, e julgado na sessão de 3 de março de 1998" (**STF**, 2ª Turma, *HC* 76270/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 30.04.1998, p. 09).

[65] Assim, é o que expõe PRADO, Geraldo: "Não se diga que o juiz penal dispõe de um poder geral de cautela, que o autoriza, *ex officio*, promover as providências cautelares que entenda pertinentes, pois tal poder, como no processo civil, não se exercita sem provocação da parte no feito cautelar, compreendendo-se como especial permissão para promover, na tutela dos processos principais, atuais ou potenciais, medidas a rigor não previstas na casuística típica das cautelares" (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. pp. 205/206).

[66] Reconhecendo um poder geral de cautela ao juiz criminal, na doutrina nacional, *vide*, dentre outros, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., pp. 236/254; NOGUEIRA, Guilherme Calmon; GOMES, Abel Fernandes. "O poder geral de cautela no processo penal e o condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do juízo." *Temas de direito penal e processo penal em especial na Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 319 e segs; HAMILTON, Sergio Demoro. "O poder cautelar do juiz da execução penal." *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 173.

[67] Consoante os ensinamentos de GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, "afirma-se que o processo exige uma atividade *típica*, composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador. Assim, os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que essa atividade correria o risco de perder-se em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação de um provimento final justo" (*As nulidades no Processo Penal*. 6ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 17).

da função soberana de julgar, deve o Magistrado servir-se de mecanismos que razoavelmente o habilitem a garantir a sua jurisdição" [68]. Decerto, soaria ilógico que o Juiz criminal, quando devidamente instado a resguardar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, por haver prova do crime, possa decretar uma cautela restritiva da liberdade como a prisão preventiva (que restringe o bem individual maior), e não lhe seja lícito, em idêntica situação, tutelar a eficácia processual por intermédio de outra medida que limite outros direitos individuais de menor envergadura. Além disso, e de maneira decisiva, revela-se invocável, consoante o autorizativo previsto no art. 3º do Estatuto Processual Penal, a aplicação analógica do art. 798 do Código de Processo Civil ao direito processual penal.

Por outro lado, afigura-se correta a assertiva que o poder geral de cautela não pode decorrer de ato propulsor do próprio órgão jurisdicional [69]. Mas isto não impede o reconhecimento de um poder geral de cautela ao Juiz penal, pois a este deve ser lícito exercê-lo diante de requerimento de medida inominada pelo legitimado à ação penal de conhecimento, ou em substituição à providência típica por este requerida. Neste último caso, a autorização decorreria da própria *fungibilidade* inerente aos provimentos cautelares, a qual, prevista em sede processual civil (art. 805 do Código de Processo Civil) [70], encontra também aplicação no direito processo penal [71]. Neste particular, exerce importante papel o princípio da *adequação*, segundo o qual se outro provimento cautelar puder satisfazer as exigências de preservação do processo principal, não deve ser decretada a medida mais gravosa requerida [72]. À adequação na escolha das cautelares se correlaciona, de maneira integrativa, o princípio da

---

[68] Alves, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal.* cit., p. 237.

[69] Assim, Prado, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais.* cit., pp. 205/206.

[70] Dispõe o art. 805 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973: "Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente". A doutrina processual civil, diante desta norma, é assente no reconhecimento da fungibilidade das medidas cautelares. Assim, por todos, *vide* Fux, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (Fundamentos da tutela antecipada).* São Paulo: Saraiva, 1996. p. 139.

[71] No sentido do texto, Alves, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal.* cit., p. 250. A propósito, a reforma projetada para o Código de Processo Penal que tramita atualmente no Congresso Nacional consagra a fungibilidade dos provimentos cautelares. A redação sugerida pelo projeto de lei nº 4.208/2001, ao art. 282, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Penal é a seguinte: "§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem". Já quanto ao art. 283, § 2º, do Código de Processo Penal, similar é a proposta de redação: "§ 2º Quando não couber prisão preventiva, o juiz poderá decretar ouras medidas cautelares (art. 319)". Neste último caso, porém, tendo em vista a remissão feita ao art. 319, parece que o projeto refuta a possibilidade de substituição da cautela típica da prisão preventiva por cautela inominada.

[72] Consoante leciona Cristiani, Antonio, fala-se em "*adeguatezza*, nel senso che se altre misure cautelari possono soddisfare le esigenze del processo, non si possa procedere a quella più grave della custodia

proporcionalidade [73], que veda seja a restrição cautelar imposta além do estritamente necessário [74].

Alguns exemplos podem servir à elucidação da tese adotada. Imagine-se que determinado agente policial seja denunciado pela prática de tortura, figurando como vítimas e testemunhas pessoas sob a sua custódia. Caso estas porventura fossem ameaçadas, com fulcro no art. 312 do Código de Processo Penal, poderia ser decretada a prisão preventiva do acusado, por conveniência da instrução criminal. A hipótese concreta, todavia, por qualquer circunstância, poderia deixar delineado que a decretação de prisão preventiva representaria afronta ao princípio da proporcionalidade. "Por que não se admitir, então, o *afastamento provisório do servidor* como medida adequada a resguardar a coleta da prova?" [75]. Tal provimento poderia ser postulado inicialmente pelo Ministério Público, ou poderia ser decretado por substituição a requerimento de prisão preventiva.

Em outro exemplo, pode-se conceber que haja risco de determinado réu fugir para o exterior, criando empecilho à aplicação da lei penal, o que, em tese, também ensejaria a decretação da prisão preventiva. Se, por qualquer razão, concluir-se que esta é um exagero para o caso concreto, o condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do juízo, com a conseqüente apreensão do passaporte do denunciado, poderia revelar-se suficiente a garantir a eficácia de possível sentença condenatória [76]. Advirta-se, apenas a título ilustrativo, que tal medida, atípica no ordenamento brasileiro, encontra previsão no *Codice di procedura penale* italiano (art. 281) [77].

---

in carcere" (*Manuale del nuovo Processo Penale*. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991. p. 243).

[73] A este respeito, com referência ao disposto no art. 275, 2, do *Codice di Procedura Penale italiano* de 1988, afirmam Conso, Giovanni; Grevi, Vittorio: "Al principio di adeguatezza, così enunciato in termini generali, si raccorda poi, con funzione integrativa, il **principio di proporzionalità**, stando al quale ogni misura 'deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata" (*Compendio di procedura penale*. Seconda edizione. Padova: Cedam, 2003. p. 373).

[74] No sentido do texto, quanto ao ordenamento jurídico italiano, Tonini, Paolo. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 187.

[75] O exemplo é retirado de Alves, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal* cit., p. 241.

[76] Admitindo tal cautela inominada, na doutrina, Nogueira, Guilherme Calmon; Gomes, Abel Fernandes. "O poder geral de cautela no processo penal e o condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do juízo." *Temas de direito penal e processo penal em especial na Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 319 e segs; Alves, Rogério Pacheco. "O poder geral de cautela no processo penal". cit., p. 241. O projeto de lei nº 4.208/2001, na redação sugerida ao art. 320 do Código de Processo Penal, consagra expressamente a possibilidade de retenção de passaporte do indiciado ou denunciado, vinculada à medida cautelar de proibição de ausentar-se do país. Confira-se a redação proposta: "**Art. 320.** A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de vinte e quatro horas".

[77] Estatuiu o art. 281 do *Codice di procedura penale* italiano de 1988: "(Divieto di espatrio). **1.** Con il provimento che dispone il divieto di espatrio, il giudice (279; att. 91) prescrive all'imputato (60, 61) di non uscire dal territorio nazionale senza l'autorizzazione del giudice che procede (276, 308; coord.

A seu turno, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem reconhecendo ser lícito ao Magistrado criminal exercer um poder geral de cautela, diante de determinadas situações fáticas. O Supremo Tribunal Federal, não sem controvérsia entre as Turmas que o compõe, já decidiu no sentido de ser possível, não obstante ausência de previsão legal expressa, a adoção da providência cautelar de regressão, no Juízo das Execuções Penais, no caso de fuga do condenado [78]. Já no seio do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento da possibilidade de exercício do referido poder pelo juízo criminal não enfrenta grandes controvérsias [79]. Em rumoroso caso envolvendo suposta "venda de alvarás de soltura" por integrante do Poder Judiciário, a Corte Especial desse Tribunal julgou ser possível o requerimento do Ministério Público no sentido de afastamento preventivo do denunciado das funções públicas [80]. Em outras

---

215). **2.** Il giudice dà le disposizioni necessarie per assicurare l'esecuzione del provvedimento, anche al fine di impedire l'utilizzazione del passaporto e degli altri documenti di identità validi per l'espatrio. **2 *bis*.** Con l'ordinanza che applica una delle altre misure coercitive previste dal presente capo, il giudice dispone in ogni caso il divieto di espatrio".

[78] Confira-se a ementa do seguinte acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: "Direito penal e processual penal. Regime semi-aberto de cumprimento de pena. Fuga: quebra de dever disciplinar. Sanção de regressão ao regime fechado (arts. 50, inc. II, e 118, inciso I, e §§ 1º e 2º, da Lei de Execuções Penais). Direito de defesa do sentenciado. Cabimento, porém, da medida cautelar de regressão. Se até antes da condenação, pode o denunciado ser preso preventivamente, para assegurar a aplicação da lei penal, não é de se inferir que o sistema constitucional e processual penal impeça a adoção de providências, do Juiz da Execução, no sentido de prevenir novas fugas, de modo a se viabilizar o cumprimento da pena já imposta, definitivamente, com trânsito em julgado. Essa providência cautelar não obsta a que o réu se defenda, quando vier a ser preso. O que não se pode exigir do Juiz da Execução é que, diante da fuga, instaure a sindicância, intime o réu por edital, para se defender, alegando o que lhe parecer cabível para justificar a fuga, para só depois disso determinar a regressão ao regime anterior de cumprimento de pena. Essa determinação pode ser provisória, de natureza cautelar, antes mesmo da recaptura do paciente, para que este, uma vez recapturado, permaneça efetivamente preso, enquanto justifica a grave quebra de dever disciplinar, como previsto no art. 50, inc. II, da Lei de Execuções Penais, qual seja, a fuga, no caso. Tal medida não encontra obstáculo no art. 118, inc. II, §§ 1º e 2º da mesma Lei. É que aí se trata da imposição definitiva da sanção de regressão. E não da simples providência cautelar, tendente a viabilizar o cumprimento da pena, até que aquela seja realmente imposta. *HC* indeferido" (**STF**, 1ª Turma, *HC* 76271/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* de 18.09.1998, p. 03). *Em sentido contrário*, entretanto, já havia decidido a Segunda Turma do mesmo Tribunal: "**Medida cautelar. Liberdade. Ausência de previsão legal.** Ao contrário do que ocorre no âmbito instrumental civil, o poder de cautela, no campo penal, em jogo a liberdade do cidadão, há de estar previsto em lei. Descabe implementá-lo, tendo em conta a regressão a regime de cumprimento mais rigoroso, prevista no inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal, no período que antecede a audição do condenado, formalidade essencial imposta pelo § 2º do aludido artigo. Precedente: *Habeas-corpus* nº 75662-0/SP, por mim relatado, perante a Segunda Turma, e julgado na sessão de 3 de março de 1998" (**STF**, 2ª Turma, *HC* 76270/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 30.04.1998, p. 09).

[79] Ficou consignado em ementa de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "**Mandado de segurança. Busca e apreensão. Medida deferida para apurar a materialidade de eventual crime contra a propriedade industrial.** Não há de se identificar no ato do Magistrado, a quem cabe o poder geral de cautela, procedimento que viole direito líquido e certo. Recurso desprovido" (**STJ**, 6ª Turma, RMS 4179/PR, Rel. Min. William Patterson, *DJU* de 03.03.1997, p. 4707).

[80] O caso noticiado foi colhido do *Informativo nº 89* do Superior Tribunal de Justiça: "Após afastar as preliminares de cerceamento de defesa e incompetência desta Corte para aplicar o art. 29 da LOMAN

oportunidades, o mesmo Tribunal vem prestigiando a admissibilidade da retenção de passaporte como cautela inominada [81].

Entretanto, para que se estabeleça um equilíbrio entre as exigências de acautelar a eficácia prática do processo e o interesse do indivíduo em não suportar restrições em seus direitos individuais [82], devem ser fixados limites específicos ao poder geral de cautela. A finalidade destes limites consiste precisamente em empecer requerimentos abusivos de provimentos acautelatórios inominados, bem como o uso indevido do poder cautelar genérico por parte do Magistrado [83], em substituição à postulação de cautelas tipificadas em lei. Dentre outras, uma das limitações referidas se consubstancia na impossibilidade de utilização do poder genérico cautelar quando o legislador tenha determinado de maneira taxativa as hipóteses que ensejam providências típicas [84]. Neste particular, por exemplo,

---

(LC nº 35/79), recepcionado pela CF/88, conforme já assentado pelo STF, a Corte Especial determinou o afastamento do Magistrado de suas funções como Desembargador e Vice-Presidente de Tribunal de Justiça Estadual. Considerou-se que, dentro da amplitude conferida pelo ordenamento jurídico a este Superior Tribunal e recebidas as denúncias com elementos colhidos nesta instância, não seria pertinente devolver ao próprio TJ o exame do pedido do MP de afastamento preventivo. Destarte, sendo este Tribunal competente para receber a denúncia e processar os denunciados (art. 105, I, CF/88), incumbe-lhe, conseqüentemente, apreciar também as medidas acautelatórias e incidentais sobre o processo. Outrossim, ainda que inaplicável o art. 29 da LOMAN, o afastamento amolda-se ao poder de cautela do Juiz. Ademais, seria incoerente se este Tribunal pudesse tomar medidas restritivas de liberdade e não pudesse adotar o menos, o afastamento do acusado de suas funções, uma vez que há duas ações penais tramitando nesta Corte e ambas com fatos graves imputados ao Magistrado no exercício do cargo. Precedente citado do STF: *HC* 77.784-MT, *DJ* 18/12/1998" (STJ, Corte Especial, Inq. 259/AM, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 21.03.2001).

[81] A título exemplificativo, transcreve-se ementa de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Processo penal. *Habeas corpus*. Embargos infringentes ou de nulidade a serem interpostos. Competência do relator do recurso em sentido estrito para o exame do juízo de admissibilidade. Prisão preventiva decretada sem nenhuma demonstração de sua necessidade. Nulidade. Mantença, porém, da proibição de viajar para o exterior e retenção de passaporte. '*Writ*' concedido para que o paciente fique em liberdade até que o Tribunal de Justiça decida o mérito. (...) Se o paciente continua solto, não faz sentido sua prisão só porque ele cuidava de regularizar proibição de seu ingresso em determinado país estrangeiro. Assim, sua prisão padece de justa causa. Retenção, todavia, do passaporte e mantença da proibição de viajar para o exterior" (STJ, 6ª Turma, *HC* 2868/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, *DJU* de 24.03.1997, p. 9066).

[82] Com razão, Barros, Romeu Pires de Campos se refere ao contraste entre "os interesses do Estado em impor a medida cautelar e o interesse do indivíduo em não suportá-la". Conclui o citado autor: "Portanto, se está patente no processo cautelar penal o problema de garantir o exercício do direito de cautela, ocorre que, também nele é que se garante ao imputado contra o abuso do poder cautelar" (*Processo penal cautelar*. cit., p. 18).

[83] Perfeita a advertência de Moreira, José Carlos Barbosa, quanto à utilização de cautelares atípicas no direito processual civil brasileiro: "In Brasile si vengono utilizzando negli ultimi anni con molta frequenza misure cautelari 'atipiche'. Non pare spropositato parlare al riguardo di una vera e propria *inflazione*, forse non meno impressionante di quell'altra che da tanto tempo devasta il paese nel campo economico... Da un certo punto di vista ci si potrebbe rallegrare alla constatazione che i giudici non esitano tanto in questo caso quanto in altri ad esercitare i poteri conferiti loro dalla legge. Ma forse proprio qui sarebbe consigliabile una maggior dose di autocontrollo per prevenire alcuni eccessi" (*"Tendenze evolutive del processo civile." Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 41).

[84] Precisa, neste particular, a observação de Alves, Rogério Pacheco: "Não será possível a título de tutela cautelar geral, igualmente, a decretação de prisão fora dos casos, *numerus clausus*, previstos e disciplinados pelo legislador, ou seja, a decretação de *prisões atípicas* (...) Na mesma linha de motivos,

não seria lícito ao Ministério Público formular requerimento de prisão temporária fora dos casos previstos no art. 1° da Lei n° 7.960/89, ao fundamento de ser possível ao Magistrado a utilização de poder cautelar genérico para a decretação. De igual maneira, seria incabível a decretação de interceptação telefônica, via cautela inominada, fora das hipóteses autorizativas constantes dos arts. 1° e 2° da Lei n° 9.296/96. Nestes exemplos, a inadequação da cautelar atípica resulta da impossibilidade de afastamento dos pressupostos das providências acautelatórias típicas já estabelecidos restritivamente pelo ordenamento jurídico [85].

Não obstante todas essas considerações, cabe advertir que o projeto de reforma do Código de Processo Penal que tramita no Congresso Nacional parece tender a minimizar (mas não excluir!) o poder geral de cautela do juízo criminal para a adoção de provimentos acautelatórios inominados, ao fazer a previsão de várias medidas cautelares até então não tipificadas [86]. A propósito, no tocante à prisão preventiva, o projeto referido parece somente autorizar sua substituição, pelo Juiz, por outra cautela tipificada [87]. A diminuição a que se alude decorria do fato de o poder cautelar genérico do Magistrado somente poder atuar nos campos não disciplinados, em específico, pelo legislador [88].

---

também não caberá a decretação de interceptação telefônica,via cautela inominada, fora das hipóteses autorizadas pela Lei n° 9.296, de 24 de julho de 1996 (arts. 1° e 2°)" (*O poder geral de cautela no processo penal. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. n° 15. jan./jun. 2002. p. 248).

[85] Assim, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 248.

[86] O projeto de lei n° 4.208/2001 pretende dar a seguinte redação ao art. 319 do Código de Processo Penal: "Art. 319. As medidas cautelares diversas da prisão serão as seguintes: I- comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou freqüência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o acusado ou indiciado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a dois anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais; VII - internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26, parágrafo único, do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial".

[87] Esta é a proposta de redação dada pelo projeto de lei n° 4.208/2001 ao art. 283, § 2°, do Código de Processo Penal: "**§ 2°** Quando não couber prisão preventiva, o juiz poderá decretar ouras medidas cautelares (art. 319)".

[88] Neste sentido, quanto à última assertiva, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 249.

(*) ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA é Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Limitações da atuação do Juiz no sistema acusatório (*)

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA (**)

Procurarei sintetizar minhas posições diante dessa temática. Isto é, o exame dos limites do juiz no que concerne à iniciativa da busca probatória. Mito e dogma da verdade real.

Inicialmente, socorro-me de algumas idéias e indagações. A primeira delas seria pertinente ao mito e ao dogma da "verdade real". Diante do tema, ressalto o ponto vital de hoje - os limites da iniciativa postulatória do juiz na atividade substitutiva da atuação do Ministério Público, para abordar o exame do modelo processual a partir da vigência da Carta Política de 1988, no que tange à definição das funções investigatórias e acusatórias e da distribuição dos ônus processuais às partes, mais perto de um sistema acusatório do que da prevalência inquisitorial Vejo-me na necessidade, ainda que perfunctoriamente, de elaborar uma releitura do modelo inquisitorial e acusatório, sem esquecer que vivemos numa época na qual o ponto crucial do Estado democrático de Direito, na minha seara específica, situa-se entre as garantias dos direitos fundamentais e o estado de emergência. Encontrar o equilíbrio entre uma sociedade de riscos (*Risikogesellschaft*) e conseguir compensar o garantismo processual, de um lado, e, de outro, atender às exigibilidades transitórias dos momentos emergenciais - diria que não há saída simples. Dizia BECK que a *sociedade de risco é uma sociedade catastrófica.*

O ponto de equilíbrio está no princípio da proporcionalidade. Seria muito fácil colocar dessa forma. Sustento que a missão do Direito Penal é uma só - a tutela dos bens jurídicos, e que o fim da pena privativa de liberdade só tem dois endereços: a tutela dos bens jurídicos e o controle social. Sob esses dois aspectos, procedo, inicialmente, ao enfrentamento não só teórico, mas, momentaneamente, pretoriano, diante da releitura, em um Estado democrático de Direito, indagando qual o modelo estratégico a ser tomado. **Inquisitorial** ou **acusatório**?

(*) Palestra realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de 05 a 06 de setembro de 2005, no auditório externo do STJ no Seminário Internacional "Proposta para um novo modelo de persecução criminal - combate à impunidade.".

Ao mesmo tempo, diante desses dois perfis, quando leio o Código de Processo Penal de 1941, destaco a exposição de motivos, na parte, exatamente, que diz que o juiz deixará de ser o expectador inerte da produção de provas; sua intervenção na atividade processual é permitida não somente para garantir a marcha da ação penal e ao final julgá-la, mas, também, para ordenar, *de ofício*, fazendo o destaque das provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade.

Esse foi o posicionamento do Código e, atrelado a ele, dou destaque somente a dois artigos, em termos da instrução criminal. O art. 156 do Código de Processo Penal afirma: *A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução criminal ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.* E o art. 209 do mesmo diploma: *O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.* A mera leitura da parte final do art. 156 do CPP demonstra que o juiz penal tem amplos poderes investigatórios na fase judicial, diante do princípio da verdade real.

Assim, em face desse modelo inquisitorial do nosso Código de Processo Penal de 1941, quando da chegada da Carta Política de 1988, de imediato constatou-se que o Código de Processo Penal seria assistêmico e estaria fraturado em termos, desde o seu nascimento.

De pronto, dois dispositivos penais não foram recepcionados pela Carta, os arts. 26 e 351, diretamente ligados ao transvestismo do juiz em Delegado de Polícia e Promotor de Justiça no processo contravencional. O juiz dava início à ação penal pela lavratura do auto de prisão em flagrante ou pela portaria.

Portanto, esse era o cerne absoluto do processo inquisitorial. Mas, será que o modelo inquisitorial foi o adotado pela Carta Política de 1988? A Carta não precisaria expressamente dizer: "Adotamos o sistema acusatório". Bastaria por quê? Porque os princípios elencados na Carta de 1988 são claros e transparentes para que qualquer novel estudante de Direito possa saber que ela adotou o sistema acusatório. Se abrirmos o nosso velho e ultrapassado Código de Processo Penal, observaremos, no art. 129, inc. I, da Constituição Republicana, quando trata das funções institucionais do Ministério Público, que cabe a ele, **privativamente**, promover ação penal de iniciativa pública.

Com isso, encontramos de início, afastado o modelo inquisitorial e, em sendo assim, dissipamos também a questão da busca da verdade real.

Mas não ficou somente aí, poderíamos aduzir que restou consagrado o *due process of law*, o devido processo legal, o contraditório legal, a ampla defesa, a igualdade das partes, o princípio isonômico, da mesma forma que o julgamento por juiz competente e, também, obviamente, por juiz imparcial. No processo acusatório, as funções de acusar, defender e julgar integram atribuição de órgãos distintos, ao contrário do modelo inquisitório. A acusação deverá ser sempre formulada por órgão diverso do juiz. O processo penal desenvolve-se mediante o contraditório, sob a direção de um juiz natural e imparcial.

Esse é o modelo acusatório consagrado na Carta de 1988. Portanto, encontramos uma série de dispositivos que seria cansativo citar (*v.g.*: arts. 10, §§ 1° e 3°, 13, II, 16, 18, 28, 39, §§ 1° e 4°, 127, 133, 156, *in fine*, 311, 416, *etc.*), incluindo a investigação prévia, a instrução criminal e até a parte da execução penal, que não foram recepcionados pela própria Constituição e, como critica o Prof. SERGIO DEMORO HAMILTON (*A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia*) ainda subsistem em nosso processo penal, sem ainda sequer serem contestados nos pretórios superiores.

Ocorrem, sobre essa questão, algumas longas divergências. A verdade judicial é sempre uma verdade processual. Peço vênia para dissentir e dizer que é inadequado, após a edição da Carta, voltar a tratar de Processo Penal com relação ao princípio da verdade real.

Ressalto dois tópicos do artigo da Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório) uma das mais brilhantes juristas e processualistas brasileiras, publicado na *Revista Brasileira de ciências Criminais* (v. 7, n. 27, p. 71, 72, jul/set., 1999), que difere do meu modesto pensamento. O primeiro diz: *A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte.*

No segundo tópico, a ilustre jurista acrescenta: *A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaraça a imparcialidade do juiz, que deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória do juiz.* E conclui: *Diante da omissão da parte, o juiz de regra se vale dos demais elementos dos autos para formar o seu convencimento. Mas se os entender insuficientes deverá determinar a produção de outras provas* (...). Salienta que *a visão do estado social não admite a posição pacífica e conformista do juiz, pautada em princípios essencialmente individualistas.*

Faria uma releitura, diante do sistema acusatório, a respeito, ainda em termos, do que, ao tempo da edição do Código, o saudoso mestre HÉLIO TORNAGHI falava sobre **processo misto**, havendo várias formas inquisitoriais que não mais podem conviver na clandestinidade, em face da Carta Republicana. Evidentemente, sentia que o processo acusatório tinha uma característica mista: inquisitório e acusatório. O primeiro, observado na fase preliminar de investigação, ao passo que, com o ajuizamento da ação penal, adquire o caráter acusatório.

O eminente mestre e um dos maiores processualistas brasileiros, Desembargador JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em artigo publicado na *Revista de Direito Renovar* (v. 13, p. 1-13, jan./abr.1999), com a sua inteligência e conhecimento temático, escreveu erudito artigo sob o título *Processo Civil e Processo Penal: mão e contra-mão?* Nesse artigo, em que faz um paralelo entre o Processo Civil e o Penal, embora não seja um fiel adepto do sistema acusatório, por excelência, em certa parte, diz o seguinte: *Duas circunstâncias, pelo menos, justificam semelhante impressão em ordenamentos contemporâneos: a inclinação para restringir em vez de ampliar a atuação dos juízes no campo da instrução probatória.*

Mais à frente, em outra passagem, conclui: *Por sua particular importância, convém atribuir, em especial atenção, para salientar, mais uma vez, a tendência ao esvaziamento das atribuições do juiz penal como propulsor da instrução probatória, cuja ativação passa a depender, fundamentalmente, da iniciativa das partes,* e cita em nota de rodapé: O paradigmático art. 190, primeira e segunda alíneas, do Código de Processo Penal italiano e o Código-Modelo de Processo Penal para a América Latina, que atribui aos tribunais o dever de procurarem por si a averiguação da verdade segundo os meios de prova permitidos, mas em seguida *restringe a iniciativa oficial, durante o juízo, a determinadas oportunidades e condições.* Os ordenamentos contemporâneos se inclinam a limitar, em vez de ampliar, a atuação de juiz no campo da instrução probatória.

Portanto, encontramos posições opostas de consagrados processualistas e, modernamente, lembraria também o douto Procurador SERGIO DEMORO HAMILTON, hoje diretor da *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro,* que possui brilhantes trabalhos em revistas e livros a respeito desta temática, relembrando que no citado artigo *A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia* [1], escrito ao examinar, nos idos de 1974, o anteprojeto do Código de Processo Penal, saudava com euforia a consagração da forma acusatória pura pelo rompimento com o inquisitorialismo vigente. Criticava a norma do art. 408, § 4°, do Código de Processo penal, que permite ao juiz verdadeira ação penal *de ofício,* pois a pronúncia, uma vez preclusa a decisão, irá vincular o libelo que o Ministério Público terá de sustentar perante o juiz natural do feito. Lembra que o Ministério Público não está obrigado a aditar a inicial, porém é equívoco dar ao juiz a iniciativa da providência. Ao juiz compete julgar, e às partes incumbe promover a ação penal; o juiz, quando julga, atua **de ofício**, é seu ofício, e não a iniciativa de demandar.

Acrescentaria a posição de um jovem magistrado do meu Estado, o Dr. GERALDO PRADO, que defendeu, na nossa Universidade, com raro brilhantismo, tese de mestrado sobre a matéria, nacionalmente conhecida por *Sistema Acusatório* [2]. Apenas fiz essas citações e faço mais uma, da Procuradoria-Geral da República, que tive o cuidado de observar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570, de 12 de fevereiro de 2004, cujo relator foi o eminente Ministro Maurício Corrêa, e o requerimento efetuado pelo Procurador-Geral da República para ao Congresso Nacional, no qual se discutia a inconstitucionalidade da Lei n. 9.034, de 1995. Lá se coloca o juiz de instrução, a realização de diligências feitas pessoalmente por ele, a sua competência investigatória, a ofensa, as funções de investigar e de inquirir, a mitigação e as atribuições do Ministério Público e da Polícia Federal.

---

[1] *Processo Penal*: reflexões. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 127.
[2] Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

Lamentavelmente, não pôde ser aferido o mérito dessa ADIn, mas, em uma passagem, o eminente Procurador-Geral da República, em relação ao tema, diz: *O Parquet alega que o diploma legal em causa compromete a imparcialidade do juiz e contraria todo o sistema acusatório do processo brasileiro.* No relatório consta a posição da Procuradoria-Geral da República. O voto vencido foi do brilhante Ministro Carlos Velloso, que sustentou: *A figura do juiz estático, expectador, do tempo em que o processo nada tinha de público, está superada. O processo hoje tem natureza pública e nele o juiz tem participação ativa na busca da verdade.*

Referi-me a esses pontos básicos para dizer que não me sinto com tranqüilidade para defender, ainda presente, diante da Carta Política de 1988, o princípio da verdade real. A iniciativa probatória do juiz não deve constituir-se em atividade supletiva dos deveres ou ônus processuais atribuídos ao Ministério Público. E mais: a Carta teve como objetivo estabelecer um divisor de águas, um controlador, para limitar, na instrução criminal, as funções do juiz, como também as atribuições do Ministério Público, mas principalmente as do juiz - quando falo da imparcialidade, refiro-me à imparcialidade concreta da instrução criminal. Tenho algumas perguntas provocativas, e as faço diante do art. 564, inc. III, **b**, do Código de Processo Penal, com relação à nulidade, à falta do exame de corpo de delito, nos injustos penais, em que a atividade deixa vestígios. A pergunta é a seguinte: no curso da ação penal, não tendo o órgão do Ministério Público requisitado o laudo, poderia o juiz, supletivamente, substituí-lo e requisitar o laudo que a parte autora não requisitou?

A segunda pergunta: o Ministério Público poderia ter feito, no oferecimento da denúncia, o arrolamento das testemunhas, que entendia suficiente e necessário para comprovar por meio da prova oral a sua proposta produzida. Poderia o juiz, ao seu bel-prazer, determinar a inquirição de testemunha não arrolada ou desistida, da qual o depoimento fosse tomado por imposição do juiz instrutor e, sobre esse depoimento, julgasse procedente o pedido? Isso violaria ou não o processo acusatório? Violaria o processo acusatório o juiz, de ofício, determinar a prisão preventiva do réu no curso da ação penal? Não discutirei que o legislador teve o cuidado em relação à prisão preventiva, porque diante da prisão temporária, não temos investigação. Então o juiz, de ofício, não pode decretar a prisão temporária, tem de ser provocado. No processo acusatório, em relação à prisão preventiva, o juiz não poderia se antecipar e decretar a prisão preventiva, somente se provocado pelo Ministério Público. Falo em relação ao impulso. E indago mais: o juiz que antevê aprova e verifica que ela poderá prejudicar o réu - e, evidentemente, não foi requerida pela parte autora, o Ministério Público - passa, então, a substituir o Ministério Público, acusando-o? Teríamos a figura do **super juiz** dentro do processo. O réu teria de enfrentar no processo não só o promotor, como também o juiz travestido de acusador público, na fase da instrução criminal.

A conciliação que vejo, para que possamos chegar à coexistência do princípio acusatório e evidentemente, do princípio inquisitório, presente no Código e na Carta Constitucional, está exatamente no art. 156 do diploma processual, quando a atividade probatória for no sentido de *dirimir dúvida sobre ponto relevante*. Mas essa atividade estaria em relação à **prova produzida**, e não em razão da **deficiência probatória**. Portanto, o juiz só teria condições de produzir, de impulsionar, de iniciar a fase probatória quando, efetivamente, já estivessem nos autos as provas colhidas. Dou um exemplo: se já constassem nos autos vários depoimentos, e o juiz, em razão do princípio da livre convicção tivesse dúvidas em razão dos depoimentos prestados – concordo com a Professora ADA PELLEGRINI –, não poderia ficar refém das partes. Diante do princípio acusatório, da prova produzida, poderia determinar uma acareação ou uma nova inquirição. O juiz, diante de uma prova pericial que já estivesse nos autos, poderia nomear novo perito, requisitar, ouvi-los, diante **de provas que já foram produzidas**. O que não pode é buscar provas, porque quem tem de buscá-las é o Ministério Público.

Para terminar, coloquei a questão da limitação relativa probatória em relação à parte autora, o Ministério Público. E quando fosse a favor do réu? Por que o *bis in idem* em detrimento do réu? Também ficaria limitada em relação ao réu? Em relação ao réu, mostrando que o dogma da verdade real não é dogma, porque, na ação de revisão criminal, só este tem legitimidade para propô-la. O Ministério Público não tem legitimidade na ação revisional. O princípio da verdade real não é dogma no Processo Penal.

Repita-se: Por que dois órgãos do Estado (Ministério Público e juiz penal) devem alinhar-se na perseguição criminal em desfavor do réu? Responde o Prof. SERGIO DEMORO que, no processo penal que se pretenda acusatório, sabe-se absurda a providência que enseja ao juiz enveredar na busca de provas que possam, ao menos em tese, incriminar o réu. Por mera aplicação do princípio da proporcionalidade, sobreleva o direito à liberdade, em detrimento do sistema acusatório.

O nosso processo ainda é vetusto, porque, no júri, o libelo fica vinculado à decisão de pronúncia, que é exatamente outra quebra do processo acusatório. No júri, o juiz, por força da deficiência da defesa, dissolve o júri para não deixar que o processo continue, a fim de que não haja a condenação pela ausência de defesa. O que funciona em relação à defesa para a intervenção do juiz e não funciona em relação ao Ministério Público? Está no art. 5º da Constituição. É o princípio da liberdade. Quer dizer, quando está diante de uma prova que inocentará o réu, diante dos princípios da liberdade e do livre convencimento, o juiz, nessa parte, deve produzir a prova, porque estaria agindo para constatar a inocência do réu.

Lembro GIOVANI CONSO, que, em suas *Instituições de Direito Processual Penal*, ao examinar o processo acusatório, entre outros aspectos, frisa *a necessidade da exclusão da iniciativa judicial no recolhimento de provas.*

Tudo o que abordamos significaria dizer, em relação à impunidade, que, por mais que queiramos, não poderemos continuar com uma legislação que é uma verdadeira colcha de retalhos. Procuramos colocar esparadrapos nos buracos. A dúvida do juiz deve ser sobre a prova produzida e jamais sobre a insuficiência ou ausência da atividade probatória. Anota com pertinência o Professor EUGÊNIO PACCELLI DE OLIVEIRA no seu *Curso de Processo Penal* [3] que *a busca da verdade real, em tempos ainda recentes, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade.* O citado princípio tinha o encargo de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal.

Na realidade, precisamos modernizar a legislação processual penal para adequá-la à nossa realidade e torná-la uma ferramenta eficaz de combate à impunidade e de garantia dos direitos individuais.

Então, o combate à criminalidade não se faz apenas com medidas pontuais, meramente emergentes, impondo-se uma reforma de fundo para atingir os pontos que são vitais para a rápida e segura prestação jurisdicional.

---

[3] 3ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

(**) ÁLVARO MAYRINK DA COSTA é Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Doutor pela Universidade do Estado da Guanabara, Professor de Direito Penal, na graduação e no mestrado, da Universidade Gama Filho, e nos cursos de mestrado em Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Cândido Mendes. Presidiu, também, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, no biênio 2002/2003.

Outra Leitura Sobre o Art. 13, § 1°, do CP – Causa Superveniente Relativamente Independente

André Guilherme Tavares de Freitas (*)

1. Esclarecimentos Iniciais

Pretende-se através do presente ensaio tornar mais simples a interpretação do art. 13, § 1°, do CP, posto que entendemos ser demasiadamente complexa a orientação fornecida atualmente por nossa doutrina a respeito. Buscaremos fornecer meios para deixar mais acessível o entendimento deste tema, que se apresenta no meio jurídico e acadêmico como de difícil compreensão.

Ao revés de sustentarmos ser equivocada a redação de tal dispositivo legal, como dito por alguns, ou de dizermos que o mesmo carece da analogia *in bonam partem* para uma adequada aplicação, como sustentado por outros, buscaremos expor, dentro de nossa ótica, a razão do enunciado no art. 13, § 1°, do CP, bem como o alcance a ser empreendido a esta norma, além de outras ilações relacionadas.

Cabe ainda frisar que a presente análise também foi estimulada pela falta de originalidade constatada na doutrina sobre este assunto, posto que, com raras exceções, as afirmações formuladas por um são repetidas sistematicamente pelos outros, o mesmo se constatando em relação às lacunas e obscuridades, tendo em vista que determinados aspectos não são abordados ou são enfocados de forma superficial.

2. Localização e Alguns Esclarecimentos sobre o Tema

Importante, desde já, mencionarmos a localização didática em que o tema ora abordado está situado na disciplina do Direito Penal. Versa o art. 13 do CP sobre o nexo causal, aspecto componente do fato típico penal. Neste dispositivo podemos visualizar a vinculação do nosso Código Penal à teoria, formulada por von Buri, da equivalência dos antecedentes (ou da *conditio sine qua non*), quando menciona que "considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

Assim, para que saibamos se determinado evento é causa de um resultado, devemos utilizar o chamado procedimento hipotético de eliminação de Thyrén, pelo qual, caso seja eliminado mentalmente determinado acontecimento e o

resultado não ocorra ou não ocorra da maneira ou do modo como ocorreu, será tido este acontecimento como causa do resultado. Desta forma, nas palavras de WELZEL, "toda condição que não pode ser mentalmente suprimida sem que com isso desapareça o efeito, é causa".

Ocorre que identifica-se na teoria da equivalência dos antecedentes a possibilidade de, caso aplicada sem limitações, conduzir a um regresso infinito (*regressus ad infinitum*), a ponto de responsabilizar o casal que gerou um filho que veio a ser um perigoso homicida, pois se o casal não tivesse o filho, os homicídios que ele praticou não teriam ocorrido, o que torna o casal também causa de tais eventos.

Para que tal absurdo seja impedido, foram estabelecidos limites à teoria da equivalência dos antecedentes para atribuir a qualidade de causa a determinada conduta. A primeira limitação refere-se à necessidade de vinculação subjetiva da conduta com o resultado (exigência de dolo ou de culpa), pois, segundo BACIGALUPO, "somente é relevante a causalidade material dirigida pela vontade de acordo com um fim". A outra limitação existente é a possibilidade de inauguração de uma nova cadeia causal (impropriamente chamada de rompimento do nexo causal) quando for observada uma causa absolutamente independente ou uma causa superveniente relativamente independente por si só.

3. Causa Relativamente Independente e Causa Absolutamente Independente

Aqui é o ponto em que, segundo entendemos, deve ser fornecida uma nova leitura àquilo que é, até o presente momento, exposto doutrinariamente. Entendemos ser fundamental a diferenciação que a seguir se traçará, para viabilizar uma interpretação segura e coerente do art. 13, § 1° do CP, sem, contudo, torná-la complexa, pois, caso o fizéssemos, estaríamos fugindo ao objetivo deste ensaio.

Quando se localiza na doutrina a definição de causa relativamente independente e de causa absolutamente independente, é opinião praticamente unânime que a primeira é aquela causa que se alia, liga-se à conduta do sujeito e juntas produzem o resultado. Já a causa absolutamente independente é aquela que produz por si mesma o resultado, não se ligando de forma alguma à conduta em principal análise, de forma que esta conduta não poderá receber a imputação do resultado, que será atribuível à causa absolutamente independente.

Não concordamos com esta diferenciação proposta pela doutrina por entendermos que não é o fato de uma causa se ligar à outra para produzir um resultado que será o critério distintivo entre as causas absolutamente e as causas relativamente independentes, até mesmo porque esta diferença da forma como é posta pela doutrina torna incompatível a redação do art. 13, § 1°, do CP, que menciona causa "por si só" relativamente independente. Ora, afirmando a

doutrina que a causa "por si só" é sempre absolutamente independente, como poderia o legislador falar em causa relativamente independente "por si só"?

Acreditamos que, quando se observa mais de uma causa relacionada ao mesmo resultado, de forma que, juntas, deram origem àquele, o que há não são causas relativamente independentes, e sim concausas, que, nas palavras de CAPEZ, são "aquelas causas distintas da conduta principal, que atuam ao seu lado, contribuindo para a produção do resultado".

Quando se fala em concausa estamos nos referindo à força, decorrente de uma conduta ou de um fato natural, que cooperou de forma idônea [1] com outra força para a produção do resultado. Falar em concausa é mencionar que determinado resultado foi gerado por mais de uma causa.

Em nossa concepção, o que irá distinguir uma causa relativamente independente de uma absolutamente independente é o fato dela decorrer ou não da conduta principal em análise, vale dizer, se sua origem for sucessiva à ocorrência da conduta principal, será ela uma causa relativamente independente. Agora, caso não tenha qualquer relação, será absolutamente independente.

Partindo desta premissa, no exemplo em que um agente golpeia uma vítima, fazendo com que esta seja internada em um hospital, local onde vem a falecer pela ocorrência de um desabamento do prédio hospitalar, temos que esta morte foi gerada por uma causa relativamente independente, pois a vítima só estava no hospital em razão de ter sido ferida pelo agente, o que possibilitou, por conseguinte, sua morte em virtude do desabamento ocorrido. Já na situação em que o agente aplica um veneno na vítima para matá-la, porém esta, após seu envenenamento, tropeça em uma escada de sua residência, fator este não motivado pelo envenenamento, e vem a morrer em virtude da queda, estaremos diante de uma causa absolutamente independente, pois sua ocorrência não decorreu da conduta do envenenamento.

Desta forma, quando se fala em causa relativamente independente, em nossa ótica, está se dizendo que esta causa decorre de uma outra.

Com efeito, para que uma causa decorra de uma outra, logicamente só poderá ser superveniente, pois não há como conceber que algo decorra de outro sendo preexistente ou concomitante.

Por isso, causa relativamente independente só pode ser superveniente, sendo, então, este o motivo lógico do Código Penal ter mencionado apenas esta no art. 13, § 1°. Não houve por parte do legislador qualquer esquecimento em relação às causas preexistentes e concomitantes relativamente independentes, pelo simples fato de que estas não existem. Só é relativamente independente o que acontece depois daquilo do que depende.

---

[1] A expressão "de forma idônea" foi utilizada com o sentido de excluir aqueles acontecimentos que não podem ser tidos como causa adequada, idônea, do resultado. Como exemplo de causa que não é idônea à produção do resultado, podemos mencionar a conduta do fabricante da arma em relação ao homicídio que vier a ser praticado com tal instrumento.

Resta-nos, agora, interpretar o significado da expressão "por si só" constante do art. 13, § 1°, do CP. Fala-se na doutrina ser equivocada a redação deste dispositivo legal, pois se uma causa é "por si só", vale dizer, se gerou sozinha o resultado, será a mesma uma causa absolutamente independente, sendo, desta feita, errôneo dizer causa superveniente relativamente independente por si só. Diz-se, ainda, que quando este dispositivo menciona a causa "por si só", está se referindo àquela causa que se situa fora da linha normal de desdobramento do curso causal, de tal forma que é como se por si só tivesse causado o evento. Não concordamos com tais afirmações.

Entendemos que a expressão "por si só" está a se referir "por sua própria força", isto é, quando uma causa é "por si só", é porque a mesma foi sozinha suficiente para gerar o resultado, não tendo, por conseguinte, se aliado a nenhuma outra causa na geração do resultado. Destarte, podemos ter causas "por si só" tanto nas que forem absolutamente independentes quanto nas que forem relativamente independentes.

Por outro lado, apesar da verificação da linha normal de desdobramento ser fator relevante para ser observado se uma causa é "por si só", não é o último critério de constatação, pois uma causa pode não estar na linha normal de desdobramento de uma conduta, porém não ser por si só. Veja o exemplo de um incêndio. Imagine que determinada pessoa morreu carbonizada. Porém esta pessoa tinha levado um tiro de um desafeto seu que queria sua morte. O incêndio não está na linha normal de desdobramento da conduta daquele que deu o tiro. Imagine que este tiro impediu a vítima de se locomover, o que a inviabilizou de fugir do local onde se encontrava ferida e que pegou fogo, tendo, pois, sido consumida pelas chamas. Tanto o fogo quanto o tiro foram as causas da morte da vítima. Não houve, aí, causa "por si só".

Assim, quando se estiver analisando uma determinada conduta, caso seja observado que um outro evento, humano ou natural, seja ele preexistente, concomitante ou superveniente, ou, ainda, relativamente ou absolutamente independente, gerou sozinho o resultado, ou seja, não reforçou nenhuma outra causa, estaremos diante da ocorrência de uma causa "por si só".

Pelo que sustentamos aqui, podemos afirmar que o fato de uma causa ser absolutamente independente, ou seja, não decorrer de uma outra, não necessariamente conduz à conclusão de que somente a ela será imputado o resultado. Podemos ter em relação a um mesmo acontecimento a concorrência de duas ou mais causas absolutamente independentes, e todas elas receberem a imputação do resultado.

Veja o exemplo em que um agente, desejando a morte da vítima, estimula a mesma a ingerir elevada quantidade de entorpecente, porém ainda em dose insuficiente para matá-la. Outro agente, sem saber da conduta do primeiro, e com idêntica intenção, faz o mesmo, e, igualmente em dose insuficiente. Ocorre que, as duas doses somadas foram suficientes para causar a morte da vítima. Estamos diante de causas absolutamente independentes, pois uma não decorreu da outra, em virtude da origem completamente autônoma de ambas. Porém,

uma reforçou a eficácia causal da outra, o que lhes atribui a qualidade de concausas do resultado morte por overdose. Serão elas analisadas de acordo com a regra do art. 13, *caput*, do CP, isto é, considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Constata-se, então, que, eliminando-se qualquer uma das duas condutas o resultado desaparece, razão pela qual tais condutas são causas do resultado morte. Causas estas agregadas do dolo de matar. Receberão, pois, a imputação do resultado morte ocorrido. [2]

Um outro exemplo, que é colocado pela doutrina, é a situação em que um agente exerce grave ameaça contra uma vítima, que, em razão disto, vem a sofrer um surto cardíaco e morre enfartada. Fala-se que a hipótese versa sobre causa concomitante relativamente independente, não tratada pelo Código Penal no art. 13, § 1°, do CP, muito embora possa ser tida "por si só", pelo que não afastou o legislador a possibilidade de se imputar este resultado morte ao autor da ameaça, respondendo, pois, o agente pela morte.

Esta situação exemplificada vai ensejar desdobramentos complexos doutrinários. Alguns dizem que o autor da ameaça só poderá ser responsabilizado pela morte caso soubesse (dolo), ou se fosse possível saber (culpa), do problema cardíaco da vítima. Outros sustentam a possibilidade de analogia *in bonam partem* no art. 13, § 1°, do CP, para também nele incluir as causas concomitantes e preexistentes relativamente independentes "por si só", de forma a viabilizar a não imputação do resultado morte ao autor da ameaça.

Entendemos que a solução deste exemplo não precisa chegar a tal grau de complexidade. Vejamos: sendo o ataque cardíaco decorrente da ameaça exercida, não é correto dizer que o mesmo é concomitante, mas sim, superveniente, ainda que em curto espaço de tempo. E mais, por ser decorrente da conduta de ameaça, temos que tal surto cardíaco é relativamente independente, além de ter gerado por sua própria força causal a ocorrência do resultado (a vítima morreu unicamente em virtude do enfarto). Estamos, pois, diante de uma causa superveniente relativamente independente por si só, que inaugurou um novo curso causal, afastando, pois, a imputação do resultado morte ao autor da ameaça. Não sendo possível a imputação do resultado morte ao agente, torna-se despicienda qualquer discussão acerca da presença do dolo ou da culpa na conduta.

Conclusão

Destacamos, mais uma vez, que este ensaio teve a pretensão de trazer interpretação mais acessível e menos complexa à norma do art. 13, § 1°, do CP.

---

[2] Oportuno é o destaque que neste exemplo não se aplica o instituto da autoria incerta observável aos casos de autoria colateral, pois, na hipótese versada, apesar de ter ocorrido a autoria colateral, não houve autoria incerta, pois se conseguiu visualizar o causador do evento morte, que foram os dois agentes, ou seja, a autoria foi certa e atribuível aos dois.

Buscou-se atribuir ao mesmo nova ótica interpretativa, em nossa opinião, mais condizente com a intenção legislativa.

Lançaram-se concepções do que seja uma causa relativamente independente e uma causa absolutamente independente, do significado da expressão "por si só", além de se ter buscado esclarecer o motivo da menção no art. 13, § 1°, do CP apenas às causas supervenientes relativamente independentes.

Chegou-se, então, à ilação de que as causas preexistentes e as concomitantes são sempre absolutamente independentes, devendo o estudo do curso causal gerado pelas mesmas ser feito em consonância com o disposto no art. 13, *caput*, do CP (imputa-se o resultado à causa ou concausas sem as quais o mesmo não teria ocorrido).

Em relação às causas supervenientes, sendo absolutamente independentes, serão, da mesma forma, estudadas nos termos do *caput* do art. 13 do CP, o mesmo se dizendo quando forem relativamente independentes "por si só".

(*) André Guilherme Tavares de Freitas é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

A Infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem

ARNOLDO WALD

I. Breve introdução histórica - **II.** A abertura da economia brasileira - **III.** O sentido da concessão e da parceria - **IV.** Dez anos da aplicação da legislação de concessões - **V.** As PPPs - **A)** As finalidades e os objetivos, **B)** As Condições, **B1)** Os marcos regulatórios estáveis, **B2)** As garantias, **B3)** A Arbitragem - **VI.** Conclusões

"A privatização é a única maneira de assegurar-se de que as necessidades de infra-estrutura serão satisfeitas. Nenhum governo do mundo hoje dispõe de recursos suficientes para fazê-lo por conta própria, seja através de taxação ou de empréstimos. Contudo, o capital está aí, em abundância, como também as oportunidades para investimentos lucrativos."
PETER DRUCKER [1]

"Para oferecer maior segurança ao setor privado, o projeto de lei oferece a possibilidade da adoção da arbitragem, como forma de solução de conflitos que atentem para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. As grandes firmas de engenharia, nacionais ou estrangeiras, hesitariam em firmar contratos de grande monta e, por vezes, de complexa execução no plano técnico, sem que as eventuais controvérsias pudessem ter solução em tempo razoável."

JULIAN M. CHACEL [2]

I. BREVE INTRODUÇÃO HISTÓRICA

1. No momento em que a Segunda Guerra Mundial terminou e quando cinco anos depois se iniciou a segunda metade do século passado, o Brasil se apresentava com mais de um século de atraso em relação aos países industrializados. Tínhamos uma agricultura obsoleta, uma indústria incipiente,

---

[1] *Administrando em tempos de grandes mudanças*. Tradução brasileira. São Paulo: Pioneira, 1995, p. 118.
[2] "Entidades públicas e a arbitragem", *Gazeta Mercantil, Legal & Jurisprudência*, 23.06.2004, p. 1.

uma infra-estrutura totalmente insuficiente e uma ausência de verdadeira vivência democrática. A legislação da época era uma superposição de disposições que correspondiam a alguns projetos elaborados no meio e no fim do século XIX (os Códigos Civil e Comercial) e de normas da ditadura Vargas, algumas de exacerbado nacionalismo e até inspiradas no fascismo dos anos 1930.

2. As concessões de serviço público que permitiram o desenvolvimento do país no período anterior (1850-1950) estavam desaparecendo, terminando seja por decurso de prazo, seja em virtude de encampação ou de acordos, por não mais haver interesse dos concessionários. Efetivamente, o abandono da cláusula-ouro, que lhes dava a estabilidade financeira, e uma política populista de tarifas reduzidas, consideradas políticas e confiscatórias, desincentivaram as empresas concessionárias, em geral européias e canadenses, que participaram do desenvolvimento da nossa infra-estrutura na época, operando em áreas como a telefonia, a eletricidade, o gás, as estradas de ferro e o transporte urbano.

3. Houve, assim, a estatização das concessionárias, passando, outrossim, o Estado a ser o motor inicial da industrialização e cabendo-lhe também manter e ampliar a infra-estrutura. As quatro primeiras décadas da segunda metade do século XX se caracterizam pelo predomínio do Estado na economia brasileira, que fez grandes esforços para se integrar no plano internacional. Era uma economia no fundo autárquica, protegendo as empresas nacionais às quais assegurava o mercado interno, em virtude de medidas protecionistas. As grandes companhias eram, em geral, estatais ou sociedades de economia mista e o país pretendeu realizar o seu desenvolvimento mediante a utilização de financiamentos internacionais e utilizando o seu poder monetário, para emitir papel-moeda, sempre que necessário.

4. Não houve incentivos ao capital estrangeiro, que sofria importantes restrições, e poucas foram as *joint-ventures* realizadas pelo Poder Público com empresas estrangeiras. Pode ser citado como um dos raros exemplos a criação da indústria petroquímica com a utilização do tripé – empresa estatal, companhia privada nacional e sociedade estrangeira, tendo inicialmente, cada uma delas, um terço do capital das empresas.

5. Durante o regime militar, deu-se preferência, em matéria de infra-estrutura, às grandes obras e os custos com os quais o Estado teve que arcar foram muito altos, gerando um clima inflacionário. Esses custos decorriam tanto da gestão pública e de sua relativa rigidez quanto da falta de velocidade e das sucessivas paralisações na realização das obras, em virtude de falta de planejamento e de ausência de recursos. No campo da eletricidade, várias obras chegaram a demorar algumas décadas até ficarem prontas, encarecendo enormemente o preço da energia.

6. Dentro deste quadro, coube ao Estado, ao qual faltavam os recursos necessários, optar entre desenvolver a infra-estrutura, emitindo papel-moeda e mantendo e aumentando a inflação, ou abandoná-la num estado de progressiva degradação, fazendo com que perdesse parte substancial do seu valor. Em certos casos, o investimento real superou o planejado de tal modo que o preço das

obras se tornou incompatível com o do mercado, criando problemas insolúveis para a sua amortização.

7. Surgiu, pois, para os poderes públicos, uma difícil escolha entre o **déficit público** (realizar obras sem ter dinheiro e financiá-las com empréstimos, ou até, se necessário, emitindo papel-moeda) e o **déficit de infra-estrutura** (não realizar as obras e não manter em níveis adequados os serviços mas evitar o recrudescimento da inflação). O dilema era tanto mais sério que a existência de uma boa infra-estrutura, além do valor que representa em si mesma, é condição básica ao desenvolvimento da economia nacional.

II. A Abertura da Economia Brasileira

8. Chegamos assim à abertura da economia brasileira, que ocorreu simultaneamente com o fim do regime militar e a redemocratização do país. Embora a Constituição de 1988, na sua versão inicial (hoje modificada por 45 emendas constitucionais), fosse relativamente estatizante e nacionalista, já se admitia, a partir do fim dos anos 1980, a necessidade de privatizar a maioria dos serviços públicos que integravam a infra-estrutura do país. A privatização ocorreu menos por motivos ideológicos ou políticos do que em virtude da falta de recursos do Estado, para mantê-los e desenvolvê-los de acordo com as necessidades da economia nacional.

9. O Brasil tinha chegado à convicção que não mais podia continuar sendo uma economia fechada, no mundo globalizado, e que necessitava do capital estrangeiro para recuperar o seu atraso tecnológico e modificar as bases de sua economia. Um Presidente da República chegou a dizer-me que "Faremos a privatização não por motivos ideológicos, mas por necessidade fisiológica, ou seja, por absoluta falta de recursos".

10. Durante a moratória brasileira, algumas fórmulas criativas de abertura da economia já tinham sido experimentadas com relativo sucesso, como foi o caso da conversão da dívida em participação acionária. Concluiu-se que o interesse do capital estrangeiro para ser investido no Brasil poderia ser a grande solução da qual o país necessitava para garantir a estabilidade monetária e dar um grande impulso à modernização da nossa infra-estrutura.

11. O exemplo do que estava ocorrendo no exterior, em particular na Inglaterra, não deixou, por sua vez, de influenciar o direito brasileiro. Efetivamente, como já se afirmou, o conceito de concessão levou dez séculos para se sedimentar e, em seguida, bastaram dez anos para que passasse a ser utilizada no mundo inteiro. [3]

12. Por outro lado, durante longos anos, o Brasil conviveu com uma inflação patológica, que atingiu mais de 1000% ao ano, utilizando a indexação. Um dos nossos economistas chegou a dizer, naquela época, que o Brasil não tendo

---

[3] Christian Bettinger, *La gestion déléguée, des service publics dans le monde*, Paris, Berger-Levrault editor, 1997, p. 13.

conseguido alcançar a virtude (estabilidade do poder aquisitivo da moeda) acabou neutralizando o vício com a correção monetária. [4] Mas a indexação, além de corrigir o passado, influenciava os preços futuros fazendo com que nunca se pudesse sair do caos inflacionário.

13. O Plano Real, que, depois de várias tentativas infrutíferas cortou, em 1994, o impulso inflacionário da economia brasileira, se baseou em vários pilares, entre os quais se destaca a privatização da maioria dos serviços públicos. Ela não só garantiu ao Estado o recebimento de importantes recursos nos leilões da privatização, como ainda reduziu as necessidades de desembolso do Tesouro Nacional, para atender tanto aos custos como aos investimentos necessários e indispensáveis em várias áreas dos serviços públicos, algumas das quais estavam sofrendo uma revolução tecnológica, como aconteceu nas telecomunicações.

14. Uma nova fase tanto da economia como do direito brasileiro se iniciou, pois, com as privatizações e a legislação sobre concessões de 1995 (Leis nº 8.987 e 9.074/95), com as várias emendas constitucionais que permitiram a privatização e com a Lei de Arbitragem de 1996 (Lei nº 9.307).

15. O Presidente Juscelino Kubitschek costumava dizer que pretendia nos cinco anos do seu mandato fazer o Brasil progredir cincoenta anos. Talvez, parafraseando-o, possamos dizer que, tanto em relação às concessões quanto à arbitragem, em menos de dez anos, demos um salto, realizando uma evolução que, em outros países, necessitou de quase um século.

16. Efetivamente, houve, no Brasil, na matéria, em relativamente pouco tempo, uma verdadeira revolução cultural, jurídica, econômica e política com, de um lado, a privatização dos serviços públicos e a concessão, e, de outro, a implantação e institucionalização da arbitragem, que não deixa de ser uma privatização do setor de solução dos litígios, que anteriormente dependia da Justiça estatal.

III. O Sentido da Concessão e da parceria (PPP)

17. Na realidade, a lei referente às parcerias público-privadas que complementa as leis anteriores referentes à concessão, é da maior importância. Efetivamente, após o restabelecimento da *estabilidade monetária*, pelo Plano Real e pela lei da responsabilidade fiscal (Lei nº 10.028/2000), a nova fase da política governamental passou a ter como finalidade o *crescimento econômico* para o qual o *desenvolvimento* da infra-estrutura é essencial.

18. Tratou-se, pois, de encontrar a fórmula adequada para evitar tanto o *déficit público* quanto o *déficit de infra-estrutura*, realizando as importantes obras das quais necessitamos e eliminando os gargalos de estrangulamento da economia nacional, sem obrigar o Estado a fazer investimentos com recursos que atualmente

---

[4] Roberto Campos, prefácio ao livro de Simonsen, Chacel e Wald, *Da correção monetária*, Rio de Janeiro, APEC, 1970, p. 11.

não possui.

19. A solução foi a criação de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada. *Utilizam-se, assim, no interesse público, os recursos dos investidores, a sua capacidade administrativa, a técnica empresarial de gestão e o* ***know-how*** *das empresas* privadas.

20. Nessa matéria, um primeiro passo importante foi feito com a legislação das concessões de 1995. Mas, decorridos dez anos, sentiu-se a necessidade de reformular e complementar normas que passaram a constituir um verdadeiro direito novo - o de parceria. Trata-se de um direito flexível, de natureza regulatória e, em grande parte, contratual, no qual predominam, além do espírito público, o respeito à boa-fé e o dever de negociação para garantir, de modo contínuo, o equilíbrio econômico-financeiro das operações.

21. A revolução cultural à qual aludimos está impondo uma nova relação jurídica entre o Estado e a empresa privada. Trata-se do espírito de parceria que caracteriza a *joint venture*, a cooperação das partes, que dividem eqüitativamente obrigações, responsabilidades e riscos em virtude de um instrumento flexível, evolutivo e adaptável às novas circunstâncias.

22. O Estado renuncia, assim, ao uso das suas prerrogativas de soberano, deixando de ser o poder que impõe a sua vontade, para transformar-se num interlocutor que negocia contratos, dando um crédito de confiança ao seu parceiro, e aceita discutir cláusulas e condições, renegociando-as sempre que for útil ou necessário. [5] Na realidade, numa fase de rápido desenvolvimento tecnológico, o Poder Público não mais se pode considerar como onisciente, sabendo tudo e certamente mais do que o seu parceiro. É preciso que a administração reconheça a competência técnica e financeira dos seus parceiros, restringindo-se a estabelecer regras gerais e a fiscalizar o cumprimento do contrato.

23. Cabe esclarecer que em várias legislações, inclusive a inglesa, as PPPs são consideradas como contratos de direito privado, pois neles o Estado se despe do seu *imperium*, da sua soberania.

24. As palavras chaves da parceria, os seus princípios fundamentais são, pois, a cooperação, a concertação e a flexibilidade. Nas relações que se travam na chamada "sociedade de risco" [6] entre uma empresa flexível [7] e um governo flexível, num mundo incerto [8] e descontínuo [9], impõe-se um direito amoldável, dúctil e flexível. [10]

25. Para tanto, devemos ter princípios básicos definidos, um regime jurídico claro e respeitado por ambas as partes, a boa-fé na renegociação sempre que

---

[5] A doutrina francesa tem salientado que o Estado abandona o uniforme para se colocar à paisana ("L'État se met en civil").

[6] Ulrich Beck, *Risk Society, Towards a New Modernity* (tradução inglesa do original alemão intitulado *Risikogesellsachaft*, Sage publications, Londres, 1992.

[7] Alvin Toffler, *A empresa flexível*, tradução brasileira, Rio de Janeiro, Editora Record, s/data.

[8] John Kenneth Galbraith, *The age of uncertainty*, Londres, BBC (editor), 1977.

[9] Peter F. Drücker, *The age of discontinuity*, New York, Harper & Row, 1968.

[10] Jean Carbonnier, *Fléxible droit*, 7ª ed., LGDJ editor, Paris, 1992 e Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mitte*, Roma, Torino, Giulio Einaudi ed., 1992.

necessário, e soluções equilibradas que correspondam aos interesses tanto dos parceiros privados, como da própria coletividade e dos usuários. Deve-se almejar sacrifícios de todos eles, garantindo-se, ao mesmo tempo, condições econômicas para a sobrevivência do contrato de parceria.

26. É preciso salientar que a Constituição Brasileira é a única ou uma das poucas do mundo que trata da concessão, definindo-a como *contrato de natureza especial* [11] *e da manutenção nos contratos de concessão e parceria, tanto do equilíbrio econômico* (rentabilidade final do concessionário nos termos em que foi inicialmente definida), *como financeiro* (manutenção do fluxo de caixa, ingresso dos *inputs* e desembolso dos *outputs* na forma inicialmente prevista) [12].

27. Cabe salientar que se aplicam às PPPs ambas as disposições - o caráter especial do contrato e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro - embora referindo-se a primeira ao contrato de concessão e a segunda às contratações da administração pública direta e indireta de todas as pessoas jurídicas de direito público interno. Efetivamente, a PPP não deixa de ser uma forma especial de concessão, conforme esclarece o próprio texto legal (art. 2° da Lei n° 11.079/2004).

IV. Dez Anos da Aplicação da Legislação de Concessões

28. Nos dez anos em que se desenvolveu, no Brasil, a concessão na sua conceituação moderna, houve sempre a preocupação do Estado de respeitar os contratos. A própria campanha do Presidente Lula se baseou, em grande parte, na garantia do respeito aos contratos firmados pelo Poder Público, que aliás, decorre das normas constitucionais referentes ao ato jurídico perfeito (art. 5°, XXXVI), ao chamado *due process of law* substantivo ou material (em oposição ao processual) (art. 5°, LIV) e da proteção assegurada ao direito de propriedade (art. 5°, XXII, XXIII e XXIV).

29. Mesmo em fases críticas, como a que existiu em virtude do racionamento da eletricidade, o Governo tentou evitar o uso de soluções impostas aos concessionários, tendo, ao contrário, encontrado formas negociadas de acerto com distribuidores e geradoras, mediante transação acertada com as partes com base em Medida Provisória [13], cuja validade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. [14]

30. Posteriormente, o Governo decidiu realizar uma mudança de modelo no sistema elétrico e, na revisão, abandonou alguns padrões inicialmente estabelecidos. Após um início de decisão da matéria pelo Supremo Tribunal Federal [15], encontrou-se solução negociada que foi considerada, *a grosso modo*, aceitável pelas partes.

---

[11] Art. 175, I da Constituição de 1988.
[12] Art. 37, XXI da Constituição de 1988.
[13] MP n° 2152-2.
[14] ADC n° 9.
[15] Adins n° 3090 e 3100.

31. Em matéria de telefonia, houve indevida intervenção do Poder Judiciário, mediante sentenças de primeira e segunda instância, que afastaram a indexação das tarifas com base na variação cambial da moeda. Essa posição foi corrigida rapidamente pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a necessidade de manter as garantias dadas aos investidores.[16]

32. Podemos, pois, concluir que a experiência brasileira, no que diz respeito às concessões, foi muito feliz em alguns campos, como a telefonia, e permitiu importantes progressos na construção e conservação de estradas de rodagem e na produção e distribuição de energia, sem todavia alcançar soluções definitivas nessas duas últimas áreas, nas quais são necessários novos investimentos.

33. Acresce que, em certas atividades e em determinadas regiões do país, a concessão propriamente dita, como foi consolidada em 1995 não funciona adequadamente, sendo um instrumento insuficiente. Efetivamente, trata-se de situações nas quais o poder aquisitivo do usuário não é compatível com as tarifas que o concessionário deve cobrar para amortizar o seu capital.

34. Justifica-se, pois, a complementação e modernização legislativa, que se realiza com a concepção das PPPs.

V. AS PPPs

A) As Finalidades e os Objetivos

35. Na realidade, havia duas situações que não encontravam soluções na legislação das concessões:

a) os serviços públicos em relação aos quais os usuários poderiam pagar uma determinada tarifa, mas não tinham condições de arcar com o pagamento do valor necessário para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessionária, havendo necessidade de subsídio;

b) os serviços públicos que deviam ser da responsabilidade exclusiva do Estado, seja em virtude de sua própria natureza ou de determinações legais ou constitucionais.

36. Como exemplos, incluímos, no campo dos primeiros, determinados transportes de massa, como o metrô, e em certos casos, os serviços de água e saneamento. Entre os segundos, enquadram-se as prisões e a atuação do Estado, que complementa a iniciativa privada, nas áreas de saúde e educação.

37. Dez anos após a aprovação da legislação sobre concessões, reconhece-se, pois, a necessidade de ampliar a parceria entre o Estado e as empresas a fim de atender as situações não abrangidas pelos diplomas anteriores. Essa imperatividade se faz sentir especialmente num momento em que o Estado

---

[16] Ag Rg na Suspensão de Liminar nº 57 - DF.

pretende utilizar a maior parte dos seus recursos para resolver problemas sociais. E, por outro lado, os investimentos na infra-estrutura tornaram-se mais pesados para o Estado em razão da evolução tecnológica e das transformações sofridas pela nossa economia que criaram novas necessidades, como é o caso do significativo aumento das nossas exportações.

38. Cabe acrescentar que as PPPs são mais importantes e fecundas nos países em desenvolvimento do que nos Estados industrializados do primeiro mundo. Efetivamente, necessitamos mais agudamente de recursos para recuperar o nosso atraso em infra-estrutura. É especialmente o que ocorre em setores nos quais, há muito tempo, não tinha havido investimentos relevantes e que passaram a ter uma transformação radical, como aconteceu em relação às empresas de transporte ferroviário e às companhias que administram os portos, ambas tendo sido um tanto quanto abandonadas durante longos anos.

39. As PPPs foram utilizadas, inicialmente, na Grã-Bretanha para reduzir os custos da infra-estrutura e, atualmente, são também consideradas, em outros países europeus, como um meio de realizar investimentos sem infringir as normas referentes ao seu déficit público. São, em parte, conseqüência dos tratados da União Européia que limitam as despesas públicas dos países que a integram.

40. No Brasil, trata-se de criar uma nova infra-estrutura, que é necessária e indispensável, não apenas em alguns casos pontuais, mas abrangendo a malha ferroviária, a recuperação e construção de dois terços das nossas estradas de rodagem, a maioria dos nossos portos, a construção de armazéns gerais etc. Toda a política governamental de exportações assim como a substituição de parte das nossas importações pela produção nacional e até parte da atividade de pesquisa encorajada pela Lei da Inovação (Lei n. 10.973, de 02.12.2004) dependem, em certo sentido, de investimentos relevantes, que poderão ser realizados mediante parcerias público-privadas.

B) As Condições

41. Acresce que a tradição de credibilidade do Tesouro Público brasileiro ainda não é idêntica à da maioria dos países industrializados. Tivemos, no passado, a moratória em relação aos débitos externos e, posteriormente, o Plano Collor que atingiu a poupança interna. Finalmente, o contexto latino-americano, no qual nos enquadramos, não nos ajuda, embora tenhamos resistido, com galhardia e inteligência, ao risco de contaminação da crise Argentina.

42. Por todos esses motivos, têm sido suscitadas algumas dúvidas, em vários países, quanto à segurança jurídica dada pelas PPPs, abrangendo não só o regime jurídico das mesmas, mas também as garantias dadas aos parceiros privados e a definição dos meios de solução dos eventuais conflitos que poderão surgir entre o Poder Público e a empresa privada.

43. Podemos até afirmar que as PPPs, para terem sucesso, dependem da construção e manutenção de tais pilares que devem ser eficientes e sempre atualizados:

a) os marcos regulatórios;
b) as garantias;
c) a solução dos litígios por arbitragem.

B.1.) Os marcos regulatórios estáveis

44. Quanto ao primeiro aspecto, não há dúvida que a Lei nº 11.079 amplia o leque de fórmulas de cooperação entre o Estado e os particulares, multiplicando as suas formas e aumentando substancialmente as garantias do investidor. É incontestável que, em certas áreas, o marco regulatório faz falta e, em outros, esteve ou está em fase de reformulação. Ora, não há regulação sem direito, nem possibilidade de investimento em infra-estrutura sem regulação.

45. É, pois, essencial que, desde logo, sejam estabelecidos marcos regulatórios estáveis e que, em tese, não serão modificados durante a vigência dos contratos. Poder-se-á, eventualmente, até garantir a manutenção dos já existentes e, caso tenham que ser modificados, é preciso encontrar fórmulas negociais de modo a obter a adesão do parceiro privado ou indenizá-lo prévia e adequadamente pelos seus prejuízos ou lucros cessantes.

46. Se as modificações não forem negociadas adequadamente ou os prejuízos do parceiro privado não forem previamente indenizados, haverá violação das normas constitucionais já referidas (art. 5º, incisos XXII, XXIV, XXXVI e LIV e art. 37, XXI).

47. Caracteriza-se o novo diploma pela sua flexibilidade. As diretrizes fixadas pelo legislador na Lei nº 11.079, de 30.12.2004, são claras, estabelecendo uma equação adequada entre o atendimento do interesse público e os direitos e interesses tanto dos destinatários do serviço quanto das empresas concessionárias (art. 4º, II) sem prevalência de uns sobre os outros. As soluções, todavia, devem garantir a manutenção do serviço público, não podendo obrigar o concessionário a realizar um investimento maior do que aquele ao qual se obrigou ou a financiar o serviço por mais tempo sem um retorno adequado.

48. Talvez coubesse uma referência específica na lei ao princípio constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido no acordo entre as partes. Trata-se de um dos pressupostos da parceria que, oriundo do direito administrativo, já agora foi generalizado para ser aplicado em todas as relações jurídicas, em virtude do que dispõe o novo Código Civil (arts. 421 e 422). Mas, de qualquer modo, se aplica ao caso das PPPs, por ser determinação constitucional (art. 37, XXI da Constituição Federal).

49. Nas diretrizes da Lei das PPPs também se prevê a repartição objetiva dos riscos (art. 4º, VI), o que é oportuno e válido. Entendemos que numa fase de evolução imprevisível tanto da economia quanto da tecnologia, a matéria deverá ser regida pelo edital de licitação, pelo contrato ou pelo acordo, dando maior segurança à operação para ambos os contratantes.

B.2) As garantias

50. As garantias, que já devem ser mencionadas no edital e no contrato, são dadas pelo Fundo Garantidor de PPP - FGP, do qual tratam os arts. 16 e seguintes da Lei, tendo natureza privada.

51. Embora a sua gestão caiba a instituição financeira controlada pela União (art. 17) seria importante que dos seus Conselhos participassem representantes dos parceiros privados e da sociedade civil, como ocorre, por exemplo, no caso do Fundo Garantidor dos Créditos (FGC) do sistema financeiro.

B.3) A Arbitragem

52. A lei, no seu art. 11, inciso III, faculta a adoção da arbitragem para solução dos conflitos decorrentes da execução do contrato, no que foi particularmente feliz.

53. Cabe lembrar que a legislação anterior das concessões se referia, genericamente, "ao modo amigável de solução das divergências contratuais" (art. 23, XV da Lei nº 8.987), o que ensejou algumas posições discordantes na jurisprudência, embora tenhamos entendido que a previsão abrangia também a possibilidade de utilizar a arbitragem [17]. De qualquer modo, a explicitação foi útil, constituindo incontestável progresso.

54. Para que não houvesse futuras discussões, a lei federal poderia ter sido um pouco mais completa no assunto, não se limitando a fixar o princípio, mas determinando que se previsse, desde logo, o modo de funcionamento do procedimento arbitral. Neste sentido, a lei estadual das PPPs de Minas Gerais acrescenta uma fórmula sintética que poderia ser introduzida na legislação federal ou até na sua regulamentação. Efetivamente, esclarece-se, no mencionado diploma, que deverá "o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional". Evita-se, assim, a eventual discussão entre as partes e a necessidade de intervenção prévia do Poder Judiciário para determinar o modo pelo qual a arbitragem deverá ocorrer.

55. Para que se admitisse a arbitragem nas PPPs, foi importante afastar a redação inicialmente aprovada pela Câmara dos Deputados no projeto da Reforma do Judiciário (PEC 96 de 1992), mediante proposta de emenda constitucional, que vedava o seu uso pelo Estado e demais pessoas de direito público (nova redação proposta para o art. 98 § 4º da CF). Tratava-se de norma que contrariava tanto as nossas tradições jurídicas como os verdadeiros interesses do país. Representava, pois, um evidente retrocesso em relação à legislação vigente. Justifica-se, pois, plenamente, o repúdio que provocou nos meios

---

[17] Arnoldo Wald, Luíza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, *O direito de parceria e a lei de concessões (análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subseqüente)*, 2ª edição, São Paulo, 2004, 15.139 e segs, pp. 268-270.

jurídicos e financeiros do país e no próprio Ministério da Justiça. Oportunamente, o destaque, pedido pelo Senador Romeu Tuma (Requerimento nº 935), ensejou a rejeição do mencionado artigo, que, assim, deixou de constar na Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004 [18].

56. Por outro lado, foi feliz o legislador pátrio ao exigir que a arbitragem se realizasse no Brasil e em língua portuguesa, evitando-se que a legislação brasileira fosse aplicada por juristas que desconhecem o nosso idioma e ignoram as normas do nosso direito e a realidade sócio-econômica brasileira.

57. Entendemos que, em tese, a aceitação ou a proibição do uso da arbitragem pelo Poder Público não deve ser matéria tratada na Constituição Federal. Estamos reagindo contra o excesso de regras constitucionais, que acabam formando uma camisa-de-força, impedindo o desenvolvimento nacional. Normas conjunturais, ou que não correspondem a princípios básicos na vida nacional, não devem ser introduzidas no texto constitucional, sob pena de nos obrigar a mudar constantemente a Constituição, como, aliás, tem acontecido nos últimos anos, ensejando a aprovação de quarenta e cinco emendas à nossa Magna Carta em menos de vinte anos. Como assinala o Ministro Nelson Jobim, é preciso fazer uma "lipoaspiração" do texto constitucional.

58. Por outro lado, como já assinalamos, a globalização proporcionou a criação de um direito flexível, correspondendo a uma economia em constante mudança, que se caracteriza pela descontinuidade e pela incerteza. Ora, a arbitragem é, por excelência, um instrumento flexível e sob medida, podendo ser utilizado sob as mais diferentes formas, seja obedecendo às normas legais, seja respeitando regras de entidades especializadas ou, ainda, mediante a adoção de um processamento próprio nas chamadas arbitragens *ad hoc*.

59. Existe, aliás, uma importante tradição brasileira em matéria de arbitragem internacional, que foi consagrada nas constituições brasileiras, desde 1824, considerando-a como a melhor forma de solução dos litígios internacionais.

60. A matéria também foi apreciada pelos nossos tribunais quando, em 1983, foi intentada ação popular para declarar a nulidade da cláusula de arbitragem incluída no denominado 'Acordo Dois', então celebrado para pôr fim à moratória brasileira. Tratava-se de um acordo internacional *(Deposit Facility Agreement)*, assinado em 25.2.1983, entre o Banco Central (devedor) e a República Federativa do Brasil (garantidora) de um lado, e bancos estrangeiros liderados pelo Citibank, de outro. Funcionamos como advogados no feito, defendendo as autoridades brasileiras signatárias do acordo, e obtivemos decisão reconhecendo a constitucionalidade da cláusula, tanto em primeira instância, como, em segunda, no Tribunal Federal de Recursos, que, na época, julgava, em segunda instância, os processos de interesse da União, em decisão que transitou em julgado.

61. A sentença então proferida reconheceu a constitucionalidade da previsão legal de solução arbitral em contratos firmados pelo Poder Público, especialmente

---

[18] ARNOLDO WALD, "A decisão do Congresso garante a arbitragem", *Valor*, 2.12.2004, p. b-4.

tratando-se de atos praticados no exercício do chamado *ius gestionis*, ou seja, na gestão comercial ou financeira dos negócios. Reconheceu-se, pois, que além do Brasil ter decidido importantes problemas de fronteiras pela via arbitral, "ao legislador constitucional não pareceu que a matéria exigisse norma desse nível", devendo, pois, prevalecer o princípio da autonomia da vontade, observados tão-somente os limites legais. Acrescentou a decisão judicial que, no caso, existia legislação específica permitindo expressamente, nas operações externas do Tesouro Nacional, "o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos". [19]

62. Mais recentemente, numerosas leis específicas têm admitido a arbitragem para solução de controvérsias tanto das entidades públicas como das sociedades de economia mista. Há, também, importante decisão do qual foi relatora a Ministra Nancy Andrighi [20], além de vários outros acórdãos dos nossos tribunais, assim como decisões arbitrais internacionais recentes, uma das quais baseada em parecer do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor Eros Grau [21] e a outra recentíssima referente ao caso Copel.

63. Acresce que, em numerosas operações de financiamento e investimento, especialmente quando há interesse de entidades internacionais, a cláusula compromissória é condição necessária e imprescindível da realização dos negócios que interessam ao país.

64. É preciso salientar que a maioria das legislações admite a arbitragem nos contratos administrativos. Se, já há tempos, os Estados Unidos, a Inglaterra, a Alemanha, os países escandinavos e a Holanda consideravam válida a convenção de arbitragem firmada por entidades públicas, foi mais recentemente que a França adotou tal princípio que consta na recentíssima lei francesa referente às PPPs. [22]

65. Na realidade, a arbitragem é o meio mais adequado para a solução de questões jurídicas complexas, nas quais é preciso que os julgadores conheçam profundamente o contexto no qual as discussões se travam.

66. Em primeiro lugar, é preciso lembrar que o investimento privado nas PPPs é voluntário e se fundamenta numa escolha que o investidor faz considerando as possibilidades que se lhe oferecem num mundo competitivo e

---

[19] AGUSTINHO FERNANDES DIAS DA SILVA, Sentença que extinguiu a ação popular anulatória do acordo de dívida externa. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 2, n. 4, jan./abr. 1999, p. 285.

[20] CLÁVIO VALENÇA FILHO, Arbitragem e contratos administrativos, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 3, n. 8, abr./jun. 2000, pp. 359-365.

[21] Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 5, n. 18, oct./dez. 2002, pp. 395-405.

[22] Trata-se da *Ordonnance* de 17.6.2004 (art. 11). A respeito, existe comentário de MATHIAS AUDIT," Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative", in *Revue de l'Arbitrage*, 2004, n. 3, p. 541 e seg.

globalizado, no qual busca simultaneamente a melhor rentabilidade e a maior segurança.

67. A segurança jurídica pressupõe uma previsão de forma adequada de solução de litígios e de adaptação do contrato às novas circunstâncias, especialmente tratando-se de contratos de longo prazo nos quais muitos fatores são incertos e imprevisíveis.

68. Essa solução deve poder ser rápida e decorrer da atuação de órgão imparcial não vinculado a qualquer uma das partes, o que favorece a arbitragem, sob todas as suas formas.

69. Acresce que os árbitros são juízes especializados, escolhidos para o caso, juízes sob medida. São presumidamente conhecedores não só do direito, mas também dos aspectos técnicos, econômicos e sociais dos problemas que discutem.

70. Por outro lado, em virtude da confidencialidade da arbitragem e do clima que a cerca, distinto do existente nos litígios apresentados perante o Poder Judiciário, as divergências podem ser submetidas à arbitragem, sem afetar a continuidade do contrato, evitando maiores despesas, gastos e prejuízos.

71. Algumas formas especiais de arbitragem podem ser estruturadas para casos especiais como é o caso do *Dispute Adjudication Board* ou das medidas cautelares pré-arbitrais previstas no regulamento da CCI.

72. Criado nos Estados Unidos, em 1975, e utilizado, pela primeira vez, no campo internacional em 1981, o "*Dispute Board*" (DB) é um instrumento de conciliação e arbitragem que acompanha a vida do contrato, resolvendo os problemas na medida em que surgem.

73. Trata-se de um painel, com normalmente três membros, nomeados no início da obra, que devem ser pessoas independentes que têm boa compreensão do contrato e ajudam as partes a resolver as divergências que surgem no curso do mesmo. O painel do *DB* pode ter competência para mediar os litígios ou para arbitrá-los de modo provisório ou definitivo. Em muitos casos, proferem decisões vinculatórias para as partes, como se fossem tutelas antecipadas, que vigoram desde logo e só são suscetíveis de serem rediscutidas ou sujeitas à arbitragem quando concluídos os trabalhos.

74. Evita-se, assim, tanto a suspensão dos trabalhos ou dos pagamentos como a ameaça da mesma, por qualquer uma das partes. Por outro lado, as decisões proferidas em cada caso, em prazo curto, evitam a possibilidade dos litígios atingirem grandes proporções, somando-se os resultados de pequenos incidentes não resolvidos, de mora ou inadimplemento de cada contratante em relação a determinadas fases contratuais que ensejam retaliações do outro, com base na *exceptio non adimpleti contractus*, fazendo com que a obra demore mais e o seu preço aumente desmedidamente por culpa muitas vezes partilhada. No fim, torna-se difícil dividir as responsabilidades entre as partes e a única certeza consiste na existência de prejuízos nem sempre atribuíveis exclusivamente a um dos contratantes.

75. Foi a existência do *DB* que permitiu a conclusão das obras do Eurotúnel, como bem esclarece o Professor PHILIPPE MALINVAUD no seu artigo a respeito da matéria. [23]

76. Em 1.09.2004 a CCI baixou um regulamento a respeito do DB, que foi objeto de comentários de CHRISTOPHER KOCH [24].

77. Também mereceria um estudo mais aprofundado a possibilidade de utilizar, nas PPPs, a medida cautelar pré-arbitral concedida por árbitro (*referé pré-arbitral*) também previsto por normas da CCI [25] mas em relação ao qual não há regra específica na legislação brasileira, havendo interpretações contraditórias quanto à competência arbitral na matéria, como já tivemos o ensejo de evidenciar. [26]

78. Não há dúvida que a própria legislação brasileira sobre a arbitragem pode ser complementada e aprimorada. Mas com a legislação de 1996, a ratificação da Convenção de Nova Iorque e a lei das PPPs, passa a constituir um instrumento válido e confiável para dirimir os litígios, inclusive entre as pessoas jurídicas de direito público e os seus parceiros privados nacionais ou estrangeiros.

79. Caberia ainda verificar se não seria o caso de rever e renegociar tratados de garantia de investimentos que o Brasil firmou, mas que o Senado não ratificou, questão que fica aberta para o futuro.

VI. CONCLUSÕES

80. No fundo, as PPPs pretendem garantir a realização imediata ou o funcionamento adequado, na área da infra-estrutura, de serviços públicos, que normalmente dependeriam de recursos orçamentários que hoje não possuímos. Fazemos, assim, uma espécie de "*zoom*", aproximando o futuro do presente, criando desde logo uma moeda não inflacionária, que ensejará um pagamento pelo Estado, que poderá ser a conseqüência de uma forma de auto-financiamento, com a cobrança de parte da tarifa pelo Poder Público, ou depender de um pagamento diferido que deve ser previsto nos orçamentos futuros.

81. As vantagens básicas das PPPs consistem em usar o crédito de instituições privadas ou de empresários, sem criar um débito público atual e, por outro lado, reduzir os custos e despesas, em virtude da gestão privada, que se revela mais rápida, flexível, eficiente e barata do que a realizada pelo setor público.

---

[23] "Refléxions sur le 'Dispute Adjudication Board'", in *Le Droit privé français à la fin du XXe siècle - Études offertes à Pierre Catalã*, Paris, Litec, pp. 242 e seg., que consta na presente revista.

[24] "The new dispute board rules of the ICC", *ASA Bulletin*, 2005, v.23, n. 1, p. 53 e ainda "Noveau règlement de la CCI relatif aux Dispute Boards", *Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI*, v. 15, n. 2, 2e. semestre 2004, pp.10-40.

[25] PIERRE TERCIER, "Le referé pré-arbitral", in *ASA Bulletin*, 2004, 3, p. 464 e seg. E. BERNARD HANOTIAU, "A experiência cautelar pré-arbitral da CCI", *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 5 , n. 17, jul./set. 2002, pp. 325 e seg.

[26] ARNOLDO WALD, "Oito anos de jurisprudência arbitral", *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 1, n. 3, set./dez. 2004, p. 122.

82. Assim, as PPPs podem incontestavelmente ser úteis no tocante aos investimentos em portos e estradas mas poderiam até abranger *joint ventures* e empresas de *venture capital*, em várias áreas desde a pesquisa para fins farmacêuticos até a mineração, permitindo assim a criação de novas fontes de riquezas que poderiam ser exploradas desde já em vez de se aguardar um futuro remoto, quando o país tivesse recursos disponíveis para fazer os desembolsos necessários à realização das obras.

83. Já no plano social, podem ser usadas as PPPs para construir escola, laboratórios, hospitais e até prisões mediante financiamento privado e eventual gestão empresarial pelo parceiro privado.

84. Não há, pois, dúvida que, com garantias legais, processuais e financeiras adequadas, a inovação jurídica que representam as PPPs pode desempenhar um papel importante no direito do desenvolvimento, do mesmo modo que aconteceu com as concessões, a alienação fiduciária e o *leasing*, que permitiram não só o crescimento mas também o desenvolvimento da nossa economia.

A Redução da Idade Penal

Áurea Pimentel Pereira (*)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, teve o cuidado - o que não ocorreu nas Cartas Políticas anteriores - de declarar que a criança e o adolescente são titulares de direitos fundamentais, que foram definidos como: direito à vida, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária e à efetiva proteção contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essas normas programáticas, contudo, ficaram praticamente no papel, mesmo após a edição do ECA, lei demagógica - no que diz respeito ao tratamento proposto para o menor infrator - e tíbia ao enunciar as regras de proteção à criança e ao adolescente, quando vítimas de desrespeito aos seus direitos.

O referido diploma legal, aliás, foi objeto de severa crítica por parte de Alyrio Cavallieri - grande menorista que aprendemos a admirar e respeitar - que, em pronunciamento publicado em setembro de 1990, no *Jornal Tribuna do Advogado* - assinalou ter o referido Estatuto cuidado mais de incluir em seu texto normas de conflito que já se encontravam corretamente disciplinadas na legislação tutelar anterior (Código de Menores), preocupando-se menos em alinhar disposições que, efetivamente, consolidassem os direitos que, no ordenamento constitucional vigente, foram aos menores assegurados.

É verdade que, no texto do Estatuto, teve o legislador o cuidado de, em seus artigos 3º, 4º, 5º, 7º, 15º, 16º, 17º e 18º, expressamente, prometer à criança e ao adolescente o efetivo respeito aos direitos que lhes foram, no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, garantidos.

É doloroso, contudo, constatar que, infelizmente, o que se vê atualmente é a criança e o adolescente vítimas de uma verdadeira inércia, e mais do que isso, uma criminosa omissão, por parte do Estado, traduzida no descumprimento aberto daqueles direitos, principalmente os relacionados com a saúde, a educação, enfim, com uma vida digna.

Assim, faltam iniciativas governamentais capazes de garantir, aos menores abandonados, abrigo - que, naturalmente, não se pareça com os "depósitos"

hoje existentes, verdadeiras escolas da criminalidade - e, aos menores delinqüentes, estabelecimentos capazes de conduzi-los à recuperação através do estudo, do trabalho e da profissionalização.

Os nossos governantes parecem deslembrados de que a criança ou o adolescente, hoje desassistido ou não convenientemente reprimido, quando houver praticado algum ato anti-social, será o homem violento de amanhã.

O problema do menor, em nosso país, tem sido, na verdade, tratado pelos governantes com o maior desprezo e negligência.

Lamentavelmente, constata-se que os próprios pais têm falhado na obra de formação dos filhos, no recesso do lar, não lhes pondo limites, negligenciando o acompanhamento de seu comportamento, no dia-a-dia da vida. Há uma excessiva permissividade e acomodação daqueles em relação à conduta destes últimos.

Nas classes mais favorecidas pela sorte, os jovens - que recebem quase tudo dos pais - nem sempre conseguem, porém, que estes lhes passem seus valores e lições de cidadania.

Em muitos casos, não há diálogo entre pais e filhos, oportunidade preciosa para que os primeiros transmitam aos últimos suas experiências de vida e as sábias advertências sobre os desafios que constituem as seduções do mundo, sabidamente capazes de desencadear, em crianças e adolescentes, cujas personalidades não estejam inteiramente formadas, toda a sorte de desvios de comportamento, envolvendo a sexualidade, o consumo de drogas e de álcool.

De outro lado, nas camadas mais pobres de nossa população, crianças e adolescentes, confinados em favelas, são aliciados para integração ao tráfico de entorpecentes, muitas vezes, o que é mais grave, com a criminosa aquiescência dos pais.

No passado, conduta deformada de menor só era surpreendida em relação àqueles que estivessem relegados ao abandono material, vale dizer, entregues à própria sorte, sem lar e sem família.

A situação, atualmente, mudou, não sendo raros os casos de menores delinqüentes que vivem integrados a uma família, em companhia dos pais, que, em certos casos, até se beneficiam da atividade criminosa dos filhos.

À má formação dos filhos - espelho de uma sociedade que já exibe os primeiros sinais de um processo de franca degradação - somam-se fatos outros negativos, traduzidos em exemplos deformados de conduta, que, no recesso do lar, são aos mesmos passados, em casos profundamente dolorosos, pelos próprios pais, mais comumente, pelos meios de comunicação, não raramente, exibidos em programas de televisão como as coisas mais normais deste mundo, envolvendo desvios de comportamento e violência, esta última, muitas vezes, tratada em suas mais cruas manifestações.

Os péssimos exemplos de conduta passados pelos meios de comunicação, através de programas de televisão, já atingiram gravidade tal que, inclusive, levou o Ministério Público a tomar a iniciativa de propor, perante o Juízo da

Primeira Vara da Infância e da Juventude da Comarca desta Capital, uma ação civil pública que tomou o nº 2000.710.004637-3, visando a compelir determinada emissora de televisão a adequar cenas de certa novela que vinha sendo transmitida, em horário considerado livre, para crianças e adolescentes, levando em conta o desrespeito que aos direitos destes vinha sendo consumado através da exibição de cenas de sexo, de nudez, de erotismo e violência, absolutamente impróprias para serem assistidas por seres ainda em formação, sem maturidade suficiente para receber informações relativas a "uma sexualidade tipicamente adulta", como anotou, com absoluta pertinência, a ilustre Promotora, Dra. Carla Carvalho Leite, signatária da inicial da ação civil pública, que se encontra reproduzida na *Revista do Ministério Público* nº 13/2001, pp. 283/296.

É doloroso constatar que tudo isso ocorre sob olhar indiferente das autoridades constituídas, que têm preferido fazer letra morta das disposições contidas nos artigos 220, § 3º, II, 221 e 222, IV da C.F./88, deixando de lançar mão dos mecanismos, naqueles dispositivos preconizados, para pôr freio aos excessos pelos meios de comunicação cometidos, se e quando caracterizadores de desrespeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, que o legislador constituinte, no inciso II do artigo 221 da Carta Magna, prometeu, expressamente, preservar.

Tudo isso, geralmente, ocorre em horário em que as crianças estão acordadas, assistindo televisão.

Mal formados, portanto, muitas vezes, no recesso do próprio lar, através dos exemplos negativos que lhe são passados pelos meios de comunicação (imprensa falada, escrita e televisionada), tem-se permitido aos menores o acesso ao despudor e à violência, em todas as suas manifestações, violência essa que, de tanto ser vista, passa a, com naturalidade, engrossar a lista do cotidiano de uma criança ou de um adolescente.

Compreende-se, portanto, que em uma sociedade que já exibe os primeiros sinais de deterioração, tantos jovens sejam desviados para a criminalidade que, antes de encontrar sua semente, necessariamente, na fome e na miséria, tem suas verdadeiras raízes na deseducação e nos exemplos deformados de conduta que lhes são passados.

É nesse caldo de cultura que a violência germina, envolvendo, de forma assustadoramente crescente, menores na prática de delitos, muitos deles de suma gravidade.

O quadro é, atualmente, alarmante, e tem faltado sensibilidade às autoridades constituídas para resolvê-lo.

Já tem sido comum a apreensão de adolescentes e até mesmo crianças envolvidos na prática de assaltos ou integrados ao crime organizado que explora o tráfico de entorpecentes.

Cada vez mais a "mão de obra" de menores, porque inimputáveis, vem sendo utilizada.

Até crianças de menos de doze anos estão sendo recrutadas por quadrilhas.

A gravidade do quadro reclama pronta solução.

Com relação aos menores infratores que tenham menos de dezesseis anos, parece adequada a sua submissão às medidas protetivas preconizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, medidas essas que, contudo, entendemos, devem se revestir de maior severidade, no que diz respeito à sua duração, quando se estiver diante de atos infracionais mais graves.

É que, no referido Estatuto, o tratamento dispensado ao menor delinqüente se afigura de extrema blandícia, uma vez que a mais severa medida socioeducativa de internação, na Lei prevista, tem o limite máximo de duração de três anos, soando, em certos casos, como sonora bofetada na face da sociedade ofendida e humilhada, quando aplicada, por exemplo, em caso de ato infracional análogo a um crime hediondo.

Sabe-se que há proposta, em tramitação no Congresso, de alteração do ECA., no sentido de elevar de três para dez anos a medida socioeducativa de internação, para os atos infracionais de grande gravidade, como o homicídio qualificado, o latrocínio, o seqüestro e o estupro seguido de morte.

Dita proposta está, porém, hibernando sob o olhar dos nossos sonolentos legisladores.

A ampliação do tempo de internação parece medida adequada para aplicação a autores de atos infracionais graves que tenham menos de dezesseis anos.

Para os que tenham dezesseis anos completos, solução mais adequada merece ser proposta.

Como é sabido, o artigo 228 da Constituição Federal, proclama inimputáveis penalmente os menores de dezoito anos.

A declaração ínsita no artigo sobredito de nossa Carta Política, quando proclama: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial", repetiu - como lembramos em nossa obra *Estudos Constitucionais* - a norma do artigo 27 do Código Penal que como se esclareceu na Exposição de Motivos, daquele Código, nasceu inspirada em critério de política criminal, que procurou justificar tal limite de idade, levando em conta o entendimento firmado, à época, de que antes dos dezoito anos o menor devia ser visto como ser ainda incompleto, "na medida em que não é socializado ou instruído".

Só que, em outro artigo (art.14, § 1°, II, c), a nossa Lei Maior considera o menor de dezesseis anos completos apto para o exercício do voto.

Confrontados esses dois dispositivos constitucionais, forçoso é reconhecer - como assinalou, com absoluta correção, FERNANDO WHITAKER, em sua obra *O Sistema Constitucional Brasileiro* - que a norma do artigo 228 da Constituição Federal encerra, em seu bojo, verdadeira contradição, quando considera inimputáveis os menores de dezoito anos, que, nada obstante, em outra norma (artigo 14, § 1°, II, c), são admitidos a votar, presente que - como lembra aquele

douto constitucionalista - " é evidente que, se estão habilitados eles a decidir o destino da pátria, deveriam responder pelos próprios atos, sob pena de gravíssimas conseqüências".

Destarte, a conjugação da norma contida no artigo 14, § 1º, II, c da Carta de 88 - que assegura ao menor com dezesseis anos completos o direito de ser eleitor - com o artigo 228, da mesma Carta, que o declara inimputável antes dos dezoito anos, é capaz de gerar, inclusive, verdadeira incongruência, quando se estiver diante de crime eleitoral praticado por menor com dezesseis anos completos, já que este, sendo inimputável, não poderá ser, então, exemplarmente punido.

É preciso, portanto, que a fixação da idade penal seja examinada sob um enfoque mais realístico, pois, insista-se, se se reconhece que o menor, com dezesseis anos completos, tem maturidade e discernimento para o exercício de direito político, soa inconseqüente que, com tal idade, continue ele a ser tratado como inimputável.

Argumento, também vigoroso, a justificar a redução da idade penal para dezesseis anos, está no fato de o Novo Código Civil reconhecer capacidade, ao menor de dezesseis anos completos, desde que emancipado ou assistido, (art. 5º, I e VI) para o exercício da atividade empresarial (artigos 974 a 976).

É que, se se reconhece que ele tem discernimento para gerir os seus próprios negócios, sujeitando-se aos percalços que de sua gestão poderão advir, como, então, considerá-lo inimputável, por falta de discernimento para entender o caráter criminoso de um ato contrário à lei que haja praticado?

Como se resolverá, então, a questão da responsabilidade penal, diante da prática, por empresário menor, no curso de um processo de falência, dos crimes previstos nos artigos 168, 171, 172 e 178 da Lei nº 11.101/2005 ?

Que falta de discernimento é esta que, todavia, não foi considerada pelo legislador, no Código Civil vigente, como obstáculo para que o menor, com dezesseis anos completos, autorizado por seus pais, possa contrair casamento (art. 1517); ser testemunha (art. 228, I) e testar (art. 1860) ?

Se é assim, por que não reconhecer, então, em relação ao menor que tenha dezesseis anos completos, a existência de tal discernimento, quando em discussão a responsabilidade penal pela prática de delito ?

Por que submeter-se à blandícia das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente o menor que, com dezesseis anos completos, delinqüiu ?

Em interessante artigo, publicado na *Revista do Ministério Público* nº 14/2001, o Dr. Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo, Promotor da Vara da Infância e Juventude da Capital de São Paulo, aduz argumentos irrespondíveis que plenamente justificam a redução da idade penal, com a proposta de verdadeira reformulação dos sistemas menorista e penal do país, que aquele ilustre Promotor proclama estarem "absolutamente na contramão do que deseja a população", lembrando que, por exemplo, a idade penal encontra-se fixada, em Portugal e na Argentina, em dezesseis anos, sabendo-se que, acrescentamos, nesse último

país, foi apresentada ao Congresso, em abril do ano em curso, proposta visando a reduzir tal idade a quatorze anos, registrando, ainda, o signatário do artigo, que, na Inglaterra, dita idade está fixada em dez anos, na França, em treze anos; na Itália, Japão e Alemanha, em quatorze anos; nos Estados Unidos da América do Norte, em sete anos, essas fixações em idades menores, merecendo, contudo, na nossa visão, crítica, por absurdas e inaceitáveis.

No referido artigo, lembrou, ainda, o Dr. Promotor que a idéia da fixação de idade menor para a imputabilidade penal, não constitui, dentre nós, novidade, já que, anteriormente, no Brasil, a Consolidação das Leis Penais, de Vicente Piragibe, havia proposto a fixação da idade penal em quatorze anos, sendo certo que, posteriormente, o Código de Menores de 1927 (Decreto 17.943.A) adotou tal idade, que, também, foi proposta no Projeto Galdino Siqueira. Ao depois, o Projeto Sá Pereira sugeriu a fixação da idade em dezesseis anos, só a partir do Código Penal de 1940, tendo sido dita idade elevada para dezoito anos.

Convém lembrar, porém, que, quando editado foi o Código Penal de 1940, a realidade do país era, naturalmente, outra. Não havia a onda de criminalidade, com o crescente envolvimento de menores, que existe hoje. Não foi, portanto, uma razão biológica, mas sim política, que orientou o legislador de 1940, no sentido da fixação da idade penal em dezoito anos.

O quadro realístico do país, porém, mudou inteiramente.

Atualmente, no Brasil, temos uma sociedade em franca decadência moral, revelando-se os pais impotentes e sem autoridade para impor aos filhos limites.

A juventude está sem freios, e isto não acontece apenas nas classes menos favorecidas pela sorte, mas, também, entre os jovens da classe média alta, a revelar que, insista-se, não é necessariamente a exclusão social, a fome e a miséria que estão levando a juventude a delinqüir. Não constitui mais novidade sabê-los envolvidos com o tráfico de drogas e o crime organizado.

No artigo da lavra do Promotor, Dr. Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo, a que já nos referimos anteriormente, registrou o seu ilustre signatário que vem se sucedendo no país a prática, por menores, de crimes de grande crueldade, destacando, como exemplo, o caso de dois adolescentes, de dezessete anos, que, durante um assalto, além de matarem uma das vítimas, cometeram o barbarismo de incendiar o restante dos membros da família.

Para ilustrar o artigo, apresentou o Dr. Promotor estatística, lembrando que, em São Paulo, os adolescentes são responsáveis por "significativa parcela de criminalidade urbana, sendo certo que o grau de violência, por eles praticados, por vezes, não encontra paralelo em crimes cometidos por adultos".

De acordo com a referida estatística, de junho de 1999 a junho de 2000, foram praticados, por menores, 8303 atos infracionais; desse número, 2726 o foram por menores de dezesseis anos, e 3750 por menores de dezessete anos.

No Rio de Janeiro, a estatística enviada pelo Dr. Juiz Titular da 2ª Vara da Infância e da Juventude da Capital revela que, de janeiro a agosto de 2005, os menores de dezesseis anos cometeram 1119 atos infracionais e os de dezessete

anos, 1510, representando tais números, respectivamente, 27% e 37% de todos os atos infracionais cometidos por menores no período.

Convive-se, atualmente, no país, com um quadro gravíssimo de escalada de criminalidade, com envolvimento, a cada ano maior, de menores na prática de delitos de suma gravidade.

Há problemas sociais e penais graves, de difícil solução, que se entrelaçam e precisam ser urgentemente enfrentados e resolvidos.

Assim, na área social, é preciso que as autoridades constituídas instituam programas de socorro às populações pobres que, atualmente, nas favelas, são mantidas reféns de organizações criminosas, deformadas em suas consciências, muitas vezes levadas a optar pela obediência cega e aberta adesão a tais organizações para garantir a própria sobrevivência.

São problemas sociais que precisam ser enfrentados, que demandam soluções básicas que passam pelo adequado atendimento a crianças e adolescentes, em todos os segmentos da sociedade, no campo da educação, saúde e assistência, enfim, pela instauração no país de um quadro de justiça social, inclusive no que diz respeito à divisão das riquezas.

O Brasil é um país de desigualdades sociais perversas, havendo, sabidamente, uma camada da população que vive, atualmente, na linha da extrema pobreza e miséria.

Embora a miséria e a pobreza - diga-se mais uma vez - não sejam, necessariamente, as raízes da criminalidade, forçoso é reconhecer que, em certos casos, podem conduzir suas vítimas - em um quadro de desespero e desesperança - à marginalidade, nessa conturbada fase de decadência moral em que, atualmente, se debate a sociedade.

Tudo isso vem ocorrendo sob o olhar complacente das autoridades constituídas.

Sabe-se que há projetos dormitando no Congresso Nacional, propondo a redução da idade penal.

As propostas são diversas. Há proposições absurdas, como, por exemplo, a do Deputado Alberto Fraga (PMDB-D.F.) de 2001, sustentando adequada a redução da idade penal para onze anos.

Revestidos de seriedade e adequação, porém, existem em curso, no Congresso Nacional, três projetos: o primeiro, de iniciativa do Deputado Benedito Domingues, que tomou o nº 171/93; o segundo (PEC 18/99), apresentado no Senado pelo Senador Romero Jucá e o terceiro, da autoria do Senador José Arruda (PEC. 20/99), todos eles recomendando a redução da maioridade penal para dezesseis anos.

O desafio está lançado e precisa ser respondido com providências eficazes, que passam, necessariamente, pela alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, para limitar sua aplicação aos atos infracionais cometidos por menores de idade inferior a dezesseis anos e para elevar de três para dez anos a

duração máxima da internação, para os casos de atos infracionais de maior gravidade.

Para a redução da idade penal a dezesseis anos é necessária a edição de Emenda Constitucional alterando o artigo 228 da Carta Magna.

A alteração da idade penal, através de Emenda Constitucional, por iniciativa do Poder Constituinte Derivado, é perfeitamente possível, na medida em que a disposição que se pretende alterar (art.228 da Carta Magna de 1988) não constitui norma pétrea que só possa ser revista em uma nova Constituição pelo Poder Constituinte Originário (art.60, § 4°, I). Os direitos e garantias individuais, estes sim normas pétreas, são tão só e exclusivamente os enunciados no Título II da referida Carta (art.5°).

A redução da idade penal que, na nossa visão, deve ser feita, tendo como parâmetro a idade de dezesseis anos, não deve constituir, contudo, medida isolada, devendo, antes, ser acompanhada de providências outras, absolutamente urgentes, notadamente a construção de estabelecimentos para internação de menores - que não se limitem a constituir, como já se disse anteriormente, meros depósitos para albergar crianças e adolescentes - mas sim, que tenham estrutura para proporcionar aos menores infratores, além da necessária ressocialização, educação e profissionalização.

A gravidade do momento está a exigir uma solução realística, distanciada do paternalismo com que a questão tem sido, até hoje, tratada.

É preciso pôr fim ao conformismo e à passividade com que o verdadeiro desafio que constitui o problema do menor vem sendo enfrentado por uma sociedade que parece ter perdido o hábito de se indignar.

É hora de exigir, das autoridades constituídas, vontade política, coragem e determinação para que buscada possa ser uma solução para este desafio, antes que seja, para todos nós, demasiadamente tarde.

(*) Áurea Pimentel Pereira é Desembargadora (aposentada) no Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Extinção da Reeleição

Benedito Calheiros Bomfim (*)

Os presidentes das duas Casas do Congresso - segundo informa-se oficialmente - entenderam-se para dar prioridade à votação da proposta de Emenda Constitucional que extingue o instituto da reeleição, uma vez que a matéria lhes parece consensual. Não se sabe se se trata da PEC nº 246/04, encabeçada pelo deputado Jutahy Magalhães, ou também de outras proposições no mesmo sentido. A facilitar a aprovação da aludida proposta de emenda à Constituição milita o fato de que só começaria ela a vigorar em 2011, o que afasta, portanto, a objeção de ocorrência de casuísmo.

As Constituições republicanas brasileiras, por consenso, bem como a Carta ditatorial de 1937 e a do regime militar de 67/69, mantiveram o princípio da irreelegibilidade dos chefes dos Poderes Executivos Federal e Estaduais. Elasteceu-se o mandato presidencial para seis anos, do que se beneficiou o Presidente João Figueiredo, sem que, contudo, se permitisse a eleição imediata para novo período. Em 1994 (Emenda Constitucional nº 5), para evitar o risco da eleição de Luiz Inácio Lula da Silva, encurtou-se o tempo de governo dos Chefes dos Executivos para quatro anos. Várias tentativas de derrubar a vedação constitucional foram rejeitadas no Congresso Nacional. Afinal, no governo de Fernando Henrique Cardoso, uma questionada Emenda Constitucional (nº 16/97) logrou derrubar a proibição, mediante alteração do § 5º do art. 14 da Constituição e supressão da expressão "vedada a reeleição para o período subseqüente" contida no seu artigo 82. Admitiu-se, assim, pela primeira vez, após tormentosa polêmica, a reeleição para os mais altos cargos dos Executivos, quebrando-se uma longa tradição constitucional brasileira e latino-americana.

Tratando-se de reelegibilidade, o que mais importa não é o desempenho pessoal do Presidente da República, governadores e prefeito, mas sim, como a curta experiência já confirmou, suas implicações institucionais, seus reflexos nas práticas administrativas e nos costumes políticos, seus efeitos negativos na economia e no ordenamento jurídico, máxime suas danosas conseqüências ao princípio democrático da alternância do Poder. Mesmo que não nada faça propositadamente para aumentar seu poder, o mandatário reeleito verá concentrado e hipertrofiado seu potencial político e pessoal.

Com a admissibilidade de um segundo mandato, os Chefes de Executivos já iniciam o período de governo preocupados em pavimentar o terreno para a conquista da reeleição, meta na qual concentram toda atenção e esforço, principalmente depois de alcançarem o primeiro biênio de administração. Utilizam obsessivamente o poder econômico, político e a máquina administrativa com esse exclusivo objetivo. Cria-se um clima de tensão, acirramento e exacerbação propício à coerção, ao cerceamento da liberdade de voto, à corrupção, à fraude, à violência. Essas práticas e atos deixam os candidatos adversos em situação de desigualdade, em grande desvantagem na competição eleitoral, com quebra da isonomia entre eles, ameaçando desagregar a vida partidária, com risco até de afetar o sistema federativo. A tanto leva o emaranhado de interesses parlamentares, associados aos federais, estaduais e municipais. Típicos desse quadro, na América do Sul, são os casos da reeleição dos Presidentes Fujimori, no Peru, e Menem, na Argentina. Como argumenta Sérgio Sérvulo da Cunha, "é no tecido político, jurídico e administrativo, mais do que nos personagens, que as políticas de longo prazo encontram sustentação".

É preferível encarar a hipótese de aumento da duração de um mandato para cinco anos, inclusive como fator moderador de abusos, a manter o indesejado e desmoralizado sistema da reeleição, com sua inevitável coorte de abusos, desmandos, manipulação, distorções, corrupção. O acréscimo da duração do período de governo retiraria o argumento de quem advoga a possibilidade de reeleição por entender que o mandato de quatro anos é demasiado curto.

A forte influência e a força dos detentores de mandatos no Poder Executivo, na disputa eleitoral, avultam ainda mais quando não se lhes exige a desincompatibilização como requisito para candidatura à reeleição. Sem esse condicionamento, caem por terra os princípios constitucionais do sistema democrático, da igualdade entre os partidos e candidatos e da moralidade eleitoral. Escancaram-se as portas ao abuso político e econômico, à fraude, à impunidade.

Os males da reeleição já eram enfatizados por JOÃO BARBALHO nestes termos: "De que poderosos meios não poderá lançar mão o presidente que pretende se fazer reeleger? Admitir presidente candidato é expor o eleitorado à pressão, corrupção e fraude na mais larga escala. (...) O que não se dará quando o candidato for o homem que dispõe da maior soma de poder e força, pela sua autoridade, pelos vastos recursos que pode por em ação para impor a sua reeleição? E que perturbação na administração pública, e que enorme prejuízo para o país no emprego de elementos oficiais para esse fim! Não há, pois, incompatibilidade mais justificada (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, ed. 1924, p. 226).

Embora o país necessite, e com urgência, de uma reforma política ampla, profunda, substancial, o retorno à proibição da reeleição, que se anuncia, já seria um bom começo, um inegável progresso. Uma vez suprimida a possibilidade de um imediato segundo mandato, cumpre, e sem mais delongas, implementar as demais mudanças moralizadoras, nelas incluídas a abolição da execrável figura do foro privilegiado e proceder a drásticas alterações no nosso sistema eleitoral.

A reforma da legislação eleitoral que o Congresso acaba de votar é tímida, incompleta, insuficiente, incapaz até de extinguir o famigerado Caixa 2. Para dar uma satisfação à sociedade, aplacar a veemência das críticas, fez-se um remendo para que, com as inovações e mudanças, tudo fique praticamente na mesma.

(*) Benedito Calheiros Bomfim, Ex-presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Ex-Conselheiro Federal da OAB.

Perito Juiz ou Juiz Perito

CARLA RODRIGUES ARAÚJO DE CASTRO (*)

Noto, em minha experiência forense, que, muitas vezes, uma causa é decidida na perícia. Laudo positivo significa a procedência da ação e laudo negativo é sinônimo de improcedência. Afinal, quem decidiu a causa? Quem prestou a jurisdição: o juiz ou o perito?

A perícia é uma necessidade.

É meio de prova [1] que consiste num exame feito por alguém com conhecimento específico. Nada mais é do que uma pesquisa que exige conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos. [2]

O juiz, como ser humano que é, não tem obrigação de saber tudo. Freqüentemente, necessita do auxílio de outras pessoas para esclarecer fatos e fornecer informações. Ademais, com o avanço da ciência, valiosos dados podem ser descobertos com as novas técnicas. Algumas vezes, a perícia é necessária para prover segurança e clareza de determinado fato ou situação; em outras, o perito é chamado para analisar, apreciar, emitindo parecer sobre a natureza, valor, importância, causas e efeitos do objeto examinado. [3] Destarte, pode a perícia constatar fatos ou ajudar o juiz a interpretá-los e avaliá-los. Daí, chamar-

---

[1] Consideram a perícia um meio de prova: SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. IV, p. 335; FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Bosc, Casa Editorial, 1934, p. 366. Já HÉLIO TORNAGHI afirma que, "se o perito se limitasse a transmitir ao juiz o que apurou com seus conhecimentos técnicos, então a perícia seria realmente apenas meio de prova, testemunho. Mas tal não se dá: o perito emite juízo sobre o valor dos fatos, externa impressão. [...] O diagnóstico e o prognóstico do perito não podem, de maneira alguma, considerar-se meio de prova" (In: *Instituições de processo penal*, v. 4, p. 170). Para MARIO PISANI, perícia é um elemento de prova para chegar à verdade dos fatos (PISANI, Mario. *La Tutela Penale delle Prove Formate nel Processo*. Milano: A. Giuffrè, 1959). Para CATALANO e VITIELLO, a perícia não constitui um meio de prova, mas um instrumento para a avaliação da prova adquirida (CATALANO, Cristina e VITIELLO, Giuseppe, *op. cit.*, p. 12). No mesmo sentido: FREDIANI, Paolo. *La Conciliazione Nella C.T.U.* Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 1. Sobre o tema: SABATINI, Guglielmo. *Teoria delle Prove nel Diritto Giudiziario Penale*. Catanzaro: G. Silipo, 1911, pp. 121-22.

[2] TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 4, p. 169.

[3] SANTOS, Moacyr Amaral, *op. cit.*, pp. 332-33.

se o perito de *percipiendi* e *deducendi*, conforme a operação que efetue: declaração de ciência ou afirmação de um juízo. [4]

Os peritos atuam em assuntos relativos às áreas de Medicina, Engenharia, Informática etc. Dessa forma, para julgar o réu pela prática de um desabamento, o juiz não precisa conhecer as regras de engenharia; ele terá auxílio de um profissional, o perito. Nesse sentido, o perito é um auxiliar do magistrado, devendo prestar o respectivo compromisso.

No Direito Processual Penal, a perícia é necessária nos crimes que deixam vestígios (art. 158 do Código de Processo Penal), chamados *facta permanentes*. É o exame no corpo de delito. [5] E no Direito Processual Civil, a perícia consiste em exame, vistoria e avaliação (art. 420 do Código de Processo Civil).

No Direito atual, a perícia pode ser determinada pela autoridade policial (art. 6º, VII, do Código de Processo Penal) ou pelo juiz (art. 277 do Código de Processo Penal e art. 421 do Código de Processo Civil). Por ser o perito pessoa de confiança do juiz, durante o processo, somente este pode nomeá-lo. As partes não podem intervir em sua nomeação (art. 276 do Código de Processo Penal), restringindo-se a nomear assistentes técnicos; estes, sim, pessoas de sua confiança (art. 422 do Código de Processo Civil). Observe-se, no entanto, que os assistentes técnicos são auxiliares das partes, e não do juízo. Tanto que a Lei nº 8.455/92 os excluiu do rol de pessoas sujeitas às causas de impedimento e suspeição.

A nomeação exclusiva dos peritos pelo órgão jurisdicional afasta as partes de sua escolha, o que pode provocar-lhes algum prejuízo. Talvez uma das partes conheça pessoa mais habilitada ou procedimento mais adequado ao exame. Ainda que o assunto seja especializado e novo, como há interesse direto e imediato no desfecho da causa, as partes podem estudar e informar-se com mais afinco, dedicação e tempo do que o juiz, que tem inúmeras causas à sua espera para o julgamento. Lembramos a existência de escritórios de advogados especializados em determinadas áreas, até mesmo o Ministério Público tem Promotorias especializadas: meio ambiente, consumidor, informática.

---

[4] MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millenium Editora Ltda, 2000, p. 419.

[5] JOSÉ DA CUNHA NAVARRO PAIVA conceitua corpo de delito como sendo "o conjunto dos elementos physicos que constituem o delicto". Prossegue afirmando que "o corpo de delicto contém todos os elementos materiaes que o constituem, tanto em relação ao passado, como no presente e no futuro. Assim, com referencia ao passado, comprehende os actos, phenomenos ou elementos materiaes, que procederam a acção do delicto, como, por exemplo, a existencia ou a presença da pessoa, em certo logar, o estado, anteriormente á perpetração do delicto, dos objetos sobre os quaes se exercem a acção do mesmo delicto, ou das pessoas que n'elle tomaram parte. Quanto ao presente, comprehende os actos concomitantes da acção do delicto. Em relação ao futuro, abrange os resultados ulteriores que d'elle podem provir, como, por exemplo, no caso de ferimento as conseqüências mais ou menos graves, a doença mais ou menos prolongada, ou a morte que poderá seguir-se" (In: *Tratado Theorico e Pratico das Provas no Processo penal*. Coimbra: Livraria Portugueza e Estrangeira, 1895, pp. 50-51).

O juiz, ao contrário, não conta com tão específica divisão, limitando sua atuação em áreas criminal, cível, família *etc.* O assistente técnico não supre eventual prejuízo, já que seus pareceres, na prática, raramente são levados em conta pelo magistrado.

Ademais, a escolha de perito mais qualificado para o exame pressupõe, muitas vezes, um mínimo de conhecimento sobre a matéria a ser examinada. Em alguns casos, o assunto é extremamente especializado, ou até mesmo inédito, sendo matéria completamente desconhecida pelo juiz - tal circunstância, portanto, impede a correta escolha. Citamos um exemplo: o DNA deve ser examinado por um médico geneticista, por um biólogo ou ambos são capazes de analisá-lo? Quais equipamentos, ferramentas e substâncias são necessários para a sua análise? Qualquer laboratório está apto a proceder ao exame? Outro exemplo: qual profissional habilitado para examinar um e-mail ou documento transmitido através da Internet? Para responder a todas estas perguntas, um certo conhecimento da matéria é necessário.

Se, por um lado, há desvantagens na nomeação do perito pelo juiz, por outro, verifica-se uma garantia, pelo menos em tese, da imparcialidade do exame pericial. O perito nomeado pelo juiz não tem qualquer interesse na causa, tampouco uma ligação com as partes. Assim, sua análise, a princípio, é mais fidedigna e confiável. Peritos nomeados pelas partes, como ocorre no Direito norte-americano, possuem relação estreita com quem os nomeou, sendo suas opiniões tendenciosas e favoráveis à parte que os contratou. Observe-se que, desde que a perícia é paga pela parte, não é crível que esta pague por uma opinião que venha a ser-lhe desfavorável.

Interessante é a solução dada pelo direito argentino, que permite às partes acordarem sobre a escolha dos peritos, substituindo a nomeação judicial.[6] Nesse sentido, tal regra afasta o comprometimento que existe quando a escolha é feita por uma só das partes, pois, se o perito for escolhido por ambas, não está vinculado a emitir parecer favorável a nenhuma delas. Por outro lado, se as partes escolheram tal perito, é por considerá-lo pessoa idônea e isenta.

Mas, quando a perícia está concluída e os autos retornam ao juiz, qual o valor das conclusões explicitadas no laudo?

Embora o Direito Processual pátrio tenha adotado o princípio liberatório no exame da prova pericial (art. 182 do Código de Processo Penal e art. 436 do Código de Processo Civil), é de difícil incidência prática o juiz decidir contra um laudo pericial. Salvo raras exceções, com erros grosseiros e conclusões absurdas, o julgamento segue a conclusão da perícia.

Analisando os casos concretos, verifica-se que, de certa forma, a jurisdição é delegada ao perito, fato que contraria mortalmente os princípios basilares de nosso Direito. Seria uma espécie de **Perito-juiz**.

---

[6] Art. 462 do Código Procesal Civil y Comercial de La Nación.

Tal situação é explicada devido à distância que existe entre o juiz e o universo científico, o que provoca uma distorção em nosso Direito. Muitas vezes, talvez na maioria das vezes, a conclusão do laudo "decide" o desfecho do processo. É o que alguns chamam de "ditadura dos peritos".

Trata-se de verdadeiro retrocesso ao sistema das provas legais. É forma de dotar a perícia de valor superior às demais provas. Se usarmos a confissão como comparação, veremos que, embora já tenha sido considerada a rainha das provas, hoje está em pé de igualdade com as demais. É óbvio que a confissão ajuda, e muito, na decisão de um processo criminal. Normalmente, espanta qualquer dúvida do magistrado, facilitando suas conclusões sobre o desfecho do processo. Todavia, a doutrina costuma elencar uma série de motivos que levam uma pessoa a confessar o que não praticou, tais como proteger um ente querido. De igual forma, na prova pericial, uma série de circunstâncias pode retirar a credibilidade da prova pericial, tais como a má conservação de equipamentos e reagentes, corrupção e fraudes das pessoas envolvidas na análise *etc* [7].

Levando-se em conta todas estas circunstâncias e atentando para os princípios processuais vigentes é inadmissível a conclusão do laudo ser a base da sentença. Além do que, os peritos não são dotados das garantias, prerrogativas e vedações destinadas aos magistrados. A imparcialidade do julgador não é comparável com a dos peritos, muito embora estes também estejam sujeitos as causas de suspeição e impedimento.

Solução para retirar este poder das mãos dos perito é dar ao juiz um mínimo conhecimento [8] sobre a matéria a ser periciada, ou seja, noções de medicina, engenharia, *etc*. Estaríamos diante de um **Juiz Perito**. Não pregamos um conhecimento aprofundado do assunto pelo magistrado, pois, se assim fosse, a perícia nem seria necessária, mas um mínimo, para que possa o juiz ponderar e avaliar corretamente os resultados.

Cabe aqui citar o direito americano, o conhecido caso DAUBERT [9], marco em relação à admissibilidade da prova científica, que colocou o juiz na posição de *gatekeeper* ("porteiro") da prova, já que tinha como função determinar se ela era relevante e de confiança. Tal decisão pressupunha um exame preliminar sobre o conhecimento científico proposto pelo perito em relação ao caso concreto e à sua solução, bem como se o raciocínio e a metodologia eram cientificamente válidos.

---

[7] CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova científica: exame pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, no prelo.

[8] Esta solução já foi apontada por TARUFFO, ao analisar a prova científica no direito norte-americano. TARUFFO, Michele, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*.

[9] BEYA, Jan e BERGER, Daniel. "Scientific misconceptions among Daubert gatekeepers: the need for reform of expert review procedures". *Law and Contemporary Problems*. V. 64, primavera/verão de 2001, n. 2 e 3, Carolina do Norte: Durham; SANDERS, Joseph. "Kumho and how we Know". *Law and Contemporary Problems*. V. 64, primavera/verão de 2001, n. 2 e 3, Carolina do Norte: DURHAM e BERGER, Margaret A. "Upsseting the balance between adverse interests: the impact of the supreme court's trilogy on expert testimony in toxic tort litigation" *Law and Contemporary Problems*. V. 64, primavera/verão de 2001, n. 2 e 3, Carolina do Norte: Durham.

A ausência de conhecimento traz algumas conseqüências, dentre elas citamos a dificuldade em entender corretamente as conclusões elaboradas do laudo. Quando nos referirmos às conclusões, não estamos falando de "positivo", "negativo", "reconhecida a paternidade" ou "a amostra colhida pertence a fulano". A conclusão é mais do que isso. É o fim de um raciocínio, o resultado de uma técnica ou método empregado, e sob tal contexto é que deve ser vista, para ser corretamente avaliada.

Utilizando como exemplo a prova científica, citamos Ricci: o autor alerta para o fato de que o grande problema da prova científica não são os eventuais erros do procedimento técnico, mas a impossibilidade de um controle crítico por parte do juiz, já que, devido à ausência de adequada bagagem de conhecimento científico, não tem condições de emitir qualquer opinião eficiente sobre o procedimento e seus resultados. [10]

Ficamos com a seguinte situação: o juiz que desconhece totalmente a matéria a ser periciada decide com base nas conclusões do laudo, caso em que temos a figura do Perito-juiz, pois, em última análise, é ele quem decide a causa; no extremo oposto temos o juiz com conhecimento da matéria a ser periciada, transformando-se em verdadeiro Juiz perito.

Embora este mínimo de conhecimento por parte do magistrado seja o ideal, é de difícil aplicação prática. Nosso Poder Judiciário já esta assoberbado de processos, os claros na instituição são constantes, o número de demanda cresce a cada dia, dificilmente poderá um juiz se dedicar a estudar matéria estranha ao Direito.

Solução intermediária é dada pelo direito argentino: a consulta. É forma de pluralizar a discussão sobre a questão analisada na prova pericial, é apresentada pelo direito argentino por meio das consultas. Prevê o *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación* [11] a consulta científica ou técnica, requerida pelas partes ou determinada de ofício pelo juiz. A consulta prevista na legislação argentina pode ser feita a universidades, institutos, entidades públicas ou privadas.

O direito brasileiro não prevê expressamente este instituto. A consulta seria mais uma opinião sobre a questão, podendo servir para esclarecer as conclusões do laudo, para explicar uma técnica utilizada ou para sugerir novos exames. Trata-se de uma forma de retirar todo o peso da indagação das mãos do perito.

A consulta científica poderia ser feita em processo civil ou criminal. Havendo dúvidas por parte do juiz, ele poderia, de ofício, esclarecê-las por meio de uma

---

[10] Ricci, Gian Franco. "Nuovi rilievi sul problema della 'spesificità' della prova giuridica", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Dicembre 2000, anno LIV, n. 4, Milano: Giuffrè, p. 1153.

[11] **Art. 476.** Consultas científicas o técnicas. "A petición de parte o de oficio, el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de caráter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriere operaciones o conocimientos de alta especialización."

consulta. Já as partes, se suspeitassem da confiabilidade do laudo ou da idoneidade do perito, também poderiam requerê-la.

A possibilidade de consultar entidades públicas e privadas facilita a escolha dos melhores e mais renomados profissionais de cada área. Se restringíssemos as consultas a entidades e órgãos públicos, afastaríamos profissionais ímpares.

Uma vez requerida pela parte, deve ser deferida pelo juiz, após a oitiva da parte contrária, obedecendo ao contraditório. Este procedimento garante a escolha de entidades sérias e o controle da parte contrária.

A consulta é forma de distribuir a responsabilidade sobre as conclusões dos peritos; não substitui esta prova, mas lhe retira o poder de decidir a causa, pois não será a única opinião sobre a questão examinada.

Certo é que no exercício da prestação jurisdicional, o juiz deve buscar a decisão justa [12] para a causa. Nesta empreitada, examina a lei vigente, consulta a jurisprudência e valora a prova. Também é certo que na valoração da prova deve examiná-las em igualdade. Julgar uma causa é função das mais nobres, tarefa exclusiva do Poder Judiciário. Qualquer forma de burlar esta regra deve ser rechaçada por todos. Trata-se de garantia, pela qual todos nós devemos lutar.

BIBLIOGRAFIA

BEYA, Jan e BERGER, Daniel. "Scientific misconceptions among Daubert gatekeepers: the need for reform of expert review procedures". *Law and Contemporary Problems*. V. 64, primavera/verão de 2001, n. 2 e 3, Carolina do Norte: Durham

BERGER, Margaret A. "Upsseting the balance between adverse interests: the impact of the supreme court's trilogy on expert testimony in toxic tort litigation" *Law and Contemporary Problems*. V. 64, primavera/verão de 2001, n. 2 e 3, Carolina do Norte: Durham.

CATALANO, Cristina e VITIELLO, Giuseppe. *La Consulenza Técnica Medico-Legale Nelle Prestazioni Erogate Dall'inps*. Milano: Giuffrè Editore, 2004.

CATALDI, Michele e SCAFARONI, Stefano. *Il Consulente Técnico nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1934.

---

[12] *Vide* RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997; STELLA, Frederico, op. cit., pp. 18 e ss.

FREDIANI, Paolo. *La Conciliazione Nella C.T.U.*, Milano: Giuffrè Editore, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. III.

PAIVA, José da Cunha Navarro de. *Tratado Theorico e Pratico das Provas no Processo Penal.* Coimbra: Livraria Portugueza e Estrangeira, 1895.

PISANI, Mario. *La Tutela Penale delle Prove Formate nel Processo.* Milano: A. Giuffrè, 1959.

RALWS, John. *Uma Teoria da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes,1997.

RICCI, Gian Franco. "Nuovi rilievi sul problema della 'spesificità' della prova giuridica". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* Dicembre 2000, anno LIV, n. 4, Milão: Giuffrè, 2001.

SABATINE, Guglielmo. *Teoria delle prove nel Diritto Giudiziario Penale.* Catanzaro, G. Silipo, 1911.

SANDERS, Joseph. "Kumho and how we Know". *Law and Contemporary Problems.* V. 64, primavera/verão de 2001, n. 2 e 3, Carolina do Norte: Durham

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. IV.

STELLA, Frederico. *Giustizia e Modernità – La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime.* Milano: Giuffrè Editore, 2003.

TARUFFO, Michele. "Le prove scientifiche nella recente esperienza statuniense". *RTDPC,* ano Ln. 1, março de 1996, Milano: Giuffrè.
_____. *La Prova Dei Fatti Giuridici.* Milão: Giuffrè Editore, 1992

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal.* São Paulo: Saraiva, 1978.

(*) CARLA RODRIGUES ARAÚJO DE CASTRO é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Doutora em Direito.

Justiça Restaurativa no Brasil

DAMÁSIO DE JESUS (*)

PAUL MCCOLD e TED WACHTEL, do Instituto Internacional por Práticas Restaurativas (*International Institute for Restorative Practices*), em trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, realizado de 10 a 15 agosto de 2003, no Rio de Janeiro, afirmam que a Justiça Restaurativa constitui "uma nova maneira de abordar a justiça penal, que enfoca a reparação dos danos causados às pessoas e relacionamentos, ao invés de punir os transgressores"[1]. Seu postulado fundamental é: "o crime causa danos às pessoas e a justiça exige que o dano seja reduzido ao mínimo possível".

A Justiça Restaurativa é um "processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de 'partes interessadas principais', para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão".

Esses autores criaram uma teoria de Justiça Restaurativa, composta de "três estruturas conceituais distintas, porém relacionadas": "*Social Discipline Window* - A Janela de Disciplina Social - (WACHTEL, 1997, 2000; WACHTEL & MCCOLD, 2000); *Stakeholder Roles* - O Papel das Partes Interessadas - (MCCOLD, 1996, 2000); *Restorative Practices Typology* - A Tipologia das Práticas Restaurativas - (MCCOLD, 2000; MCCOLD & WACHTEL, 2002)".

A Janela de Disciplina Social busca evitar práticas puramente punitivas (ou retributivas), as quais tendem "a estigmatizar as pessoas rotulando-as indelevelmente de forma negativa", ou meramente permissivas, buscando "proteger as pessoas das conseqüências de suas ações erradas".

A "abordagem restaurativa, com alto controle e alto apoio, confronta e desaprova as transgressões enquanto afirmando o valor intrínseco do transgressor".

Dizem os autores acima: "a essência da justiça restaurativa é a resolução de problemas de forma colaborativa. Práticas restaurativas proporcionam, àqueles que foram prejudicados por um incidente, a oportunidade de reunião para

---

[1] As citações referentes ao trabalho de MCCOLD e WACHTEL foram extraídas de: <realjustice.org/library/paradigm_port.html>, [2003?]. Acesso em 26.jan.2005.

expressar seus sentimentos, descrever como foram afetados e desenvolver um plano para reparar os danos ou evitar que aconteça de novo. A abordagem restaurativa é reintegradora e permite que o transgressor repare danos e não seja mais visto como tal. [...] O engajamento cooperativo é elemento essencial da justiça restaurativa". Trata-se, enfim, de suprir as necessidades emocionais e materiais das vítimas e, ao mesmo tempo, fazer com que o infrator assuma responsabilidade por seus atos, mediante compromissos concretos.

O *Papel das Partes Interessadas* é o elemento estrutural cujo enfoque é relacionar o dano causado pela infração penal às necessidades específicas de cada interessado "e às respostas restaurativas necessárias ao atendimento destas necessidades".

As principais partes interessadas compõem-se das vítimas e dos transgressores. "Aqueles que têm uma relação emocional significativa com uma vítima ou transgressor, como os pais, esposos, irmãos, amigos, professores ou colegas, também são considerados diretamente afetados. Eles constituem as comunidades de assistência a vítimas e transgressores." As partes secundárias, por outro lado, são integradas pela sociedade, representada pelo Estado, pelos vizinhos, "aqueles que pertencem a organizações religiosas, educacionais, sociais ou empresas cujas áreas de responsabilidade incluem os lugares ou as pessoas afetadas pela transgressão". O dano sofrido por essas pessoas é indireto e impessoal, e a atitude que deles se espera é a de "apoiar os processos restaurativos como um todo".

No processo de conciliação, promovido por meio de debates ou mesas-redondas, todas as partes interessadas principais "precisam de uma oportunidade para expressar seus sentimentos e ter uma voz ativa no processo de reparação do dano".

"As vítimas são prejudicadas pela falta de controle que sentem em conseqüência da transgressão. Elas precisam readquirir seu sentimento de poder pessoal. Esse fortalecimento é o que transforma as vítimas em sobreviventes. Os transgressores prejudicam seu relacionamento com suas comunidades de assistência ao trair a confiança das mesmas. Para recriar essa confiança eles devem ser fortalecidos para poder assumir responsabilidade por suas más ações. Suas comunidades de assistência preenchem suas necessidades garantindo que algo será feito sobre o incidente, que tomarão conhecimento do ato errado, que serão tomadas medidas para coibir novas transgressões e que vítimas e transgressores serão reintegrados às suas comunidades. As partes interessadas secundárias, que não estão ligadas emocionalmente às vítimas e transgressores, não devem tomar para si o conflito daqueles a quem pertence, interferindo na oportunidade de reconciliação e reparação. A resposta restaurativa máxima para as partes interessadas secundárias deve ser a de apoiar e facilitar os processos em que as próprias partes interessadas principais determinam o que deve ser feito. Estes processos reintegrarão vítimas e transgressores, fortalecendo a comunidade,

aumentando a coesão e fortalecendo e ampliando a capacidade dos cidadãos de solucionar seus próprios problemas."

Por fim, o último elemento estrutural da Justiça Restaurativa compreende a *Tipologia das Práticas Restaurativas.*

Todas as partes interessadas, diretas e indiretas, desde que haja consenso, são chamadas a buscar, em conjunto, uma solução efetiva para o conflito, de modo a preencher suas necessidades emocionais. Os três grupos devem ter participação ativa e se engajar no processo de conciliação.

Se a legislação de um determinado país estipular que participará apenas um dos grupos de partes interessadas principais, por exemplo, as vítimas, na hipótese em que o Estado lhes beneficia com uma compensação financeira, o processo é denominado "parcialmente restaurativo". Se, por outro lado, somente a vítima e o transgressor participam de um processo de mediação, sem as comunidades, esse será "na maior parte restaurativo".

Para que se dê a realização plena do conceito de Justiça Restaurativa, é fundamental os três grupos participarem ativamente, como em "conferências ou círculos".

Pode-se concluir, na esteira dos autores acima citados:

> "A justiça requer que o dano seja reparado ao máximo. [...] A justiça restaurativa é conseguida idealmente através de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas principais na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão. A teoria conceitual apresentada possibilita uma resposta abrangente que explica o como, o por quê e o quem do paradigma da justiça restaurativa. A Janela de Disciplina Social explica como o conflito pode se transformar em cooperação. A Estrutura de Papéis das Partes Interessadas Principais mostra que para reparar os danos aos sentimentos e relações requer o fortalecimento das partes interessadas principais, afetadas de forma mais direta. A Tipologia das Práticas Restaurativas explica porque a participação da vítima, do transgressor e das comunidades é necessária à reparação do dano causado pelo ato criminoso".
>
> "Um sistema de justiça penal que simplesmente pune os transgressores e desconsidera as vítimas não leva em consideração as necessidades emocionais e sociais daqueles afetados por um crime. Em um mundo onde

> as pessoas sentem-se cada vez mais alienadas, a justiça restaurativa procura restaurar sentimentos e relacionamentos positivos. O sistema de justiça restaurativa tem como objetivo não apenas reduzir a criminalidade, mas também o impacto dos crimes sobre os cidadãos. A capacidade da justiça restaurativa de preencher essas necessidades emocionais e de relacionamento é o ponto chave para a obtenção e manutenção de uma sociedade civil saudável".

2. Dispositivos da Legislação Brasileira relacionados a Práticas Restaurativas

2.1. Panorama geral

Deve-se assinalar, de início, que não há na legislação brasileira dispositivos com práticas totalmente restaurativas. Existem, contudo, determinados diplomas legais os quais podem ser utilizados para sua implementação, ainda que parcial. De acordo com Pedro Scuro Neto, um programa efetivo de Justiça Restaurativa requer que sejam estabelecidos, "por via legislativa, padrões e diretrizes legais para a implementação dos programas restaurativos, bem como para a qualificação, treinamento, avaliação e credenciamento de mediadores, administração dos programas, níveis de competência e padrões éticos, salvaguardas e garantias individuais" [2].

2.2. Pressuposto fundamental - o consenso

É fundamental repisar que as práticas restaurativas pressupõem um acordo livre e plenamente consciente entre as partes envolvidas. Sem esse consenso, não haverá alternativa a não ser recorrer ao procedimento tradicional.

2.3. O Estatuto da Criança e do Adolescente

A experiência de muitos países que adotaram práticas restaurativas tem mostrado serem elas extremamente eficazes no trato de adolescentes infratores. No Brasil, a legislação aplicável para menores de 18 anos que cometam fatos definidos como infrações penais é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). O art. 126 dessa lei cuida do instituto da *remissão*, mecanismo de exclusão, suspensão ou extinção do processo referente à aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes (menores entre 12 e 18 anos, segundo

---

[2] Neto, Pedro Scuro. "Modelo de Justiça para o século XXI." Rio de Janeiro, *Revista da Emarf*, v. 6, [200-]. Disponível em: <www.trf2.gov.br>. Acesso em: 26 jan. 2005.

definição legal, art. 2.º, *caput*). A norma guarda relação com a recomendação constante do item 11.2 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Resolução n. 40/33, de 29 de novembro de 1985).

O *caput* da disposição permite que a *remissão* seja proposta pelo representante do Ministério Público, de modo a excluir o processo, e, pelo Juiz de Direito, como meio de suspensão ou extinção do procedimento (arts. 126, parágrafo único, e 186, § 1.º). Quando elaborada pelo Ministério Público, dependerá de homologação judicial (art. 181) e, se o Juiz de Direito discordar da proposta, remeterá o caso ao Procurador-Geral de Justiça (art. 181, § 2.º).

É importante destacar que a remissão não importa reconhecimento ou comprovação da responsabilidade nem prevalece para efeito de antecedentes. Além disso, permite a lei que seja ela cumulada com a aplicação de medidas socioeducativas ou protetivas (art. 127), ou seja:

> I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
> II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
> III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
> IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
> V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
> VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
> VII - abrigo em entidade;
> VIII - colocação em família substituta;
> IX - advertência;
> X - obrigação de reparar o dano;
> XI - prestação de serviços à comunidade;
> XII - liberdade assistida;
> XIII - inserção em regime de semiliberdade;
> XIV - internação em estabelecimento educacional.

Esse instituto pode ser utilizado como meio para adoção de práticas restaurativas, desde que as autoridades dela encarregadas (membro do Ministério Público, antes do processo, e o Juiz de Direito, durante o procedimento) promovam a participação do adolescente, de seus familiares e, inclusive, da vítima, na busca de uma efetiva reparação dos danos e de uma responsabilização consciente do menor infrator.

2.3.1. Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/90

"**Art. 101.** Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
VII - abrigo em entidade;
VIII - colocação em família substituta.
Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

Art. 102. As medidas de proteção de que trata este Capítulo serão acompanhadas da regularização do registro civil.
§ 1.º Verificada a inexistência de registro anterior, o assento de nascimento da criança ou adolescente será feito à vista dos elementos disponíveis, mediante requisição da autoridade judiciária.
§ 2.º Os registros e certidões necessárias à regularização de que trata este artigo são isentos de multas, custas e emolumentos, gozando de absoluta prioridade.
[...]

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
I - advertência;
II - obrigação de reparar o dano;
III - prestação de serviços à comunidade;
IV - liberdade assistida;
V - inserção em regime de semiliberdade;
VI - internação em estabelecimento educacional;
VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
§ 1.º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2.º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.
§ 3.º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incs. II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.
Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.
[...]

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.
Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

Art. 128. A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.
[...]

Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterá o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1.º Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.

§ 2.º Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.

[...]

Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

§ 1.º Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão."

2.4. Lei dos Juizados Especiais Criminais

A Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, com as alterações promovidas pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, trata dos Juizados Especiais Criminais, órgão responsável pelas infrações penais de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes cuja pena máxima não exceda 2 anos, ou multa).

Referida lei adotou como princípio fundamental a busca da aplicação de medidas alternativas, mediante consenso entre os principais envolvidos (vítima e autor do fato). Nesse sentido, ela estabelece que haverá uma audiência preliminar (art. 72 e ss.), na qual se procurará a realização de um acordo civil, com vistas à composição financeira de eventuais prejuízos experimentados com a prática do ilícito penal, e, em seguida, um acordo penal, caso o primeiro seja frustrado, ou, independentemente do resultado da composição civil, quando se tratar de crime de ação pública incondicionada.

Com a *transação penal*, o representante do Ministério Público poderá, se presentes a prova da materialidade e os indícios de autoria, formular proposta de aplicação imediata de pena alternativa (restritiva de direito ou multa), a qual depende de aceitação do autor do fato e de seu Advogado e também de homologação judicial. Do modo como o instituto vem sendo aplicado no dia-a-dia da Justiça Criminal brasileira, ainda se está longe de atingir o objetivo do legislador. Muitas audiências são realizadas sem a presença efetiva de um Juiz de Direito, e as propostas de transação penal costumam ser padronizadas, na maioria das vezes, consistem no pagamento de cestas básicas a instituições carentes ou assistenciais. Com vontade política e treinamento de pessoal especializado, a par de uma conscientização dos agentes estatais envolvidos no processo, talvez seja possível a utilização dos Juizados Criminais Especiais como porta de entrada para a Justiça Restaurativa no Brasil.

2.4.1. Lei dos Juizados Especiais Criminais: Lei n. 9.099/95

"**Art. 72.** Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.
Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.
Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.
Parágrafo único. O não-oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.
§ 1.° Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.
§ 2.° Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:
I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.
§ 3.° Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.
§ 4.° Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos.
§ 5.° Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.
§ 6.° A imposição da sanção de que trata o § 4.° deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível."

2.5. Código Penal

O Código Penal (CP) brasileiro foi instituído pelo Dec.-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e alterado por diversas leis posteriores. Em 1984, a *Parte Geral* do CP sofreu profunda alteração, destacando-se a criação das penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana). Em 1998, por meio da Lei n. 9.714, ampliou-se consideravelmente o sistema das penas alternativas, não só admitindo sua aplicação a um número maior de infrações penais (crimes culposos e dolosos, cuja pena não ultrapasse 4 anos, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa), mas também aumentando a quantidade de penas restritivas de direitos: prestação pecuniária, prestação inominada, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdições temporárias de direitos (com acréscimo, dentre essas, da proibição de freqüentar determinados lugares) e limitação de fim de semana (arts. 45 a 48 do CP).

As penas restritivas de direitos, abaixo mencionadas, representam institutos jurídicos que constituem práticas parcialmente restaurativas:

a) prestação pecuniária (art. 45, § 1.°, do CP)

Trata-se do pagamento de uma quantia em dinheiro à vítima ou a seus dependentes, ou, subsidiariamente, à entidade pública ou privada com destinação social, no valor de 1 a 360 salários mínimos.

Esse instituto caracteriza uma prática parcialmente restaurativa.

b) prestação inominada (art. 45, § 2.°, do CP)

Quando cabível a prestação pecuniária, o CP autoriza, contanto que haja concordância do *beneficiário* (*vítima, dependente, entidade pública ou privada com destinação social*), que a prestação pecuniária seja substituída por uma prestação de outra natureza (cesta básica, mão-de-obra, reposição de árvores *etc.*).

A medida, nesse caso, embora exija anuência da vítima, não pode ser imposta em desatenção às condições pessoais do réu. Como não é produto de um acordo entre as partes principais, pode ser considerada parcialmente restaurativa.

c) perda de bens e valores (art. 45, § 3.°, do CP)

Cuida da perda de bens e valores pertencentes ao condenado, em favor do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), ressalvada a legislação especial. Essa pena alternativa não se inspira em conceitos de Justiça Restaurativa.

d) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 46, § 2.°, do CP)

Trata-se de determinação judicial pela qual o condenado receberá tarefas gratuitas, a serem realizadas perante entidades privadas ou públicas (como escolas, creches, hospitais, orfanatos, entidades assistenciais, programas comunitários ou estatais. Só é aplicável a penas superiores a 6 meses.

Não se baseia em acordo, portanto não se enquadra como uma prática restaurativa.

e) interdições temporárias de direitos (art. 47 do CP)

São as seguintes:

a) proibição do exercício de cargo, função pública ou mandato eletivo (inc. I);
b) proibição do exercício de atividade, profissão ou ofício que dependa de licença especial ou autorização do Poder Público (inc. II);
c) suspensão da autorização ou habilitação para dirigir veículos (inc. III) - tacitamente derrogada pela Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), no ponto que determina a suspensão da habilitação;
d) proibição de freqüentar determinados lugares (inc. IV).

Novamente, estamos diante de medidas adotadas sem qualquer consenso, mas por imposição judicial, como alternativas à privação de liberdade.

f) limitação de fim de semana (art. 48 do CP)

Trata-se da obrigação de o condenado se recolher em fins de semana em Casa de Albergado ou estabelecimento similar (prisão descontínua). O sentenciado permanecerá por cinco horas diárias, aos sábados e aos domingos, na Casa do Albergado, freqüentando palestras, cursos *etc.*

Como nas hipóteses acima, a medida é adotada sem consenso entre as partes.

2.6. Outros dispositivos penais relacionados com a reparação do dano

Há diversos institutos na legislação penal brasileira que determinam a reparação dos danos, seja como requisito para obtenção de benefícios legais, seja como condição para a manutenção dessas benesses, conforme se vê no rol abaixo:

a) arrependimento posterior (art. 16 do CP)

"Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços."

b) progressão de regimes penitenciários nos crimes contra a Administração Pública (art. 33, § 4.°, do CP, nos termos da Lei n. 10.763, de 12 de novembro de 2003)

"O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais."

c) atenuante genérica (art. 65, III, "b", do CP)

"[...] procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;"

d) *sursis* especial (art. 78, § 2.°, do CP)

"Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem

inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

a) proibição de freqüentar determinados lugares;
b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades."

e) causa de revogação do *sursis* (art. 81, II, do CP)

"A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:
[...]
II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;"

f) livramento condicional (art. 83, IV, do CP)

"O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:
[...]
IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;"

g) efeito genérico da condenação (art. 91, I, do CP)

"São efeitos da condenação:
I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;"

h) reabilitação criminal (art. 94, III, do CP)

"A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:
[...]
III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da

dívida."

i) extinção da punibilidade no crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 2.°, do CP)

"É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal."

j) estelionato mediante emissão de cheque sem provisão de fundos (art. 171, § 2.°, VI, do CP e Súmula n. 554 do STF)

"**Súmula 554.** O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal."

l) extinção da punibilidade no peculato culposo (art. 312, §§ 2.° e 3.°, do CP)

"Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.
No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta."

m) extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária (art. 34 da Lei n. 9.245/95)

"Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia."

3. Medidas Concretas Visando à Adoção da Justiça Restaurativa no Brasil

Em nosso País, o debate a respeito da Justiça Restaurativa ainda se mostra em estado embrionário. São poucas as iniciativas nesse sentido, a maioria promovida por juristas. Das iniciativas estatais, deve-se apontar uma recente, cujos frutos até então não se viram, oriunda da Justiça do Distrito Federal e Territórios (capital da República Federativa do Brasil). O Presidente, o Vice-

Presidente e o Corregedor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios elaboraram um ato administrativo (Portaria conjunta n. 15, de 21 de junho de 2004), por meio do qual foi criada uma comissão visando estudar a "adaptabilidade da 'Justiça Restaurativa' à Justiça do Distrito Federal e desenvolvimento de ações para a implantação de um projeto piloto na comunidade do Núcleo Bandeirante".

(*) Damásio de Jesus é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado de São Paulo, Presidente e Professor no Complexo Jurídico Damásio de Jesus, Doutor *Honoris Causa* em Direito pela Universidade de Estudos de Salerno (Itália), Diretor-Geral da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ), Membro do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e autor de mais de 20 livros publicados pela Editora Saraiva.

O Poder Sancionador do Conselho Nacional do Ministério Público e a Necessidade de Prévia Definição Legal das Infrações Disciplinares

EMERSON GARCIA (*)

Tese aprovada por unanimidade no XVI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado na Cidade de Belo Horizonte, no período de 6 a 9 de novembro de 2005.

SUMÁRIO: **1.** Delimitação do Plano de Estudo. **2.** A Submissão do Conselho Nacional do Ministério Público aos Princípios Gerais de Direito Sancionador. **3.** Limites do Poder Normativo do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público. **Conclusão.**

SÍNTESE DOGMÁTICA: *O inciso III do parágrafo 2º do art. 130-A da Constituição da República, ao tratar das sanções disciplinares passíveis de serem aplicadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, limita-se a veicular norma de competência. Assim, somente as sanções cominadas na legislação de regência de cada Ministério Público, com a imprescindível definição das respectivas infrações disciplinares que motivarão a sua incidência, poderão ser aplicadas pelo Conselho, sendo defeso ao Regimento Interno substituir-se à lei. Linha argumentativa que deflui dos princípios da segurança jurídica, do Estado de Direito, do devido processo legal e do princípio mor de Direito Sancionador* ***nullum crimen****....*

1. Delimitação do Plano de Análise. O Conselho Nacional do Ministério Público, desde a sua gênese concebido como um mecanismo de controle externo, apresenta uma composição híbrida, na qual coexistem membros dos órgãos controlados e agentes estranhos aos seus quadros; possui atribuição para rever atos de cunho administrativo; tem poder disciplinar, podendo aplicar sanções que não a perda do cargo; será municiado com informações colhidas por ouvidorias a serem criadas e deve elaborar relatório anual sobre as suas atividades e a situação dos órgãos controlados no Brasil, relatório este que integrará a mensagem a ser encaminhada ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Conquanto não tenha ingerência direta nos atos de cunho funcional, é manifesta a influência que pode exercer na atividade regular dos membros do

Ministério Público. Afinal, está legitimado a expedir recomendações e a aplicar, dentre outras sanções, as de remoção, disponibilidade e aposentadoria.

Na medida em que o art. 130-A, § 2º, III, da Constituição da República dispôs que o Conselho tem o poder de aplicar sanções disciplinares aos membros e aos servidores do Ministério Público da União e dos Estados, põe-se a questão de saber se a sua materialização no plano fático está condicionada à existência de uma norma que previamente defina a infração disciplinar e comine a respectiva sanção.

Em outras palavras, pode o Conselho aplicar a sanção de aposentadoria compulsória apesar de a Lei Orgânica da Instituição controlada, como se dá com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, não a contemplar?

O art. 81 do Regimento Interno do Conselho, [1] aprovado em 8 de agosto de 2005, em sendo interpretado em sua literalidade, permitirá que o Conselho aplique as sanções disciplinares previstas na Constituição da República ainda que a lei orgânica da Instituição controlada não as tenha contemplado, deixando de definir os ilícitos administrativos que sujeitariam o agente à sua incidência. Tal conclusão parece clara na medida que a norma regimental faz remissão, única e exclusiva, ao *procedimento* ditado pela lei de regência, indicativo da "*desnecessidade*" de definição legal da conduta que sujeitará o agente às sanções enunciadas no texto constitucional. Em abono desse entendimento, ainda merece ser lembrado o inciso I do art. 19 do Regimento, [2] que, sem fazer remissão à legislação de regência de cada Instituição, dispõe sobre a competência do Plenário para a aplicação das sanções referidas no texto constitucional.

Esse entendimento, com a devida vênia, mostra-se dissonante do sistema constitucional pátrio.

2. A Submissão do Conselho Nacional do Ministério Público aos Princípios Gerais de Direito Sancionador. Apreciando os procedimentos disciplinares instaurados "*contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares*", caso entenda conveniente fazê-lo anteriormente à sua ultimação no plano interno, poderá o Conselho "*determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa.*" Note-se que, especificamente em relação às sanções, a parte inicial

---

[1] "**Art. 81.** O processo disciplinar instaurado contra membro do Ministério Público obedecerá, no que couber, ao procedimento ditado na Lei Complementar n.º 75/93, na Lei n.º 8.625/93 e na legislação estadual editada com amparo no art. 128, § 5.º, da Constituição, conforme o caso, inclusive no que concerne à aplicação, pelo Conselho, das penas disciplinares respectivas e das elencadas no inciso III do § 2.º do art. 130-A da Constituição Federal, aplicando-se, no que não for incompatível, a Lei nº 8.112/90 e Lei nº 9.784/99".

[2] "**Art. 19.** Ao Plenário do Conselho compete o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros, cabendo-lhe, além das atribuições fixadas no artigo 130-A, § 2.º, da Constituição, e das que lhe forem conferidas pela Lei, o seguinte: **I** - julgar os processos disciplinares regularmente instaurados, assegurada ampla defesa, determinando a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas (...)."

da norma atua como elemento limitativo da última. As únicas sanções da alçada do Conselho que podem dissociar o agente do respectivo órgão são as três primeiras: a remoção, embora mantenha o agente na carreira, resulta na sua alocação em órgão diverso; a disponibilidade faz com que o agente assuma o *status* de inativo, mas mantenha o vínculo com a carreira, do que resulta a possibilidade de aproveitamento futuro; e a aposentadoria, com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, transfere o agente para a inatividade e o afasta da carreira, impedindo o reaproveitamento. Assim, as demais sanções administrativas que podem se subsumir ao preceito (*v.g.*: advertência, suspensão *etc.*) não alcançam a de perda do cargo, quer em relação aos servidores, quer em relação aos membros do Ministério Público não-vitalícios, pois, como se sabe, os vitalícios somente perdem o cargo mediante decisão judicial transitada em julgado. A preocupação do poder reformador em enumerar as sanções que afastam o agente do respectivo órgão indica, claramente, que as demais sanções administrativas ali referidas devem produzir efeitos outros que não esse.

O que merece maior reflexão é a definição do exato alcance do inciso III do parágrafo 2º do art. 130-A: trata-se de norma que tão-somente define a atribuição e os limites do poder disciplinar do Conselho ou dispõe, de forma ampla e genérica, sobre as próprias sanções disciplinares passíveis de serem aplicadas? Embora a literalidade da norma possa induzir a conclusão diversa, cremos que a primeira proposição é a correta.

A definição da autoridade responsável pela aplicação de determinada sanção não significa possa ser ela aplicada sem a prévia individualização das infrações administrativas e, consoante o escalonamento dos distintos graus de lesividade, das sanções a que cada qual corresponde. Trata-se de um imperativo de segurança jurídica.

Como observa ALEJANDRO NIETO, cuja lição merece ser transcrita, "*el mandato de tipificación tiene dos vertientes: porque no sólo la infracción sino también la sanción há de estar debidamente prevista en la norma que, mediando reserva legal, há de tener rango de ley. Con remisión o sin ella, una vez realizada la tipificación de las infracciones, las normas han de atribuirlas unas sanciones determinadas, estableciendo la correlación entre unas y otras. Operación que se realiza a través de dos distintas técnicas: En unos casos, lo menos, se atribuye directa e individualmente una sanción a cada infración. Pero, por lo comum, la ley procede de una manera muy distinta, genérica y no concreta, operando no con infracciones y sanciones individuales sino con grupos de una y otras, que permiten evitar el prolijo detallismo de una atribuición individual: un lujo que sólo se pueden permitir las leyes penales por gracia del reducido repertorio de sus ilícitos; pero que resulta imposible cuando se tienen que manejar docenas de miles de infracciones (y, para mayor dificultad, muchas de ellas tipificadas por remisión)*".[3] Adiante, acrescenta que, "*una vez clasificadas las infracciones, la Ley atribuye seguidamente a*

---

[3] *Derecho Administrativo Sancionador*, 3ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 310.

cada escalón de ellas un paquete de sanciones, que suele ser flexible, de manera que la Administración, a la vista de las circunstancias de cada caso, señala la sanción concreta dentro del abanico legalmente previsto", [4] concluindo que *"la correspondencia, legalmente establecida, entre infracciones y sanciones es imprescindible, de tal manera que, si se ha tipificado correctamente la infracción pero no se le ha atribuído correspondiente sanción, no puede imponerse una sanción concreta".* [5] Por identidade de razões, não se pode aplicar uma sanção sem a prévia definição da infração que ensejará a sua incidência.

O Conselho, apesar de estar autorizado a aplicar as sanções referidas no inciso III do parágrafo 2º do art. 130-A, somente poderá fazê-lo com estrita adequação às normas disciplinares reguladoras de cada Ministério Público, sendo cogente a observância da tipologia legal e das respectivas sanções cominadas. Tomando-se como referencial os paradigmas da perfeição e da imperfeição, pode-se afirmar que referido preceito, a um só tempo, consubstancia uma norma de competência ou de organização perfeita e uma norma disciplinar imperfeita, pois contempla o preceito secundário sem tangenciar o primário, vale dizer, o padrão de conduta cuja violação justificará a incidência daquele.

Entendimento diverso, além de violar o princípio da segurança jurídica, também afrontaria os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal, consagrados, respectivamente, nos arts. 1º e 5º, LV, da Constituição da República, isto sem olvidar o princípio mor do *nullum crimen...*, contemplado no art. 5º, XXXIX e inerente a qualquer Estado que se diz "de Direito".

Com escusas pela obviedade, parece oportuno lembrar que também as sanções administrativas aplicadas pelo Conselho devem guardar uma relação de proporcionalidade com as infrações administrativas praticadas, aspecto que, segundo entendimento já sedimentado junto aos tribunais pátrios, foge à discricionariedade do órgão. [6]

3. Limites do Poder Normativo do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público. À reconhecida abertura semântica das normas constitucionais que dispõem sobre a composição e as atribuições do Conselho Nacional do Ministério Público e à ausência de legislação infraconstitucional delimitadora do seu alcance e regulamentadora do respectivo conteúdo, seguiu-se a necessidade de confecção de um regimento interno que colmatasse lacunas e atuasse como fator de contenção dos próprios poderes do órgão.

O regimento interno, com abstração da atividade finalística desempenhada, que pode ser de natureza administrativa, jurisdicional ou legislativa, é figura recorrente nos órgãos de natureza colegiada, dispondo sobre a divisão interna de funções, o procedimento a ser seguido e o regramento a ser

---

[4] *Op. cit.*, p. 311.

[5] *Op. cit.*, p. 312.

[6] "Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal" (STF, 1ª T., RMS nº 24.901/DF, rel. Min. Carlos Britto, *DJU* de 11/02/2005).

observado pelo *extraneus* que, por qualquer razão, interaja com o órgão. Trata-se de ato dotado de força normativa e de indiscutível generalidade, o que permite incluí-lo, malgrado certas peculiaridades, sob a epígrafe dos atos regulamentares, sendo editado pelo órgão em cuja estrutura orgânico-funcional deve produzir efeitos. [7]

Ainda que não haja uma previsão normativa expressa, como se verifica em relação ao Conselho Nacional do Ministério Público, o poder regulamentar, mais especificamente na vertente direcionada ao poder de edição do regimento interno, pode ser concebido como ínsito na própria norma que fixou as atribuições do órgão ou fez menção à sua organização interna. O poder de auto-organização, ainda que observadas as diretrizes fixadas em norma de escalão superior (*in casu*, a Constituição da República), não pode ser subtraído de um órgão colegiado de estatura constitucional e funcionalmente autônomo.

Auto-organização, no entanto, não guarda similitude com o poder, inerente à função legislativa, de estabelecer um padrão de conduta, impondo obrigações ou restringindo direitos, a agentes que não sejam destinatários da atividade do órgão ou que perante ele venham a praticar atos juridicamente relevantes. Em outras palavras, se é lícita a previsão regimental do procedimento a ser seguido pelo Corregedor Nacional no exercício do seu poder de requisitar membros do Ministério Público para auxiliá-lo, [8] lícita não será, *v.g.*, previsão de igual poder em relação a agentes vinculados a Instituições que não estejam sob a égide do controle exercido pelo Conselho (*v.g.*: os magistrados). A matéria, nesse último caso, impõe restrições à esfera jurídica alheia e não encontra previsão em norma constitucional ou legal, daí a impossibilidade de ser originariamente contemplada no regimento interno.

Não se ignora, é certo, que o regimento interno, à mingua de previsão normativa mais detalhada e ao menos na fase inicial de instalação do Conselho, terá uma relevância ímpar, pois, não fosse ele, o funcionamento do órgão certamente seria inviabilizado. Por outro lado, do mesmo modo que a lei não deve avançar em questões afetas a sua organização interna, também não é lícito ao regimento interno imiscuir-se em assuntos sujeitos a reserva legal. Há uma zona limítrofe que deve ser identificada e que não pode ser transposta, isto sob pena de caracterização do abuso, seja legal, seja regimental.

O afã de contribuir para a consecução do interesse público, tornando eficaz o que a Constituição previu em potência, não justifica que funções alheias sejam usurpadas ou que direitos e garantias fundamentais sejam vilipendiados, o que em muito aumenta a responsabilidade do Conselho na edição de sua *norma interna*, que somente se projetará para o exterior na medida do necessário e naquilo em que for mera projeção do regramento que traça os lineamentos essenciais dos seus poderes.

---

[7] Hauriou (*Précis de droit administratif et de droit public*, 12ª ed., reimp., Paris: Dalloz, 2003, pp. 562/563) assinalava serem dois os elementos materiais do regulamento: 1° - a característica de manifestação da vontade administrativa; e 2° - a característica de regra geral.

[8] *Vide* art. 130-A, § 3°, III, da CR/1988.

Nessa linha, pode-se afirmar que à sanção administrativa haverá de estar associada uma infração de igual natureza, sendo a lei o veículo adequado à definição desta, isto sob pena de legitimar-se a usurpação da própria atividade legislativa, que passaria a ser indevidamente exercida pelo Conselho.

Conclusão

O Conselho Nacional do Ministério Público somente pode aplicar as sanções disciplinares decorrentes da prática de condutas previamente definidas em lei, sendo o inciso III do parágrafo 2º do art. 130-A da Constituição da República mera norma definidora de competência.

(*) Emerson Garcia é Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Interceptação Telefônica: Aspectos Controvertidos.

FRANCISCO DE ASSIS MACHADO CARDOSO (*)

1. Devido a sua notória eficácia, a interceptação telefônica tem se revelado uma grande arma no curso de investigações relacionadas a determinadas áreas da criminalidade que não têm sido eficazmente combatidas com a utilização dos meios comuns de investigação policial.

Verifica-se que a cada dia surgem novas discussões e cada vez mais estas se revestem de relevância quando levadas à apreciação do Poder Judiciário, demonstrando a necessidade do debate e da formação de opiniões acerca de determinados pontos controvertidos.

Dentre eles, procuramos destacar no presente trabalho a inexigibilidade da degravação integral de todas as ligações telefônicas interceptadas e a possibilidade de serem estas degravadas pela própria autoridade policial ou por órgão da estrutura do Ministério Público.

Para a análise de tais questões, importa-nos destacar que a Lei nº 9.296/96 prevê, em seu artigo 6º, parágrafos 1º e 2º que:

> **"Art. 6° -** *Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.*
> **§ 1°** *No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.*
> **§ 2°** *Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.*

2. Buscando o entendimento da sistemática da citada previsão legal, necessário se faz destacar duas hipóteses distintas: o encaminhamento do resultado da diligência para a prorrogação do prazo concedido para a interceptação e o seu envio para inclusão em ação penal ou para a deflagração desta.

No primeiro caso, entender ser indispensável a transcrição integral ou até mesmo parcial dos trechos já gravados seria, além de um obstáculo à

celeridade necessária a qualquer investigação policial, uma forma de se colocar em risco sua própria efetividade.

Dando-se conhecimento do teor das gravações já realizadas - mesmo que para fundamentar a necessidade de sua prorrogação -, é evidente a possibilidade da divulgação de tais fatos, comprometendo, por conseqüência, a eficácia das novas gravações e diligências a serem realizadas.

Em tal caso bastaria, a nosso ver, a simples apresentação ao juiz de mero relatório no qual devem ser expostas, de maneira clara e sucinta, as diligências até então realizadas e a possibilidade da descoberta de novos fatos relevantes à investigação com a continuidade da diligência.

Isso seria suficiente para a formação do convencimento judicial, sem expor ao insucesso o deslinde das investigações.

Situações distintas ocorrem quando é efetuada a apresentação ao juiz do resultado de uma interceptação determinada no curso de uma instrução criminal e quando o resultado da interceptação lhe é levado ao conhecimento com o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.

A transcrição das gravações serviria apenas para materializar no processo o resultado da diligência realizada, dando-lhes uma forma escrita e possibilitando ao juiz a visualização das conversas interceptadas.

Em tais casos, verifica-se plenamente possível a degravação restrita aos trechos considerados relevantes à instrução criminal ou ao próprio oferecimento da denúncia, afastando a obrigatoriedade de uma transcrição total de todas as conversas gravadas.

Entendimento distinto, no entanto, é adotado por VICENTE GRECO FILHO ao sustentar que *"a transcrição integral das gravações é essencial à consideração das peças como provas, não somente porque as transcrições parciais podem dar a entender situações diferentes, mas também porque não representam a realidade do aparentemente revelado. Ademais, a transcrição integral é o corpo do delito e deve ser objeto de perícia oficial e não pode ser parcial, "censurado" ou "escolhido", sob pena de violação da exigência legal do exame do corpo do delito com a conseqüência de nulidade do processo."*

Contudo, entender que em tal momento seria imprescindível a transcrição integral de todas as gravações realizadas não nos parece ser a posição mais adequada.

Isso porque, de maneira distinta do *Código de Processo Penal Italiano* [1], não há na Lei nº 9.296/96 uma exigência expressa da transcrição integral das gravações, o que, de início, já não impediria a apresentação inicial de degravação informal.

Ademais, não podemos perder de vista que a interceptação telefônica *(artigo 5º, inciso XII da CR/88)* constitui-se exceção específica e restrita ao princípio da inviolabilidade da intimidade da pessoa *(inciso X do mesmo artigo constitucional)*, não sendo razoável utilizar informações nela obtidas que não guardem nenhuma pertinência com a investigação criminal.

---

[1] Art. 268, inciso 7: *"il giudice dispone la transcrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma intelligibile delle informazione contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche."*

"Art.5º - ...

X - *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

(...)

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

Por tal razão, é evidente que a exigência da degravação integral de todas as conversas interceptadas podem expor não só a intimidade do acusado, mas principalmente fatos que pertencem à esfera íntima dos demais interlocutores e de terceiros que não raramente são citados nas interceptações.

Assim agindo, extrapolam-se os limites da exceção constitucional, violando a intimidade de indivíduos sem a finalidade específica de auxiliar na investigação criminal e no combate à prática de infrações penais.

Nem mesmo se poderia justificar a necessidade da transcrição integral ventilando-se a possibilidade de alteração do sentido das conversas com a apresentação de apenas pequenos trechos ou frases isoladas.

Juntamente com a degravação, é encaminhado ao juiz e colocado à disposição da parte contrária o verdadeiro conteúdo da diligência: os meios magnéticos/eletrônicos nos quais as conversas se encontram gravadas de maneira integral.

Neste aspecto, importante ressaltar que os *softwares* atualmente utilizados pelos organismos policiais para a realização da interceptação - consistente na disponibilização por parte das operadoras de telefonia fixa ou móvel de canais que alimentam seus sistemas passivos -, não permitem a edição de trechos e nem mesmo apagar o conteúdo das chamadas do tronco interceptado, mantendo em seus registros qualquer atividade realizada pelo analista, inclusive o número de cópias de mídias efetuadas e os dados relativos a esta operação *(horário, analista responsável, período da interceptação etc)*.

De igual modo, não se pode olvidar que, diante da forma pela qual as conversas são gravadas, "degravação de todas as conversas" e "degravação da conversa toda" são expressões totalmente distintas.

Em sendo as conversas interceptadas gravadas por intermédio do respectivo sistema passivo através de *links* estabelecidos por todas as ligações efetuadas durante determinado período, plenamente aceitável a degravação integral de ligações caracterizadas como relevantes para a investigação, o que se diferencia da degravação integral de todas as chamadas, tenham elas pertinência ou não para a investigação.

Assim sendo, a disponibilização dos meios magnéticos/eletrônicos já asseguraria a possibilidade de se verificar qualquer alegação de alteração de sentido com a transcrição parcial, uma vez que a verdadeira prova da interceptação - as conversas gravadas - encontrar-se-iam completas e sem qualquer possibilidade de terem sido violadas.

A prova não é a degravação das conversas, seja ela integral ou parcial. A prova é, na verdade, o conteúdo da diligência determinada pelo juiz, ou seja, as gravações realizadas no curso da interceptação, materializada pelos meios magnéticos/eletrônicos nos quais se encontram armazenadas.

Neste aspecto, convém ressaltar que cabe ao Ministério Público, por ser o destinatário da investigação, ouvir todo o conteúdo interceptado, identificando os pontos relevantes para a formação de sua *opinio delicti* e, conseqüentemente, delimitando as próprias chamadas que necessitam serem degravadas.

Diante de tal raciocínio, torna-se evidente que a transcrição encaminhada ao juiz pela autoridade policial ou pelo próprio Ministério Público - *repita-se: devidamente acompanhada do conteúdo da interceptação* -, não necessitaria ser realizada por perito oficial [2], uma vez que prescindiria de qualquer conhecimento técnico para sua realização [3].

Como cediço, *perícia* é a aplicação de conhecimentos técnicos específicos por profissionais devidamente qualificados para a análise de objetos e materiais que tenham relevância para a investigação policial ou para a própria instrução criminal.

ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA [4], ao discorrer sobre a prova pericial, esclarece que "a palavra *perícia* tem sua origem etimológica no vocábulo latino *peritia*, significando **habilidade, saber, capacidade...**", concluindo que o fato caracterizador da perícia **é a formulação de um juízo de valor, de um julgamento técnico, artístico, científico, ou a avaliação de um fato...**" (grifos meus) [5].

Ora, se o simples ato de transcrever as conversas gravadas não é e nem pode ser caracterizada como perícia, razões não existem para se exigir que tal ato seja necessariamente realizado por peritos oficiais.

Visto isso, conclui-se que com a apresentação de tais argumentos, afastamos, inclusive, qualquer eventual alegação de violação ao princípio da perícia oficial ou até mesmo à regra trazida pelo artigo 158 do Código de Processo Penal [6].

---

[2] Entendimento diverso é preconizado por VICENTE GRECO FILHO, apontando como indispensável a transcrição oficial, isto é, por peritos criminais, das conversações interceptadas indicadas como suspeitas para que se tenha o corpo de delito (*citado em http://conjur.estadao.com.br//static/text/30133,2*).

[3] No mesmo sentido do texto, decidiu a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento da apelação criminal de nº 2.577/2004, tendo sido ressaltado no voto da Relatora, *Desemb. Telma Musse Diana*, que *"as degravações em apreço não constituem, nem têm forma de laudo, no sentido próprio da palavra, tratando-se, isso sim, de simples transposição, do teor ou conteúdo das interceptações telefônicas, essas, repita-se mais uma vez, realizadas mediante autorização judicial"*.

[4] In *Da Prova no Processo Penal*, 6ª edição, p.181.

[5] Ob. cit., p. 183.

[6] Neste aspecto, não poderia deixar de ser citado o sempre consciente entendimento de SERGIO DEMORO

Ultrapassado tal ponto, não poderia deixar de ser ressaltado que, em atendimento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório [7], recebendo o material com as gravações, o juiz deve possibilitar à defesa técnica do acusado – mesmo que nas serventias do Juízo – o acesso aos meios magnéticos/eletrônicos que contém o material interceptado [8], zelando para que seja observado, evidentemente, o sigilo necessário para se assegurar a observância ao artigo 5º, inciso X da CR/88.

Ademais, torna-se plenamente possível a designação pelo juiz de uma audiência com a finalidade precípua de audição de determinadas ligações gravadas durante o período da interceptação, o que reforçaria ainda mais o pleno acesso ao conteúdo da diligência e a possibilidade de ampla manifestação das partes quanto ao seu teor.

Por fim, não poderia deixar de ser consignado, conforme ressaltado pelo ministro *Felix Fischer* em acórdão proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no qual foi relator, que *"não há, no referido diploma legal (Lei nº 9.296/96), a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida a perícia* [9]".

Após, em sendo contestada a autenticidade do material degravado [10], ou mesmo quando determinados trechos se evidenciarem inaudíveis ou

---

Hamilton, em seu trabalho "Corpo de Delito: realidade ou mito?", ao afirmar que *"nenhuma prova tem valor absoluto ou mais prestígio que outra, tendo em conta que o Código do 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 no sistema da certeza legal."*

[7] Na mesma esteira de entendimento, verifica-se o posicionamento na ementa de acórdão proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: "(...) **II** – Não obstante, *in casu*, tenha sido indeferido o pleito de degravação das conversas telefônicas, é de se observar que, por outro lado, *possibilitou-se o acesso da defesa ao seu conteúdo durante a instrução criminal, podendo o acusado, como de fato o fez, defender-se da prova que contra si fora produzida.* **III** – *Violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório não caracterizada.*" (*DJ* 15.12.2003, p. 00340 – grifos meus).

[8] No sentido do texto, encontra-se a previsão do anteprojeto de lei para alteração da Lei nº 9.296/96 (www.mj.gov.br) - **Art. 16.** *Recebido o material obtido nas operações técnicas, o juiz competente dará ciência do mesmo ao Ministério Público, ao suspeito ou acusado e seu defensor.* **§ 1º.** *A partir desse momento e em prazo não inferior a dez dias* ***poderão as partes examinar os autos circunstanciados e escutar as gravações, indicando, em 48 horas, os trechos cuja transcrição pretendem*** – grifos meus.

[9] ***Penal. Habeas Corpus. Cabimento. Multa. Perdimento de bens. Interceptação telefônica. Lei nº 9.296/96. Pena. Fixação. Quantidade de droga. Crime de associação. Artigo 14 da Lei nº 6.368/76. Progressão de regime.*** **I** – Não se mostra compatível com a via do *habeas corpus* a análise de alegação concernente à pena de multa prevista na parte especial do CP – não mais convertível em detenção – e ao perdimento de bens, pois eventuais vícios nesses títulos do *decisum* não acarretam qualquer ameaça ao direito de locomoção do paciente. **II – Interceptações** telefônicas que foram autorizadas judicialmente, nos moldes da Lei nº 9.296/96, não havendo, pois, que se falar em prova ilícita. A tese de que poderia a prova ser produzida por outros meios, o que seria óbice à referida autorização, não pode ser apreciada nesta sede, uma vez que demandaria o exame minucioso do material cognitivo constante nos autos. **Por outro lado, não há, no referido diploma legal, a exigência de que a degravação da escuta deva ser submetida a perícia.** (HC 15820/DF; *Habeas Corpus* 2001/0008411-7 – *grifos meus*).

[10] *Vide* previsão do **Art. 383 do CPC** – *Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade.* **Parágrafo único.** ***Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial*** **(grifos meus).**

incompreensíveis na transcrição realizada pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, as partes poderão requerer ao juiz - demonstrando sua pertinência e indicando as respectivas chamadas -, a realização de exame pericial com a degravação por peritos oficiais, mas restrita aos trechos necessários ao esclarecimento dos fatos.

Nesse caso sim, seria aceitável a necessidade de utilização de peritos oficiais, pois utilizariam os conhecimentos técnicos e os mecanismos dos quais dispõem para a realização do exame das partes das gravações onde pairavam a dúvida e que foram reputadas como necessárias ou úteis à instrução criminal.

Conclusão

Diante de todo o alegado, conclui-se que:

1. A interceptação telefônica constitui-se exceção específica à inviolabilidade da intimidade dos indivíduos, devendo ser utilizada em hipóteses restritas para fins de investigação policial ou instrução criminal, mediante prévia autorização judicial;

2. Não se pode admitir a obrigatoriedade da degravação integral de todas as chamadas gravadas durante o período da interceptação, sob pena de serem revelados fatos que não guardem qualquer pertinência com a investigação ou com a instrução criminal - violando sem a justificativa constitucional a intimidade dos envolvidos;

3. A prova produzida é o conteúdo da interceptação, ou seja, as conversas efetivamente gravadas e não a degravação destas. Assim, a degravação não é perícia, pois prescinde de qualquer conhecimento técnico para sua realização;

4. A degravação pode perfeitamente ser realizada pela autoridade policial ou pelo próprio Ministério Público, destinatário da investigação, e deve se restringir às chamadas que forem relevantes à formação da *opinio delicti* ministerial;

5. O juiz, em atendimento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, deve, ao receber o conteúdo da interceptação, colocá-lo à disposição das partes, designando, se for o caso, audiência para a audição dos meios magnéticos/eletrônicos;

6. Em sendo contestada a autenticidade do material degravado ou mesmo quando determinados trechos se evidenciarem inaudíveis ou incompreensíveis, as partes poderão requerer ao juiz a realização de exame pericial, restrigindo-se os peritos oficiais à análise dos trechos apontados como necessários ao esclarecimento dos fatos.

(*) Francisco de Assis Machado Cardoso é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

O Controle Externo do Ministério Público

HUGO NIGRO MAZZILLI (*)

Numa democracia, controles externos sempre são salutares; o que normalmente provoca maior polêmica é a forma de exercitar o controle. O controle externo faz parte da própria harmonia dos Poderes, inserindo-se no sistema de *freios e contrapesos*.

Pela natureza eletiva dos cargos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, o povo exerce diretamente um controle sobre os agentes desses Poderes. Sobre o Judiciário, entretanto, e também sobre o Ministério Público (que exercita uma parcela da soberania do Estado, na qualidade de *dominus litis*), não existe qualquer controle eletivo da população sobre seus integrantes. Por esse motivo, durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, houve uma séria tentativa de criar-se um Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público, como forma de impor controle externo sobre essas instituições, e foi somente por questão de poucos votos que essa forma de controle externo não foi aprovada desde então.

Apesar de não ter sido criado esse Conselho já pelo Poder Constituinte originário, a verdade é que havia controles externos sobre Ministério Público e Magistratura mesmo antes da promulgação da Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004 (que instituiu a chamada *Reforma do Judiciário*). Essa emenda criou o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mas o certo é que, bem antes dela, podemos demonstrar que havia um sistema de controles externos sobre essas instituições. Por ora, cuidemos apenas de demonstrar nossa assertiva, no tocante ao Ministério Público: **a)** a atividade funcional do Procurador-Geral submete-se a controle externo no processo de investidura, de *impeachment* ou de destituição; [1] **b)** no concurso de ingresso, há a salutar participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); [2] **c)** a Constituição Federal (CF) tempera a privatividade da ação penal pública com a ação penal subsidiária por parte da vítima ou sucessores, para contraste da inércia ministerial; [3] **d)** sua legitimidade nunca exclusiva para as ações civis públicas

---

[1] Arts. 52, III, "e", e 128, §§ 2.° e 4.°, da CF; *vide*, também, art. 221, par. ún., da LOEMP.
[2] Art. 129, § 3.°, daCF.
[3] Art. 5.°, LIX, da CF.

permite controle de sua omissão por outros órgãos governamentais, pelas associações civis [4] e até pelo cidadão, por meio da ação popular; [5] **e)** nos atos da sua *atividade fim*, junto ao Poder Judiciário, a atuação ministerial é contrastada pelas partes e seus procuradores e pelas autoridades jurisdicionais; **f)** nos atos de sua *atividade meio*, recebe controle orçamentário dos Tribunais de Contas e do Poder Legislativo; **g)** os cidadãos podem promover responsabilidades dos membros do Ministério Público por meio da ação popular; [6] **h)** há controle recíproco entre os diversos Ministérios Públicos, pois eles detêm legitimidade concorrente em diversas ações [7], podendo o Ministério Público Federal, par a par com o dos Estados, em alguns casos, interpor recurso extraordinário das decisões da Justiça dos Estados [8].

Assim como ocorria sobre o Poder Judiciário ou quaisquer Poderes ou instituições do Estado, também sobre o Ministério Público deveria existir alguma forma de controle externo, não para cercear a independência e a liberdade funcional da instituição e de seus agentes, mas para assegurar que esses prestassem contas ao Poder Legislativo, à imprensa e à coletividade não só sobre o exercício de suas atividades-fim mas também sobre o exercício de suas atividades-meio. Afinal, a Constituição supõe publicidade e transparência nas atividades dos órgãos públicos, só obstada em casos excepcionais, em que da divulgação da providência possa resultar prejuízo à coletividade [9].

A Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004) criou, à semelhança do Conselho Nacional de Justiça, o CNMP (art. 130-A). Sob o ponto de vista acadêmico, parece-nos inadequado que o Poder Constituinte derivado tenha criado essas limitações a um Poder de Estado, o que seria mais próprio para o Poder Constituinte originário [10]; entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, admitiu a constitucionalidade dessa inovação (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.367)...

Quanto ao CNMP, cumpre notar que, por força da EC n. 45/2004, será ele composto por 14 membros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: **a)** o Procurador-Geral da República, que o preside; **b)** 4 membros do Ministério Público da União, assegurada a

---

[4] Art. 129, § 1.°, da CF; art. 5.° da Lei n. 7.347/85.

[5] Art. 129, III, e § 1.°, da CF; art. 5.° da Lei n. 7.347/85.

[6] Art. 5.°, LXXIII, da CF.

[7] Ainda existe a possibilidade de litisconsórcio entre Ministérios Públicos diversos. A propósito, *vide* nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Cap. 17.

[8] Art. 37, par. ún., da LOMPU.

[9] Nesse sentido, pode o membro do Ministério Público dar entrevistas à imprensa, mesmo sem autorização superior (Ato n. 137/98-PGJ, *DOE* de 7.2.1998, seç. 1, p. 18); é, porém, responsável pelo uso indevido das informações e documentos a que teve acesso, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

[10] Não se esqueça de que esse novel controle alterou significativamente o equilíbrio entre os Poderes, inclusive com a participação nos Conselhos de pessoas indicadas por outro Poder.

representação de cada uma de suas carreiras; **c)** 3 membros do Ministério Público dos Estados; **d)** 2 Juízes, indicados um pelo STF e outro pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ); **e)** 2 advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB; **f)** 2 cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado.

Note-se, *prima facie*, a gritante desproporção entre os membros do Ministério Público da União (5, aí incluído o Procurador-Geral da República) e os membros dos Ministérios Públicos dos Estados-membros (3), desfigurando-se, ainda mais, nossa já débil federação.

Os membros do CNMP, oriundos do Ministério Público, serão indicados pela respectiva instituição a que pertençam, na forma da lei [11].

Compete ao CNMP o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe, ainda: **a)** zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; **b)** zelar pela observância do art. 37 da CF e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas; **c)** receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; **d)** rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano; **e)** elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem presidencial prevista no art. 84, XI, da CF.

O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, entre os membros do Ministério Público que o integrem, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes: **a)** receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e aos seus serviços auxiliares; **b)** exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral; **c)** requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público. [12]

---

[11] Art. 130-A, § 1.°, da CF, introduzido pela EC n. 45/2004.
[12] Art. 130-A, § 3.°, da CF, introduzido pela EC n. 45/2004.

O CNMP será regulamentado em lei [13]. Essa lei deverá ter natureza complementar, pois dirá respeito à organização do Ministério Público [14].

Ainda segundo a EC n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao CNMP.

Como citar este artigo: Mazzilli, Hugo Nigro. "O controle externo do Ministério Público." São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, fev. 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>.

[13] Art. 130-A, § 3.°, da CF c. c. o art. 7.° da EC n. 45/2004.
[14] Art. 128, § 5.°, da CF.

(*) Hugo Nigro Mazzilli é Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, Procurador de Justiça Aposentado e Consultor Jurídico.

A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana (*)

JORGE MIRANDA (**)

I - A Constituição de 1976, a despeito do seu carácter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. (1) E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclamada no art. 1.º, (2-3) ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à ideia

---

(*) Texto em português europeu.

(1) *Cf.*, em geral, VIEIRA DE ANDRADE, Os *direitos fundamentais na Constituição portuguesa de* 1976, Coimbra, 1983, p. 97 *et seq.*

(2) Sublinhe-se que a Constituição de 1976 é a primeira Constituição portuguesa a expressamente declarar a dignidade da pessoa humana a base de todo o ordenamento jurídico e da República. A Constituição de 1933, após a revisão de 1951, falava já em "dignidade humana", mas a propósito da incumbência do Estado de "zelar pela melhoria das condições de vida das classes mais desfavorecidas" (art. 6.º, n. 3).

(3) Outras Constituições que aludem à dignidade da pessoa humana são as da Irlanda (preâmbulo), da República Federal da Alemanha (art. 1.º), da Índia (preâmbulo), da Venezuela (preâmbulo), da Grécia (art. 2.º), da Espanha (art. 10.º, n. 1), da China (art. 38.º), do Brasil (art. 1.º, III), da Hungria, após 1989 (art. 54.º), da Namíbia (preâmbulo e art. 8.º), da Colômbia (art. 1.º), da Bulgária (preâmbulo), da Roménia (art. 1.º), de Cabo Verde (art. 1.º); da Lituânia (art. 21.º), do Peru (art. 1.º), da Rússia (art. 21.º), da África do Sul (arts. 1.º, 10.º e 39.º), da Polónia (art. 30.º).*Cf.*, na doutrina, ADOLF SÜSTERHENN, "L'étatisme vaincu - L'avenement du droit supra-positif dans l'évolution du droit constitutionnel allemand", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXXI, 1955, p. 117 *et seq.*; FERNANDO GALINDO AYUDA, "La fundamentación filosofica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978", *Estudios sobre la Constitución*, obra colectiva, Saragoça, 1979, p. 105-106; SANCHEZ AGESTA, "O estado de direito na Constituição espanhola de 1978", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1980, p. 80 *et seq.*; *I diritti umani*, obra colectiva, Roma, 1982, p. 443-444; INGO VON MÜNCH, "La dignidade del hombre en el derecho constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 2, n. 5, maio-ago. 1982, p. 9 *et seq.*; PECES-BARBA, *Derechos fundamentales*, 4ª. ed., Madrid, 1983, p. 73 *et seq.*; RONALD DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1977, 5.ª reimpr, Londres, 1987, p. 198 *et seq.*; FRANCO BARTOLOMEI, *La dignità umana comme concetto e valore costituzionale*, Turim, 1987; ANTONIO RUGGERI e ANTONIO SPADARO, "Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale", *Politica del diritto*, 1991, p. 343 *et seq.*; FRANCK MODERNE, "La dignité de la personne humaine comme principe constitutionnel dans les Constitutions portugaise et française", *Perspectivas constitucionais* - nos 20 anos da Constituição de 1976, obra colectiva, I, Coimbra, 1996, p. 197 *et seq.*

de protecção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial. [4]

Por outro lado, o princípio da participação democrática na vida colectiva - quer enquanto subjectivado em direitos individuais, os direitos políticos (arts. 48.° *et seq.*), quer enquanto elevado a um dos objectivos da educação (art. 73.°, n. 2), quer enquanto princípio estruturador da organização económica no tocante aos trabalhadores, aos empreendedores e aos consumidores (arts. 80.°, *g*, e 60.°, n. 3), quer, finalmente, enquanto condição do sistema democrático (art. 109.°) - alicerça-se no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais (arts. 2.° e 9.°). Não se prevê a participação pela participação; prevê-se e promove-se como expoente da realização das pessoas.

Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se mais clara a essa luz. O "homem situado" do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino. [5] [6]

II - O art. 1.° da Declaração Universal precisa e explicita a concepção de pessoa da Constituição, recolhendo as inspirações de diversas filosofias e, particularmente, de diversas correntes jusnaturalistas: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade". [7] *Dotados de razão e de consciência* - eis o denominador comum a todos os homens

---

[4] *Cf.* Acórdão 6/84 do Tribunal Constitucional, de 18.01.1984, Boletim do Ministério da Justiça, n. 340, novembro de 1984, p. 179; ou Acórdão 165/86, de 20.04.1986, Diário da República, 1.ª série, n. 126, de 03.06.1986.

[5] *Cf.* Francisco Lucas Pires, *Uma Constituição para Portugal*, Coimbra, 1975, p. 30-31, Vieira de Andrade, *op. cit.*, p. 101; Paulo Otero, *Introdução ao estudo do direito*, I, Lisboa, 1998, p. 54 *et seq.*

[6] Para a perspectiva filosófico jurídica, v., sobretudo, Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, trad. portuguesa, Coimbra, 1960, p. 66 *et seq.*; e depois, entre tantos, Joaquim Maria Rodrigues de Brito, *Filosofia do direito*, Coimbra, 1871, p. 214 e 223 *et seq.* (falando num "direito de dignidade"); Gomes da Silva, *Esboço de uma concepção personalista do direito*, Lisboa, 1965, p. 134, 136-137; Castan Tobeñas, *Los derechos del hombre*, Madrid, 1969, p. 67-68; Frede Casteberg, *La philosophie du droit*", Paris, 1970, p. 140; Helmut Coing, *Grundzüge des Rechtsphilosophie*, trad. castelhana *Fundamentos de filosofia del derecho*, Madrid, 1976, p. 146 *et seq.*; Castanheira Neves, *A revolução e o direito*, Lisboa, 1976, p. 68 *et seq.* e 207 *et seq.*, e *A unidade do sistema jurídico*: o seu problema e o seu sentido, Coimbra, 1979, p. 60; Miguel Reale, *Filosofia do direito*, 8ª. ed., São Paulo, 1978, vol. I, p. 211 *et seq.*, e *Fontes e modelos de direito*, São Paulo, 1994, p. 114; Giovanni Orrù, "Il dibattito sui valori e diritti fondamentali nella 'Settimane Salisburghesi'. Proposta e riflessioni", *Jus*, 1978, p. 303 *et seq.*; C. S. Nino, *Ética y derechos humanos*, p. 159 *et seq.*; Jesus Gonzalez Perez, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, p.111 *et seq.*; António da Silva, "Direitos humanos ou dignidade humana", Brotéria, 1987, p. 510 *et seq.*; Francis Fukuyana, *The end of history and the last man*, trad. *O fim da história e o último homem*, Lisboa, 1992, p. 151 *et seq.*; Roque Cabral, "A dignidade da pessoa humana", *Poderes e limites da genética* - Actas do IV *Seminário do Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida*, Lisboa, 1998, p. 29 *et seq.*

[7] Também no preâmbulo da declaração se fala na "dignidade inerente a todos os membros da família humana".

em que consiste essa igualdade. *Dotados de razão e consciência* - eis o que, para além das diferenciações económicas, culturais e sociais, justifica o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais. *Dotados de razão e de consciência* - eis por que os direitos fundamentais, ou os que estão no seu cerne, não podem desprender-se da consciência jurídica dos homens e dos povos. [8]

A partir daqui, da consciência jurídica portuguesa [9] e de diferentes preceitos constitucionais podem sintetizar-se as directrizes básicas seguintes:

a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
b) a dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher;
c) cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais pessoas;
d) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
e) o primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
f) só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;
g) a protecção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos; e
h) a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

III - Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepetível [10] e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. [11]

---

[8] Parece, pois, menos avisado o que diz MÁRIO BIGOTTE CHORÃO ("Perspectiva jusnaturalista da revisão constitucional". *Temas fundamentais de direito*. Coimbra. 1986. p. 138 e 144-145): que o Estado e o direito repousam na vontade popular (não aludindo à dignidade da pessoa humana) e que os direitos fundamentais estão na Constituição portuguesa desprovidos de base jusnaturalista, o que os diminuiria na substância e no alcance prático.

[9] Porque a ideia de dignidade se concretiza histórico-culturalmente, como lembra o Acórdão 105/90 do Tribunal Constitucional, de 29.03.1990 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. XV, p. 367).

[10] *Cf.*, por todos, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, 1995, p. 244-245. Ou MIA COUTO *(Cada homem é uma raça)*: "Inquirido sobre a sua raça, respondeu: - A minha raça sou eu, João Passarinho. - Convidado a explicar-se, acrescentou: - Minha raça sou eu mesmo. A pessoa é uma humanidade individual. Cada homem é uma raça, senhor político".

[11] Da mesma maneira que não é o mesmo falar em *direitos do homem e direitos humanos*, não é exactamente o mesmo falar em *dignidade da pessoa humana* e em *dignidade humana*. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum

O valor eminente reconhecido a cada pessoa conduz, antes de mais, à inexistência, em caso algum, da pena de morte (art. 24.°, n. 2) [12 - 13] e, coerentemente - mas quase ineditamente em direito comparado - à proibição da extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física (art. 31.°, n. 4).

Veda a suspensão, mesmo em estado de sítio, em qualquer caso, dos direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião (art. 19.°, n. 6). Assim como determina a conservação pelos condenados sujeitos a pena ou a medida de segurança privativa da liberdade dos seus direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução (art. 30.°, n. 5).

Explica a garantia da integridade pessoal contra a tortura e os tratos e as penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25.°), incluindo em processo criminal (art. 32.°, n. 6); os direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.°, n. 1); a garantia da identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, no desenvolvimento e na utilização das tecnologias e na experimentação científica (art. 26.°, n. 3); as garantias contra a utilização abusiva de informações relativas às pessoas e famílias (arts. 26.°, n. 2, e 35.°); a necessidade de intervenção judicial em caso de internamento por anomalia psíquica (art. 27.°, n. 3, *h*); o princípio da culpa em direito penal; [14] a proibição de penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas de liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (art. 30.°, n. 1); a regulamentação da procriação assistida (art. 67.°, n. 2, *e*); os limites à publicidade das audiências dos tribunais para salvaguarda da dignidade das pessoas (art. 206.°).

Explica ainda as garantias especiais dos salários (art. 59.°, n. 3), a protecção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho (art. 63.°, n. 3), [15] o direito a

---

a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa. Declarando a comunidade política portuguesa "baseada na dignidade da pessoa humana", a Constituição afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses colectivos. Todavia, no art. 26.° fala-se tanto em "dignidade pessoal" (n. 3) como em "dignidade humana" (n. 2).

[12] Como se sabe, a Constituição de 1911, após a revisão de 1916, e a de 1933 admitiam pena de morte, em caso de beligerância com país estrangeiro e para ser aplicada no teatro da guerra. Foi a Constituição de 1976 que a aboliu definitivamente.

[13] E o mesmo se verifica em todas as Constituições dos países de língua portuguesa, todas posteriores à portuguesa: da Guiné-Bissau (art. 36.°, n. 1), do Brasil (art. 5.°, XLVII), de S. Tomé e Príncipe (art. 21.°, n. 2), de Moçambique (art. 70.°, n. 2), de Cabo Verde (art. 26.°, n. 2) e de Angola (art. 22.°, n. 2).

[14] Assim, Acórdão 426/91 do Tribunal Constitucional, de 06.11.1991,*Diário da República*, 2.ª série, n. 78, de 02.04.1992, p. 3.112 (24).

[15] *Cf.* Acórdão 349/91, de 03.07.1991, *Diário da República*, 2.ª série, n. 277, de 02.12.1991, p. 12.272: "Perante conflito entre o direito do pensionista a receber pensão condigna e o direito do credor,

habitação que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar (art. 65.°, n. 1), a especial protecção das crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar e normal (art. 69.°, n. 2), a realização plena dos direitos das pessoas com deficiência (art. 71.°, n. 1) *etc.*

IV - A dignidade da pessoa humana é da pessoa em qualquer dos géneros, masculino e feminino. Em cada homem e em cada mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade.

Por isso e porque o género, masculino ou feminino, é constante e irredutível e porque, por outro lado, continua a haver desigualdades que atingem as mulheres, a Constituição não se circunscreve a declarar a igualdade - em geral (art. 13.°), na família (arts. 36.°, n. 3, 5 e 6; 67.°, n. 2, *c*; e 68.°) e no trabalho (art. 58.°, n. 2, *b*) - e a estabelecer a especial protecção das mulheres durante a gravidez e após o parto (arts. 59.°, n. 2, *c*, e 68.°, n. 3 e 4). Contém ainda a incumbência do Estado de *promover* a igualdade entre homens e mulheres (art. 9.°, *b*), designadamente no exercício dos direitos cívicos e políticos e no acesso a cargos políticos (art. 109.°). [16]

V - Cada pessoa tem, contudo, de ser compreendida em relação com as demais. A dignidade de cada pessoa pressupõe a de todos os outros.

Donde, em geral, a vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias (art. 18., n. 1), assim como o direito de resposta e de rectificação na imprensa (art. 37.°, n. 4), os direitos dos trabalhadores no trabalho (art. 59.°), os direitos dos consumidores (art. 60.°), os deveres de respeito e solidariedade para com os cidadãos portadores de deficiência (art. 71.°, n. 2) ou o espírito de tolerância na educação (art. 73.°, n. 2).

Nas palavras de KANT: "*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.*

No reino dos *fins*, tudo tem um *preço* e uma *dignidade*. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como *equivalente;* mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade". [17 - 18]

---

deve o legislador, para tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana, sacrificar o direito do credor na medida do necessário e, se tanto for preciso, totalmente. Toda a questão está em adoptar um critério de proporcionalidade".

[16] V. *Democracia com mais cidadania*, obra colectiva, Lisboa, 1998.

[17] *Op. cit.*, p. 68 e 76.

[18] *Cf.* também, por exemplo, JORGE TEIXEIRA DA CUNHA, "Valor, cultura e direitos humanos", *Communio* - Revista Internacional Católica, 1997, p. 50: "A dignidade humana inclui a reciprocidade do reconhecimento. A afirmação da dignidade humana não pode ser uma bandeira das pessoas que já são reconhecidas na sua dignidade, mas deve igualmente lembrar a estas que a dignidade só pode crescer simultaneamente em todas as pessoas e em todos os povos. Enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida".

VI - Cada pessoa tem de ser compreendida em relação com as demais. [19] Por isso, a Constituição completa a referência à dignidade da pessoa humana com a referência à "mesma dignidade social" que possuem todos os cidadãos e todos os trabalhadores (arts. 13.°, n. 1, e 59.°, n. 1, *b*), decorrente da inserção numa comunidade determinada [20 - 21] fora da qual, como diz o art. 29.°, n. 1, da Declaração Universal, "não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade". E aqui se fundam os deveres fundamentais (arts. 36.°, n. 5, 49.°, n. 2, 66.°, n. 1 *etc.*).

Ao mesmo tempo, a Constituição contempla direitos particulares e especiais (na acepção que damos a estes termos) [22] e contém certos elementos classistas e laboralistas (arts. 54.°, 63.°, n. 2, 89.°, 93.°, *h*, e 98.°), [23] aliás reduzidos após as revisões constitucionais. Nem por isso, entretanto, avulta menos (insistimos) o empenho na realização pessoal: assim, o direito dos trabalhadores à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, *de forma a facultar a realização pessoal* (art. 59.°, n. 1, *b*), a protecção da família para realização pessoal dos seus membros (art. 67.°, n. 1), a garantia da *realização profissional e da participação na vida cívica* do país por parte dos pais e das mães (art. 68.°, n. 1); a finalidade de *desenvolvimento integral* das crianças (art. 69.°, n. 1) e dos jovens (art. 70.°, n. 2); as garantias de *integração, de realização pessoal* e de *participação activa* na vida da comunidade dos deficientes (art. 71.°) e dos idosos (art. 72.°).

---

[19] Não tinha, pois, razão o Deputado *António Reis* quando, apesar de se afirmar de acordo com o conteúdo fundamental da expressão "dignidade da pessoa humana", dizia na Assembleia Constituinte que ela permitia introduzir uma dimensão extra-social, individual e, porventura, metafísica no texto da Constituição (*Diário*, n. 25, p. 624).

[20] Como já frisava no século passado RODRIGUES DE BRITO (*op. cit.*, p. 223-224), sendo idêntica em todos os homens a natureza humana, o homem não terá *direitos efectivos* se não for considerado pelos seus semelhantes digno de se associar com eles.

[21] É curioso realçar a diferente origem das expressões nos projectos de Constituição. Enquanto que "dignidade da pessoa humana" veio do art 1.° do projecto de Constituição do Partido Popular Democrático e do art. 1.° da Constituição de Bona, "dignidade social" veio do projecto de Constituição do Partido Socialista, do art. 3.° da Constituição italiana e do nosso próprio projecto de Constituição (art. 18.°). Na Assembleia Constituinte, chegou a ser proposta a eliminação da referência a dignidade social. Segundo o Deputado *Vital Moreira*, ela apontaria para um conceito sociológico, insusceptível de homogeneização por meio duma afirmação jurídica. Em contrapartida, o Deputado *José Luís Nunes* justificou-a, sustentando que, desde que, se aceitasse a expressão "cidadão", teria que se entender também "a mesma dignidade social". V. o debate no *Diário*, n. 44, p. 908 *et seq.* Pelo contrário, na segunda revisão constitucional, houve quem propusesse a supressão do adjectivo "social", por entender que ele reduziria a dignidade da pessoa humana a um conceito de relação e diminuiria o seu sentido (assim, intervenções dos Deputados *Nogueira de Brito, Maria da Assunção Esteves* e *Pedro Roseta*, *Diário*, 5.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n. 64, reunião de 14.04.1989, p. 2.191 - 2.192 e 2.195). Foi, contudo, objectado que ali se realçava precisamente a dignidade do cidadão, do homem socialmente inserido (intervenção do Deputado *António Vitorino*, *op. cit.*, p. 2.192).

[22] V. *Manual de direito constitucional*, 2ª. ed., Coimbra, vol. IV, p. 79 *et seq.* e 87-88.

[23] Sobre os elementos classistas no conceito constitucional de povo, v. *Manual...*, cit., 4ª. ed., Lisboa, 1998, vol. III, p. 90.

Pode aplicar-se, pois, à Constituição o que CASTANHEIRA NEVES escreve em tese geral: "A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o *respeito incondicional da sua dignidade*. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente - a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte". [24]

VII - De que não se trata de fazer ressurgir as noções oitocentistas comprovam-no exuberantemente o estatuto da propriedade e, em menor medida, o da iniciativa económica na Constituição.

Localizando a propriedade privada entre os direitos económicos, sociais culturais, e não entre os direitos, liberdades e garantias do Título II, [25] a Lei Fundamental de 1976 vem salientar que os direitos, liberdades e garantias respeitam, primeiro que tudo, ao ser da pessoa e não ao ter; que a liberdade prima sobre a propriedade; que a protecção que a pessoa como titular de bens possa merecer na vida económica se oferece secundária em face da protecção do seu *ser*; [26] e que pode a protecção do *ser*, de todas as pessoas exigir a diminuição do *ter* de algumas das pessoas (daí a incumbência prioritária do Estado, no art.

---

[24] *A revolução...*, cit., p. 207. V. também *O princípio da legalidade criminal*, Coimbra, 1988, p. 83 *et seq.* e "Pessoa, direito e responsabilidade", *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, 1996, p. 33. *Cf.*, um pouco diversamente, GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 1982, p. 34-35: "Quando na Constituição portuguesa se fala em respeito pela 'dignidade da pessoa humana' não se trata de definir ou consagrar um *homo clausus*, nem reconhecer metafisicamente a pessoa como 'centro do espírito', nem impor constitucionalmente uma 'imagem unitária do homem e do mundo', nem ainda 'amarrar' ou encarcerar o homem num mundo cultural específico, mas tornar claro que na dialéctica 'processo-homem' e 'processo-realidade' o exercício do poder e as medidas da *praxis* devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e económicos), a sua dimensão existencial e a sua função social".

[25] Nos projectos de revisão constitucional de 1987 e de 1996 do Partido Social-Democrata preconizou-se, porém, a transferência do preceito respectivo para o capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais (novo art. 47.º-A). Foi rejeitado. V. o debate parlamentar no *Diário da Assembleia da República*, 5.ª legislatura, 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n. 75, reunião de 04.05.1989, p. 3.585 *et seq.*

[26] *Cf.*, em sentido próximo, COLAÇO ANTUNES, *O procedimento administrativo de avaliação do impacto ambiental*, Coimbra, 1998, p. 82-83.

80.° *b)*, de "operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento").[27]

Da mesma maneira, logicamente, o direito de não pagar impostos inconstitucionais[28] aparece agora dentro do sistema fiscal (art. 103.°, n. 3), e não, como sucedia nas Constituições de 1911 (art. 3.°, n. 27) e de 1933 (art. 8.°, n. 16), na enumerarão *ex professo* dos direitos, liberdades e garantias. Tendo em conta o reforço do princípio da legalidade tributária operado em 1976 e em 1997 e a reserva parlamentar reiterada (art. 165.°, n. 1, *i*, em contraste com o regime anterior), não se subtraem por esse motivo quaisquer garantias; a mudança dá-se no âmbito de valores enformadores do sistema.[29]

Também a iniciativa económica privada – correspondente à liberdade de comércio e indústria anterior – não se situa a par dos direitos, liberdades e garantias do Título II (embora tenha natureza análoga) e, no texto inicial da Constituição, nem sequer constava da Parte I.

VIII – O ser humano não pode ser desinserido das condições de vida que usufrui; e, na nossa época, anseia-se pela sua constante melhoria e, em caso de desníveis e disfunções, pela sua transformação.

A Constituição alude, pois, repetidas vezes à "qualidade de vida" ligada à efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais (art. 9.°, *d*), à protecção dos consumidores (art. 60.°, n. 1), à defesa do ambiente e da natureza (art. 66.°),[30] à incumbência prioritária do Estado de promoção do aumento do bem-estar social e económico, em especial das pessoas mais desfavorecidas (art. 81.°, *a*), aos objectivos dos planos de desenvolvimento económico e social (art. 91.°). Mas a qualidade de vida só pode fundar-se na dignidade da pessoa humana;[31] não é um valor em si mesmo; e muito menos se identifica com a propriedade ou com qualquer critério patrimonial.[32]

E apela também a Constituição (após 1997) à solidariedade entre gerações, a propósito do aproveitamento racional dos recursos naturais (art. 66.°, n. 2, *d*). Mas esta solidariedade assenta ainda no valor da dignidade: é para que as gerações futuras, compostas por homens e mulheres com a mesma dignidade dos de hoje, possam igualmente desfrutar dos bens da natureza que importa salvaguardar a capacidade de renovação desses recursos e a estabilidade ecológica.

---

[27] É legítimo, pois, associar a não inclusão da propriedade privada no Título II da Parte I tanto a imperativos socialistas quanto a imperativos personalistas não individualistas. *Cf.*, em relação à Constituição italiana, FRANCO MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, p. 11.

[28] De resto, garantia não só da propriedade como da retribuição do trabalho (art. 59.°, n. 1, *a*, e n. 3).

[29] *Cf.* diferentemente, SOARES MARTÍNEZ, *Manual de direito fiscal*, Coimbra, 1983, p. 92 *et seq.*

[30] *Cf.* GOMES CANOTILHO, "Procedimento administrativo e defesa do ambiente", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 3.802, p. 9-10.

[31] Assim, ANTONIO RUGGIERI e ANTONIO SPADARO, *op. cit.*, p. 357.

[32] *Cf.* o art. 5.°, n. 1, da Lei 11/87, de 07 de abril (lei de bases do ambiente), definindo qualidade de vida por referência a "bem-estar físico, mental e social" e a "satisfação e afirmação culturais".

IX- Por definição, a dignidade da pessoa, sendo de todas as pessoas, refere-se quer a portugueses quer a estrangeiros. E, se os preceitos sobre direitos fundamentais dos portugueses têm de ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal (art. 16.°, n. 2), por princípio devem poder valer para todas as pessoas, seja qual for a sua cidadania.

A perspectiva universalista da Constituição patenteia-se na assunção por Portugal do respeito dos direitos do homem como princípio geral das relações internacionais (art. 7.°, n. 1), na regra da equiparação de direitos (arts. 15.° e 59.°), na previsão do direito de asilo e do estatuto de refugiado político (art. 33.°, ns. 7 e 8) e nas regras sobre expulsão e extradição (art. 33.°, ns. 2 a 6). [33]

X - Dignidade e autonomia pessoal são incindíveis.

Aqueles direitos que melhor espelham a autonomia são os direitos, liberdades e garantias - dotados pela Constituição de regime mais favorável - e vinculativos tanto para as entidades públicas como para as entidades privadas (art. 18.°, n. 1). Mas até os direitos económicos, sociais e culturais, ao concretizarem-se por meio de participação dos directamente neles interessados, acabam por se imbuir da ideia de liberdade, visto que só se compreende participação por livre decisão e iniciativa dos próprios.

A força da autonomia patenteia-se sobretudo na inviolabilidade da liberdade de consciência, de religião e de culto (art. 41.°, n. 5), na liberdade de criação cultural (arts. 42.° e 78.°, n. 2, *b*), na liberdade de aprender e de ensinar (art. 43.°), na liberdade de expressão e informação (art. 37.°), na liberdade de escolha de profissão (art. 47.°), no carácter pessoal do sufrágio (art. 49.°, n. 2), bem como na liberdade individual perante o planeamento familiar (art. 67.°, n. 2, *d*).

XI - Por referência a um critério valorativo - esteado na ideia de direito revelada na sistematização da Constituição e nos arts. 9.°, 17.°, 19.° e 288.° - os direitos fundamentais podem dispor-se segundo uma hierarquia:

1.°) direitos, liberdades e garantias mencionados no art. 19.°, n. 6, insusceptíveis de suspensão mesmo em estado de sítio com suspensão total de garantias constitucionais; [34]

2.°) direitos, liberdades e garantias pessoais comuns;

3.°) direitos económicos, sociais e culturais comuns;

---

[33] V. *Manual...*, cit., vol. III, p. 142 *et seq.* e 258 *et seq.*

[34] Estes direitos não parece, contudo, que possam reconduzir-se aos direitos invioláveis de que falam o art. 2.° da Constituição italiana, o art. 1.°, n. 2, da Constituição alemã ou o art. 10.°, n. 1, da Constituição espanhola (Cf. PIERFRANCESCO GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Pádua,1972)..

Aliás, como se sabe, a nossa Constituição fala em inviolabilidade apenas a respeito da vida (art. 24.°), do domicílio e da correspondência (art. 34.°) e da consciência e da religião (art. 41.°)

4.°) direitos, liberdades e garantias de participação política;
5.°) direitos, liberdades e garantias pessoais particulares e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores;
6.°) direitos, liberdades e garantias (ou direitos fundamentais de natureza análoga) constantes de preceitos constitucionais fora do Título II da Parte I;
7.°) direitos económicos, sociais e culturais particulares;
8.°) direitos, liberdades e garantias (ou direitos fundamentais de natureza análoga) constantes de leis ou de regras de direito internacional;
9.°) outros direitos fundamentais constantes de leis ou de regras de direito internacional. [35]

Como se verifica, esta ordem não coincide inteiramente com a ordem formal estribada nas regras constitucionais sobre direitos fundamentais. Uma coisa é o regime, outra coisa o significado intrínseco que cada direito adquire em face dos restantes; mas há uma relação dialéctica entre ambas.

Por outro lado, a hierarquia não funciona automática e mecanicamente. A sua relevância específica é sempre relativa e verifica-se em caso de colisão de direitos, como critério de harmonização ou de optimização.

---

[35] *Cf.* algo diferentemente, CASALTA NABAIS, *op. cit.*, p. 18-19.

(**) JORGE MIRANDA é Professor Catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

Restrições Ilegítimas ao Conhecimento dos Recursos

José Carlos Barbosa Moreira (*)

1. Generalidades.

Razões bem conhecidas de política legislativa têm induzido a imensa maioria dos ordenamentos a consagrar, com tal ou qual amplitude, a possibilidade de impugnação de decisões judiciais. Podem variar, e efetivamente variam, de um sistema jurídico para outro, e até dentro de um único sistema, os instrumentos disponíveis para esse fim. Semelhanças e dessemelhanças de tipo diversificado abrem margem a classificações notórias. Uma das principais é a que resulta da distinção entre instrumentos cuja utilização acarreta o prosseguimento do mesmo processo em que se proferiu a decisão impugnada e instrumentos cujo emprego dá lugar à instauração de novo processo: no Brasil, reside exatamente nisso o traço discretivo entre os *recursos* e as *ações impugnativas autônomas*, das quais é protótipo a ação rescisória. (1) Como o presente estudo quer limitar-se ao direito pátrio, faremos abstração, aqui, de critérios diferentes, adotados por ordenamentos estrangeiros.

Outra noção de difundido conhecimento é a de que o recurso, como os atos postulatórios em geral, se submete basicamente a duas avaliações: uma pela qual se verifica se a impugnação pode (*rectius*: deve) ser apreciada em seu conteúdo, outra pela qual se examina esse conteúdo, em ordem a determinar, com os intuitivos corolários, se o recorrente tem ou não tem razão em impugnar a decisão recorrida. Segundo terminologia assente, à primeira avaliação corresponde o juízo *de admissibilidade*, à segunda o juízo *de mérito*. Aquele é *preliminar* a este, no sentido de que, caso falte ao recurso algum requisito de admissibilidade, o órgão julgador – em princípio, colegiado – cessa aí sua atividade cognitiva e abstém-se de examinar o mérito. Em tal hipótese, diz-se que o órgão *não conheceu* do recurso (juízo *negativo* de admissibilidade). Caso concorram todos os requisitos, o órgão *conhece* do recurso (juízo *positivo* de

(1) Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 12ª ed., Rio de Janeiro, 2005, pp. 100/1, 2323.

admissibilidade), e em seguida, conforme lhe pareça fundada ou infundada a impugnação, dá-lhe ou nega-lhe *provimento*.[2]

Há ordenamentos processuais em que se interpõe o recurso diretamente perante o órgão competente para julgá-lo (juízo *ad quem*); noutros, a interposição faz-se perante o órgão de que emanou a decisão impugnada (juízo *a quo*). Não se exclui, à evidência, a possibilidade de que, no mesmo ordenamento, ora se adote uma técnica, ora outra: é justamente o caso do Brasil, onde a regra é a interposição perante o juízo *a quo*, mas hoje com a notória exceção do agravo de instrumento (art. 524, na redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995). Na primeira hipótese, por motivos de economia processual, fáceis de compreender, costuma-se atribuir ao juízo *a quo* uma função de *filtragem*: ele tem o poder de *reter* os recursos que a seu ver não preencham todos os requisitos de inadmissibilidade: recusa-lhes seguimento, não os remete ao órgão competente para o julgamento.[3] Assim se busca evitar uma atividade inútil da máquina judicial.

Entretanto, a avaliação do juízo *a quo* pode obviamente ser incorreta: bem se concebe que ele incida em erro, negando seguimento a recurso na verdade admissível, ou dando seguimento a recurso na verdade inadmissível. Para ensejar a correção do primeiro tipo de erro, a lei processual confere ao recorrente inconformado com a denegação *outro* recurso (ou remédio análogo), destinado a provocar a revisão do ponto pelo órgão *ad quem*. Para possibilitar a correção do segundo tipo de erro, ela dispõe, expressa ou tacitamente, que o mero encaminhamento do recurso ao órgão *ad quem* não subtrai a este o poder-dever de apurar-lhe a admissibilidade e, se for o caso, negar-lhe conhecimento, por entender configurada a falta de algum requisito, que haja escapado à vigilância do juízo *a quo*.

2. Significação política do juízo negativo de admissibilidade.

Convém pôr em relevo especial a significação do juízo negativo de admissibilidade do ponto de vista da política jurídica. Hipotético ordenamento processual poderia facultar a impugnação de decisões judiciais por meio de recursos sem subordiná-la a requisito algum, seja relativo à escolha do recurso utilizado, seja à pessoa do recorrente, seja ao tempo ou à forma da interposição, e assim por diante. Logo se percebem as conseqüências negativas que semelhante liberalidade traria. Basta atentar no tópico atinente ao tempo: imagine-se o que representaria como fator de insegurança a eventualidade de ficar indefinidamente em aberto a matéria que constitui objeto da impugnação – talvez a própria solução final do litígio ajuizado. Noutros casos, seria clamorosamente inútil o exercício

---

[2] Sobre tudo isso e o que se segue no texto, inclusive para outras referências bibilográficas, *vide* também BARBOSA MOREIRA, ob. e t. cit., pp. 261 e segs.

[3] Em caráter excepcional, a lei concede ao próprio órgão *a quo* a possibilidade de apreciar o mérito do recurso e, eventualmente, reformar sua decisão (juízo de retratação): é o que acontece no agravo.

de atividade cognitiva por parte do órgão *ad quem*. A máquina judiciária, cuja manutenção reclama despesa pública vultosa, deve funcionar de maneira tão eficiente quão possível; e a idéia de eficiência implica por força a observância de parâmetros razoáveis quanto à duração, assim como a omissão de atos inidôneos para produzir resultado prático relevante.

Pode concretizar-se de dois modos principais o emprego do filtro do juízo negativo de admissibilidade:

> *a*) atribuindo-se, como acima registrado, a fiscalização, num primeiro momento, ao juízo *a quo*, em ordem a impedir quanto antes o dispêndio vão de energias, e até o gasto injustificado de pecúnia com um recurso fadado a não dar fruto (tal objetivo, naturalmente, é atingido com maior facilidade quando o recorrente se conforma com a denegação do recurso);
>
> *b*) destacando, no órgão colegiado *ad quem*, um juiz que se incumba de proceder de saída à apuração dos requisitos, com competência para negar seguimento ao recurso, do que decorre a vantagem de diminuir a pauta do colegiado e propiciar mais rápido desfecho. Se passar despercebida a esse juiz a ausência de algum requisito, então o colegiado, ao julgar o recurso, dele não conhecerá - simplificando-se, ainda assim, a respectiva atividade decisória.

Toda medalha tem seu reverso. Atividade judicial que deixe de conduzir à decisão do mérito (da causa ou do recurso) é causa de frustração. O ideal seria que sempre se pudesse chegar àquela etapa final. Isso obviamente ressalta quando se cuida do *meritum causae*, já que só o pronunciamento da Justiça acerca dele é capaz de resolver definitivamente o litígio e, tanto quanto possível, assegurar ou restaurar o império do direito. Mesmo a respeito de outras questões (interlocutórias), porém, seria sempre desejável, em linha de princípio, que o itinerário do recurso prosseguisse até a definição do *thema decidendum*: quando nada, isso contribuiria para a formação de um corpo de jurisprudência sobre questões (incidentes) que podem assumir ponderável relevância, como as concernentes à legitimidade *ad causam*, à admissibilidade de certa prova etc. É inevitável o travo de insatisfação deixado por decisões de não conhecimento; elas lembram refeições em que, após os aperitivos e os *hors d'oeuvre*, se despedissem os convidados sem o anunciado prato principal.

A essa luz, o que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso e equilibrado da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta - e altamente recomendável - toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando

em motivos de não conhecimento circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento. Cumpre ter em mente que da opção entre conhecer ou não conhecer de um recurso podem advir conseqüências da maior importância prática: por exemplo, se alguém apela de sentença meramente terminativa, o conhecimento da apelação é pressuposto necessário (embora não suficiente) do prosseguimento da atividade cognitiva do tribunal, no sentido de julgar desde logo o mérito, não examinado no primeiro grau de jurisdição (art. 515, § 3º, acrescentado pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001) - desfecho preferível na medida em que importe, como não raro ocorrerá, a eliminação definitiva do litígio.

Na perspectiva indicada por tais considerações, impende arrolar e analisar, sucintamente, algumas questões que vêm provocando controvérsia e tendo às vezes desate infeliz. Vamos passá-las em revista a propósito de quatro requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos: o cabimento, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

3. O cabimento.

O cabimento é o primeiro pressuposto de admissibilidade de qualquer recurso. Antes de mais nada, tem-se de verificar se o ato é recorrível. A regra é que o seja, e a exceção está prevista no art. 504, para os "despachos de mero expediente". Deixando de lado, aqui, disquisições teóricas, [4] é possível afirmar, em termos sintéticos, que tais atos se caracterizam por não *terem conteúdo decisório*: neles, o órgão judicial limita-se a dar impulso ao processo, como *v.g.* quando marca prazo para qualquer das partes falar nos autos, manda proceder à anotação de reconvenção ou de intervenção de terceiro pelo distribuidor (art. 253, parágrafo único), designa dia, hora e lugar para ouvir a parte ou a testemunha impossibilitada de comparecer à audiência (art. 336, parágrafo único) etc. Se o juiz *decide* alguma questão, o ato sai do âmbito dos despachos. Isso pode suceder inclusive quando alguém impugna a correção de um despacho: suscitou-se *questão*, a cujo respeito, já agora, o juiz tem de pronunciar-se, mediante *decisão*. Diga-se o mesmo da hipótese de insurgir-se alguém contra qualquer dos "atos meramente ordinatórios" cuja prática a lei atribui ao "servidor" (art. 162, § 4º, acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994), mas que comportam revisão pelo juiz - ao qual, então, competirá *decidir*.

Revela o exame da jurisprudência que não poucas vezes se têm dado por irrecorríveis, com a falsa qualificação de "despachos de mero expediente", atos judiciais de nítido conteúdo decisório. Vejamos alguns exemplos: o ato que "indefere pedido para que sejam riscadas determinadas expressões nos autos",

---

[4] Para a discussão sobre conceitos e terminologia, *vide* ainda Barbosa Moreira, ob. e vol. cit., pp. 243 e segs., 350/1.

ou "fixa liminarmente os honorários do advogado, na ação de despejo por falta de pagamento", ou "concede prazo para complementar o depósito, na consignação em pagamento", ou "indefere pedido do autor para que o juízo o ajude a localizar o réu, ainda não citado", ou "determina ou indefere segunda perícia", ou "delibera a partilha, em inventário".[5] Em mais de um caso, avulta a erronia: manifesto o caráter *decisório* de qualquer ato que "*indefere*" algum requerimento. *Indeferir* é, com toda a certeza, um dos possíveis modos de *decidir*. Ilegítima a negação de conhecimento ao recurso interposto por quem haja visto indeferido o requerimento.

Assente a recorribilidade do ato, fica satisfeito o requisito do cabimento pela adequação do recurso que foi interposto à previsão legal; em outras palavras, diz-se cabível o recurso que corresponde ao indicado na lei para a hipótese em foco. Essa maneira de falar, no entanto, pressupõe que o ordenamento seja absolutamente claro na indicação do recurso utilizável em cada caso – se, é óbvio, algum existe. A verdade é que nem sempre se mostra perfeita a redação das leis, nesse e em tantos outros pontos. Pode acontecer que a falta de clareza justifique dúvida na escolha do recurso adequado, gerando incertezas que se refletem na doutrina e na jurisprudência. É também concebível que a dúvida se origine do teor da própria decisão: por exemplo, o juiz dá a denominação de "sentença" a uma decisão de discutível enquadramento na definição legal do ato (art. 162, § 1°), induzindo aquele que pretende impugná-la à opção, igualmente discutível, pelo recurso correspondente (apelação: art. 513).

Em semelhantes hipóteses, não se afigura razoável prejudicar o recorrente que opta por uma ou por outra das vias excogitáveis. Daí o bem conhecido expediente de admitir, sob certas condições, que se processe e se julgue o recurso efetivamente interposto, ainda que ao ver do órgão julgador outro devesse ter sido utilizado. Costuma-se aludir a isso empregando a expressão "fungibilidade" dos recursos.[6]

O Código de Processo Civil de 1939 dispunha expressamente a tal respeito, no art. 810: "Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara ou Turma, a que competir o julgamento". Não tendo o diploma de 1973 reproduzido a disposição, o silêncio causou divergências nos tribunais e, com menor freqüência, na doutrina. Ao cabo de muitos vaivéns, que ainda não cessaram de todo, vem predominando a tese da aproveitabilidade do recurso interposto.[7]

---

[5] Aproveitamos em parte a exemplificação dada por THEOTONIO NEGRÃO – JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 37ª ed., S. Paulo, 2005, pp. 571/2, nota 2 ao art. 504.

[6] Com relação ao caso da decisão incorretamente proferida, fala-se na Alemanha de um "*Grundsatz der Meistbegünstigung*", traduzível por "princípio do favorecimento": *vide* por todos ROSENBERG – SCHWAB – GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 16ª ed., Munique, 2004, p. 938.

[7] Também aqui pedimos licença para remeter o leitor a nossos *Coment.* cit., pp. 250/1, com abundantes referências bibliográficas e jurisprudenciais em as notas 28 a 31. Atente-se (nota 29) nos exemplos

A hipótese mais comum, na matéria, sempre foi a da escolha entre apelação e agravo. A reforma da disciplina deste, operada pela Lei nº 9.139, gerou um problema prático, relacionado com a circunstância de que agora os dois recursos se interpõem perante órgãos diferentes: a apelação, perante o juízo *a quo* (art. 514), o agravo (de instrumento) perante o juízo *ad quem* (art. 524).[8] Pode suceder que o órgão da interposição receba a apelação como agravo, por enxergar nele o recurso cabível, ou vice-versa. E mais: também é concebível que o órgão julgador divirja desse entendimento e repute cabível o recurso originariamente interposto. Nenhuma dessas vicissitudes deve acarretar prejuízo ao recorrente: admitido o aproveitamento, hão de tirar-se dele todas as conseqüências lógicas, até o fim.

Como agir na prática? Se o recorrente apelou, e o juízo *a quo* pensa que o caso é de agravo, toca-lhe mandar que a petição seja desentranhada dos autos e remetida ao órgão *ad quem*, para o devido processamento como agravo, asseguradas naturalmente às partes todas as oportunidades previstas na lei para esse recurso. Vindo o tribunal a considerar que a hipótese era mesmo de decisão apelável, determinará a remessa do instrumento ao órgão inferior, para que o recurso seja processado como apelação. Tal providência pode ser tomada pelo próprio relator do recurso, por aplicação analógica do disposto no art. 527, nº II, quanto à conversão do agravo de instrumento em agravo retido. Vejamos o caso inverso: a parte interpôs agravo de instrumento, e o tribunal entendeu que a decisão era apelável. A solução é igualmente a remessa ao órgão *a quo*, para que faça processar o recurso como apelação. Nos mesmos termos acima expostos, pode o relator determinar a providência. Ilegítima seria, em todo caso, restrição ao conhecimento do recurso, desde que afastada a hipótese de "erro grosseiro".

4. A tempestividade.

Diz-se tempestivo o recurso cuja interposição ocorre no prazo legal. A regra geral, quanto à contagem do prazo, é a de que o termo inicial se localiza no dia da intimação da decisão recorrível, quer se trate de sentença, quer de decisão

---

de acórdãos do STJ que negaram a aproveitabilidade do recurso erroneamente interposto, mas apenas por entender-se *grosseiro* o erro cometido, sem excluir-se, em linha de princípio, a possibilidade do aproveitamento. Adite-se, mais recentemente, o ac. de 4.10.2005, Ag. Reg. no A.I. nº 690.352, in *D.J.* de 24.10.2005, p. 371. Na mesma linha, o STF, em ac. de 21.9.2005, E. decl. no Ag. Reg. no M.S. nº 23.605, in *D.J.* de 14.10.2005, p. 7.

[8] Ainda após o advento da Lei nº 9.139, tem-se admitido o aproveitamento de apelação como agravo (STJ, 28.4.1998, R. Esp. nº 164.170, in *Rev. do STJ*, nº 132, p. 425) e vice-versa (STJ, 23.10.2002, R. Esp. nº 197.857, in *D.J.* de 16.12.2002, p. 235). Lê-se no primeiro acórdão, da lavra do ilustre processualista Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: "No que concerne à impossibilidade de adotar-se a fungibilidade, (...), em razão da nova sistemática de interposição do agravo, tenho que a simples modificação da forma de interposição (da primeira instância para a segunda) não seria suficiente para afastar o cabimento da antiga teoria do 'recurso indiferente'. Se se admite a interposição do agravo até mesmo via correio, não se justifica, a meu juízo, o obstáculo para a admissão da fungibilidade na espécie. Ao juiz bastaria, com efeito, ensejar à parte recorrente a possibilidade da sanação" (p. 428).

interlocutória, quer de acórdão: é quanto se extrai do teor, desnecessariamente complicado, do art. 506. [9]

Tem-se entendido, com boas razões, que se equipara à intimação, para o efeito de fazer correr o prazo, qualquer ato de que se infira a inequívoca ciência da decisão (*v.g.*, a retirada dos autos de cartório pelo advogado). Realmente, aqui encontra boa aplicação o princípio da instrumentalidade das formas. A forma prescrita na lei deve em princípio ser observada, mas com a ressalva de que não cabe tirar conseqüências drásticas da inobservância, se apesar desta se atingiu o fim do ato, sem prejuízo para qualquer das partes. É o que, aliás, se conclui do exame sistemático de várias disposições do Código sobre a matéria (arts. 154, 244, 249, § 2º, 250).

O raciocínio acima exposto vale para o caso de interposição do recurso *anterior* à intimação da decisão ou à prática de ato a ela equiparável. Reiteradamente se tem julgado intempestivo o recurso quando interposto não só *além* do prazo, senão também *antes* que ele comece a fluir, nos estritos termos da lei. Argumenta-se que, nesse instante, ainda não existe juridicamente a decisão, de sorte que ao recurso faltaria objeto. [10]

Ora, decisão *existe*, sim, desde que proferida - se emana de órgão colegiado, nem sequer é possível a modificação de voto, e menos ainda a do resultado, após a proclamação deste pelo presidente; [11] o que se pode discutir é o momento inicial da eficácia. Mas, se o recorrente foi capaz de impugná-la, é sinal certo de que já lhe conhece o teor; por conseguinte, alcançada está a finalidade essencial do ato destinado a dar ciência do pronunciamento aos interessados - pelo menos, no tocante a *esse* interessado. Não se descobre que prejuízo decorrerá da

---

[9] Uma vez mais, remetemos o leitor aos nossos *Coment.* cit., vol. V, pp. 359 e segs. Atente-se na advertência da nota 151, *fine*, relativa às hipóteses especiais regidas pelo art. 498 e seu parágrafo único, na redação da Lei nº 10.352.

[10] Vários exemplos dessa corrente jurisprudencial in THEOTONIO NEGRÃO - JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, ob. cit., pp. 326/7, nota 2a ao art. 241, aos quais cabe acrescentar: STF, 31.8.2004, Ag. Reg. no A.I. nº 437.174, in *Rev. Dialét. de Dir. Proc.*, nº 22, p. 236; 21.9.2004, Ag. Reg.. no A.I.nº 470.230, in *Rev. dos Trib.*, vol. 835, p. 159; 29.6.2005, E. decl. no Ag. Reg. no R.E. nº 267.899, in *D.J.* de 23.9.2005, p. 14. Registre-se, em sentido contrário, o acórdão (ao nosso ver correto) do STJ, de 10.9.2002, Ag. Reg. nos E. decl. no Ag. Reg. no R. Esp. nº 262.316, in *Rev. de Proc.*, nº 114, p. 263, com pertinente obervação da relatora, Ministra Eliana Calmon: "no momento em que há publicações pela Internet, tendo criado o Tribunal, inclusive, a Revista Eletrônica, é um contra-senso falar de tempestividade recursal a partir da publicação pelo *DJU*" (mais precisamente: *só* a partir da publicação). Em THEOTONIO NEGRÃO - JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, ob. cit., p. 327, há notícia de outro acórdão em igual sentido, da Corte Especial, de 17.11.2004, Ag. Reg. no R. Esp. nº 492.461, ainda pendente de publicação; mais recentemente, adotaram igual posição dois acórdãos de 2.2.2005, E. div. no A.I. nº 522.249, e E.R.Esp. nº 399.695, ambos in *Rev. Dialét. de Dir. Proc.*, nº 27, p. 134, e nº 29, p. 138, respectivamente. Oxalá esteja em curso uma reviravolta jurisprudencial!

[11] *Cf.* nosso artigo "Julgamento colegiado - modificação de voto após a proclamação do resultado?", in *Temas de Direito Processual, Sétima Série*, S. Paulo, 2001, pp. 107 e segs., com crítica à decisão do STF, de 14.10.1993, Adin nº 903, publicada na *Rev. Trim. de Jur.*, vol.166, págs. 406 e segs., onde se admitiu que os Ministros, "excepcionalmente" (?), modifiquem, até o encerramento da sessão, os votos emitidos. De acordo com o texto, o ac. do STJ de 25.5.2004, R. Esp. nº 351.881, in *Rev. do STJ*, vol. 188, p. 333.

interposição antecipada para quem quer que seja. Ilegítima, pois, a restrição ao conhecimento do recurso.

Também se vem decidindo que o fato de faltar, na petição de interposição de recurso extraordinário, a data em que ela teria sido registrada no protocolo da secretaria do tribunal *a quo*,[12] ou mesmo o de mostrar-se ilegível o carimbo do protocolo, com a data de apresentação do recurso, obsta a que dele se conheça, porque impede a aferição da tempestividade; e constitui óbice até ao conhecimento do segundo recurso (agravo) interposto contra o indeferimento respectivo, porquanto incompleta a formação do instrumento.[13] Entre as razões invocadas, é comum a de que constitui ônus do recorrente a comprovação de ser tempestivo o recurso. Ora, em primeiro lugar, não é o recorrente que carimba o protocolo, e não parece justo fazer recair sobre ele a conseqüência de defeito do serviço judiciário, que lhe escapa ao controle. Só é concebível a existência de *ônus* em relação a ato que *à própria parte* incumba praticar! Acresce que não se tem sequer admitido o suprimento da falha, abrindo ao recorrente o ensejo de comprovar, por meio idôneo, que o recurso foi interposto a tempo. Chegou-se a negar relevância, para tal fim, até a certidão do órgão *a quo*.[14] É levar a extremo o formalismo: o tribunal deixa de conhecer de recurso *sabidamente tempestivo*, apenas em razão do *modo* como se tornou certa a satisfação do requisito.

Não se afigura impertinente notar, de passagem, que o conceito mesmo de "legibilidade" é relativo: dependendo da acuidade visual do observador, e até da atenção com que este o mira, será possível qualificar de legível ou de ilegível determinado documento. Nada adianta especificar, como às vezes se faz, que o carimbo deve ser "absolutamente legível": que se quer dizer, afinal, com isso? Que o carimbo há de comportar leitura sob luz forte ou fraca, por qualquer pessoa, enxergue bem ou enxergue mal - até, *v.g.*, por quem precise de lentes corretoras, mas não as esteja usando na ocasião?

Normalmente, toda vez que o órgão judicial se acha diante de ponto duvidoso, e existe meio de esclarecê-lo, sem detrimento para qualquer das partes, nem prejuízo sensível para a marcha do feito, impõe-se dissipar a dúvida. Nem é outra a razão pela qual se atribuem ao juiz poderes instrutórios, a serem exercidos

---

[12] STF, 7.8.2001, Ag. Reg. no A.I. nº 347.016, in *D.J.* de 21.9.2001, p. 50.

[13] Indicações da jurisprudência do STF, no tocante ao recurso extraordinário, e do STJ, quanto ao especial, em nossos *Coment.*, vol. cit., p. 365, nota 170. Ambos os tribunais perseveram na tese: do STF, há dois acórdãos recentes, de 16.8.2005, publicados no *D.J.* de 9.9.2005: Ag. Reg. no A.I. nº 483.386 (p. 49), e Ag. Reg. no A.I. nº 529.844 (p. 38); do STJ, no *D.J.* de 29.8.2005 encontram-se três acórdãos no mesmo sentido, todos de 4.8.2005: Ag. Reg. no Ag. nº 628.169 (p. 277), Ag. Reg. no Ag. nº 567.588 (p. 399), Ag. Reg. nos E. decl. no Ag. nº 532.593 (p. 405). Athos Gusmão Carneiro, *Recurso especial, Agravos e agravo interno*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2005, fala com propriedade em "orientação de extremado formalismo" a propósito de acórdãos que não conheceram de agravo interposto contra o indeferimento de recurso especial, em razão da suposta ilegibilidade do protocolo deste último.

[14] *V.g.*, STJ, 26.11.2002, Ag. Reg. no A.I. nº 469.450, in *Rev. Dialét. de Dir. Proc.*, nº 6, p. 120; STF, 21.9.2004, Ag. Reg. no A.I. nº 507.321, *ibid.*, nº 21, p. 195.

até de ofício. De resto, mesmo na falta de dados estatísticos precisos, indica a experiência forense que a grande maioria dos recursos são tempestivamente interpostos. A presunção, portanto, há de ser favorável ao recorrente, com base na regra de experiência tirada da "observação do que ordinariamente acontece" (art. 335). Sobre o recorrido, caso queira negar a tempestividade, é que deveria recair o ônus da prova.

5. A regularidade formal.

A lei regula a forma por que se há de interpor cada recurso, podendo estabelecer requisitos gerais – como é, no processo civil brasileiro, a interposição *por escrito* (com a ressalva do art. 523, § 3º, quanto ao agravo retido contra decisão proferida em audiência) – e requisitos específicos para este ou aquele recurso. Com freqüência, indica elementos que o recurso precisa conter: por exemplo, os fundamentos da impugnação, isto é, os erros *in procedendo* ou *in iudicando*, de fato ou de direito, que ao ver do recorrente inquinam a decisão e justificam a respectiva anulação ou reforma: vejam-se, para a apelação, o art. 514, nº II; para o agravo, o art. 524, nº II; para os embargos de declaração, o art. 536, *verbis* "com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omisso"; para o recurso extraordinário ou especial, o art. 541, nº III. Ainda quando silente o texto legal, entende-se que a fundamentação é indispensável, para que o recorrido e o próprio órgão *ad quem* se inteirem das razões efetivamente postas como base da impugnação, que talvez até não sejam as mesmas alegadas na instância inferior, na medida em que se faculta ao recorrente usar outra linha de argumentação jurídica, sem falar na possibilidade excepcional da proposição de novas *quaestiones facti* (art. 517). Mas, aqui como alhures, importa evitar exageros de formalismo: pode haver-se como suficiente a remissão, sem transcrição por extenso, aos argumentos utilizados no procedimento perante o juízo *a quo*. [15]

Em princípio, a exposição das razões da impugnação deve constar da própria petição recursal. Também no particular, todavia, há lugar para temperamentos. Vozes autorizadas, bem como vários julgados, ao nosso ver merecedores de aplauso, têm admitido a juntada das razões depois de apresentada a petição, desde que ainda dentro do prazo recursal. [16] Rigidez excessiva aqui se traduz igualmente em restrição ilegítima ao conhecimento de recursos.

Aplica-se a observação a outro ponto, a assinatura do advogado: incorre em excesso de rigor o tribunal que nega conhecimento ao recurso pelo mero fato de não estarem assinadas as razões. [17]

---

[15] Indicações bibliográficas e jurisprudenciais em nossos *Coment.*, vol. cit., p. 426, nota 35.

[16] *Vide*, ainda uma vez, exemplos em nossos *Coment.*, vol. cit., p. 429, nota 46.

[17] Consoante fez o TJRS em acórdão de 11.3.1987, Ap. nº 585.022.247, in Alexandre de Paula – Geraldo Magela Alves, *Rep. de Jur. do C.P.C. bras.*, vol. IV, Rio de Janeiro, 1992, nº 602, p. 115. Melhor andou, no mesmo tribunal, o relator da Ap. Cív. nº 597.054.204, julgada em 7.8.1997, o qual, por despacho, determinou o suprimento da falha (*Rev. de Jur. do TJRS*, vol. 184, p. 329). *Cf.* o ac. do STJ de 25.2.1992, R. Esp. nº 18.729, in *D.J.* de 20.4.1992, p. 5.258.

Nem será forçosamente insuprível a falta da assinatura do advogado na própria petição de interposição.[18] A tal respeito, averbe-se que não encontra amparo na lei a distinção entre instâncias, que se costuma fazer, para sustentar que o suprimento é viável até o segundo grau de jurisdição, mas deixa de o ser no recurso especial ou no extraordinário.[19] Nenhum texto legal consagra, em termos explícitos ou implícitos, a diferença de tratamento.

São oportunas duas ou três palavras acerca das peças que devem constar da petição de agravo de instrumento. O Código trata da matéria em dois dispositivos, um referente ao agravo contra decisões de primeiro grau (art. 525), outro ao agravo contra o indeferimento de recurso extraordinário ou especial (art. 544, § 1°). Em ambos faz-se menção a peças *obrigatórias*: são as enumeradas no art. 525, inciso I, e no art. 544, § 1°, respectivamente; cabe registrar que, no segundo dispositivo citado, há cominação expressa de sanção para a falta de alguma peça obrigatória ("sob pena de não conhecimento"), mas a ausência de cláusula idêntica no primeiro não significa que o defeito deixe de produzir igual conseqüência. O próprio relator pode negar, nesse caso, seguimento ao recurso.[20] Sublinhe-se que o rol das peças obrigatórias é *taxativo*,[21] não *exemplificativo*, ao contrário do que se afirmou em mais de um acórdão.

Questão que se vem pondo, e nem sempre resolvendo bem, é a atinente às peças *não* obrigatórias. Alude o art. 525, n° II, a "outras peças que o agravante entender úteis", para estabelecer que podem, "facultativamente", instruir a petição. O art. 544, § 1°, não repete a cláusula; ao falar, porém, das "peças apresentadas pelas partes", especifica as que "obrigatoriamente" constarão do instrumento, e com isso admite, sem sombra de dúvida, que se juntem outras: serão, é óbvio, aqui também, aquelas que "o agravante entender úteis". Concebe-

---

[18] Ela foi relevada, como "simples irregularidade, que não impede o cohecimento do recurso", pelo TJPE, em 24.3.1987, Ap. Cív. n° 1.094/86, **in** ALEXANDRE DE PAULA, *O proc. civ. à luz da jur. (nova série)*, vol. XIII, Rio de Janeiro, 1990, n° 29.166, p. 17, "desde que lançada em papel timbrado do (...) escritório e com as características típicas do instituto". Em igual sentido, TRF - 2ª R., 1°.12.2004, Ag. Int. na A.C. n° 2002.51.01.002625-9, **in** *Rev. Dialét. de Dir. Proc.*, n° 24, p. 233.

[19] Na ementa de recente acórdão do STJ, por exemplo, lê-se que, "na instância especial, o recurso sem assinatura do advogado é considerado inexistente" (18.8.2005, Ag. Reg. no A.I. n° 663.618, *in D.J.* de 12.9.2005, p. 385).

[20] Não se tem anuído na complementação do instrumento, mediante juntada, no juízo *ad quem*, de peça *obrigatória* faltante (nossos *Coment.*, vol. e lug. cit. em a nota anterior). Esse rigor, seja dito de passagem, afigura-se excessivo. Sob o Código de 1939, criticou MACHADO GUIMARÃES acórdão do STF, que negara conhecimento a agravo por não constarem do instrumento as peças que o art. 845 apontava como essenciais; ao ver do mestre, o que se deveria ter feito era converter o julgamento em diligência, para a devida complementação. Parecia-lhe "irrelevante a observação, contida no acórdão, de que só a parte tinha interesse em instruir completamente o seu recurso"; e argumentava, com palavras que nos soam irrespondíveis: "É o interesse privado das partes, sem dúvida, que fixa o objeto do litígio e estabelece os respectivos limites (...); mas, uma vez que surgiu o litígio, prepondera o interesse público em que seja ele decidido de acordo com a lei" (*Instrumento de agravo - Peças necessárias*, **in** *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro-S. Paulo, 1969, pp. 319 e segs.).

[21] *Vide* nossos *Coment.*, vol. cit., p. 611, nota 77, a propósito da exigência, feita sem apoio legal antes que a Lei n° 10.352 a contemplasse, de prova da tempestividade da interposição do recurso extraordinário (ou especial).

se que ao relator, ou ao órgão julgador, pareça ainda obscuro algum ponto, em relação ao qual se presuma que haja elementos esclarecedores em peça não obrigatória nem juntada pelo agravante. A providência adequada consistirá em determinar que se junte a peça; [22] não andará bem o tribunal caso negue conhecimento ao recurso por causa da falta desta. [23] É pouco razoável exigir do agravante que preveja *in totum* as eventuais dúvidas do relator ou do órgão julgador, para juntar todas as peças que aquele ou este, por seu turno, venha acaso a reputar úteis, ou mesmo necessárias. Afinal de contas, a facilidade de compreensão varia enormemente de uma para outra pessoa...

Posto que não se trate propriamente de requisito de *forma*, cabem aqui alguns reparos concernentes à questão da representação da parte. Determina o art. 13, 1ª parte, do Código que, "verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes", o juiz suspenda o processo e marque "prazo razoável para ser sanado o defeito". Deve entender-se a disposição como abrangente de mais de uma hipótese: incapacidade de parte, não suprida pela presença do respectivo assistente ou representante legal, irregularidade nesse próprio suprimento (*v.g.*, pela não coincidência entre a pessoa que aparece como representante e aquela que a lei como tal indica), defeito da representação judicial (por exemplo, falta de procuração outorgada ao advogado). [24] O art. 13 não contém restrição alguma quanto ao momento do processo, ou ao grau de jurisdição, em que se dá pelo defeito. [25] Como em tantos outros dispositivos,

---

[22] Nesse sentido, o STJ, em acórdão de 15.5.2003, R. Esp. nº 498.857, in *D. J.* de 9.6.2003, pág. 260, onde corretamente se disse que o próprio relator pode *ex officio* ordenar a juntada, ou intimar o agravante para que o faça.

[23] Como decidiu a Corte Especial do STJ, em acórdão de 18.8.2004, E. div. no R. Esp. nº 577.841, in *D.J.* de 16.11.2004, p. 174, em cuja ementa se lê: "As peças de juntada facultativa, mas necessárias, devem, a exemplo do que acontece com as de colação obrigatória, acompanhar a inicial do agravo de instrumento, sob pena de não conhecimento do recurso, haja vista a impossibilidade de dilação probatória". Estendeu-se assim, contrariando os princípios, a cominação, feita na lei *exclusivamente* para a hipótese de ausência de peça *obrigatória*, à de ausência de peça *facultativa*. Por outro lado, não está indicada a disposição legal de que se tiraria a suposta "impossibilidade de dilação probatória"; e, se com tal expressão se quer preexcluir todo e qualquer aporte, na segunda instância, de elemento capaz de esclarecer ponto duvidoso, basta um olhar ao art. 527, nº IV, para verificar que o ordenamento de jeito algum conforta a tese: que é, com efeito, a requisição de informações ao juiz da causa, pelo relator, senão meio de obter esclarecimentos? Eis aí providência prevista *expressis verbis*, que se presta otimamente à obtenção de cópia da peça desejada.

[24] *Cf.* Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, S. Paulo, 1978, p. 137: "(...) qualquer das partes é incapaz e precisa ser representada; ou (...) a representação do incapaz não se amolda aos ditames da lei; ou (...) falta a quem postula a capacidade de postular"; no mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, in *Código de Processo Civil interpretado* (org. Antonio Carlos Marcato), S. Paulo, 2004, p. 80. Em acórdão unânime de 26.5.1998, também redigido pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assim se pronunciou o STJ: "A regra do art. 13 do CPC não cuida apenas de representação legal e da verificação de incapacidade processual, mas também da possibilidade de suprir omissões relativas à incapacidade postulatória" (R. Esp. nº 102.423, in *D.J.* de 21.9.1998, p. 168).

[25] Demasiado rigoroso o entendimento contrário de Bernanrdo Pimentel Souza, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 3ª ed., S. Paulo, 2004, pp. 106/7.

"juiz" aí significa o órgão judicial, de qualquer instância, perante o qual penda o feito.

Apesar disso, também no particular se vem adotando uma arbitrária distinção entre as instâncias "ordinárias", de um lado, e os recursos especial e extraordinário, de outro, para restringir àquelas a incidência do art. 13. Assim é que o STJ inseriu na *Súmula da Jurisprudência Predominante* este enunciado: "Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos". [26] E o STF reza pela mesma cartilha, no tocante ao recurso extraordinário. [27] Numa ou noutra ocasião, chegou-se ao cúmulo de negar a possibilidade de sanação até em segundo grau, limitando-a ao primeiro. [28] Não se descobre razão na lei para semelhantes diferenças de tratamento. A oportunidade contemplada no art. 13 deve ser aberta em qualquer fase do processo, e a decisão de não conhecer do recurso ficar reservada para o caso de esgotar-se *in albis* o prazo fixado para a regularização. Fora daí, estamos diante de mais uma ilegítima restrição ao conhecimento.

6. O preparo.

Consiste o preparo, como requisito de admissibilidade do recurso, no pagamento prévio das despesas relativas ao processamento deste. No sistema primitivo do Código de Processo Civil, ele se singularizava pelo fato de só precisar ser satisfeito *depois da interposição*. A Lei nº 8.950, de 13.12.1994, alterou esse regime: hoje, quando exigível, o preparo deve *preceder* a interposição, cabendo ao recorrente, no comum dos casos, comprovar que o fez, mediante juntada do comprovante do pagamento à petição de recurso.

Visto que, em regra, se interpõe o recurso perante o juízo *a quo*, as mais das vezes incumbe a este verificar o cumprimento da exigência e, não a achando cumprida, indeferir o recurso. No agravo de instrumento, compete ao relator, se considerar não satisfeito o requisito, negar seguimento ao recurso (art. 527, *caput*, nº I, combinado com o art. 557; quanto ao agravo contra indeferimento de recurso especial ou extraordinário, *vide* art. 545, *principio*). Destarte, em geral, só quando o recorrente mal acolhido pelo juízo *a quo* ou pelo relator interpõe outro recurso

---

[26] A tese destoa do pensamento básico exposto, com toda a correção, no acórdão cit. em a nota 24, *supra*, *verbis* "Conquanto a lei especial rotule como nulos os atos praticados no processo por advogados impedidos de advogar, a exegese dessa norma deve ser feita no contexto do sistema de nulidades disciplinadas pelo CPC, *que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, sendo necessário, portanto, ensejar oportunidade para sanar-se eventual irregularidade*" (grifamos).

[27] É abundante a jurisprudência em tal sentido. Tomem-se como exemplos os acórdãos citados por THEOTONIO NEGRÃO - JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA, ob. cit., p. 149, nota 1c ao art. 37.

[28] *Vide* os acórdãos citados por NELSON NERY JUNIOR - ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 7ª ed., S. Paulo, 2003, p. 364, sob a rubrica *Recurso. Inaplicação do CPC pelo tribunal*. A melhor doutrina sempre censurou essa "orientação restritiva", por "demais formalista": CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 10ª ed., Rio de Janeiro, 1998, p. 120.

para o órgão colegiado é que este aprecia a questão. Por isso, a decisão de *não conhecimento* não é tão freqüente como a respeito dos outros requisitos de admissibilidade. A maior parte da jurisprudência dos tribunais concerne a recursos declarados desertos, em razão da falta ou insuficiência de preparo, *antes* que a matéria haja sido analisada pelo colegiado. Em tais hipóteses, concordando com a decretação da deserção, o tribunal não dirá, é óbvio, que "não conhece" do recurso deserto. Aqui, entretanto, faremos abstração dessa diferença técnica.

De maneira geral, a jurisprudência não vem sendo excessivamente rigorosa na matéria vertente. Tem-se admitido, por exemplo, que o recorrente efetue o preparo no dia seguinte ao da interposição, se nessa data não funcionaram os bancos, ou já estava encerrado o expediente bancário (não, porém, o forense) no instante em que se interpôs o recurso.[29]

Há uma questão, no entanto, em que se manifesta claramente o excesso de rigor. Pode suceder que, efetuado o preparo dentro do prazo recursal, o recorrente, por uma ou por outra razão, deixe de juntar à petição o comprovante do pagamento. Isso ocorrerá com maior probabilidade, mas não exclusivamente, quando o recurso seja interposto antes do *dies ad quem*. A jurisprudência firme do STJ repele a possibilidade de que aproveite ao recorrente a comprovação posterior da realização tempestiva do preparo: se o comprovante não acompanhou a petição de interposição, o recurso estará fatalmente deserto.[30] Parece-nos criticável o apego à letra do art. 511, *caput*, na redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.1.1998. Ao nosso ver, o essencial é que o recurso seja preparado no prazo da interposição. Caso o haja sido, não há razão bastante para impedir que a simples comprovação venha depois.[31]

Outubro de 2005

---

[29] Referências em nossos *Coment.*, vol. cit., p. 392, notas 221 e 222.

[30] Nesse sentido, *v.g.*, os recentes acórdãos de 4.8.2005, Ag. Reg. no A.I. nº 623.786, in *D.J.* de 5.9.2005, p. 401, e de 18.8.2005, R. Esp. nº 733.681, in *D.J.* de 12.9.2005, p. 302.

[31] Absolutamente rígida, na literatura recente, a posição de FLÁVIO CHEIM JORGE, *Teoria geral dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro, 2003, pp. 161/2 (com outras referências bibliográficas em a nota 229, às quais se pode acrescentar BERNARDO PIMENTEL DE SOUZA, ob. cit., p. 110), onde se alega – exemplo de tecnicismo exacerbado – a ocorrência de preclusão consumativa para sustentar que em caso algum aproveita ao recorrente a comprovação posterior à interposição, ainda quando feita dentro do prazo desta. Contra, substancialmente de acordo com o nosso texto, CANDIDO DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., S. Paulo, 1996, p. 164.

(*) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.

A Natureza Jurídica Precariíssima da Informação Obtida Através da Delação Premidada À Luz do Direito Probatório no Estado Democrático

José Marinho Paulo Junior [1]

Sinopse Dogmática: *Uma proposta de reflexão acerca da natureza jurídica do depoimento do delator em troca de benefício legal. Da impossibilidade de as vazias palavras do delator instruírem por si só e isoladamente denúncia, pronúncia ou medida cautelar constritiva de direitos . Do não atendimento ao princípio do* ***in dubio pro societate.*** *Da falta de justa causa penal para o legítimo exercício do direito de ação penal.*

"O processo penal, como instrumento de verdade e justiça, terá de ser um meio a serviço dos valores morais supremos e absolutos."
G. Bettiol [2]

A chamada "**delação premiada**" vem prevista esparsamente em nosso ordenamento e se constitui, em breve síntese e de forma bastante simplificada, em instituto processual-penal através do qual se beneficia alguém (seja réu, indiciado ou mero suspeito) em troca de informação "privilegiada" acerca da empreitada criminosa, identificando comparsas.

Não se pretende aqui aventar quais os pressupostos para a concessão de benefícios em favor do delator, nem se estes se devem dar de forma cumulativa ou isolada, tampouco se verterá sequer uma gota de tinta para resgatar o empoeirado debate sobre se tal instituto é direito subjetivo do delator ou faculdade jurídica. Dedicar-se-á o presente artigo - é bom precaver o leitor desde já - a algo mais humanista ou jusfilosófico: **pensar** a informação oriunda da delação premiada à luz do Direito das Provas, tendo por ambiente legitimador o Estado Democrático.

A "delação premiada" parece, tal como uma pandemia virótica, ter contaminado muitos dos colegas que atuam no *front* de combate do Ministério

---

[1] José Marinho Paulo Junior é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; ex-Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da UERJ; *e-mail*: jmarinho@mp.rj.gov.br.

[2] Em *Instituições de Direito e Processo Penal* (tradução de Manoel Costa Andrade), Portugal: Coleção Coimbra Editora, 1974.

Público contra o crime, em especial, o supostamente organizado. Um dia desses, ouvi estarrecido um antes lúcido colega anunciar entorpecido que com o que os delatores diziam denunciaria um monte de pessoas tidas até então como idôneas e respeitáveis.

Floreiam-se os méritos da "delação", sustentando seus admiradores que só por meio de tal artifício é que as organizações criminosas poderiam ser desarticuladas; que só com tal artimanha legal é que crimes de materialidade fugaz poderiam ser provados; que só e somente só com este mecanismo é que o "Bem" venceria o "Mal", dentre outras alegações cataclísmicas e apocalípticas, que, com as devidas escusas, beiram o radicalismo acéfalo.

Neste contexto e em verdadeira contramaré, propõe-se um criterioso repensar. Os que têm ouvidos de ouvir **não** *podem ficar surdos ao clamor dos inocentes*, que, atingidos visceralmente pelo maligno reverso da delação, vêem-se às voltas e às turras com a (IN)Justiça - sempre e sempre irreparável - de uma acusação temerária, baseada tão apenas (pasme-se!) na delação - e isto é o que aqui se critica enfaticamente.

Adiante-se: não se diz, sequer em meia linha, que a delação - se e quando tida como algo medianamente **moral** - deva ser abolida. Mas se insiste que *a informação (precária) obtida por meio desta, por não sintetizar nem mesmo indício suficiente, seja sucedida de cuidadosa investigação para, somente após sua verificação, ser-lhe dado o crédito (ou descrédito) devido.*

Não se reduz aqui a argumentar o paradoxo categórico de se dar mais valor ao delator, enquanto criminoso confesso [3], *que àquele por este indicado como o agente catalisador das condutas criminosas*. E tanto pior quando a dita delação vem precedida de depoimentos em sede policial em sentido absolutamente diverso e incompatível, sendo mero virtuosismo jurídico lembrar que a confissão pode ser cindida.

Nem mesmo se pretende fazer excursão ao mundo da Moral e se confrontar a vantagem de encontrar um (suposto) culpado às custas da chamada "sociedade de delatores", experiência concreta - e desastrosa - vivida pela China Ditatorial e pela Alemanha Hitlerista há pouco tempo atrás. Pais entregando filhos; esposas delatando maridos; netos "dedurando" avós ... uma sociedade pestilenta.

Quem sabe MAQUIAVEL não estivesse mesmo certo quando bradava que "*os fins justificam os meios*"? Teria sido FRANZ KAFKA profético, quando, ao escrever seu festejado livro *O Processo*, externou os pensamentos do protagonista K., no

---

[3] Bem anotou FRANCESCO CHIMENTI em sua obra *O Processo Penal e A Verdade Material, verbis: "o réu (...) tendo a liberdade de conduzir livremente os seus depoimentos, em termos nos autos, ainda que, de formas diversas, muito pouco restará suscetível de merecer fé no processo. Através desse elenco de idéias, falseando os fatos, somente se poderá saber se eles ocorreram, de modo diverso, contrastando com as provas mais robustas, capazes de modificar o quadro do evento, com aquela, já colhidas. Por isso, ao invés da obrigação de esclarecer os fatos, as partes, no mais das vezes,* **tumultuam-na**. *Com a oportunidade que se outorga ao acusado e ofendido de trazer para o processo a dúvida pode transformar-se no motivo principal de sua tramitação (...)* **Ora, a lei não deve consagrar a fraude, o embuste e a mentira.**" (grifos nossos).

sentido de que *"o processo não era nada senão um grande negócio, como os que ele já havia fechado com vantagem para o banco; um negócio no interior do qual, conforme a regra, espreitavam diversos perigos que tinham de ser conjurados."*?

Nem se levantará a sufocante questão acerca da possibilidade de o primado **constitucional** *da Moralidade Administrativa ser flexibilizado, ou antes, irremediavelmente rompido por norma* **infraconstitucional**. Afinal, há a presunção de constitucionalidade da lei - quiçá especialmente reforçada quando favorável à acusação.

Tampouco se fará uso justamente dos argumentos dos que entendem de forma diversa para demonstrar, de forma cabal, a **indisfarçável incoerência** *das denúncias oferecidas com base em delação*: se as previsões mais pessimistas hão de se concretizar, servindo a delação como nossa "tábua de salvação", resta por demais evidente que aqueles que a erguem **não** podem ser justamente aqueles quem se queria, antes de tudo, condenar. Não é soltando um criminoso e prendendo outro que a sociedade avançará.

Quer-se, em verdade, atentar aos incautos que o criminoso confesso pode fazer - e usualmente faz - uso inescrupuloso de tal benevolência legislativa não em proveito da sociedade ou em detrimento do crime, mas sim em favor próprio [4]. Não é difícil entrever-se o **falso dilema** que se nos apresenta: escolheria o delator contar a verdade, incriminando seus comparsas (e quiçá correndo risco de vida, dada a provável vingança destes últimos), ou apontar um cidadão inocente, preferencialmente inofensivo, para servir como seu "bilhete" para o maravilhoso mundo para o qual o Ministério Público, de forma descuidada, pode lhe encaminhar? A segunda opção, por óbvio. Bem mais simples apontar alguém que certamente não lhe faça mal algum a "entregar" um comparsa perigoso e - por que não? - vingativo. Pueril pensar-se de forma diversa. [5]

Sob um prisma teórico, instaria relembrar que a denúncia oferecida com lastro tão somente em delação premiada insujeita a qualquer posterior verificação padece de rotunda **ausência de** JUSTA CAUSA [6], condição para legítimo exercício do direito de ação penal.

---

[4] Vai bem aqui a advertência de HERKENHOFF: *"a Justiça, sobretudo a Justiça Criminal, lida com seres humanos, lida com dramas, lida com vida, sangue e alma. Não é apropriado que se trate de problemas humanos apenas com técnica."* (em seu formidável *Uma Porta Para o Homem do Direito Criminal*).

[5] Não se podem jamais esquecer as argutas palavras do eminente processualista SERGIO DEMORO HAMILTON, que, em sensível observação do evolver dos anos, assim atestou: *"Mais de 60 anos são passados da vigência do nosso Código Processual Penal. Nesse período, a humanidade sofreu profunda transformação em todos os setores da vida. Tudo foi repensado. Virado e revirado, ora para melhor, ora para pior. De um lado contemplou-se um inimaginável progresso científico, aliado ao desenvolvimento de uma técnica quase milagrosa. No campo ético e dos costumes em geral, experimentou-se a passagem de um comportamento excessivamente rigoroso, herdeiro fiel da era vitoriana, para* **um 'vale tudo' capaz de fazer corar um frade de pedra.**" (in *Revista Forense*, volume 375. "O Aditamento Provocado - Uma Heresia", pp. 162-169) - grifos nossos.

[6] *Vide* por todos AFRÂNIO SILVA JARDIM em seu insuperável *Direito Processual Penal - Estudos e Pareceres.*

Isto porque, repita-se, o fruto da delação premiada não consubstancia prova, tampouco indício, mas tão somente precaríssima suspeita - que deve, consigne-se uma vez mais, ser submetida à cuidadosa verificação de procedência -, que sequer atende ao vetor do *in dubio pro societate*. Admitir-se o contrário seria menoscabar a própria Constituição Federal e sua veste protetiva contra perseguições vazias. A denúncia, nestes casos, deve ser rejeitada.

Relembrando-se a ilustrada lição do eminente colega WALTER COELHO [7], MD. Procurador de Justiça e insigne Professor de Direito Penal das Escolas Superiores do Ministério Público e da Magistratura do Rio Grande do Sul, o indício pode ser classificado em três categorias distintas de acordo com seu caráter intrínseco: "*indícios manifestos ou de evidência; indícios veementes, de alta probabilidade, também denominados de indícios próximos; e indícios vagos, isto é, leves ou remotos*".

Se os primeiros - ditos suficientes - levam a conclusões certas e indubitáveis, os segundos, também denominados contingentes necessários, apenas orientam, embora com alta probabilidade, para a simples pertinência de causa e efeito, fundados que estão numa relação ordinária de causalidade, não ensejando um raciocínio estritamente dedutivo, por recorrer à inferência analógica. Os últimos, de menor probabilidade, afiguram tão somente uma inexpressiva suspeita.

Quiçá se possa concordar seja tal informação fornecida pelo delator, despida de outras provas (ou indícios não remotos) e insujeita à verificação, identificada como indício, ***mas somente se este vier adjetivado como vago, leve ou remoto.*** Nada mais.

O Ministério Público, eleito pelo Constituinte Originário como Defensor do Regime Democrático, não pode se comportar, de forma irrefletida e sem maiores pudores, como **acusador sistemático** [8]. Com muito esforço é que nossos antecessores conseguiram respirar ares mais saudáveis e entender que acusar sempre e incondicionalmente é uma lástima profunda que só a distorção profissional e o espírito pouco iluminado podem justificar. Sobrevive o ideal de **fazer justiça** e não de **ser justiceiro**. Deve-se, sem hipocrisia, resistir à diabólica tentação do conhecido "denuncio agora e o réu que se defenda". Deus, livrai-nos deste Mal!

Se admitida denúncia tão apenas com base em delação premiada, por quantos anos se esperará para que a suprema injustiça seja corrigida? Já há muito se dizia que *o mero indiciamento infundado do cidadão de bem em inquérito policial é inominável constrangimento* [9]*, devendo, se incorreto, ser prontamente retificado. Pois bem: imagine-se o grau de devastação provocada por uma denúncia (in)fundada somente em delação premiada?*

---

[7] Vale a leitura de seu livro *Prova Indiciária Em Matéria Criminal* (Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, 160 p.)

[8] Como que se remetendo à figura do implacável *Javert* (e seu emblemático "*J'accuse!*"), personagem memorável de VICTOR HUGO em *Os Miseráveis*.

[9] Sem medo de parecer redundante, recomenda-se uma vez mais o livro *Direito Processual Penal - Estudos e Pareceres* do mestre processualista AFRÂNIO SILVA JARDIM.

Pode-se afirmar, sem medo de errar, que a condenação do inocente se dá sumariamente e sem direito de defesa, no exato e irresgatável momento em que a denúncia é distribuída ao Juízo. Na máxima kafkaniana, *"ter um processo desses já significa tê-lo perdido."* [10]

Os danos inestimáveis à honra, à família, à cidadania e à dignidade humana - tudo sem contar gastos, no mais das vezes, bastante significativos, com advogados - não serão cobrados de ninguém, bem menos do delator, que, então, somará ao seu cartel mais um delito odioso. MAURO FONSECA ANDRADE aduz que *"foram noticiados, até, casos de pessoas investigadas - ao depois reconhecidas como inocentes - que cometeram suicídio, diante da verdadeira execração pública a que se viram expostas"* [11]. E com isto não se pode compactuar.

A polícia judiciária - tanto mais quando incorporada pelo Ministério Público - há de cumprir seu papel constitucional! Deve-se investigar para que, depois, se possa denunciar e não - jamais! - o odioso inverso. Não se denuncie para, em sede processual, colher um lastro mínimo indiciário, vale dizer, investigar. Bem ao revés: investigue-se para denunciar. A **anômala, perniciosa e abjeta "denúncia investigativa"** não pode ser esposada por aqueles que têm o múnus constitucional de defesa do regime democrático.

Volte-se aos ensinamentos de WALTER COELHO, *ipsis litteris: "Não bastam, pois, simples suspeitas ou meras presunções para instaurar-se a ação penal. Há que ter indícios significativos ou mesmo provas em sentido amplo do fato e de quem o praticou ou para ele colaborou, material ou moralmente"* [12]. A palavra vazia do delator - indício vago que é - não permite o oferecimento de denúncia nem seu aditamento.

Adrede, acresce o autor que, no que concerne às **medidas "assecuratórias"** (como o seqüestro de bens), basilar estejam escoradas, ao menos, em indícios veementes, havendo sido o Código de Processo Penal bastante enfático em seus artigos 126 e 132. *Ad lateris*, anota COELHO que assim também se deve dar com a **"sentença" de pronúncia**, perfilhando-se a BENTO DE FARIA (**in** *Código de Processo Penal*), ANDRÉ MARTINS DE ANDRADE (**in** *A Reforma do Júri*), ARY AZEVEDO FRANCO (**in** *Código de Processo Penal*), PIMENTA BUENO (**in** *Processo Criminal*) e EDUARDO ESPÍNDOLA FILHO (**in** *Código de Processo Penal Anotado*). Noutras palavras, tampouco nestes casos será bastante a informação oriunda da delação premiada, despida de outras provas ou indícios e insujeita à mínima verificação de veracidade.

---

[10] Em seu já mencionado livro *O Processo*.

[11] Leia-se sua profunda obra *Ministério Público e Sua Investigação Penal* (Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Estudos Ministério Público n.º 12, 2001, 147 p.). Neste estudo, MAURO F. ANDRADE abordou, dentre outros, o tema específico atinente à ética na investigação e ao *"fenômeno da especularidade"* (na acepção proposta por PAULO PINTO DE CARVALHO).

[12] Arremata o jurisconsulto: *"Alguns autores entendem que a suspeita é um indício ainda em estado bruto, enquanto outros a identificam como simples presunção. Tenha-se, porém, como certo, que a suspeita pode provir de indícios frágeis e remotos, de inexpressiva probabilidade, ou de indícios de feição subjetiva, que, conquanto ponderáveis, não têm ainda o necessário respaldo do nexo de relação ou concordância com os indícios de ordem objetiva" (idem).*

E vale tudo isto para chamar os colegas a um segundo momento de reflexão sobre o uso impensado de delação premiada. Não se trata de simplesmente questionar a moralidade maquiavélica de se premiar um bandido (ainda que escorado na lei - inconstitucional? -), mas o de fazer inocentes pagarem injustamente o prêmio àquele, tendo seus nomes, suas vidas e suas famílias jogadas à lama, negando-lhes a própria cidadania e a mínima dignidade humana. **Para isto, não há resgate.**

Antes de denunciar, pronunciar ou requerer medidas cautelares constritivas de direitos (à liberdade ou até ao patrimônio) com base na delação, absolutamente fulcral a prévia verificação das informações fornecidas pelo réu confesso, notadamente quando despidas suas palavras de provas do que diz, para, somente após, se for o caso, o Ministério Público agir.

CONCLUSÕES:

- A informação (precária) obtida por meio da delação premiada não sintetiza prova, tampouco indício pleno ou suficiente. Trata-se de mera suspeita ou indício vago (também conhecido como leve ou remoto);

- Tal informação deve ser sucedida por cuidadosa verificação para, somente após, ser-lhe dado o crédito (ou descrédito) devido;

- Trata-se de anômala, perniciosa e abjeta "denúncia investigativa" aquela oferecida com base tão apenas em tal informação fornecida pelo delator, despida de outras provas (ou indícios suficientes) e insujeita à dita verificação;

- Mais grave e mais odioso que o indiciamento infundado do cidadão de bem em inquérito policial, é o inominável constrangimento provocado pela denúncia (in)fundada somente em informação oriunda da delação premiada;

- O aditamento à denúncia, por idêntica fundamentação, não pode ter espeque na palavra vazia do delator;

· No que concerne às medidas constritivas de direito (à liberdade ou ao patrimônio), basilar estejam escoradas, ao menos, em indícios veementes, não sendo, portanto, a princípio, viável lastrarem-se em tal informação fornecida pelo delator, indício vago que é;

· Tampouco será bastante para a pronúncia a informação oriunda da delação premiada, despida de outras provas (ou indícios suficientes) e insujeita à mínima verificação de veracidade;

· Obviamente, exceções se dão quando a palavra do delator vier acompanhada por documentos ou outras provas que permitam prontamente a verificação de sua (im)pertinência;

· O Ministério Público não é acusador sistemático e o Processo Penal não serve à condenação a qualquer preço.

Os efeitos da sentença que julga da inconstitucionalidade no controle por ação direta e no incidental.

LUIZ FABIÃO GUASQUE (*)

1. A natureza pública da Coisa Julgada.

A concepção privatística do processo, que imperou em outras épocas, fez pensar numa coisa julgada relativa, de que o beneficiário teria disponibilidade, não sendo, pois, lícito ao juiz considerá-la sem alegação da parte interessada. Mas, à medida que o caráter público do processo se foi fazendo sentir, a doutrina e até as leis foram reconhecendo valor absoluto à coisa julgada. Nesse sentido, pode ser tida em conta de ofício pelo juiz ou argüida por qualquer das partes.

Segundo os defensores da teoria materialista da coisa julgada, a sentença contém um preceito que pode coincidir ou não com a lei. Em conseqüência, o comando do juiz tem eficácia por vezes asseguradora (sentença justa) e por vezes criadora (sentença injusta) de bens jurídicos (eventualmente direitos subjetivos). A lei contém definições gerais e abstratas a que o juiz deve adequar o próprio julgamento. Mas, quer o faça, quer não, estará sempre traduzindo a vontade do Estado e criando uma ordem jurídica que a coisa julgada torna insuscetível de disputa. A coisa, depois de julgada, se substituirá à coisa antes de julgada: a sentença posterga a norma legal. Se coincidirem, não há problema; se divergirem, prevalece a decisão do juiz. Essa, pois, traz modificação (ou pode trazer) ao próprio Direito substantivo.

A sentença é eficaz e a coisa julgada imutável, quer aquela seja certa, quer errada; quer se conforme à lei, quer não ; quer entenda a regra legal num sentido, quer noutro; quer seja ela justa ou injusta.

O fundamento da coisa julgada, portanto, não é a presunção ou a ficção de acerto do juiz, mas uma razão de pura conveniência.

Na opção do Estado entre justiça e segurança, abraça a segunda.

Assim, não há dúvida de que pode haver sentença contrária à lei; de que o comando da sentença prevalece sobre o da lei e que a decisão se torna imutável com o trânsito em julgado.

Mas isso não deve fazer supor que a coisa julgada passe a ser regulada sempre e somente pela sentença. Ao contrário, é a lei que diz de antemão em que casos e dentro de que limites a sentença vai reger a coisa julgada [1].

2. A imutabilidade da coisa julgada.

Nas ordenações jurídicas em que a coisa julgada é instituída por lei ordinária, nada impede que outra lei venha feri-la. Haverá apenas uma derrogação da primeira.

Nesse sentido o art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil : "A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

Dispositivos desse tipo não têm força de impedir que lei posterior fira a coisa julgada, porque ela (a lei nova), inclusive, os revoga. Apenas consegue, quando muito, que a revogação tenha que ser expressa.

Para que isso fique a salvo da lei é necessário que a Constituição o faça, como ocorre entre nós: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 5º, inc. XXXVII).

3. Limites subjetivos da coisa julgada.

No Direito Romano, "a coisa julgada entre uns não prejudicava outros" (*Res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt*) (1 *D*.44.22). Além desta passagem de Ulpiano, há uma resposta de Paulo que merece ser considerada a esse propósito: Lúcio Tício agiu criminalmente contra Gaio Seio por esse havê-lo injuriado. O Prefeito pretório sentenciou não ter havido qualquer injúria. Perguntou-se então se as testemunhas falazes deviam ser tidas por infames. Respondeu Paulo: "Não convém que a sentença, justa ou injusta, pronunciada contra um prejudique outro" (*non oportet ex sententia, sive iusta sive iniusta, pro alio habita alium pregravari*) (21 *D*.3.2). [2]

Já no Direito germânico a sentença poderia atingir quem quer que dela tivesse notícia e, por isso mesmo, são vários ali os meios de intervenção de terceiros. [3]

Da fusão dessas duas tendências provém , no Direito comum, de um lado, a limitação dos efeitos do julgado aos litigantes e, do outro, a possibilidade de terceiros intervirem na causa.

Isso não significa que a sentença não seja sentença para os não-contendores. Ao contrário: ela é **fato** jurídico que a ninguém é dado desprezar: todos, partes ou terceiros, estão diante de um fato histórico, relevante para o Direito e que não

---

[1] Ver artigos 460, 461, 468, 469 e 472 do Código de Processo Civil.
[2] Hélio Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, Vol. I, p. 478.
[3] Chiovenda, *Instituições*, Vol. I, p. 572.

pode ser apagado da realidade. Apenas esse **fato** não pode trazer prejuízo para os que não estiverem em litígio, ou melhor, para os que não estiveram no processo.

Isso não significa que **de fato** não possa advir da sentença um prejuízo para terceiro.Chiovenda figura a hipótese da sentença que diminuiu o patrimônio de alguém e que, **de fato**, lhe prejudica o herdeiro; e da que reconhece novos débitos de um indivíduo e, **de fato**, lhe prejudica os credores. Haveria prejuízos **de direito**, se essas sentenças negassem o direito de sucessão e o de crédito, respectivamente.

A sentença, portanto, pode alterar a situação **de fato** de terceiros , mas não a situação jurídica. O fato de uma sentença afirmar que Tício é herdeiro de Caio não impede que também Cícero o seja. Pode é, **de fato** e por via de conseqüência, diminuir o quinhão de Cícero. Ou, melhor: não diminui , propriamente, mas impede que Cícero receba o que, de direito, deve pertencer a Tício.

A coisa julgada, portanto, opera de iure , inter partes, mas de fato, erga omnes. A doutrina fala aqui dos efeitos reflexos da coisa julgada, caso particular da teoria de IHERING sobre os efeitos reflexos dos fatos jurídicos. [4]

Nas questões relativas ao estado civil das pessoas a coisa julgada opera *adversus omnes*: a sentença declara ou constitui situação de Direito material que não varia. Se, por exemplo, o juiz anula um casamento, as partes voltam a ser solteiras, não apenas uma perante a outra, mas diante de todos. [5]

4. A caracterização das demandas e a coisa julgada e os limites objetivos e subjetivos.

É importante sempre repetir, que para que se possa invocar a coisa julgada, é preciso que a mesma coisa (*eadem res*) seja novamente pedida pelo mesmo autor contra o mesmo réu (*eadem personae*) e sob o mesmo fundamento de fato (*eadem causa petendi*).

Portanto, quando se fala em limites objetivos da coisa julgada, se está referindo aos parâmetros do que foi pedido em juízo, ou seja, da pretensão do autor, objeto do processo.Quando se refere a limites subjetivos, se fala em partes da relação jurídico-processual, ou seja, os atores processuais que têm correlação hipotética entre o direito pretendido em juízo e a titularidade para a sua defesa.

---

[4] Sobre a extensão da coisa julgada a terceiros: ALLORIO, *La Cosa Giudicata rispetto ai Terzi*: HOFMANN, *Über das Wesen die subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, pp. 37 e segs; NOSEK, *Die Rechtswirkungen des Urteils gegen dritte Personen*. Rosenberg , Lehrbuch, par. 152, p.514, par. 157, pp. 532 e segs; LIEBMAN, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, pp. 73 e segs., que contesta a possibilidade de conciliar a teoria dos efeitos reflexos com a natureza atributiva que ele empresta à coisa julgada. TORNAGHI sustenta que este não tem razão, pois a coisa julgada, mesmo de acordo com a concepção de LIEBMAN, torna imutável a decisão e o problema está em saber se ela é inalterável apenas para as partes ou também para terceiros. *Instituições* , vol. I, p. 479.

[5] ALLORIO, ob. cit., LIEBMAN, "A coisa julgada nas questões de Estado", artigo publicado na revista *La Ley*, Buenos Aires, 1939. Publicado na *Revista Forense* , vol. 82, pp. 272 e segs.

5. Os efeitos da sentença declaratória e da constitutiva.

Os efeitos *erga omnes* de fato podem ser sentidos como ato jurídico quando a sentença é meramente declaratória. Se o julgado declara determinada situação jurídica, o faz tornando certo o que antes era incerto valendo para todos, partes ou não. É o caso da sentença do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade ou não da lei. Os efeitos são *erga omnes de iure*. Se a decisão é de controle incidental, seus efeitos são apenas de fato, até porque não foi objeto do processo e sim decisão como premissa lógica do pedido de natureza constitutiva, geralmente uma obrigação de fazer ou não fazer. [6]

Nos casos de pedido declaratório, os efeitos da sentença como ato se perfazem *erga omnes*.Têm efeitos *ex tunc*, pois o reconhecimento do direito retroage até o momento em que foi lesionado.

Na sentença constitutiva, esses efeitos são sentidos dali para a frente, tem efeitos *ex nunc*, pois ao contrário da declaratória, constitui ou desconstitui determinada situação jurídica.

6. A eficácia da sentença declaratória de inconstitucionalidade da lei em ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

Na ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a pretensão ou o objeto do processo é a declaração de que a lei contrasta com a Constituição e desta forma deve ser retirada do mundo jurídico, ou seja, deve perder a eficácia vinculante ínsita a todo preceito legal, de obrigar seus destinatários ao seu cumprimento.

Nesse sentido, quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade, seus efeitos são *erga omnes de iure*, pois se havia dúvida quanto a inconstitucionalidade ou não da lei, esta resta afastada pela declaração.

Assim, quando o pedido é procedente, ou seja, a lei é declarada inconstitucional, esta decisão tem o poder de retirar a força vinculante do preceito, declarando nulo o comando que dele emanava.

A coisa julgada opera em todas as instâncias da República Federativa do Brasil, e obriga a todos a cumprir o comando emanado da Suprema Corte de que aquela lei é inconstitucional, contrária à lei maior, e desta forma, nula para produzir efeitos no território nacional.

Se, ao invés de declarar a inconstitucionalidade da lei em ação direta, o Supremo Tribunal Federal julgar improcedente o pedido declaratório, o resultado desta decisão é afirmar a constitucionalidade, fazendo coisa julgada de que a lei em análise é constitucional e deve ser respeitada em toda a nação brasileira.

---

[6] Para maiores aprofundamentos ver o nosso "Controle Cautelar de Inconstitucionalidade nas Ações de Interesse Difuso", *Revista do Ministério Público*, Vol. VI, p. 131.

Portanto, a sentença declaratória, ao tornar certo o que antes era incerto, dando força de coisa julgada a esse pronunciamento, ou retirará a força vinculante do preceito declarando-o ineficaz, ou, ao considerar improcedente o pedido declaratório, reafirmará a presunção de validade das leis garantida na Constituição.

Pelo exposto, podemos concluir que a ação declaratória de constitucionalidade, prevista na emenda n. 3 de 18.3.93, nada mais fez do que explicitar o que antes já existia como decorrência lógica da improcedência do pedido declaratório de inconstitucionalidade, com o mérito, apenas, de afastar o inconveniente de se pretender por ação direta de inconstitucionalidade, a improcedência da mesma para surtir os mesmos efeitos de uma ação dirigida só para isto.

É interessante notar, que **de fato** o preceito declarado inconstitucional continua com existência física, pois não há previsão legal de que, como decorrência da declaração de inconstitucionalidade, o comando passe a não existir como ocorre com as leis ou artigos revogados, que apenas passam a constar com a referência: revogado pelo artigo tal da lei não sei qual.

Seria mais prudente que a lei conferisse a tal decisão do Supremo Tribunal Federal esses efeitos, devendo no lugar da lei ou do artigo, constar: declarado inconstitucional por decisão em ação direta no Supremo Tribunal Federal, passando a não existir mais fisicamente, igual como ocorre com as leis.

É importante ressaltar que os efeitos da abrogação da lei e da sua declaração por inconstitucionalidade são diferentes.

Com a abrogação da lei, seus efeitos têm eficácia dali em diante, pois até aquele momento o parlamento entendeu que a lei era conveniente e eficaz, e por razões políticas de conveniência e oportunidade, a revogou, passando a não existir mais dali em diante. Desta forma, seus efeitos são *ex nunc* (nunca antes).

No caso da declaração de inconstitucionalidade na ação direta, em decorrência dos efeitos declaratórios, ou seja, que tornaram certo o que antes era incerto, esses retroagem até o início da vigência, pois a lei inconstitucional não pode vincular ninguém ao seu comando, sendo nula no que respeita a sua eficácia, desde a sua edição.

Como ato nulo, está sujeito a condição suspensiva, ou seja, não produz efeitos.

Nesse sentido, questão interessante é a possibilidade prevista no art. 11 da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999:

> "**Art. 11** - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, *no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental*, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, *poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros*, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha

eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O preceito tem servido de fundamento para que alguns tribunais da Federação restrinjam os efeitos da declaração para termo futuro ou para estabelecer parâmetros para os efeitos declaratórios da decisão.

Esses efeitos são sempre *ex tunc* (desde o início), pois como dissemos, tornam certo o que antes era incerto, dando força de coisa julgada a esse pronunciamento. Entretanto, em decorrência da presunção de legitimidade das leis, existem vários atos jurídicos praticados de boa-fé, em razão do preceito estar em vigor, que seriam nulos, ou seja, não produziriam efeitos, pois o ato nulo se sujeita a condição suspensiva.

O preceito da lei, que é bom que se diga, se dirige para a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, que tem como objeto o controle de **atos administrativos** formalmente jurisdicionais, legislativos, executivos ou mesmo do Ministério Público, mas materialmente administrativos, pretende, na nossa modestíssima opinião, resguardar os efeitos da boa-fé decorrentes do ato nulo.

Isso porque todos os ordenamentos jurídicos de países civilizados protegem os efeitos da boa-fé, e como a lei nula e írrita produz um fato jurídico, e uma série de atos decorrentes deste fato, o que se pretende com o preceito é possibilitar a declaração dos efeitos da boa-fé em relação a terceiros, ou mesmo aos atingidos diretamente pela declaração de inconstitucionalidade.

Assim, na declaração, pode o Supremo Tribunal Federal dizer, por exemplo, que aquela lei que foi declarada inconstitucional, e não teve eficácia por ser nula, produziu efeitos para as pessoas que foram contratadas em razão de sua existência e trabalharam e receberam remuneração pelo serviço, pois estavam todos de boa-fé, em decorrência da presunção de legitimidade das leis.

Note-se, que a lei como ato jurídico nulo não produziu efeitos, mas como fato em relação à boa-fé das pessoas contratadas, teve efeitos assegurados.

Desta forma, o ato nulo ou a lei nula por inconstitucionalidade não produz efeitos, mas a boa-fé pode produzir aos agentes que agiram com esta qualidade.

Não é outra coisa o que diz o preceito, que possibilita a garantia da boa-fé, não me parecendo que se possa fracionar os limites da decisão declaratória, com por exemplo, para considerar que a lei é inconstitucional, e dizer que o tributo cobrado com base nela tem efeitos *ex nunc* a partir dessa declaração!

Seria subverter o sistema e afrontar a segurança que o mesmo exige e que em nome dela foi imaginado, aceitar que um cidadão que pagou tributo inconstitucional de boa-fé, não tenha direito a restituição do que pagou pelo reconhecimento de efeitos *ex nunc* na ação declaratória.

7. As peculiaridades do controle incidental.

Os efeitos no controle incidental, tem peculiaridades decorrentes do fato de a pretensão não ser objeto do processo, ou seja, não foi pedida a declaração de inconstitucionalidade da lei, apenas a pretensão de fazer ou não alguma coisa em virtude daquele preceito. Se ela é considerada inconstitucional como premissa da sentença, e o ato deveria ser praticado com base nela, o mesmo é nulo e o juiz deve negar a força do preceito, e como conseqüência , obstar a prática do ato que nela buscava seu fundamento.

Entretanto, no controle incidental da inconstitucionalidade da lei, como não foi objeto do processo, não faz coisa julgada com efeitos *erga omnes*, como ocorre na ação direta, embora *inter partes*, seus efeitos sejam *ex tunc*, pois se o ato com base na lei inconstitucional é nulo, sujeito a condição suspensiva, seus efeitos retroagem entre os interessados para declarar o ato nulo, írrito, não produtor de efeitos desde que foi praticado.

Portanto, a lei continua em vigor, e produzindo efeitos vinculantes decorrentes do seu comando, apenas com a força de um precedente de questão de inconstitucionalidade, que se for acolhido no Tribunal de Justiça de qualquer estado federado, terá força vinculante para os seus órgãos fracionados e grande valia para dirigir os entendimentos nos juízos de primeira instância.

No Supremo Tribunal Federal terá os mesmos efeitos, com a possibilidade em ambas as instâncias, de Tribunais de Justiça nos Estados ou no Supremo Tribunal Federal, de informar o Poder Legislativo do precedente em controle incidental, possibilitando a revogação da lei que, nesta caso, se revogada, tem efeitos *ex nunc* (nunca antes, dali para a frente).

8. O procedimento de argüição incidental e seus efeitos quando acolhido pelo órgão colegiado.

O Código de Processo Civil regulamenta todo o procedimento da declaração de inconstitucionalidade incidental, observando o determinado no art. 97 da Constituição da República, de que: "somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público".

O artigo 480 e seguintes da lei processual, determina que, argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Em outras palavras, apenas na hipótese de acolhimento da argüição, a questão passa à competência do pleno dos Tribunais de Justiça dos Estados. À Câmara

compete apenas fazer o juízo negativo da argüição, face à presunção de legitimidade das leis, não tendo competência para o contrário.

Procurando dar agilidade e garantir a segurança das decisões jurisdicionais, esses órgãos fracionados, ou seja, as Câmaras, não submeterão a questão ao plenário ou ao órgão especial, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Seria perda de tempo se adotar posicionamento que mais tarde será cassado por via de recurso aos órgãos superiores ou mesmo no Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário.

Desta forma, a decisão do pleno ou do órgão especial que acolhe a argüição de inconstitucionalidade incidental, vincula todos os demais órgãos fracionados, ou seja, as Câmaras, que tomarão como premissa lógica do silogismo contido nos acórdãos, a inconstitucionalidade da lei.

Outra providência que procura garantir a segurança para evitar decisões conflitantes, é a de remeter a cópia do acórdão a todos os juízes, designando o Presidente do Tribunal a sessão de julgamento da questão incidental de inconstitucionalidade. Nesse caso, o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições de cada regimento interno dos Tribunais de Justiça dos Estados.

No julgamento, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes , pode admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades, pois tratando-se de questão de inconstitucionalidade que vinculará todo o Tribunal de Justiça dos Estados, faz-se necessária a maior participação possível dos organismos com interesse no julgamento.

Note-se que, mesmo se o acórdão não for observado pelos juízes em primeira instância, será modificada nas Câmaras, face aos efeitos vinculantes da decisão do Órgão Especial, o que revela sua importância para todos os interessados.

Essa faculdade pode ser exercida pelos legitimados para a propositura da ação direta referidos no art. 103 da Constituição da República, podendo manifestar-se por escrito sobre a questão constitucional objeto da apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado no Regimento, sendo assegurado o direito de apresentar memoriais ou pedir a juntada de documentos (§ 2º do art. 482).

9. A importância do controle incidental.

O controle *incidenter tantum* é extremamente eficaz para assegurar a uniformidade das decisões de um Tribunal de Justiça do Estado, pois ao vincular todos os demais órgãos julgadores, embora sem a força da coisa julgada na ação

direta, que retira a força vinculante do preceito, serve para uniformizar os entendimentos e pacificar o conflito.

Assim, por exemplo, suponhamos que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça tenha considerado inconstitucional determinada lei ou ato normativo do Poder Público, que fundamentava a cobrança de determinado serviço de utilidade pública ou tributo.

O controle incidental no caso concreto, ao declarar o ato inconstitucional, vai vincular todos os demais órgãos a esta premissa, o que conduzirá todos os julgamentos a considerar que o ato é inconstitucional e se com base nele se cobra determinada prestação positiva ou negativa, o resultado desta premissa será decorrente do que se pede. Se a prestação é positiva, a lei ou ato normativo inconstitucional, não amparam a obrigação de fazer. Se é negativa, não poderá servir de desculpa para não ser praticado. Da mesma forma no caso de tributos inconstitucionais.

Note-se que os efeitos do controle incidental são mais eficazes do que os do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, pois o pedido neste tipo de ação normalmente consubstancia uma obrigação de fazer ou não fazer, e as partes no processo ou são o Ministério Público e o Estado, ou entidade de representação coletiva. Nesses casos, o consumidor, ou o hiposuficiente que necessita de remédios, por exemplo, não é parte, mas beneficiário da decisão, e em caso de demandas que busquem o fornecimento de medicamentos, ou defesa de direitos do consumidor, por exemplo, não terão a utilidade de subtrair a análise individual da condição de necessitado para obter o benefício, ou mesmo a de que o bem adquirido pelo consumidor se coloca na situação protegida pela decisão.

Assim, se tivermos, por exemplo, uma concessionária de serviço público cobrando tarifa com base em lei ou ato normativo inconstitucional, os efeitos do controle incidental serão mais abrangentes do que o de uma ACP, pois uma vez considerado inconstitucional no caso concreto, vincula todos os demais órgãos a esta premissa, tendo como conseqüência que a cobrança com base nele, por qualquer fundamento, seja considerada nula ou sem base legal.

Já os efeitos na ação civil pública, em relação à obrigação de fazer em favor dos beneficiários, como fato jurídico, determina a análise individual de que o mesmo é hipossuficiente ou detentor do produto defeituoso, pois como vimos, os efeitos ou limites subjetivos da coisa julgada se restringem as partes do processo.

No caso de tributos, preços públicos ou tarifas, cobradas com base em ato normativo (usado para gradação dos parâmetros legais) ou lei, se qualquer deles é considerado inconstitucional no controle incidental pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, os efeitos vinculantes nas Câmaras e nos juízos de 1ª instância, determinarão sempre que o silogismo da sentença, parta da premissa de inconstitucionalidade.

Em relação à 1ª instância por uma razão lógica. A consideração em contrário será modificada em qualquer órgão fracionário (Câmaras) face à vinculação à decisão do colegiado maior do Tribunal.

Nas Câmaras, pelo efeito vinculante do acórdão do Pleno em relação às mesmas.

(*) Luiz Fabião Guasque é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Reflexões sobre o papel do Ministério Público no processo penal brasileiro

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA (*)

Trabalho apresentado no Encontro de Búzios em abril de 2005, e que obteve aprovação, com indicação de publicação.

Adaptação do trabalho apresentado na Disciplina Tópicos Especiais de Direito, Professor: MS José Carlos Buzanello, curso de mestrado da UNESA, com conceito A, no ano de 2000.

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. O Ministério Público como função essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado: Quarto Poder?
3. A atuação do M.P. na área criminal.
4. Reflexões sobre o papel do Ministério Público no processo penal
5. Conclusões.
6. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO:

Prefacialmente, antes de adentrar no objeto específico da pesquisa, tecerei alguns comentários sobre a Instituição do Ministério Público, levando em conta a natureza das funções exercidas no processo penal brasileiro.

O Ministério Público é uma Instituição secular, tendo surgido na Europa nos idos do século XVIII. Mas, enfocando o tema em seu desenvolvimento histórico, analisarei a evolução da Instituição partindo do modelo português .

Conforme o ensinamento do jurista MIGUEL REALE [1], "é possível que a meditação da história nos torne mais conscientes das razões concretas da

---

[1] REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. São Paulo, 1956. p.10.

atividade jurídica, de maneira que as necessárias estruturas e processos formais, garantidores da justiça, não se convertam em rígidos entraves à atualização espontânea dos fins que compõem a constante ética do Direito".

Torna-se importante, e até mesmo imprescindível, ressaltar o retrospecto histórico das origens do nosso Ministério Público, especificamente em Portugal, com as características de modernidade, que teve seu início antes da *Ordonnance* de Felipe, o Belo, da França. [2]

No relatório encaminhado pelo primeiro procurador-geral da Coroa e Fazenda de Portugal, Dr. João Batista Ferrão de Carvalho Mártens, ao governo lusitano, o seu autor narra, de maneira muito clara, o perfil do desenvolvimento histórico do Ministério Público de Portugal, sustentando que o Direito visigótico, que vigorou por muitos anos no seu país, fixou ser a Coroa o centro do poder, pois o rei e o Estado "confundiam-se em relação ao domínio e o patrimônio real passava, assim, integralmente, de rei a rei", razão pela qual, ao contrário do particular, não dispunha o soberano, livremente, dos bens que lhe eram entregues, na condição de supremo administrador.

Visando salvaguardar tais bens, criou-se na legislação lusitana as magistraturas de procurador da coroa e de procurador da fazenda, incumbindo-lhes as funções de, em nome, no interesse e na defesa da sociedade representada na Coroa, "promoverem em prol dos interesses e dos direitos do Estado, e consultarem nos muitos e variados assumptos da administração que lhes eram submetidos".

Tal relatório oficial lembra, ainda, que mais tarde foram criados os juízos privativos da Coroa e da Fazenda e que "aos fiscaes privativos, que faziam parte dessa magistratura, cumpria em todos intender, aconselhar e promover conforme as leis".

Prossegue, ainda, o relatório que, em 14 de janeiro de 1289, sob o reinado de Afonso III, o cargo de procurador do rei assume um caráter de permanência, justamente na época em que os tribunais regulares começaram a ser organizados na Europa. "Conjuntamente com esses tribunais é que se formou a Instituição do Ministério Público."

A Magistratura portuguesa pouca, ou quase nenhuma, influência sofreu dos tribunais romanos, eis que criada com vista a uma nova ordem de relações e de necessidades. Isto ficou bem assentado pelo jurista Pascoal de Melo Freire, sem dúvida, um dos maiores juristas portugueses, apontando como exemplos a Corte da Suplicação e as Relações.

No relatório em comento, fica esclarecido que com a criação da Magistratura do Ministério Público, definiu-se, em lance posterior, as obrigações do procurador dos feitos do rei e de procurador de justiça. Por tais razões, estes eram

---

[2] Pierangeli, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*. 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 319.

magistrados, razão pela qual eram chamados a suprir as faltas de alguns magistrados no tribunal, visto serem membros, quando ordenava-se-lhes que vissem o fato como terceiro, salvo se for "em feito que elle ajudar ou vogar por nossa parte, ou da justiça, ficando assim bem distintas as duas ordens de funções de promover pelo rei e de promover pela justiça, da de julgar". Portanto, ao assumir funções judicantes, o Magistrado do Ministério Público, circunstância que não escapou aos letrados da época, despia-se da prerrogativa de promover os interesses reais, que abrangiam os da justiça. Hodiernamente, poder-se-ia dizer que os interesses da Justiça envolvem tanto a Magistratura, como o Ministério Público, aliás como bem assentado pela doutrina do Direito português.

Não se compreende, pelo menos aos olhos do estudioso do Direito, como as legislações de ambos os países, Brasil e Portugal, não tenham adotado o modelo de uma magistratura contendo as duas instituições, como ocorre na Itália, e, pior ainda, como pôde o legislador pátrio, até o advento da Constituição de 1988, atribuir ao Ministério Público funções de procurador dos interesses fazendários e do governo, que nem sempre se confundem com os legítimos interesses do Estado, e cujas atribuições devem ser confiadas à Advocacia-Geral da União e dos Estados-membros.

Nas Ordenações Manuelinas, as obrigações do Promotor de Justiça, tanto nas Casas de Suplicação como nos juízos das terras, ficaram bem definidas (Livro I, Título 15), quando, nas correições, o promotor era designado especialmente.

Tudo isto demonstra que a justiça portuguesa não obedeceu a parâmetros de outras legislações, e que foi criada para atender as suas próprias peculiaridades e às necessidades de seu povo. E foi essa justiça, com influência estrangeira apenas acidental, que veio a ser implantada no Brasil, principalmente a partir de 1609, pelo Alvará do Rei Felipe III, datado de 07 de março, que criou um tribunal na cidade de Salvador, com a denominação Relação do Brasil, que pode ser considerada como "a pedra angular da Justiça Brasileira" (grifos nossos).

Dispunha esse Alvará: "Haverá na dita Relação dez desembargadores, entrando nesse número o Chanceler, o qual servirá de juiz da Chancelaria; três desembargadores de agravos; um ouvidor-geral; um juiz dos feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, um promotor da justiça; um provedor de defuntos e resíduos; e dois desembargadores extravagantes". [3]

Com a vinda da Família Real para o Brasil, D. João VI, então Príncipe Regente, por Alvará de 22 de abril de 1808, criou o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e da Chancelaria e Ordens. Esse Alvará, no seu inciso III, criava um cargo de Promotor, que seria exercitado por um Magistrado nomeado pelo Príncipe-Regente.

---

[3] Costa, Edgard. *Efemérides Judiciárias*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1961. p. 142; Calmon, Jorge. "A Relação da Bahia, o primeiro tribunal de justiça do Brasil". Forum Internacional de Direito Penal Comparado. *Anais do Tribunal de Justiça da Bahia*: 1989, p. 40.

Com a nossa Independência política, já no período da Monarquia Constitucional, duas decisões do Imperador D. Pedro I, as de números 160 e 161, datadas de 21 de julho de 1825, que versam sobre a "remessa ao Promotor Fiscal dos excessos de liberdade de imprensa, de um exemplar do que se imprimir na Corte", demonstram que tal cargo seria exercido por um Desembargador, o que evidencia a similitude de tratamento concedida aos magistrados juízes e magistrados promotores de justiça, a ambos reservando-se o tratamento de excelência.

A mesma similitude de tratamento jurídico-adminstrativo se encontra nos Atos do Reinado de D. Pedro II, conforme Decreto 1.723 de 16.02.1856, que mandou "dar vista aos Desembargadores Promotores de Justiça dos Tribunais da Relação, de todas as apelações e ciência das decisões dos mesmos Tribunais, para que procedam....." "para arrazoarem o que for, em segunda Instância, a bem da Justiça". Mantinha-se, portanto, no segundo período imperial, a tradição e confirmava-se a origem histórica dos dois órgãos formadores da nossa Justiça. Assim, deve ser destacado que durante todo o transcorrer da história luso-brasileira, o promotor de justiça nunca pode ser identificado como procurador do rei, *les gens du roi*, como na França.

Todavia, o Ministério Público só viria a se constituir em órgão no período republicano, tendo o seu crescimento como instituição se identificado no Brasil com a reforma do Código de Processo Criminal do Império, operada com a Lei 261, de 03 de dezembro de 1841 e seu Regulamento 120, de 31.01.1842.

Com o advento da Constituição de 1891, que não cuidou devidamente da Instituição, ganhou corpo com a Constituição de 1934, que passou a exigir e a estabelecer os mesmos requisitos para escolha do Procurador da República (o atual Procurador-Geral da República) consoante os requisitos para escolha de Ministros da Corte Suprema, que seria aprovado pelo Senado. Na doutrina do Direito Processual Penal de então mantinha-se a identidade de tratamento entre as duas instituições, e era consagrado a nomenclatura de Magistrados a referir-se ao Ministério Público (THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI e ALFREDO VALADÃO).

Com as Constituições de 1937 (carta outorgada) e de 1946, foi mantido o tratamento igualitário entre a Magistratura e o Ministério Público, inclusive na questão dos estipêndios.

Destarte, observa-se que até mesmo no Direito Processual Penal, onde se fulcra a sua principal atividade, essa característica de parte revela um conteúdo especial, como o de parte *sui generis* (CARNELUTTI), parte imparcial (JOSÉ FREDERICO MARQUES), parte artificial, dada a autonomia que cerca sua atividade, do que resulta a situação de "órgão ativo do Poder Judiciário".[4]

Portanto, como dizia o saudoso Mestre WALDEMAR CÉSAR DA SILVEIRA, jurista e magistrado brihante: "O Ministério Público é livre no exercício do *jus*

---

[4] PETROCELLI, Biagio. "O Ministério Público, Órgão de Justiça." Revista *Justitia*, v. 61, pp. 173-189.

persequendi. Deve, portanto, concluir livremente pelo modo ditado por uma consciência de homem e de magistrado". [5]

Essa consciência de homem e de magistrado, reclamável do Promotor de Justiça e do Juiz, no exercício de suas atividades, conduz à própria finalidade da Justiça. Finalizando a introdução, vale citar as palavras do Desembargador J. B. DE ARRUDA SAMPAIO: "No cumprimento, entretanto, de suas atribuições, promotor e juiz, guardada a harmonia indispensável ao bom andamento do serviço público, agem eqüidistantes pela autonomia recíproca, mas irmanados pela mesma finalidade, em busca da verdade, real e jurídica, que consubstancia a realização da justiça". [6]

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO: QUARTO PODER?

Do ponto de vista de evolução histórico-institucional, a partir da Carta Constitucional de 1967, outorgada pelo poder militar, o Ministério Público, como instituição, sofreu sérias restrições no exercício de suas atribuições históricas, porque voltadas para a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade, muitas vezes conflitantes com os interesses imediatos do poder político central, que impunha pela força das armas sua dominação, e no campo político editava "normas" chamadas pela doutrina de "exceção", como os famosos Atos Institucionais, que tantas arbitrariedades permitiram aos detentores do poder político, ficando o Poder Legislativo apenas como órgão de referendo dos atos praticados pelo poder central.

Nesse triste momento histórico nacional, o Ministério Público chegou a integrar, pelo menos do ponto de vista formal, o Poder Judiciário, como órgão da Magistratura. Todavia, tal conotação funcional não chegou a ser efetivada do ponto de vista pragmático. Logo, com o advento da Emenda Constitucional nº 1/69, que alterou profundamente a Carta Constitucional de 1967, o Ministério Público, com tímidas atribuições, teve seus contornos constitucionais traçados, porém sem as garantias indispensáveis à efetivação da defesa dos interesses indisponíveis de uma sociedade democrática.

Todavia, após o advento da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar 40/81), que organizou o Ministério Público no âmbito nacional, traçando as normas gerais que inspirariam o atuar da instituição em todo o país, nos planos federal e estaduais, seguiram conquistas do ponto de vista institucional, como as garantias da inamovibilidade e da autonomia funcional, permitindo ao Promotor de Justiça o exercício de suas graves e difíceis atribuições, sem o risco da interferência política dos poderes da República.

---

[5] SILVEIRA, Waldemar César da. *Revista Justitia*, v. 2 (1940-1941), p. 391.

[6] ARRUDA SAMPAIO, J.B. de. "Relações entre Ministério Público e Magistratura." *Anais do 1º Congresso Nacional do Ministério Público*, v. 1, p. 25.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público teve grande desenvolvimento no país, sendo-lhe confiadas inúmeras atribuições, não só na área criminal, seu tradicional campo de atuação, mas também em outras áreas nas quais o interesse difuso, caracterizado pela homogeneidade do objeto que transcende aquele meramente individual, como ofensas ao meio ambiente, controle da atividade de finanças públicas (Ministério Público junto aos Tribunais de Contas), além das já tradicionais atribuições exercidas no campo processual civil, desde que recomendado pelo interesse público ou natureza da lide.

Destarte, os novos contornos constitucionais da instituição do Ministério Público consagrados na nova Carta Magna impuseram um enorme avanço do ponto de vista funcional, pois os seus membros passaram a contar com as mesmas garantias da magistratura (vitaliciedade, após dois anos de estágio probatório; inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), as quais visando dar autonomia e força institucional para a Instituição.

Nesse passo, com as garantias constitucionais asseguradas, na qualidade de **agentes políticos** (aqueles que tem o poder de interferir no processo político institucional na sociedade, com independência, e representando a sociedade), os membros da Instituição do Ministério Público puderam exercer os seus papéis, a eles confiados por lei (Lei nº 8625/93, a nova Lei orgânica Nacional do Ministério Público), atuando sempre na defesa dos interesses indisponíveis da sociedade.

Todavia, não concordo com a orientação doutrinária de alguns autores, [7] entre eles o grande mestre ALFREDO VALADÃO, que consideram **o Ministério Público um quarto poder**. E assim penso porque os contornos constitucionais vigentes mantém a tradicional tripartição de poderes de Montesquieu, dando ao Ministério Público as garantias da Magistratura judicante, mas, além de colocar o Ministério Público como Instituição independente e autônoma, não o considera Poder. E, *data venia*, não poderia ser de modo diferente, pois não se justificaria criar um quarto poder da República a pretexto de fortalecer a democracia brasileira, colocando o Ministério Público como um super-poder. Não é essa a natureza da Instituição, nem a sua vocação histórica, como tentei demonstrar na introdução deste trabalho.

De qualquer modo, a Magna Carta, ao cuidar da Magistratura no Capítulo III, como Poder de Estado, e o Ministério Público no Capítulo IV, entre as funções essenciais do Estado, como "*instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*", de certa forma consagrou uma divisão da Magistratura, em judicante e requerente, tal como concebido na legislação italiana, só que, no país peninsular, ambos pertencem a um único Poder, o Judiciário, e seus membros se alternam na função de requerer e de julgar. [8]

---

[7] PIERANGELI, José Henrique, obra já citada, p. 325.

[8] ATHAYDE BUONO, Carlos Eduardo de, BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana (reflexos no Brasil)*. São Paulo: RT, 1991. p. 41 *et seq*.

Na verdade, entendo que face as peculiaridades da nossa formação histórica, e da nossa ainda incipiente democracia, a estrutura traçada pela Constituição Federal de 1988 para o Ministério Público, como Instituição independente e autônoma, fora do Poder Judiciário, é a melhor maneira de fortalecer a Instituição, e mantê-la distante das interferências políticas de ocasião, devendo o Estado fornecer os meios materiais para que o Ministério Público possa efetivar suas graves e difíceis atribuições constitucionais.

3. Da atuação do Ministério Público na área criminal

3.1 Uma reflexão sobre o processo penal:

Como bem sustenta o Prof. Afrânio Silva Jardim [9], "A clara tendência de publicização do processo civil e o despertar para o estudo científico do processo penal tornam insustentável a posição de Guarneri e Albuquerque Prado. Os obstáculos que se apresentavam no processo penal à teoria unitária foram satisfatoriamente ultrapassados ao elevar-se a **pretensão** à categoria essencial do processo (grifos nossos),bem como ao detectar-se, dentro do processo penal de conhecimento, pretensões não condenatórias. A **sistematização do processo penal** sob o **prisma acusatório** (grifos nossos) também facilitou em muito a formulação de uma teoria geral".

Com inteira razão o professor Frederico Marques, quando afirma que o "processo, como instrumento compositivo de litígio, é um só, quer se trate de uma lide penal, quer quando focalize uma lide não penal. Instrumento da atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquele da justiça penal. Direito Processual Civil e Direito Processual Penal são divisões de um mesmo ramo da ciência do Direito, que é o Direito Processual. E isto porque o Processo, em sua essência, é um só, tanto na jurisdição civil como na jurisdição penal". [10]

Partindo dessas noções introdutórias, verifica-se que a norma penal incriminadora (tipo penal) cria para o seu destinatário o dever genérico de praticar determinada conduta ou de abster-se dela (crime omissivo ou comissivo). Paralelamente tem o Estado o poder-dever de exigir dos súditos um comportamento conforme esta norma penal, impedindo, coercitivamente, a prática de infrações, através de seu poder de polícia.

A rigor, até esse momento não existe o chamado *jus puniendi* do Estado. Este surge com o cometimento de uma infração penal punível.

Mas, vale relembrar, o melhor entendimento é que a punibilidade não é elemento ou requisito do crime, devendo ser entendida como a possibilidade de aplicação da sanção penal ao seu sujeito ativo.

---

[9] Jardim, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal – Estudos e Pareceres*. 3ª ed., Forense. 1990. p. 28.
[10] *Instituições de direito processual civil*, 2ª ed., pp. 48-49 do 1º vol.

Assim, o poder-dever de punir do Estado pressupõe:

3.1.1. a prática de uma infração penal (conduta típica, antijurídica e culpável o agente criminoso, na concepção finalista de WELZEL);

3.1.2. punibilidade do sujeito ativo da infração penal.

Conceito diverso tem a pretensão punitiva, deduzida na ação penal condenatória. Conforme ensinamento de CARNELUTTI, trata-se de uma exigência no sentido de que prevaleça o interesse do autor da ação na punição do réu, ordinariamente em detrimento de sua aspiração de manter a liberdade, ou, ao menos, o seu estado de inocência. Assim, pode-se assegurar que a pretensão punitiva é fato processual, praticado em juízo através do exercício da ação penal condenatória.

No processo penal, a pretensão punitiva é sempre insatisfeita, pois a pena não pode ser aplicada senão através do processo, em decorrência do interesse do próprio Estado de tutelar a liberdade do réu, direito indisponível - *nulla poena sine judicio.*

Assim, pode-se concluir que a pretensão punitiva do Estado existirá sempre mesmo que por uma circunstância reconhecida pelo próprio Direito Penal não possa ser acolhida pelo Estado-Juiz, como, por exemplo, no caso da prescrição, hipótese de extinção da punibilidade. Do mesmo modo, mesmo que o Estado julgue improcedente o pedido de condenação, a pretensão não deixará de existir. É efetivamente a pretensão uma categoria eminentemente processual.

Pretende-se agora examinar, no âmbito restrito do objeto do trabalho, os princípios fundamentais do processo penal que são o **da imparcialidade do juiz e o do contraditório** (grifos nossos). Todos os demais princípios são decorrententes destes dois princípios fundamentais, verdadeiros consectários lógicos.

Neste passo, o princípio da demanda ou da iniciativa das partes, próprio do **sistema acusatório** (grifos nossos), decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional restará viciada. O próprio princípio do "Juiz Natural", relativo à Jurisdição, tem como escopo assegurar adredemente a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais. Assim, exemplificativamente, no plano prático deve-se evitar a "escolha" pela parte do juiz para o julgamento da causa, devendo sempre haver prévia "distribuição" dos "feitos".

A grande dificuldade prática é harmonizar esse princípio da imparcialidade do juiz com o princípio da busca da verdade real, pois na medida em que se outorga poderes instrutórios ao juiz, corre-se o risco da perda da neutralidade judicial.

Por isso, a tendência moderna é retirar do juiz qualquer função persecutória, devendo a atividade probatória do juiz ficar restrita à instrução criminal, e mesmo assim, supletivamente ao atuar das partes.

O princípio do contraditório, com assento constitucional (art. 5º, LV), atende à estrutura dialética do processo penal acusatório e decorre da concepção liberal de que as partes são sujeitos da relação processual, titulares de direitos, deveres, poderes, sujeições e ônus.

Tal contraditório, como princípio, na clássica expressão é a bilateralidade dos atos processuais. As partes hão de ser postas em situação que as habilite a contrastar as afirmações e as provas produzidas, dando ao juiz farto material crítico.

Vale transcrever a citação de EDUARDO COUTURE [11]: "a Justiça se serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade. O eterno vir a ser, dizia HEGEL, obedece à dialética. Põe-se, opõe-se e compõe-se num ciclo que presume um começo e que só o alcança ao final. O todo e suas partes se integram reciprocamente ao imenso torvelinho. Fora dele, tudo perde o impulso e a vida. Nada é estável. Apenas o torvelinho é permanente".

O princípio da igualdade das partes no processo penal é uma conseqüência do princípio do contraditório, pois este sem aquele seria reduzido a uma simples abstração jurídica. Deste modo, a real garantia do contraditório pressupõe a igualdade substancial das partes, pois a igualdade meramente formal das partes acarretará o comprometimento do contraditório.

Assim, cabe ao aplicador do sistema processual fazer valer concretamente estes princípios, garantindo a ampla defesa no processo penal, sob pena de verdadeira iniqüidade com as normas constitucionais que inspiraram os princípios fundamentais ora examinados.

Resta examinar os princípios da publicidade e da oralidade. Quanto ao primeiro, a publicidade é fundamental, basilar, para a garantia daqueles outros princípios já examinados acima. Ademais, na sociedade moderna, se torna indispensável a fiscalização do povo sobre a atuação do poder público. Já o princípio da oralidade, hoje, é quase uma aspiração utópica da atividade jurisdicional, com algumas exceções, como o tribunal do júri, na sua fase final da instrução e julgamento em plenário pelo conselho popular, e no juizado especial criminal criado pela Lei 9.099/95, dois exemplos de aplicação da oralidade no processo penal pátrio.

Como asseverado pela doutrina, a volta ao princípio da oralidade, em toda a sua extensão, é condição *sine qua non* para que se resgate a credibilidade da Justiça Penal em nosso país. O excesso de apego ao formalismo que impera e emperra a Justiça cível, pela tradicional insegurança de uso de fórmulas sacramentais, e

---

[11] *Introdução ao estudo do processo civil*, COUTURE, p. 66.

brocardos em longos arrazoados forenses nada mais serve a não ser para a procrastinação e desmoralização da Justiça pátria. Justiça demorada e burocrática não faz prestação jurisdicional democrática porque não alcança os seus fins.

3.2 - o Ministério Público na trajetória publicista do processo penal:

A trajetória do processo penal do ponto de vista histórico, notadamente com relação às categorias básicas de Direito Processual Penal, é marcante no sentido de que evoluíram de uma visão privatística para concepções publicísticas. E foi essa evolução que culminou com o ganho da autonomia científica para o Direito Processual Penal, criando objeto, métodos e princípios próprios.

Assim, partindo de um sistema acusatório rígido e individualista, atingiu-se uma quase total publicização deste sistema, graças à criação do Ministério Público, como Instituição.

A acusação penal, originariamente, era privada. Outorgava-se ao ofendido ou a qualquer pessoa do povo a difícil e árdua tarefa de acusar publicamente aquele que tivesse praticado uma infração penal (crime ou contravenção penal).

Tal sistema privatístico de promoção da acusação penal implicava em que o Estado se mostrava absolutamente indiferente ao resultado da "batalha" processual, e o processo era tido como coisa das partes. Era conseqüência da sociedade liberal e individualista romana, e enfraquecia por demais a persecução penal.

Posteriormente, com evolução, surgiu, dialeticamente, o sistema inquisitorial, sob forte influência do Direito Canônico, encontrando campo fértil na Idade Média. Percebeu-se que ao Estado tocava primordialmente o interesse de combater e reprimir a criminalidade. O particular enfraqueceu-se na acusação, passando, então, o juiz a formular a acusação penal e a perquirir a prova, caindo por terra o frágil triângulo processual (*actum trium personarum*), formando-se uma relação linear entre o Juiz e réu, que passa a ser mero objeto de investigação, pois não se lhe reconhece direito algum no plano do processo - simples procedimento investigatório.

Desta forma, a investigação assim conduzida pelo juiz visava unicamente confirmar as suspeitas de antemão lançadas pelo juiz na sua acusação contra o réu. Com o surgimento do princípio da prova legal ou tarifada, os juízes, conhecedores do valor preestabalecido por cada prova, utilizavam-se de todos os meios para consegui-la, passando a extraí-la por meio de torturas ou recurso à crença religiosa ou mística. A confissão era a rainha das provas, porque fazia prova plena.

Assim, o processo foi utilizado pelo Estado não como um meio civilizado de descoberta da verdade e aplicação justa da lei penal, mas sim em forma de concretização do arbítrio e da opressão.

Nesse diapasão, era preciso evoluir, e então chegou-se a uma síntese da forma acusatória individualista e do brutal procedimento inquisitório. Era preciso retirar as funções persecutórias inquisitoriais das mãos do juiz, sem contudo afastar o Estado do processo na persecução penal.

Com o Ministério Público, assumiu o Estado, definitivamente, a titularidade da *persecutio criminis in judicio*, sem precisar comprometer a neutralidade judicial. As três funções processuais são entregues a sujeitos diversos, sem o retorno à acusação privada. O processo penal passou a ser antes de um meio para apurar a verdade real, igualmente, um instrumento de garantia da sociedade, passando a vigorar o princípio *nulla poena sine judicio*.

Deste modo, publicizou-se o sistema acusatório, passando o Ministério Público a encarregar-se da *persecutio criminis in judicio*.

Nos chamados "juizados de instrução", não se retirou do órgão jurisdicional a atividade persecutória preliminar, embora se estabeleça uma fase acusatória o julgamento. Parece que não há vantagens em tal tipo de juizado de instrução, já que, havendo contraditório na "inquisição" feita pelo juiz-instrutor (Magistratura do Ministério Público, como na Itália), como vem sendo declarado pela Corte Constitucional italiana, que declarou a inconstitucionalidade de vários dispositivos do Código de Processo Penal italiano que negava ampla defesa na fase preliminar, tornou-se muito difícil a apuração das infrações penais.

O nosso sistema apesar dos resultados práticos não muito animadores, muito em função do despreparo dos membros da Polícia, em todos os níveis, indo do material humano até o desaparelhamento ténico-científico, apresenta harmonia com a evolução do sistema acusatório no processo penal.

3.3 - o sistema acusatório no processo penal brasileiro:

Como é sabido, desde o século passado o legislador pátrio retirou do Juiz os poderes de polícia para apuração dos fatos criminosos, criando-se o inquérito policial presidido por delegados de polícia, autoridades vinculadas ao Poder Executivo.

É bom que se lembre que o inquérito policial não faz parte do processo penal, não é fase integrante do processo, podendo até ser dispensado em certos casos, conforme se vê das regras dos arts. 39, § 5º, e 46, § 1º, do Código de Processo Penal em vigor, desde que haja suporte probatório mínimo para lastrear a propositura da ação penal (a acusação penal).

Como bem assinalado pelo professor AFRÂNIO SILVA JARDIM [12], "o inquérito policial, além de fornecer justa causa à ação penal, destina-se a apuração das infrações penais com todas as suas circunstâncias e desempenha em nosso sistema

---

[12] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, 1990, p. 65.

processual uma função da maior relevância, pois permite ao titular da ação fazer uma imputação perfeitamente individualizada e certa, evitando-se processos prematuros e absolutamente infundados. A prova carreada para o inquérito não tem por finalidade o convencimento do juiz, mas apenas dar lastro probatório à eventual ação penal, tendo em vista que a simples instauração do processo, pelo *streptus fori*, causa dano social irreparável ao réu."

Aqui ingressa o Ministério Público, no âmbito do sistema processual acusatório, atuando inicialmente como acusador, submisso ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Todavia, no curso da instrução, ao tempo oportuno, e diante da prova produzida, deve pugnar pela correta aplicação da lei penal ao caso concreto, funcionando como *custos legis*, já que o Estado não tem interesse em ver acolher uma pretensão punitiva injusta, seja na sua essência (julgando procedente a pretensão punitiva do Estado), ou na quantidade ou qualidade da apenação imposta (sanção penal).

4. Algumas reflexões sobre a atuação prática do Promotor de Justiça:

4.1 - Atuação no procedimento dos juizados especiais criminais:

Com o advento da Lei 9.099/95, criando os juizados especiais criminais, inovou-se no direito processual penal pátrio. Com os novos institutos trazidos pela lei nova, a ação penal deixou de ser obrigatoriamente proposta pelo Ministério Público, pelo menos nos moldes ortodoxos até então existentes.

Nas chamadas infrações de menor potencial ofensivo, consoante o novo diploma legal em vigor (art. 76 da lei 9.099/95), está disciplinado que o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. É certo que, ao fazer a proposta, o Promotor de Justiça não ficou inerte; pelo contrário, ele se manifestou de acordo com a lei vigente. Aceito o benefício pelo autor da infração penal, ele sofrerá a pena, ainda que alternativa (não é pena de prisão). Nesse passo, alguns autores entendem que o princípio da obrigatoriedade da ação penal sofreu mitigação, com a introdução da proposta de pena alternativa feita pelo Ministério Público. Parece-me que não ocorre tal mitigação, eis que o Ministério Público, ao fazer a proposta de pena alternativa, está exercendo a provocação da jurisdição. O que não ocorre, se o autor da infração aceitar a imposição de pena alternativa, será o oferecimento de denúncia, da acusação formal do Ministério Público. Mas, a Jurisdição foi provocada pelo *Parquet*, não sendo hipótese de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Tanto é verdade que, uma vez não aceita a proposta, o Ministério Público deverá oferecer a denúncia oralmente. A mitigação vai ocorrer com relação ao outro princípio, o da indisponibilidade da ação penal pública, que não é respeitado na fase preliminar do procedimento em exame, e no procedimento sumaríssimo, se ocorrer a conciliação.

Na hipótese em comento, ocorre a denominada **transação**, instituto novo no direito processual penal pátrio, que se encontra regulado no art. 76 da lei 9.099/95, que vem a ser uma espécie de conciliação criada pela Constituição Federal de 1988 (art. 98, I).

A proposta de transação deverá partir, sempre, do Ministério Público e não do Juiz, pois trata-se de aplicação do **princípio da discricionariedade limitada**, o que conduz à conclusão de que somente ao Ministério Público, e só a ele, cabe optar pela apresentação da proposta, ou o oferecimento da denúncia. Mas, isto sim, em caso de não oferecimento da proposta, terá que fundamentá-la. Assim, entendendo o Promotor de Justiça não ser caso de arquivamento, por existirem elementos suficientes para a propositura da ação penal pública, **poderá (grifos nossos) propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa no caso de ação penal pública incondicionada**, tenha sido ou não efetuada a composição dos danos sofridos pela vítima (ofendido). Tal proposta será também possível no caso de ação penal pública condicionada, quando, não efetuada a composição dos danos sofridos pela vítima, o que acarretaria a extinção da punibilidade pela renúncia, tiver sido oferecida a necessária representação. Aqui faz-se necessária uma advertência: a vítima do ilícito não tem qualquer interferência na proposta de transação, que pode ser realizada independentemente de sua vontade.

Questão tormentosa e que vem sendo alegada nos tribunais superiores do país é a de que o instituto da transação penal violaria os princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência. Ora, a própria Constituição Federal prevê o instituto, não obrigando a um processo formal-ortodoxo, mas a um procedimento oral e sumaríssimo para o juizado especial criminal, garantido o contraditório e a ampla defesa. Por outro lado, a aceitação por parte do autor do fato criminoso da proposta não implica em confissão de culpa, não gerando reincidência.

Outra questão interessante na nova sistemática processual, afeta ao Ministério Público, vem a ser a denominada suspensão condicional do processo, impropriamente chamada por alguns autores de "*sursis*" processual.

Com o advento da Lei 9.099/95, mais um instituto de despenalização processual, a fim de se evitar nos crimes de menor gravidade a imposição ou a execução da pena. A suspensão condicional do processo é um dos meios de conceder crédito de confiança ao criminoso primário, estimulando-o a que não volte a delinqüir. Além do mais, é medida profilática de saneamento, evitando que o indivíduo que resvalou para o crime por circunstâncias, às vezes independente de sua vontade, não se submeta ao processo desde que cumpra as condições a ele impostas.

Neste instituto, se susta a ação penal após o recebimento da denúncia, desde que o réu preencha determinados requisitos e obedeça a certas condições durante o prazo prefixado, findo o qual ficará extinta a punibilidade, quando não der causa à revogação do benefício. A decisão judicial que decreta a suspensão

condicional do processo não julga o mérito nem discute a culpa, não absolve, não condena, não julga extinta a punibilidade, e, em conseqüência, não gera nenhum efeito penal secundário (reincidência *etc.*) próprio da sentença penal condenatória.

Só caberá a proposta de suspensão do processo nas infrações penais, cuja pena mínima, prevista em abstrato, for igual ou inferior a um ano. Ademais, por determinação legal, caberá a suspensão do processo não só nos crimes de menor potencial ofensivo, bem como nos demais delitos de competência do juízo comum e nas infrações penais da Justiça Especial (crimes eleitorais).

Aqui valem os mesmos argumentos já expendidos no tocante ao instituto da transação penal, relativamente à iniciativa da proposta de suspensão do processo. Trata-se de atribuição exclusiva do Ministério Público, conforme determina a lei (art. 89 da Lei 9.099/95), sendo uma atividade discricionária controlada, ou limitada ou regrada, não podendo constituir ao mesmo tempo um direito subjetivo do sentenciado. Ora, sendo o Ministério Público o titular privativo da ação penal pública, afastada a possibilidade de iniciativa e, portanto, de disponibilidade por parte do juiz (art. 129, I, da Constituição Federal), não pode a lei, e muito menos uma interpretação extensiva dela retirar-lhe o direito de pedir a prestação jurisdicional quando entende que deva exercê-la. Tal conclusão resulta da constatação que o nosso processo penal adota a separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador, não pode um usurpar a atribuição ou competência do outro. Por conseqüência, ao titular do *jus persequendi* pertence com exclusividade também a disponibilidade da ação penal quando a lei mitiga o princípio da obrigatoriedade. Assim, a possibilidade, em tese, de propor a suspensão do processo não retira do Ministério Público a titularidade da ação penal pública para possibilitar ao juiz a sua concessão à revelia do *Parquet*.

Relevante é a questão do não oferecimento da proposta pelo Ministério Público. Tal recusa do Promotor de Justiça não pode ser vazia, pois terá que fundamentar a sua recusa, nos termos da lei, já que a proposta de suspensão do processo é faculdade discricionária regrada do Ministério Público.

Finalmente, conclui-se o tema em debate com a afirmativa quanto à positividade da inovação da legislação em comento, dando mais agilidade à Justiça penal e voltando a consagrar o princípio da oralidade, este como fundamental para a celeridade da prestação jurisdicional em nossos dias.

4.2. Da atuação do Promotor de Justiça nos procedimentos do juízo comum e do tribunal do júri:

Na área de atuação junto à justiça criminal, tradicionalmente nos juízos comuns ordinários e tribunais do júri, a presença do Ministério Público representando o Estado precisa ser entendida, pois não é efetivamente um mero acusador, como muitos operadores do Direito sustentam.

Na verdade, como já apontado na introdução deste trabalho, a evolução histórica da Instituição do Ministério Público gerou um agente político com a função de parte imparcial. Difícil é o exercício de tal mister. Deve o Promotor de Justiça, atuando como órgão acusador no limiar da persecução criminal, com base no inquérito policial ou outras fontes de prova, como a coleta de depoimentos diretamente pelo órgão ministerial, deflagrar a ação penal pública.

Mas, mesmo neste momento da atuação funcional do Ministério Público, estará o Promotor de Justiça afeto ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, bem como igualmente acoplado ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública, devendo iniciar a *persecutio criminis in judicio*, desde que convencido pela investigação policial ou outras peças de informação, da ilicitude da conduta do autor da infração penal, obviamente atendidas as hipóteses em que a lei penal exige condições de punibilidade.

Todavia, o marco importante de toda a atuação funcional do Promotor de Justiça, na ação penal pública, será sempre a independência funcional que é imanente a tal exercício, no que tange ao magistrado, bem como no que concerne até mesmo à chefia da Instituição. Não é o membro do Ministério Público, de forma alguma, subordinado a orientações de qualquer natureza, não se aplicando o princípio hierárquico vigente na estrutura da administração pública em geral, aplicável aos servidores públicos comuns.

Não se trata de privilégio odioso, como pode parecer à primeira vista, posto que a natureza da função do Promotor de Justiça, que possui garantias constitucionais de independência funcional, exige que deva atuar com toda a independência, visando a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade.

Para tanto, se, ao final da coleta da prova do processo, se convence da não veracidade das provas colhidas, **não só pode como deve** pugnar pela absolvição do réu. Com efeito, tal comportamento do Promotor de Justiça não é e esdrúxulo, pois tem guarida do próprio Código de Processo Penal, e resulta como corolário lógico do sistema processual acusatório vigente em nosso país.

No tribunal do júri essa independência funcional é extremamente importante, principalmente porque o Promotor de Justiça, ao perceber que, por autoritarismo da Polícia, ou de outros canais de produção de informação, possa se condenar um inocente, como infelizmente algumas vezes já se viu ocorrer, deve veementemente lutar e sustentar pela absolvição do acusado, ainda que custe a insatisfação de grupos sociais com o resultado do caso concreto.

A viva experiência, por cerca de 12 (doze) anos, de atuação como Promotor de Justiça, inclusive no Tribunal do Júri, permite o opinamento informativo aqui externado, com a vivência dos casos concretos. Não foram poucos os casos concretos em que este mestrando, na condição de Promotor de Justiça, teve que lutar pela absolvição de acusados, até mesmo sofrendo críticas de advogados contratados por familiares de vítimas, na assistência da acusação, quando percebeu, já na etapa final de processos do júri, em plenário de julgamento, que

a prova produzida na Polícia e em juízo, com o auxílio de familiares da vítima, nada mais era do que prova "tarifada", como aquelas produzidas no processo inquisitório da Inquisição medieval.

Assim, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais e coletivos indisponíveis só poderá ser feita mantendo-se a independência funcional da Instituição do Ministério Público. Não se pode, como pretendem alguns desavisados, transformar o Ministério Público em órgão dirigente de Polícia, sob o argumento de que a Polícia não funciona a contento e as investigações policiais, por motivos vários, não chegam a resultados satisfatórios.

Torna-se fundamental que a sociedade entenda que a Justiça Criminal não pode prescindir de um Ministério Público independente eqüidistante da Polícia e da Magistratura judicante. Tal afastamento não implica em que o Ministério Público não deva atuar na investigação policial, pois, como órgão fiscal da lei, (*custos legis*) deve, sempre que possível, atuar na feitura da investigação policial.

É salutar que a Polícia, especialmente a denominada pela doutrina de Polícia Judiciária, a quem incumbe por lei a instauração, de ofício, de inquérito para apuração de todas as circunstâncias dos delitos, seja comandada por policiais de carreira, com experiência e capacitação técnica. Para tanto, é mister que o Estado, efetivamente, aparelhe a instituição policial, valorizando o homem policial e dando-lhe condições dignas de trabalho e subsistência, atuando o Ministério Público ao lado da Polícia, fiscalizando-a e apoiando-a para apuração da verdade, escopo maior da ciência processual penal, como forma de manutenção da ordem pública e paz social.

5. Conclusão

5.1- Como sustentou o eminente professor Afrânio Silva Jardim, em obra citada no texto deste trabalho, o Ministério Público, como Instituição emergente do obscuro período medieval, do processo inquisitorial (do Juiz-inquisidor), em que a prova era apresentada pelo Juiz, que acusava o réu de um delito, e se propunha a comprovar a acusação, para confirmar as suas suspeitas, é o verdadeiro "ovo de colombo" do processo penal moderno;

5.2- A Polícia, no entendimento deste mestrando, não deve ser subordinada ao Ministério Público, do ponto de vista hierárquico. Assim, deve o Estado criar mecanismos legais em que possa o Ministério Público efetivamente fiscalizar a Polícia, em verdadeiro controle externo da atividade policial, conforme já nominado na Constituição Federal (art. 129, inciso VII). Na verdade, por

injunções políticas, até hoje a União federal não editou lei complementar, tendo o chefe do Executivo vetado o dispositivo da Lei Federal 8625/93 que revogava o Código de Processo Penal, determinando a remessa do inquérito policial diretamente ao Ministério Público, ao invés de manter a anacrônica atribuição burocrática do juiz de despachar inquéritos policiais, com absoluta perda de tempo, que só contribui para a impunidade;

5.3- A investigação policial, mesmo presidida por policial de carreira, deve merecer o controle efetivo do Ministério Público, fiscalização externa da atividade policial, com mudança na legislação ordinária, devendo o Promotor de Justiça atuar no inquérito, sempre, no curso da investigação, e não somente, como sói acontecer, ao final dos trabalhos policiais;

5.4- A polícia deverá submeter o trabalho investigatório, sempre ao Ministério Público, que é o titular da ação penal pública, e não ao juiz, que não pode se imiscuir na investigação policial, pois a experiência histórica já demonstrou o desastre do chamado juizado de instrução;

5.5- O "juizado de instrução" que funciona na Europa em alguns países, como na Itália, não é presidido por Juiz, como pensam alguns desavisados. É que naquele país o Ministério Público é órgão do Poder Judiciário, e independente da Magistratura Judicante, sendo certo que os juízes judicantes e os Magistrados do Ministério Público se alternam no exercício das respectivas funções, o que não é, *data venia*, saudável para o processo penal democrático.

5.6- As funções persecutórias do Magistrado Penal, no âmbito do poder de ordenar diligências no inquérito policial, não foram recepcionadas pela Carta Magna e, portanto, dentro do processo penal acusatório, com nítida separação entre as funções de investigar, acusar e julgar, o Juiz deve ser afastado da condução de linhas de investigação, com isto propiciando ao Ministério Público que assuma o seu papel traçado pela Constituição, de verdadeiro guardião da Sociedade, e parte desinteressada do processo, não sendo lícito concluir que a função de *custos legis* (fiscal da lei), inseparável da função ministerial, venha a afetar a natureza de parte instrumental do processo, devendo sempre opinar livremente nas ações penais.

5.7- O afastamento do Juiz da investigação é imprescindível para o aperfeiçoamento do processo penal pátrio, devendo o Ministério Público ser aparelhado para cumprir a sua missão de fiscalizador externo da atividade policial, que deve ser realizada no inquérito e durante as investigações, acompanhando de perto o trabalho da Polícia Judiciária, sendo importante a regulamentação por lei federal da norma constitucional que prevê o controle externo da atividade policial pelo *Parquet*.

5.8- A neutralidade do Juiz Penal no processo penal permite a atuação eqüidistante do magistrado com relação às partes, devendo o Juiz Penal realizar profícuo trabalho de exame preambular da inicial acusatória, especialmente das condições genéricas do direito de ação, dos pressupostos processuais de existência e validez do processo e da justa causa para a ação penal, deixando a imputação inicial para o órgão de acusação, e somente apreciando a capitulação formulada, salvo casos excepcionais de inépcia, para o momento maduro do processo.

5.9- Nas hipóteses de infrações penais praticadas por pessoas com direito ao foro especial por prerrogativa de função, inclusive membros do Poder Judiciário, a investigação deve ficar a cargo do Ministério Público e não de qualquer órgão da magistratura, pois não se pode excepcionar o sistema acusatório adotado entre nós pela Carta Magna, permitindo, agora, ao *Parquet*, com as garantias inerentes às suas relevantes funções, assumir a investigação em casos tais, e oportunizando ao Poder Judiciário ampla possibilidade de rejeitar a imputação, dando-se aos imputados oportunidade de ampla defesa, com os recursos que lhe são inerentes no processo penal democrático e contraditório.

6. Referências Bibliográficas:

6.1 Mazzilli, Hugo Nigro. "As Investigações do Ministério Público". **In:** *Revista da APMP*, Revista. S. Paulo, APMP Revista, 3, VIII, (28): 52-53, ago/set. de 1999.

6.2 Calheiros Bomfim, B. *Constituição da República Federativa do Brasil.* 7ª ed., Destaque, 1997.

6.3 Jardim, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal – Estudos e Pareceres.* 3ª ed., Forense, 1990.

6.4 PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídico-Penais*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

6.5 ARAÚJO, Carla Rodrigues de. *Juizados Especiais Criminais*. 1ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1996.

6.6 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 3ª ed., Atlas, São Paulo, 1998.

(*) NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Democracia e Regime Democrático

REIS FRIEDE (*)

Recentemente, alguns autores têm manifestado a idéia de que a *democracia* e o chamado *regime democrático* - em sua tradução *material* (derivada, por seu turno, da necessária associação entre os *Estados* de **legitimidade** e de **legalidade**) - constituem-se, na qualidade de conceitos elementares da Ciência Política, muito mais em uma *resultante estrutural dialética*, relativamente a um *processo histórico-factual* de uma Sociedade, de nítida feição político-ideológica, do que propriamente em um *modelo concepcional* de *regime político* que poderia, em tese, ser implantado, aleatoriamente, conforme *desejo formal*, de algum modo, manifestado por um *povo* ou - o que é mais comum - por uma *classe ou grupo governante*.

Assim, a *liberdade individual*, na qualidade de um dos pilares do *regime democrático*, por exemplo, estaria, neste diapasão analítico, muito mais associada ao *grau de maturidade sócio-política* (nível de conscientização popular) de uma *coletividade organizada* e, portanto, do patamar de *civilização* obtido por uma *sociedade* em seu desenvolvimento histórico-político, do que condicionado a simples vontade manifestada por qualquer meio formal, de índole político-jurídica (*v. g.* assembléia nacional constituinte), de implantação (artificial) de uma *democracia*.

Em outras palavras, segundo esta nova orientação doutrinária, simplesmente não seria viável a implantação (por simples vontade manifesta) do denominado (e almejado) *regime democrático*, com todas as suas inerentes conseqüências, em *Estados* cujos cidadãos ainda não atingiram as condições mínimas de convivência ética e moral, até porque, comprovadamente, não é possível *ultrapassar*, por simples manifestação unilateral de vontade, *estágios naturais de desenvolvimento* e, igualmente, *suprimir pressupostos básicos* de *amadurecimento social* que, necessariamente, envolvem não somente um processo educacional complexo e verdadeiramente eficiente, mas também fatores históricos genuinamente revolucionários em sua acepção mais ampla.

(Neste sentido, TOM DWYER, conhecido sociólogo neozelandês radicado no Brasil (*Globo*, 4 de setembro de 2005, p. 39), salienta, com mérita propriedade, que a *pobreza* ou mesmo as *desigualdades sociais* não são, por si só, suficientes para explicar o fenômeno da *violência* e da *desordem urbana* em situações de

momentânea ausência (ou impotência) do *Estado*, citando, exemplificativamente, por um lado, o comportamento exemplar dos cidadãos norte-americanos residentes em Nova York durante o apagão de 1965, ou dos países asiáticos atingidos pela tsunami de 2004, em contraposição crítica, por outro, à situação caótica no Iraque (supostamente democratizado) de 2005, ou o permanente clima de pré-guerra civil existente no Rio de Janeiro, notadamente nos últimos dois anos, ou mesmo a degradação social observada nos três estados mais atrasados dos EUA (Mississipi, Louisiana e Alabama) durante a devastação do furacão *Katrina* em 2005, buscando, por fim, demonstrar onde efetivamente se encontra a *parte civilizada* da população mundial.)

Destarte, é forçoso concluir – no estrito contexto desta linha de pensamento – que todos os *países* que, hoje, podem ser inequivocamente reputados *Estados democráticos de direito* – realizando todos os atributos e características inerentes às *democracias materiais* (substantivas), bem como usufruindo a plenitude do *Estado constitucional*, associativo dos paradigmas da *legitimidade* e da *legalidade* – passaram, em algum momento histórico, por algum *processo político estrutural* de grande envergadura (revolucionário, em alguma medida) que permitiu, em última instância, a institucionalização da verdadeira *democracia* e do correspondente *regime democrático material*.

Sob este prisma analítico, a INGLATERRA (Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte) e a FRANÇA (em função, respectivamente, da *Revolução Gloriosa* (1666/1689) e da *Revolução Francesa* (1789/1799) que transformaram, em última análise, a concepção estrutural da *soberania* originariamente *teocrática* em *democrática*) seriam, hoje, *democracias consolidadas*, da mesma forma que os EUA (em decorrência da *guerra civil americana* (1861/1865)), a ALEMANHA e ITÁLIA (em função do nazismo (1933-1945) e do fascismo (1919/1943)), e a ESPANHA e PORTUGAL (respectivamente, por conseqüência dos *períodos Franquista* (1939/1975) e de SALAZAR (1932/1974)).

(É oportuno registrar que a plenitude do *regime democrático* alemão atual, a exemplo de todos os demais casos citados, não foi imediatamente instaurado, após o fim do *regime nazista* em 1945 (muito embora tenha sido conseqüência direta do nível de conscientização popular auferido através do reconhecimento das barbáries praticadas, direta ou indiretamente, pelo povo alemão). Ao contrário, a *democracia* foi lentamente conquistada e, especialmente, consolidada, nos anos posteriores ao pós-guerra, até atingir a situação de relativa plenitude nos anos 70.)

Nos chamados *países periféricos* e em todos os demais *Estados* que, por razões políticas e históricas, não experimentaram *processo semelhantes* (limitando-se apenas a copiar – por vontade própria ou por imposição estrangeira – modelos democráticos estabelecidos), ao reverso, a *democracia* e o *regime democrático* têm se traduzido, destarte, em uma *forma de organização política* fundada restritivamente não só em *aparentes liberdades* (situação em que a *normatividade jurídica* não possui plena efetividade), mas, especialmente, em verdadeiros "*feudos*" da era contemporânea, em que o *populismo assistencial* (e o correspondente

"controle indireto das massas") é a principal tônica governamental (caracterizando o que se convencionou designar por "*democracias formais ou aparentes*").

(É o caso de praticamente todos os países da AMÉRICA LATINA na atualidade, com ênfase no emblemático exemplo da VENEZUELA de HUGO CHAVEZ. Segundo longa e detalhada análise realizada por DIOGO SCHELP (*Veja*, 14 de dezembro de 2005, pp. 156 e segs.), antes da era CHAVEZ, o país era controlado por dois partidos da elite venezuelana que por décadas se restringiram a criar uma estrutura estatal perdulária, ineficiente e, sobretudo, corrupta. Em 1999, eleito através de regras reputadas democráticas, CHAVEZ assumiu a presidência da República, alterou a Constituição e, com o vertiginoso aumento dos preços internacionais do petróleo, transformou a PDVSA (e os lucros com a venda do petróleo) em uma máquina de comprar apoio político *interno* (retirando US$ 3,7 bilhões / ano para programas sociais, por exemplo) e *internacional* (vendendo a preços subsidiados óleo para diversos países latino-americanos), além de estruturar uma milícia armada com aproximadamente 100.000 homens. Não obstante as estatísticas de 2005, a classe média encolheu 57%, o número de pobres aumentou 25%, o desemprego cresceu de 11% para 16%, metade das indústrias fechou, os empregos informais aumentaram 45%, a inflação subiu de 11% para 17% ao ano, o investimento estrangeiro caiu pela metade e a dívida pública dobrou; CHAVEZ, neste mesmo ano, contava ter o inconteste apoio de metade dos venezuelanos (a parcela mais pobre, cativada através de políticas assistencialistas), além de ter consolidado o seu poder por meio de *plebiscitos* em que obteve ampla maioria. Nas eleições legislativas de 2005, obteve vitória esmagadora (graças ao boicote das oposições) e, paradoxalmente, apesar de defender a *democracia participativa* em detrimento da *democracia representativa*, não se preocupou em explicar a pífia participação de apenas 25% do eleitorado neste pleito. Descobriu-se, também, que CHAVEZ, através do emprego de máquinas de identificação digital, conseguiu catalogar a orientação político-eleitoral de 12 milhões de eleitores durante o referendo de 2004, criando uma listagem batizada de "Maisanta" com informações que privilegiam os aliados em detrimento dos adversários em todos os níveis (obtenção de empregos públicos, emissão de passaportes, acesso a auxílios sociais, *etc.*). Além de tudo isto, há um quase controle absoluto do *Estado* venezuelano pelo governo (formalmente) democrático de CHAVEZ: o Ministério Público é encarregado de processar os adversários sob acusação de "traição à pátria"; 80% dos magistrados têm contratos temporários (muitos de apenas três meses) que não são renovados caso julguem de forma contrária aos interesses governamentais; os nomes de mais de 20.000 trabalhadores da PDVSA (a estatal petrolífera venezuelana), demitidos depois de uma greve contra CHAVEZ, estão registrados em uma "lista negra", proibidos de trabalhar em qualquer órgão público ou na iniciativa privada (sob pena de represálias fiscais do governo); empresários que se envolvam em atividades políticas de oposição são submetidos a uma devassa fiscal; entre outras incontáveis e semelhantes iniciativas. O uso da *pseudodemocracia* para destruir a denominada *democracia formal*, resta assinalar,

neste contexto, não é original, como bem salienta DIOGO SCHELP. ADOLF HITLER era líder de uma bancada parlamentar eleita com 33% dos votos quando foi democraticamente escolhido *chanceler* da ALEMANHA. Um ano depois, ele acumulou o posto de *presidente*, deixado vago pela morte do marechal HINDENBURG, obtendo para isso a comprovada e inconteste aprovação dos alemães em *plebiscito*. Nos anos seguintes, fechou sindicatos, suprimiu a liberdade de imprensa e gradativamente eliminou os demais partidos. Tanto na VENEZUELA dos dias atuais, como na ALEMANHA do passado, tudo isto somente é ou foi possível em função das *frágeis estruturas institucionais* e do *baixo grau de maturidade política* inerentes à chamada *democracia formal ou aparente* lá existentes. Tanto é verdade, que o país mais estável da AMÉRICA LATINA atual, ou seja, o CHILE (onde é impensável uma aventura política *chavista*), louva-se, curiosamente, de também ter experimentado a ditadura mais longa e rígida do continente (ou seja, o governo PINOCHET (ou sua interferência direta) de 1973 a 1997), criando, em alguma medida (ao menos comparativa), parte das pré-condições para o estabelecimento de uma *democracia* - relativamente mais substantiva que suas congêneres latino-americanas.Também, cumpre assinalar, em necessária adição conclusiva, que, paradoxalmente, alguns governantes democraticamente eleitos, no âmbito destes regimes meramente *formalistas*, foram, durante o transcurso político de suas respectivas existências, afastados por movimentos populares, durante a plena vigência de seus mandatos eletivos, sem qualquer respeito à normatividade constitucional e aos procedimentos legais expressamente previstos no âmbito de seus correspondentes constitucionalismos (*v. g.* os governos DE LA RUA / ARGENTINA - 1999/2001 e GUTIÉRREZ/EQUADOR - 2002/2005).

Oportuno acrescentar que, por razões *ideológicas*, também resta impossível (ou, ao menos, improvável) a instauração de autênticos *Estados democráticos de direito* (*democracias materiais plenas)* em países cuja concepção estrutural de *soberania* não seja de efetiva orientação *democrática* ("todo poder emana do *povo* e em seu nome é exercido") e sim *teocrática* ("todo poder emana de *Deus* e em seu nome é exercido"), como é o caso típico dos diversos *Estados* que abrigam *Nações* muçulmanas das mais variadas e diferentes orientações (xiitas, sunitas, *etc.*).

(Exatamente por isto a veemente crítica à ingênua (e fracassada) tentativa estadunidense de impor ao secular IRAQUE (curdo, xiita e sunita), em um tempo extremamente reduzido e sem qualquer fato revolucionário ou de natureza assemelhada, um *regime democrático* fundado em uma *concepção estrutural de soberania* completamente diversa (e ininteligível para a cultura milenar iraquiana) da enraizada *ideologia teocrática* inerente ao mundo muçulmano. Aliás, lição, lamentavelmente, não aprendida mesmo após o desastrososo episódio concernente à anterior tentativa de democratização do IRÃ (Pérsia) em 1979, realizada através da igualmente desastrosa *"política de direitos humanos"*, empreendida pelo governo JIMMY CARTER (1976-1980), que acabou por permitir, de forma descontrolada, a derrubada do regime do Xá REZA PAHLEVI (1953/ 1979) e sua indesejável (porém, previsível à época) substituição pela *teocracia totalitária islâmica* dos Aiatolás KHOMEINI (1979/1989) e KHAMENEI (a partir de

1989).Não é por outro motivo que, historicamente (especialmente no período pós-guerra), a política norte-americana para o SUL DA ÁSIA e para o ORIENTE MÉDIO tem se pautado não só pela *implantação*, mas, sobretudo, pela *manutenção* (através de sólido apoio político, econômico e militar) de *regimes de força* pró-ocidentais que permitam não só evitar os riscos inerentes à implantação descontrolada e generalizada do *totalitarismo islâmico*, mas igualmente manter um relativo controle sobre uma região extremamente importante sob o ponto de vista geopolítico.Ainda assim, é fonte de permanente preocupação, por parte dos principais estrategistas da comunidade político-militar estadunidense, as constantes *bravatas* declaradas, particularmente pelo governo GEORGE W. BUSH , quanto à existência de projetos (ou, no mínimo, instruções) para a implantação de *regimes democráticos* em países que gozam de relativa estabilidade política, como o EGITO, a ARÁBIA SAUDITA e o PAQUISTÃO (este último, inclusive, detentor de armas nucleares).)

Finalmente, resta consignar, em necessária síntese conclusiva, que por motivos não propriamente *ideológicos* (uma vez que a concepção estrutural de *soberania*, na hipótese vertente, também é, a exemplo dos regimes ocidentais, de *índole democrática* somada ao fato também relevante de que os ideais *comunistas* já foram há muito sepultados), mas, ao reverso, de *natureza essencialmente pragmático-conjuntural*, a implantação (pelo menos a curto e médio prazos) de genuínos *Estados democráticos de direito* em países centrais, ex-protagonistas do período histórico conhecido por *guerra fria* - como a RÚSSIA (antiga URSS) e a CHINA - igualmente se apresenta pouco provável, sendo muito mais plausível, em virtual contraposição, que os mesmos venham a desenvolver inexoráveis formas peculiares de *democracia formal*, intenção esta - vale frisar - já incisivamente manifesta por VLADIMIR PUTIN quando expressamente pontuou, em discurso para a Comunidade Internacional, por ocasião do atentado terrorista em BESLAM (2004), que a RÚSSIA "não se curvará à pressão internacional para copiar *modelos democráticos estrangeiros* (não adaptáveis à realidade russa), até porque desenvolve *solução democrática* própria".

(Nestes países, cumpre assinalar - não obstante o longo período de *totalitarismo radical* experimentado - o regime anterior não foi propriamente "*derrubado*" (de forma diversa do *nazismo* na ALEMANHA, do *fascismo* na ITÁLIA, do *franquismo* na ESPANHA, *etc.*), não permitindo forjar a mesma *experiência estruturante* e, conseqüentemente, conquistar os mesmos *resultados* viabilizados, em última análise, no que concerne à instauração do (supostamente almejado) *regime democrático material*.)

(*) REIS FRIEDE é Desembargador Federal e Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito/UFRJ, é Mestre e Doutor em Direito e Autor, dentre outras, da obra "*Curso de Ciência Política e de T.G.E.: Teoria Constitucional e Relações Internacionais*", Forense Universitária.

O Afeto e a Dignidade como Centro do Direito de Família: A Inconstitucionalidade da discussão da culpa na separação judicial e a nova parentalidade à luz do Código Civil.

"O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida" - PIETRO PERLINGIERI.

ROSANA BARBOSA CIPRIANO SIMÃO (*)

1. SUMÁRIO:

Tendo em vista as mudanças sócio-culturais que dão base à superestrutura jurídica, passou-se a centrar as atenções na realização do homem enquanto pessoa, sujeito de direitos, seja em sede de Direito Público, seja em sede de Direito Privado.

Deveras, no Direito de Família, houve grandes mudanças, passando-se de uma sociedade **patriarcal, matrimonializada** e **hierarquizada** para a valorização do afeto como fundamento de proteção às instituições familiares.

Assume a família seu papel social enquanto sustentáculo e fonte de apoio para a realização de seus integrantes.

Toda a disciplina referente a este ramo do Direito submete-se a esse conjunto de valores inspirado pelos princípios positivados notadamente na Carta Magna pátria.

Há a constitucionalização do Direito Civil sendo certo que o Código Civil deixa de ser diploma e fonte única legislativa para aceitar cotejo com microssistemas que prestigiam a proteção dos direitos de personalidade, especialmente, a dignidade do ser humano.

Nesse novo contexto, questiona-se a praticidade e real necessidade da discussão da culpa em sede de separação judicial litigiosa.

A exposição da esfera íntima dos cônjuges viola seus direitos de personalidade e, por via de conseqüência, qualquer legislação nesse sentido torna-se flagrantemente inconstitucional.

Com as novas técnicas de reprodução assistida, há toda uma revolução nas regras acerca da parentalidade e as questões referentes à investigação de paternidade devem ser adequadas à busca do Melhor Interesse da Criança para adequar-se à doutrina de proteção integral à pessoa em formação (art. 227 da Constituição da República).

Os operadores do Direito devem estar atentos para dar efetividade aos novos valores que permeiam as relações interpessoais em sede das quais as conseqüências do desafeto se submetem à apreciação do MINISTÉRIO PÚBLICO e demais aplicadores do Direito de família.

2. Evolução do Direito de Família (considerações pontuais)

Antigamente, a noção de família estava muito atrelada à idéia de proteção do Estado à união selada entre homem e mulher pelo sacramento do matrimônio em que se vislumbrava, com clareza, objetivos de segurança patrimonial e procriação. Havia forte interferência da Igreja Católica nos assuntos políticos (neste aspecto incluídas diretrizes legislativas e jurídicas) e vice versa.

A noção de propriedade era o eixo das Ciências Jurídicas e, portanto, seus diversos ramos eram pautados pela idéia de circulação de riquezas.

Em sede contratual e obrigacional, destacava-se a livre manifestação de vontade e intervenção mínima do Estado e o Direito de Família era articulado de forma a prevalecer a vontade do homem, eis que chefe da sociedade conjugal.

Nesse sentido, todo o sistema construído de presunção de paternidade do marido (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), imposição da monogamia (através de técnicas legislativas tais como a criminalização do adultério *etc*), exercício do pátrio poder, visavam a garantir a segurança das transferências patrimoniais (notadamente em termos de direito sucessório) e exercício da autoridade do varão sobre a pessoa dos filhos e da mulher.

De fato, a filiação oriunda do casamento era tida como legítima (distinguindo-se dos filhos ilegítimos - dentre os quais, os incestuosos e adulterinos) e havia exclusão de outras formas familiares que não a oriunda do matrimônio com várias conseqüências de cunho sucessório e em termos de proteção do Estado.

Ressalte-se que no Direito Romano existia a idéia do *pater familias*, que tinha direito de vida e de morte sobre as pessoas que integravam a família, sendo certo que a distinção entre filhos (conforme fossem gerados no seio matrimonial ou não) corroborava todo esse panorama de família **patriarcal, matrimonializada** e **hierarquizada** adotada pelo Direito brasileiro.

Paulatinamente, houve uma mudança de paradigmas, deslocando-se o enfoque jurídico das relações patrimoniais para as pessoais, é dizer, foi-se incorporando no arsenal político e juridicamente organizados, valores metaindividuais, de valorização do ser humano, de busca da realização da pessoa através da proteção de direitos inerentes à personalidade.

O homem (e não a propriedade) é o centro do Direito e, nesse aspecto, todas as circunstâncias necessárias para sua realização pessoal e afirmação como ser humano são enfatizadas.

Na atualidade, a idéia de entidade familiar não está associada, necessariamente, ao casamento e nem este ao mero objetivo de procriação ou

legitimador de relações sexuais geradoras de uma filiação denominada legítima. É viável a existência de casamento sem procriação; procriação sem casamento; relações sexuais sem casamento e até mesmo procriação sem relações sexuais (em razão das inovadoras técnicas de reprodução assistida).

Mudam-se conceitos, paradigmas, objetivos; a família é palco de realização de seus integrantes, sede de manifestação de afetos no qual é protagonista o amor e também gerador de efeitos jurídicos.

Para a efetivação desse novo pensamento, foram sendo incorporadas nos textos legislativos regras programáticas (de conteúdo normativo) garantidoras da proteção dos direitos da personalidade sendo certo que, no Direito pátrio, o ápice desse movimento de positivação dos novos anseios sociais e culturais foi obtido com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 05 de outubro de 1988.

3. Constitucionalização do Direito Civil

A Constituição da República de 1988 é um grande marco na democratização e difusão da justiça social no Brasil. Referente Carta Magna positiva os famigerados Direitos Humanos (que, em sede constitucional, adotam a feição de Direitos fundamentais). [1]

Verifica-se, portanto, preocupação com a pessoa humana, surgida com as Declarações de Direitos, a partir da necessidade de proteger o cidadão contra o arbítrio do Estado totalitário, e mais, limitando também as relações jurídicas patrimoniais. Tutelam-se, pois, direitos inerentes ao Ser Humano não somente na esfera de Direito Público (proteção da pessoa humana contra arbitrariedades e violações praticadas pelo Estado) como também no âmbito do Direito Privado.

Os Direitos Fundamentais são os Direitos Humanos e Direitos da Personalidade consignados, ou melhor, positivados na Constituição da República. Assim, tem-se que o lugar de referência mediante disposição topográfica de nossa Carta Magna dos Direitos Humanos e Direitos da Personalidade são Título I e II: Princípios Fundamentais e Direitos e Garantias Fundamentais, respectivamente.

O Princípio da **dignidade da pessoa humana** pode ser considerado como uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade. Encontra-se expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil [2]

---

[1] É com orgulho que podemos mencionar os claros termos do PREÂMBULO da Constituição da República Federativa do Brasil/88 ***ipsis literis***: *"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.*

[2] "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: **(...) III - a dignidade da pessoa humana**". 'art. 1º inc. III da Constituição da República Federativa do Brasil.

como um de seus fundamentos.

Sob a ótica de SÉRGIO RESENDE DE BARROS, *"a dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana"*. [3]

Deveras, diante de qualquer caso concreto que bata às portas do Poder Judiciário, a interpretação que mais atende aos anseios de justiça é a que melhor realiza a dignidade do ser humano.

Do princípio da dignidade são irradiados os demais princípios também acolhidos em sede constitucional, tais como os princípios da igualdade e liberdade.

Paralelamente, há o fenômeno de criação de microssistemas, inspirados também na proteção dos direitos dos hipossuficientes (tudo como emanação da humanização do Direito) tais como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No que se refere à sistemática do Direito de Família, a dicção do art. 226 da Carta Magna é no sentido de garantir à célula básica da sociedade especial proteção do Estado.

Mas, mediante a interpretação sistemática de todas as normas constitucionais, tem-se que referida proteção é devida a todas as formas de intenção familiar (desde que presentes os requisitos legais) e enquanto subsistir o afeto e o apoio recíproco entre os membros da família. Através desse elo, os integrantes da família (seja ela constituída por pais e filhos, somente os cônjuges, um dos cônjuges e o rebento, conviventes, irmãos *etc*) envidam esforços para permitir a realização de cada um como ser humano, reafirmando seus respectivos direitos de personalidade. Cessado esse elemento subjetivo, não mais se justifica a manutenção da disciplina referente à instituição familiar. [4]

Tanto assim o é que a orientação do STJ é no sentido de não subsistir a comunicação de bens em caso de separação de fato (ainda que celebrado o matrimônio pelos regimes de comunhão parcial ou universal de bens). Deveras, a despeito de a lei consagrar que a sociedade conjugal só é extinta com a separação judicial, divórcio, morte, nulidade ou anulação do casamento (art. 1571 do CC), com a separação de fato, cessa o afeto, a comunhão plena de vida, pressuposto básico para a configuração familiar (conforme se extrai, inclusive, da inteligência do art. 1511 do novel Código Civil).

Também nesse diapasão é o entendimento do festejado Professor GUILHERME CALMON que, em sede do Curso de Direito Civil oferecido pelo Ministério Público

---

[3] BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 418.

[4] Nesse sentido também se expressa RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, in *"A sexualidade vista pelos tribunais"* - ed. Del Rey, 2001, p. 02 nos seguintes termos: *"A partir da Revolução Industrial, com a redivisão sexual do trabalho, o movimento feminista e o declínio da ideologia patriarcal, os paradigmas norteadores da família começaram a mudar. Ela deixou de ser apenas um núcleo econômico e de reprodução para ser espaço de companheirismo, camaradagem e livre expressão do amor e do afeto"*.

do Estado do Rio de Janeiro em convênio com a UERJ, expressou a idéia que da mesma forma que a propriedade atualmente deve cumprir sua função social para ser merecedora da proteção do Estado, também a família deve manter sua finalidade de realização pessoal de seus integrantes, de espaço de livre manifestação do afeto e apoio recíproco, sob pena de não ser reconhecida e protegida como tal. Essa seria, portanto, a "função social" da família, tendo em vista os novos valores vigentes.

3.1 - A Argüição da Culpa na Separação Judicial - Desnecessidade e Inconstitucionalidade.

Dispõe o art. 1511 do CC: "*O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*". Valoriza-se o plano existencial e não patrimonial.

Portanto, tendo em vista que o que legitima a especial proteção do Estado à família (art. 226, *caput*, da Constituição da República) é seu aspecto funcional de viabilizar a realização do ser humano e a manifestação autêntica de afeto, é possível concluir que a falta da plena comunhão de vida (que, em última análise, é o próprio amor e afeto), é fator que torna evidente a impossibilidade da vida em comum.

Deveras, mediante interpretação teleológica do art. 1511 do Código Civil em cotejo com o parágrafo único do art. 1573 do Diploma Civil, tem-se que a mera incompatibilidade de gênios pode ser causa de pedir da separação judicial litigiosa.

Nessa linha de raciocínio, a própria inutilidade da discussão da culpa em sede de separação judicial e a exposição desnecessária da intimidade dos cônjuges quando da abordagem de assuntos que tais em sede de procedimentos litigiosos nas Varas de Família leva à conclusão da inconstitucionalidade da análise da culpa nas separações judiciais.

Aliás, quem é o causador da separação ou quem seja o cônjuge culpado é questão que comporta grande dose de subjetivismo do aplicador do direito e, *ipso facto*, discutir tais mazelas em sede de Direito de Família violaria a dignidade da pessoa humana.

A partir de que conceitos e com base em qual ponto de vista pode-se concluir que tal ou qual cônjuge foi o verdadeiro responsável pelo desgaste da relação conjugal e sua conseqüente extinção?

Deve-se refletir acerca desse tema especialmente quando se está diante de um caso concreto (como o que foi submetido à apreciação da signatária) em que o marido ingressou em Juízo pleiteando a separação judicial culposa tendo como causa de pedir a culpa da mulher em razão do que chamou de "atos de infidelidade", sendo certo que a ré apresentou reconvenção requerendo a separação judicial culposa tendo como causa de pedir a culpa do marido em razão de prévia conduta de desvalorização, desrespeito e rejeição da mulher.

Uma instrução processual em que se pretende formar o livre convencimento motivado tanto do órgão ministerial como do magistrado, no que se refere à culpa de um ou de outro cônjuge pelo término do casamento (e mesmo da união estável) imprescinde da grande exposição da intimidade do casal e, como conseqüência inevitável, da violação de seus respectivos direitos de personalidade, notadamente a dignidade.

Os operadores do Direito, *in casu*, passarão a ser mais que aplicadores da lei para serem erigidos a donos da verdade e juízes da vida privada da pessoa dos cônjuges. Há questões nas quais não se justifica, não se letigima, não é aceitável a intervenção do Estado, mormente quando as conseqüências advindas da decisão jurisdicional (seja em um sentido, seja em outro) tiver poucas repercussões práticas mas são causadoras de transtornos indeléveis à vida dos litigantes.

E assim o é porque a declaração da culpa de uma ou de outra parte em nada influirá na partilha de bens, tendo em vista que irá vigorar a sistemática referente ao regime de bens eleito.

Ademais, também revelar-se-á inócua tal discussão no que se refere à guarda dos filhos, tendo em vista que, quanto a este tema vigora, indiscutivelmente, a busca do melhor interesse da criança.

O parágrafo único do art. 1584 do Código Civil incorpora a doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente, conforme preconizado pelo art. 227 da Constituição da República e pela sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente para disciplinar a guarda dos filhos quando da separação judicial ou divórcio nos seguintes termos:

> "Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, **de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade**, de acordo com o disposto na lei específica". - *grifo nosso.*

Ademais, na disciplina referente ao uso do sobrenome do outro (conforme disposto no art. 1578 do Código Civil) a conclusão a respeito da culpa tem pouca (senão, nenhuma) relevância, haja vista as amplas exceções consignadas nos incisos.

Por fim, o novo regulamento a respeito da questão dos alimentos devidos ao ex-cônjuge enterrou, definitivamente, a necessidade de discutir-se a culpa, tendo em vista que há expressa previsão da possibilidade da prestação de alimentos ao cônjuge considerado "culpado" conforme faz certa a dicção do art. 1694 e seus parágrafos do Diploma Civil.

A despeito de haver alguns doutrinadores que sustentam a diferenciação entre os alimentos "indispensáveis à subsistência" e os "ideais" sendo, portanto, quanto

a este particular, relevante a verificação da culpa, tem-se que os danos à esfera moral dos cônjuges são incomparavelmente maiores que a necessidade de se averiguar este fato para obter tal conseqüência.

Portanto, mediante inspiração do Princípio da Razoabilidade que deve nortear o aplicador do Direito e intérprete da Constituição da República, imperioso concluir que a discussão a respeito da culpa de um dos cônjuges em sede de separação judicial (na modalidade sanção) é inconstitucional.

4. A NOVA PARENTALIDADE À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL.

4.1 - A EVOLUÇÃO DA MEDICINA (O DNA E TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA).

Partindo-se de uma abordagem constitucional acerca das questões atinentes à filiação, é importante abordar, *prima facie*, a idéia de plena igualdade dos filhos.

A orientação do nosso Estado Democrático de Direito é no sentido de assegurar o direito ao planejamento familiar e a busca de resguardar o melhor interesse da criança.

Ressalte-se que a doutrina de proteção integral à criança e adolescente vem insculpida, em suas diretrizes básicas, no art. 227 da Constituição da República.

O direito ao livre planejamento familiar encontra-se previsto no par. 7º do art. 226 da Constituição da República nos seguintes termos:

> *"Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".*

Verifica-se, pois, que é assegurada a liberdade de livre planejamento familiar vedado, portanto, qualquer tentativa, por parte do Estado, de controle da natalidade (podendo a atividade política nessa seara limitar-se a campanhas de conscientização, de distribuição de preservativos e contraceptivos *etc*) . Nada obstante, referida autonomia reprodutiva dos genitores encontra limitações na necessidade de observância aos princípios e valores constitucionais primordiais, tais como a **paternidade responsável** e respeito à **dignidade da pessoa humana**.

Com efeito, pode-se mencionar, exemplificativamente, que não há amplo direito à realização de abortos, tendo em vista o direito primordial à vida.

Os filhos são pessoas em desenvolvimento a quem se atribuem direitos. O poder familiar implica direitos (exercício da autoridade parental) e deveres tendo em vista que os pais são obrigados a observarem o respeito pelos direitos de personalidade do filho (pessoas em formação), garantindo-se-lhes crescimento saudável com higidez física e mental.

Contemporaneamente, verifica-se que com os avanços da medicina, há possibilidade de o homem interferir em processos naturais de procriação, notadamente em razão das inovadoras técnicas de reprodução assistida (inseminação artificial e fertilização *in vitro*).

Constrói-se, pois, uma nova parentalidade e, a esse propósito, menciona o art. 1593 do CC que "*o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem*" sendo certo que esta "outra origem" diz respeito à filiação oriunda da adoção ou de inseminação ou fertilização heteróloga.

De fato, o casal que não pode conceber (por algum motivo) de forma natural, pode submeter-se às técnicas de reprodução assistida fornecendo seus gametas para a fertilização artificial.

Tratam-se de técnicas sexuadas em que não há o coito mas trabalha-se com os dois gametas (feminino e masculino) - salvo o método (ainda pouco desenvolvido) de clonagem em que utilizar-se-ia técnica assexuada trabalhando-se com apenas um gameta.

A concepção pode ser intra corpórea ou extra corpórea, conforme a fertilização ocorra dentro ou fora do corpo da mulher. A inseminação artificial é intra corpórea eis que é introduzido o espermatozóide no útero feminino e a fertilização *in vitro* é extra corpórea tendo em vista que a fecundação ocorre em laboratório gerando-se o chamado "bebê de proveta".

Assim é que, mediante interpretação teleológica do art. 1597 do Código Civil, conclui-se que a fertilização artificial pode ser homóloga ou heteróloga conforme se utilize o gameta do respectivo cônjuge ou companheiro ou não, respectivamente.

Com a fecundação de vários óvulos e, por via de conseqüência, formação de mais de um embrião, surge a problemática dos embriões excedentários (aqueles cujo desenvolvimento não interessa aos fornecedores do material genético). Já se poderia cogitar da existência de vida? Tratar-se-ia de um nascituro cujos direitos são salvaguardados por força de disposição expressa de lei (art. 2º do Código Civil)?

Os médicos que utilizam-se das técnicas em comento, por ora, livram-se da problemática introduzindo o embrião excedentário na mulher nas proximidades da respectiva menstruação para que sejam descartados "naturalmente" mas, em verdade, a problemática continua.

Surgem também outras questões relevantes, tanto em nível de paternidade como de maternidade nos casos em que há participação de terceiros nas gestações de substituição (cessão de útero através da denominada "barriga de aluguel") disciplinadas pela Resolução nº 1358 de 11/11/1992 do Conselho Federal de Medicina e também fertilização heteróloga.

Pela sistemática do Novo Código Civil, quanto aos filhos havidos do casamento, há a sistemática da paternidade presumida (conforme se depreende dos termos do art. 1597 do Código Civil) e das técnicas de reprodução assistida.

Com relação aos filhos havidos fora do casamento (aí incluídos os filhos advindos da união estável), o reconhecimento pode ser voluntário ou judicial, através das ações de investigação de paternidade.

Conforme se infere dos termos do art. 1597 incs. III e IV do CC, reconhece-se a presunção de paternidade do marido quando a fecundação decorrer do material genético do mesmo. Surgem as problemáticas do ex marido divorciado e da fertilização *post mortem*. Penso que, ainda nestes casos, é mantida a presunção de paternidade.

Outra questão interessante é a de saber se é revogável a autorização fornecida pelo marido para a fertilização heteróloga, haja vista que, conforme os termos do inc. V do art. 1597 do Código Civil, neste caso também há a presunção de paternidade. A solução seria admitir-se a possibilidade de revogação **desde que** manifestada tal retratação pela mesma forma que externada a autorização e também **desde que** feita até a efetiva concepção.

Quanto a este particular, discordo, data vênia, do entendimento do Professor do Instituto de Estudos Jurídicos e Sociais de Cruz Alta Dr. JÉDISON DALTROZO MAIDANA, em seu brilhante artigo sobre "O Fenômeno da Paternidade Socioafetiva: A Filiação e a Revolução da Genética" publicado pela *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 24 ed. Síntese organizada pelo IBDFAM páginas 50/79 em que, a despeito da autorização do marido para a fertilização heteróloga, entende viável a impugnação da paternidade em vista da falta de identidade genética com a criança. Penso que a autorização não revogada do marido para a inseminação heteróloga gera uma presunção **absoluta** de paternidade tendo em vista que não é possível alegar a própria torpeza. [5]

Com relação à possibilidade de o filho investigar sua origem, entendo viável esta possibilidade, tendo em vista que o fato de não haver parentesco não significa dizer que não se tem acesso à identidade genética. Mantêm-se a paternidade, *in casu*, juridicamente estabelecida pela sistemática da presunção mas viabiliza-se ao filho o acesso ao conhecimento de sua origem genética (o que, inclusive, poderá ser relevante para solucionar eventuais patologias).

As questões apresentadas são novas e incumbirá ao Ministério Público e aos demais operadores do Direito escrever a história da jurisprudência pátria quanto ao assunto, sempre cônscios da necessidade de busca da eqüidade e realização dos direitos da personalidade do ser humano.

---

[5] Escreve o autor Dr. JÉDISON DALTROZO MAIDANA, **in** "O Fenômeno da Paternidade Socioafetiva: A Filiação e a Revolução da Genética", publicado pela *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 24 ed. Síntese organizada pelo IBDFAM, páginas 50/79, *ipsis literis*: "**(...)** *Já o inciso V solucionou outra questão delicada, que é a da inseminação heteróloga havida com autorização do marido. Mas deixou em aberto aquela havida ao largo dessa autorização.* Ocorre também que o Código apenas estabelece a "presunção" da paternidade nesses casos, e, portanto, ainda que haja autorização paterna, sempre será possível ao cônjuge varão, mesmo que tenha autorizado a fecundação heteróloga, impugnar o vínculo parental em vista da falta de identidade genética com a criança."

4.2 - Paternidade Real (ou Biológica) e Paternidade Sócio Afetiva.

No que se refere à paternidade e maternidade, antes de mais nada imperioso reconhecer que esses dados integram o complexo subjetivo formador da personalidade do indivíduo, razão pela qual revela-se da máxima importância a justa aplicação e interpretação das normas que disciplinam a matéria.

Importante a distinção entre a paternidade/maternidade **biológica**, **socioafetiva** e **jurídica** para melhor entendimento das diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que tratam do assunto.

A paternidade **biológica** refere-se ao laço genético que liga a prole aos genitores, aferível através da tipagem do DNA, a **jurídica**, a decorrente do registro civil e a **socioafetiva**, oriunda dos vínculos de afetividade entre as figuras paterna/materna e o(s) filho(s).

O ideal é a coincidência dessa três vertentes em uma dada situação fática em que os fornecedores do material genético exerçam a parentalidade de forma consciente, afetivamente envolvidos no seu mister, conscientes de seus deveres de sustento, alimentação, educação, instrução, apoio à prole (seres humanos em formação física, psicológica, mental e espiritual) constando no respectivo registro civil como pai e mãe, respectivamente.

Mediante essa linha de raciocínio, verifica-se que o modelo puramente genético para identificação da paternidade é insuficiente tendo em vista que esta tem componentes outros que não só uma seqüência de bases químicas (genoma humano codificado).

A Promotora de Justiça do Rio de Janeiro Lúcia Maria Teixeira Ferreira, em sua excelente palestra proferida no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2001, chamou a atenção para um fenômeno de Sacramentalização ou Divinização da perícia médica, tema também abordado pelo autor Rolff Madaleno em artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 766 - ag. 1999 - pp. 69/87.

Trata-se da chamada "sedução biologista", em que se defende a desconstituição da paternidade, a todo o tempo, por todo o interessado, com o simples fundamento de não haver coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica.

Valoriza-se sobremaneira o exame de DNA e, muitas vezes, desconstituem-se situações fáticas consolidadas pelo tempo e pelo afeto.

Contudo, vozes autorizadas criticam o exame pericial como prova absoluta, exame de DNA esse que, na dicção de Sérgio Gischkow Pereira, *"alçado à fórmula milagrosa de resolução de todos os problemas pertinentes à investigação dos vínculos de filiação"*.

Oportuno mencionar o posicionamento de Fachin, segundo o qual: *"As decisões calcadas no critério biologista da paternidade merecem questionamento. De verdade proibida, a 'voz de sangue' resta reputada o elemento definidor da relação paterno-filial;*

paradoxalmente, resultados injustos, similares àqueles derivados do sistema clássico, serão obtidos, eis que a questão central está no equilíbrio dos critérios de estabelecimento da filiação e não na incontrolada supremacia de um sobre o outro" **in** *"Da Paternidade - Relação Biológica e Afetiva"*, p. 186.

A paternidade envolve a construção de um amor filial, a criação de ambiente propício para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação, a educação da prole de forma sadia e em condições de liberdade e dignidade.

Por esse motivo, esclarece, com muita propriedade, o supramencionado autor JEDISON DALTROZO MAIDANA [6] : *"(...) pai, ou mãe, na complexidade que esses termos comportam, será sempre aquele ou aquela que, desejando ter um filho, acolhem em seu seio o novo ser, providenciando-lhe a criação, o bem estar e os cuidados que o ser humano requer para o seu desenvolvimento e para a construção de sua individualidade e de seu caráter."*

Aquele que se dispõe a assumir espontaneamente a paternidade de uma criança, levando ela ou não a sua carga genética, demonstra, por si só, consideração e preocupação com o seu desenvolvimento. Será que posteriormente seria justo, sem a análise de outras circunstâncias, desconsiderar um vínculo dessa grandeza por uma simples divergência genética?".

A esse questionamento, a jurisprudência de nossos tribunais já responde negativamente conforme inovadores julgados que prestigiam a paternidade sócio afetiva por entender que em alguns casos é a que melhor se aproxima da realização do filho como pessoa, como ser humano.

Senão, vejamos:

> ***"Direito de Família - Impugnação de filiação - Anulação de declaração de paternidade e maternidade em registro de nascimento ocorrido há mais de 50 (cinqüenta) anos - Pedido desfalcado de conteúdo moral - Ação de estado - Imprescritibilidade*** - Se a autora e seu companheiro resolveram criar a ré como filha, desde alguns meses de nascida, e o varão a registrou, depois de 12 anos, atribuindo a paternidade a si mesmo e a maternidade à autora, no tipo de procedimento conhecido como 'adoção à brasileira', não é admissível que, passados mais de 50 (cinqüenta) anos, venha a autora propor esta ação de anulação do ato ao argumento de que não anuiu com o mesmo, tanto que o desconhecia.

---

[6] *Idem*, nota nº 5.

(Apelação Cível nº 8518/1999, 14ª Câmara Cível do TJRJ, Rio de Janeiro, Rel. Des. MAURO NOGUEIRA, J. 13.10.1999, maioria, *DOE* 27.04.2000, p. 278).

"***Adoção simulada. Anulação do registro de nascimento pleiteada pelo autor da simulação. Invocação da própria torpeza. Segurança das relações jurídicas e prestígio da boa fé.*** Não pode alegar erro, capaz de ensejar a nulidade do registro de nascimento quem, consciente e voluntariamente, registra como seu filho de outrem. A espontânea atribuição de paternidade a quem não é filho equipara-se à adoção, pelo que não pode ser revogada ao sabor das emoções. Pleitear a nulidade do registro por tal fundamento importa em invocar a própria torpeza, vedado pelo nosso direito. Sentença reformada. Votação unânime. (CLG) (TJERJ - 2ª C.Cível - Apelação Cível nº 1999.001.16242 - Rel. Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO - J. 07/12/1999).

"**Apelação**. Anulação de assento de nascimento lavrado em decorrência de "adoção à brasileira". Paternidade declarada voluntariamente pelo marido a pai biológico das recorrentes, já falecido, que considerava a ré como filha. Reconhecimento jurisprudencial da "paternidade sócio-afetiva". *Status* de filha que o tempo consolidou. O interesse econômico das apelantes não se sobrepõe ao princípio inscrito no art. 1º, III, da Constituição da República. Recurso desprovido. (TJERJ - 2ª C.Cível - Apelação Cível nº 2004.001.10200 - Rel. Des. JESSÉ TORRES - J. 23/06/2004)."

5. Interpretação das normas sobre paternidade à luz da nova ordem jurídica.

Tenho por certo que para que seja anulado registro de nascimento por parte do pai registral sob a alegação de que não é o pai biológico, a causa de pedir deve estar assentada em vício de manifestação de vontade, seja erro, dolo, coação, simulação ou fraude para que se viabilize a desconstituição da paternidade previamente externada.

Isso porque, caso o pai registral que efetuara o registro de nascimento de determinada criança tenha prévio o conhecimento de que não é o genitor biológico daquela pessoa quando do registro, estaremos diante da chamada "adoção à

brasileira" e, como tal, é irrevogável, mormente porque a ninguém é dado alegar a própria torpeza. Mantém-se, portanto, a paternidade declarada, ainda que dissociada da verdade genética.

Nesse sentido, em atuação ministerial, tive oportunidade de externar, em sede de ação anulatória de paternidade, o pensamento acima mencionado.

Transcrevo parte da referida manifestação exarada nos autos do processo nº 2002.001.022412-1:

> "Inicialmente, cumpre ressaltar que trata-se de ação que versa sobre direito indisponível, qual seja, questão referente à paternidade de menor, item esse integrante dos direitos da personalidade e em relação a qual torna-se incabível qualquer transação entre as partes e/ou reconhecimento da procedência do pedido.
>
> Sendo a questão de ordem pública, imprescindível o desenvolvimento da atividade probatória para regular processamento do feito.
>
> Entende o Ministério Público se objetivasse o autor desconstituir a presunção de paternidade de filho concebido na constância de casamento, tratar-se-ia de negatória de paternidade.
>
> *In casu*, alega o autor a falsidade no registro de nascimento causada por vício de manifestação do consentimento, vale dizer, em razão de dolo por parte da genitora do menor, o autor teria sido induzido em erro para proceder ao reconhecimento da paternidade.
>
> Deveras, trata-se de anulação de registro de nascimento.
>
> Nada obstante, o caso em comento imprescinde da prova do alegado vício de vontade pois caso contrário, é dizer, caso tenha o autor procedido ao reconhecimento de paternidade consciente de seu ato e com perfeita compreensão da situação fática, estaremos diante de uma "adoção à brasileira", irrevogável, portanto, até em razão ao prestígio da paternidade sócio afetiva e em amparo ao princípio de que não é lícita a alegação da própria torpeza (como é orientação jurisprudencial pátria quanto a este particular).
>
> Importante observar que a genitora do menor, em sede de contestação, refuta toda e qualquer ação

dolosa de sua parte, cabendo ao autor arcar com o ônus probatório, ou seja, provar o fato constitutivo de seu direito (art. 333 inc. I do CPC).

Ademais, imperioso observar que a prova pericial trazida ao bojo dos autos foi produzida unilateralmente e extra judicialmente.

Pelo acima exposto, requer o Ministério Público prolação de despacho saneador com fixação dos pontos controvertidos, quais sejam: o autor é ou não pai biológico do menor Gabriel Passos Curi; houve vício de manifestação de vontade (erro ou dolo) quando do reconhecimento de paternidade por parte do autor - bem como o deferimento da produção de provas, protestando o *Parquet*, desde já, pela produção de prova oral, vale dizer, depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas."

Referido processo mereceu o acolhimento da tese acima desposada, conforme sentença prolatada pelo Juízo conforme os termos a seguir:

"SENTENÇA proferida no Proc. Nº 2002.001.022412-1 da lavra da Juíza de Direito Mirian T. Castro Neves de Souza Lima na 6ª Vara de Família da Comarca da Capital do Rio de Janeiro (29 de setembro de 2004):

"Os princípios da boa-fé e da segurança das relações jurídicas garantem ao vínculo jurídico oriundo da paternidade jurídica a mesma estabilidade do vínculo jurídico originário da paternidade biológica.

Repise-se que inexistindo prova de vício de vontade, o registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida não pode ser anulado porque não há fundamento para a pretensão do autor. A Constituição da República em seu art. 227 parágrafo 6º não cria qualquer supremacia da paternidade biológica em relação à paternidade jurídica.

Não se pode deixar de mencionar que o autor não pode se beneficiar de sua própria torpeza para eximir-se das obrigações decorrentes da espontânea declaração de paternidade por ele feita.

Ademais, tratando-se de direito indisponível, não há como a parte ré concordar com a pretensão do autor.

Diante disso, não comprovado o vício na vontade do autor no momento do reconhecimento da paternidade, o pedido de anulação de registro não pode ser acolhido.

Ante o exposto, **julgo improcedente o pedido** e condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono dos réus, que fixo em R$ 780,00 com base no art. 20 par. 4º do CPC.

P.R.I.

Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se".

Estou convencida que a anulatória de paternidade em casos que tais se submete às regras gerais de prescrição e decadência para anulação de atos jurídicos por vício de manifestação de vontade.

Esta, portanto, a melhor sistemática interpretativa dos arts. 1601 , 1604 e 1614 do Código Civil.

6. As implicações da boa fé objetiva na paternidade responsável.

A boa fé objetiva consagrada nos arts. 110 e 113 do novel Código Civil deve ser aplicável não só em sede contratual mas também em Direito de Família, especialmente quando reverte em favor do atendimento do melhor interesse da criança.

O registro e conseqüente perfilhação implica grande ato de responsabilidade. Portanto, é razoável exigir-se a diligência do homem médio e a boa fé objetiva para obtenção de efeitos jurídicos na desconstituição da paternidade registral.

Isso significa dizer que se o interessado tiver desconfianças de que aquele filho não é seu, deve preliminarmente realizar exame de DNA para somente então perfilhá-lo.

Não é tolerável que o pai registral, posteriormente, possa pretender desconstituir a paternidade declarada com dúvidas, após inclusive já consolidada uma situação fática em que a paternidade já se incorporou ao patrimônio moral do filho.

7. Conclusão

A par das mudanças normativas e conseqüentes construções doutrinárias e tendências jurisprudenciais, assiste-se a uma substancial alteração axiológica que influi em toda principiologia que inspira a sistemática jurídica pátria.

Deveras, saímos de um contexto socioeconômico em que as unidades de produção e, como conseqüência, a movimentação patrimonial inspiravam toda

dinâmica jurídica para entrarmos em uma era em que se valoriza a realização da pessoa e reafirmação dos direitos da personalidade. Assim é que o Direito de uma maneira geral e, mais especificamente, o Direito Civil deixa de fincar seu eixo na propriedade para centrar-se no ser humano.

O homem deixa de ser apenas o sujeito de direitos nas relações jurídicas nas quais tradicionalmente os bens de cunho patrimonial integravam o objeto das negociações para ser também a finalidade da tutela jurídica. O bem da vida almejado é a própria higidez física e mental da espécie humana e a proteção de valores meta ou extra patrimoniais é o alvo do ordenamento jurídico.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 houve uma definitiva mudança de paradigma jurídico e, se antes o Código Civil assumia papel nuclear, abre-se espaço para a instalação de microssistemas que se permeiam e encontram-se em perfeita harmonia com o fundamento de validade da Carta Magna consistente na realização do ser humano e busca do bem estar social.

Mediante essa diretriz, o princípio da **dignidade da pessoa humana** erige-se como cláusula geral de tutela dos Direitos da Personalidade e encontra-se positivado no inc. III do art. 2º da CR como fundamento da República Federativa do Brasil.

Seus demais consectários, tais como direito à liberdade, igualdade, busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promoção do bem de todos sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação integram as normas programáticas que, conforme o constitucionalista Luís Roberto Barroso, são dotadas de poder normativo e dirigem-se de forma cogente aos integrantes do Executivo, Legislativo e Judiciário e servem de ferramenta para garantir a efetividade do Direito aos integrantes do Ministério Público.

Da mesma forma em que se fala do papel social da propriedade em sede dos Direitos Reais, da Tutela da Confiança na Teoria dos Negócios Jurídicos do Princípio da Boa Fé Objetiva e seus consectários (dever de probidade, lealdade, honestidade) no Direitos das Obrigações, é mister que se reconheça como também integrante desse fenômeno de humanização das relações jurídicas, o **afeto e amor** como centro do Direito de Família sendo este conteúdo, portanto, mais importante a própria formalidade deste ramo do Direito e fundamento para proteção do Estado às Entidades Familiares.

A família deixa de ser uma mera unidade de produção e procriação para ser palco da realização de seus integrantes através da exteriorização de seus sentimentos de afeto, amor e solidariedade mútua.

8. Bibliografia

8.1 - Fux, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência* – Ed. Saraiva.

8.2 - Fux, Luiz. *Tutela de Urgência e Plano de Saúde* - Ed. Espaço Jurídico Ltda.

8.3 - Ishida, Valter Kenji. *Direito de Família e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial* - Ed. Saraiva.

8.4 - Dias, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha. *Direito da Família e o Novo Código Civil* - Ed. Del Rey.

8.5 - Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* - Vol. V - Direito de Família - Ed. Forense.

8.6 - Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Direito de Família* - Ed. Atlas.

8.7 - Fux, Luiz. *Direito Processual Civil* - Ed. Forense.

8.8 - *Revistas de Direito de Família* - Organizadas pelo IBDFAM - Ed. Síntese.

(*) Rosana Barbosa Cipriano Simão é Promotora de Justiça (RJ), Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Antonio de Nebrija - Madri, Professora de Direito Civil na UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), FEMPERJ (Fundação Escola do Ministério Público), nos cursos de Pós Graduação na Universidade Estácio de Sá e na FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS.

Considerações Sobre a Eutanásia

SAMUEL BUZAGLO (*)

Algumas definições sobre o tema do artigo:

Eutanásia: Quando alguém provoca deliberadamente a morte de outra pessoa doente sem chances de cura.

Distanásia: Prolongamento terapêutico do doente em fase terminal.

Ortotanásia: O próprio doente, em fase terminal, decide interromper o tratamento médico.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

É comum ser a eutanásia definida como boa morte, ou morte suave e sem dor. Consistiria na produção da morte de uma pessoa sem sofrimentos físicos e morais. Todavia, seu significado originário há muito se diversificou, passando a abranger novas situações. A eutanásia não se limita apenas aos casos terminais - alcança hipóteses não menos complexas, relacionadas aos recém-nascidos com malformações congênitas (eutanásia precoce); aos pacientes em estado vegetativo irreversível; aos incapazes de se valerem por si mesmos, entre outros.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em sentido etimológico, a palavra eutanásia deriva dos vocábulos gregos *eu*, prefixo que significa bom, e *thánatos*, substantivo equivalente à morte, e refere-se primariamente ao ato de dar a "boa morte". O vocábulo teve origem no século XVII, por obra do filósofo inglês FRANCIS BACON, que denominou eutanásia o estudo das enfermidades incuráveis.

CONCEITO JURÍDICO

Por eutanásia juridicamente entende-se o direito de matar ou o direito de morrer, visando abreviar a vida de quem está condenado por uma doença

incurável, causando-lhe dores insuportáveis.

Na atualidade, a eutanásia é inaceitável em nosso ordenamento jurídico. O ato de tirar a vida humana é contrário a religião, à moral e às leis, sendo, portanto, considerado homicídio.

A legislação considera a eutanásia sob o império do art. 121, parágrafo 1º do Código Penal, quando relaciona os casos de diminuição da pena *"se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima".* [1]

A Visão das Religiões Sobre a Eutanásia

Judaísmo

A tradição legal hebraica é contrária à eutanásia. Para os judeus, a eutanásia afigura-se franco assassinato, pelo que é definitivamente proibida.

Cristianismo

Encontram-se atualmente cerca de dois bilhões de cristãos adeptos no mundo, sendo que os católicos são a maioria. A Declaração da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, datada de 05.05.1980 assim conceitua eutanásia [2]:
"[...] Trata-se de uma violação divina, de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, de um crime contra a vida e de um atentado contra a humanidade [...]"

Islamismo

O principal documento que trata sobre o valor da vida e também sobre a eutanásia é a Declaração Islâmica dos Direitos Humanos, que tem como fonte o Corão e a Suna (tradição dos ditos e ações do Profeta).
Ao tratar do direito à vida, a Declaração afirma que esta é sagrada e inviolável, por isso mesmo deve ser protegida em todos os seus aspectos. Ainda no Código Islâmico de Ética Médica, sobre o valor da vida humana: *"a vida humana é sagrada (...) e não deve ser retirada voluntariamente. O médico não tirará a vida, mesmo movido pela compaixão".*

---

[1] BRASIL. *Código Penal.* 41ª. ed., São Paulo. Saraiva. 2003.
[2] Ramos, Augusto César. *Eutanásia: Aspectos Éticos e Jurídicos da morte.* Editora OAB/SC. p. 151.

O islamismo condena a eutanásia. Contudo, traz certa simpatia em relação a ortotanásia, uma vez que condena a adoção de medidas heróicas para manter, a todo custo, a vida de alguém com morte iminente.

Situação da Eutanásia na Holanda

Os holandeses foram os pioneiros em adotar uma lei que permite a eutanásia ativa. Seu parlamento aprovou em 2002 uma lei que permite que, em certas circunstâncias, médicos e enfermeiras ajudem um paciente a morrer. Meses depois, foi a vez de os belgas adotarem a mesma lei. Os dois países foram acusados pelo Vaticano e por grupos cristãos de estar violando a dignidade humana.

Uma das preocupações dos holandeses era de que o país se tornasse um paraíso legal para quem quisesse morrer ou para famílias que optassem por dar fim à vida de um doente. Para evitar isso, a lei estabelece que o paciente deve ter longa relação com o médico que praticará a eutanásia. O pedido deve ser feito de forma voluntária, independente e persistente. O problema, segundo os críticos, é que a lei não estipula se a doença deve ser física nem exige que seja terminal. Tanto no caso da Holanda como no da Bélgica, os críticos chegaram a apelar às lembranças das práticas de eutanásia adotadas pela Alemanha nazista em doentes mentais.

Um dos médicos, que administra a morte suave, Dr. Peter Admiral, relata que existem cerca de 5.000 a 6.000 casos de eutanásia por ano na Holanda.

Na Holanda, durante a faculdade, os médicos adquirem treinamento de como praticar a eutanásia, e também recebem um livro da Sociedade Holandesa de Farmacologia, contendo receitas de venenos para serem ministrados ao enfermo e que não são detectáveis durante a necrópsia.

Os administradores de hospitais orientam seus médicos a aplicarem injeções letais aos pacientes idosos cuja assistência é considerada muito dispendiosa.

A prática da eutanásia é utilizada na Holanda não com o intuito de atenuar o sofrimento do enfermo, mas de ser mais cômodo tanto para o médico quanto para a família.

Revela-se surpreendente que, mesmo se os pacientes demonstrarem que não desejam que seja praticada eutanásia contra si, isso não significa nada na Holanda, pois se o paciente é portador de determinada doença, como, por exemplo, AIDS, bronquite ou esclerose, os médicos realizam a eutanásia da mesma forma.

Toda essa questão causa um temor entre os idosos, pois há um desrespeito à liberdade individual. Por causa disso, o número de asilos diminuiu substancialmente nos últimos anos na Holanda. Além disso, o pavor dos idosos em relação a eutanásia é tão grande que os idosos que moram nos asilos só bebem água das torneiras e não bebem nenhum outro líquido, pois acreditam que o leite ou o suco, por exemplo, podem estar com veneno mortal.

No entanto, quando uma sociedade abre precedente para assassinar apenas nos casos incuráveis, sempre amplia para englobar os casos de conveniência.

A Situação da Eutanásia em Outros Países

Nos **Estados Unidos**, a morte assistida por médicos é permitida só no **Oregon**, um estado pouco povoado da Costa Oeste que legalizou a eutanásia em 1997, depois que a Suprema Corte determinou que o assunto deveria ser decidido pelos estados. Ela contém critérios estritos e tem sido usada com grande parcimônia. Segundo dados oficiais, 171 pessoas já praticaram a morte assistida.

As pessoas que buscam a eutanásia precisam ser doentes terminais com menos de seis meses de vida e fazer dois pedidos orais e um por escrito, após convencer dois médicos de que seu desejo é sincero e a decisão é voluntária e imutável. Os médicos têm de certificar que o paciente não está clinicamente deprimido e são obrigados a informar-lhe sobre alternativas que permitem a morte natural com dignidade e conforto, com a ajuda de remédios para controlar a dor física. Há um prazo de espera mínima de duas semanas entre o pedido e a prescrição pelos médicos da dose letal de remédio, que só pode ser ingerida por via oral.

Alemanha: eutanásia passiva pode ser permitida se o paciente claramente pede para morrer.

França: no final de 2004, a Assembléia Nacional do país aprovou lei que abre espaço para eutanásia passiva.

Austrália: um dos territórios do país aprovou lei autorizando a eutanásia voluntária em 1995, mas o parlamento federal revogou decisão em 1997.

Suíça: enquanto parlamentos europeus não decidem o futuro da eutanásia, cresce o fenômeno do "turismo da morte" na Suíça. O país proíbe a prática, mas autoriza a morte assistida, que permite que um paciente peça ajuda de uma instituição especializada. Na lei, a prática é classificada como suicídio assistido. O médico receita a substância letal, mas é o paciente que deve injetá-la ou tomá-la.

Fundada em 1998, a Dignitas é uma das instituições que atuam na área - faz em média uma morte assistida por semana e recebe pacientes de todo o mundo.

Muitos têm doenças incuráveis, mas o serviço causa polêmica até na Suíça, pelo fato de a Dignitas oferecê-lo também a pessoas com depressão ou problemas mentais. Para os críticos, eles não teriam condições de tomar decisões conscientes.

A Procuradoria-Geral de Zurique admite estar preocupada com a possibilidade de a cidade se tornar *"a capital da morte"*. Os juízes querem impor uma lei que estabelece que apenas quem vive na Suíça pode dispor do serviço.

Eutanásia Sob a Ótica Jurídica

É sabido que a nossa lei penal desacolhe a tese de impunibilidade do homicídio eutanásico. Apenas transige em considerá-lo um homicídio privilegiado facultando ao juiz a imposição de pena minorada, em atenção a que o agente é impelido por motivo de relevante valor social ou moral.

O Código Penal vigente, de 1940, instituiu o tipo privilegiado de homicídio ao fazer constar no parágrafo 1° do artigo 121 que *"se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral [...] o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço"*.

Para analisarmos o artigo supra citado, é adequado reportarmos a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal [3] - a fim de que se desanuvie a expressão inserta na lei. Para tanto, esclarece o item 39 do citado Decreto que, *"por motivo de relevante valor social ou moral, o projeto entende significar o motivo que em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso de homicídio eutanásico) (...)"*.

Assim, o motivo de relevante valor social ou moral que tenha sido considerado pelo médico ao praticar a eutanásia, pode ser considerado como causa especial de redução da pena, mas continua a ser uma conduta típica, antijurídica e culpável.

O atual Código Penal, ao disciplinar o homicídio eutanásico como causa de diminuição de pena por motivo de relevante valor social ou moral (art. 121, parágrafo 1°), nada dispõe a respeito da particular situação da vítima, que deve, para que se perfaça a legítima eutanásica, padecer de enfermidade terminal incurável ou encontrar-se em situação de invalidez irreversível. Com isso, habilita-se o agente a dar a morte piedosa a indistintas categorias de enfermos, em nada influenciando as diferentes condições que pode assumir o seu estado de saúde. Basta que o sujeito ativo tenha se ressentido de seus sofrimentos e agruras, ainda que sejam reflexos de uma moléstia grave, mas não incurável ou terminal.

O Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal de 1984 isenta de pena *"o médico que, com o consentimento da vítima, ou, na sua impossibilidade, de*

---

[3] BRASIL. *Código Penal*. 41ª. ed., São Paulo. Saraiva. 2003.

ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável atestada por outro médico" (art. 121, parágrafo 3º).

A proposta, ao fazer referência apenas ao *"sofrimento"* da vítima, falha por sua imprecisão, não mencionando a causa do padecimento (doença incurável e terminal ou invalidez irreversível). Além disso, a alusão à morte como *"iminente e inevitável"* peca por não abranger os estados vegetativos crônicos, nos quais a morte não é uma realidade próxima e impassível de ser impedida, pois se tratam de pacientes não-terminais cuja sobrevivência pode ser artificialmente mantida durante longos períodos.

Por derradeiro, o diagnóstico da realidade da morte por outro médico apenas não basta - é mister, para que a conduta guarde segurança, que dois outros facultativos, além daquele que acompanha o doente, atestem a situação de fato.

Também não andou bem o legislador do Anteprojeto de 1998, ao prever, sob a rubrica *"eutanásia"*, pena de reclusão de três a seis anos, para o autor de homicídio que *"agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave"* (art.121, parágrafo 3º).

Ora, a referência ao elemento normativo *"doença grave"* possibilita que o tratamento mais benéfico seja concedido em hipóteses extremamente amplas: não se exige que a enfermidade seja terminal ou incurável ou que deixe a vítima em situação de invalidez irreversível. Nesse passo, qualquer doença, desde que *"grave"*, como uma forte pneumonia, uma meningite, poderia legitimar o homicídio privilegiado. Demais disso, não estariam aqui abrangidos os traumatismos que conduzissem o doente a um estado de total incapacidade e dependência (paraplegias e tetraplegias), igualmente geradores de sofrimento e angústia para o paciente, já que o tipo faz menção tão-somente a ***doença grave.*** [4]

Com vistas a corrigir algumas dessas imperfeições, o Anteprojeto de Código Penal - Parte Especial, de 1999, estabelece que:

> *"Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão, a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados, a pena será de reclusão de dois a cinco anos (art. 121, parágrafo 3º.)"*

---

[4] Pedroso, Fernando de Almeida. *Homicídio privilegiado.* São Paulo. Revista dos Tribunais. v. 695. pp. 280-281. 1993.

A menção a "*doença grave*" e em "*estado terminal*" põe a questão em termos mais precisos - todavia, é de notar a gravidade, aqui, deve converter-se em incurabilidade, o que pode ser evidenciado através dos diagnósticos precisos que o legislador oportunamente passou a exigir.

A Posição dos Tribunais

Nunca houve nas maiores instâncias da Justiça brasileira um caso de eutanásia. Levantamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça constatou que jamais essas duas Cortes se debruçaram sobre o tema.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) também informou não ter notícias sobre ações judiciais.

Segundo o CFM, ocorreu apenas o julgamento de um médico de Santa Catarina acusado de envolvimento com eutanásia. Sua identidade é mantida em sigilo. Em 2001, o Conselho Catarinense puniu-o com censura pública em publicação oficial, mas no ano passado o Conselho Federal de Medicina o absolveu. (O Estado de São Paulo - 20/02/05)

Implicações Éticas Fundamentais

Eutanásia e a Medicina

Não poderíamos deixar de expor a possibilidade de erros de diagnóstico onde há uma proporção muito grande sobre esse fato.

Jamais alguém poderá se sentir absolutamente seguro ao se pronunciar numa sentença de incurabilidade, mesmo diante de um caso desesperador. Por mais experimentado e perspicaz, não pode o médico dizer, com irrestrita certeza, que o enfermo está irrecorrivelmente votado à morte.

É de se notar que nos laboratórios científicos há sábios que vivem pesquisando o segredo para prolongar a vida. E, de quando em quando, surge um remédio novo para a cura de uma doença que até então era considerada incurável.

Casos Concretos de Práticas Eutanásicas

Conforme pesquisa, apontamos alguns fatos verídicos, que tiveram publicidade, envolvendo práticas eutanásicas:

S. Freud veio a padecer durante vinte e três anos de um câncer na laringe, provocado pelo seu inseparável charuto.

Por sugestão de Marie Bonaparte, Freud teve a indicação do médico chamado Max Schur que lhe proporcionou nos últimos anos de sua vida, relativo conforto para conviver com a sinistra doença, colocando-lhe próteses, através de sucessivas cirurgias.

Em novembro de 1939, já muito abalado pela moléstia, pediu ao médico que lhe ministrasse, tal como lhe prometera, as últimas doses de morfina. Assim, da maneira mais simples possível disse a seu médico:

> "Meu caro Schur, o Senhor se lembra de nossa primeira conversa. O Sr. me prometeu então que me ajudaria quando eu não pudesse mais ir em frente. Agora é só tortura e não faz mais qualquer sentido. *Schur apertou-lhe a mão e prometeu que lhe daria uma sedação adequada. Freud agradeceu, acrescentando depois de um momento de hesitação: fale com Ana (filha de Freud) sobre a nossa conversa.*
> *Não havia sentimentalismo ou autopiedade, apenas realidade – uma vida impressionante e inesquecível. Na manhã seguinte, Schur deu a Freud cerca de 20 mg de morfina. Para alguém em tal ponto de esgotamento como estava Freud, e para quem os opiatos eram completamente estranhos, a pequena dose era suficiente. Suspirou aliviado e caiu em sono tranqüilo; estava evidentemente perto do fim de suas reservas".* [5]

Freud então, veio a falecer no dia 23 de setembro de 1939, onde sua árdua vida chegava ao fim, bem como seus sofrimentos. Diante da atitude do médico, pode-se considerar que o mesmo cometeu homicídio eutanásico.

Um caso importante foi levado à Corte Suprema de Nagoya (Japão) em 1962, relativo ao direito de morrer: um jovem que atendendo ao pedido do pai em estado terminal, para deixá-lo da dor do sofrimento, lhe preparou leite envenenado para beber. Este jovem incentivou sua mãe, que não sabia que o leite estava envenenado, a oferecê-lo ao marido. No julgamento, a Corte, para permitir a prática da eutanásia, teria que identificar algumas condições, como, por exemplo, se a enfermidade é considerada terminal e incurável pela medicina legal e se a morte é iminente; se o paciente deve estar sofrendo de uma dor intolerável, que não pode ser aliviada; o ato de matar deve ser executado com o objetivo de aliviar a dor do paciente; o ato deve ser executado somente se o próprio paciente fez um pedido explícito; cabe ao médico realizar a eutanásia; caso isto não seja possível, em situações especiais será permitido receber assistência de outra pessoa; a eutanásia deve ser realizada utilizando-se métodos eticamente aceitáveis. [6]

Caso forem cumpridas tais condições, parece não haver razão moral para se opor à prática da eutanásia. Contudo, a Suprema Corte de Nagoya decidiu que

---

[5] JONES, Ernest. *A vida e a obra de S. Freud.* Rio de Janeiro. Imago. p. 249. 1989.
[6] PESSINI, Leo. "A eutanásia na visão das grandes religiões mundiais." Disponível em: http://www.cfm.org.br/revista/bio1/eutvisao.htm. Acesso em: 13.out.2004.

das seis condições acima citadas, quatro critérios foram cumpridos, mas os restantes não. O jovem então, foi condenado a quatro anos de prisão. O Código Penal japonês prevê punições severas, pena de morte ou prisão perpétua para o homicídio de ascendentes; contudo, no caso específico, a Corte sentiu que o desejo de honrar seu dever filial de seguir as diretrizes verbalizadas pelo pai era evidente, e aplicou-lhe uma sentença mais leve.

Em Nova York, uma senhora sofria há anos de enfermidade dolorosa, incurável. Num dia de 1913 suplicou ao marido que lhe desse a morte. Nos dias seguintes, entre os desesperos de seus sofrimentos, insistia a implorar que a matassem. Por fim, com grande pena, o marido cedeu dando-lhe uma forte dose de morfina. Os juízes absolveram-no.

Em 1920, na Itália, um noivo mata sua noiva, tuberculosa e desenganada; os Tribunais não admitiram a escusante de homicídio piedoso, porém o júri o absolveu por involuntariedade do ato delituoso, fundado na paixão.

Um caso que logrou maior publicidade e despertou vasto comentário pelo mundo todo, foi o de Stanislawa Uminska, tendo marcado uma nova era na história do homicídio piedoso. Stanislawa era uma jovem atriz polonesa que fora a Paris angustiosamente solicitada por seu amante, Juan Zinowski, escritor polonês, internado num hospital, enfermo de câncer e tuberculose, no último estágio dessas doenças, padecendo de dores cruéis. Este rogou à amante que lhe abreviasse os sofrimentos. Por fim, em 15 de julho de 1924, no instante em que o enfermo adormecia, sob efeitos analgésicos, a jovem tomou o revólver com o qual o próprio paciente não teve ânimo para abreviar sua agonia, disparando em Zinowski. Foi julgada em Paris, onde o próprio Promotor dirigiu-lhe palavras de comiseração e respeito, tendo sido proclamada sua impunidade pelo júri.

Nos Estados Unidos, H. E. Blazer, médico de 61 anos, vivia com a filha paralítica e débil, a qual dispensava os mais ternos cuidados. Sentindo-se enfermo e vendo-se morrer, consternado pelo desamparo em que deixaria a filha, deu-lhe a morte, proporcionando-lhe uma forte dose de clorofórmio, envenenando-se logo após.

Noticiário sobre suicídios assistidos, entre eles os provocados, também nos Estados Unidos, por Jack Kevorkian, mais conhecido por Dr. Morte, médico de 70 anos que afirmou ter levado à morte mais de 130 pessoas. Foram mostradas imagens dos últimos momentos de vida de um paciente após injeção letal aplicada por Jack.

Além desses casos acima descritos, um fato publicado no *Jornal do Brasil*, datado de 28/10/2003, gerou muita polêmica e acarretou uma investigação judicial contra uma mãe francesa e o médico em Paris de um jovem chamado Vincent Humbert, que morreu por envenenamento.

Vincent havia se tornado conhecido depois de pedir, repetidamente, que o ajudassem a morrer. A morte desse jovem reativou o debate sobre a eutanásia. O jovem, que além de estar paralisado por causa de um acidente de trânsito, que

ocorreu três anos antes de seu falecimento, tornou-se mudo e quase cego e chegou a escrever um livro sobre sua luta com a ajuda de sua mãe. Foi um trabalho que exigiu muita disciplina e paciência: para cada letra lida por Marie, sua mãe, ele respondia com um aperto no dedo dela.

A investigação judicial contra a mãe de Vincent foi aberta por causa de envenenamento. Tal justificativa para o indiciamento se deve à administração de substâncias tóxicas com premeditação a uma pessoa vulnerável.

Pelas leis francesas, Marie, se fosse condenada, poderia pegar sentença de um máximo de cinco anos de prisão. Já o responsável pelo serviço de reanimação do Hospital Frédéric Chaussoy, correria um risco maior: pela mesma lei, ele poderia ser condenado a enfrentar até a prisão perpétua. O próprio Chaussoy assumiu sua participação na morte de Vincent. Alguns dias depois, ele contou que tinha desligado o respirador artificial que mantinha o jovem com vida. Isso aconteceu 48 horas após Vincent ter entrado em coma profundo, após a administração, por sua mãe, de um barbitúrico em sua corrente sanguínea.

Porém , a Procuradoria de Boulogne-sur-Mer, localizada no norte da França, indicou que "dado o contexto da morte de Vincent, nem sua mãe nem o médico são objeto de controle judicial ou de atenção preventiva".

Limitações do Dever de Conservar a Vida

Desde que os avanços tecnológicos modernos forneceram aos médicos a capacidade de prolongar artificialmente a vida de pacientes doentes, mesmo quando a cura não mais é possível e uma parada cardíaca final é inevitável, o controle médico com relação ao tempo e à forma de morrer aumentou acentuadamente.

Freqüentemente os médicos se encontram em circunstâncias nas quais têm que decidir se devem continuar a lutar contra a morte iminente com todos os meios cirúrgicos e técnicas de que dispõem.

Relaciona-se a isso o contexto de uma cultura que procura negar a morte, o que conduz a abusos de onipotência médica. Ademais, a formação dos profissionais da Medicina lhes impõe o dever de prolongar a vida e vencer a morte, vislumbrando-a não como um processo natural, mas um fracasso do conhecimento e da tecnologia médica.

Uma Nova Revolução Científica

O geneticista Carlos Moreira Filho [7] acredita que a ciência moderna está

---

[7] Diretor-superintendente do Instituto de Ensino e Pesquisa (IEP) do Hospital Albert Einstein e professor do Departamento de Imunologia do Instituto de Ciências Biomédicas da Universidade de São Paulo (USP), Moreira Filho falou ao Estado de São Paulo sobre o presente e o futuro da ciência na medicina.

passando por um processo de revolução intelectual e tecnológica semelhante ao que ocorreu na virada do século XIX para o XX. No rastro das vacinas e da teoria da evolução despontam a genômica, a terapia celular com célula-tronco e o novíssimo *"imageamento molecular"*, que permite identificar visualmente células cancerígenas para tratamento.

As terapias, dizem, *"estão se tornando cada vez mais específicas, personalizadas e voltadas para a prevenção e o diagnóstico precoce, com base no conhecimento molecular das doenças. Conseqüentemente, as pessoas não vão viver apenas mais tempo, mas melhor"*.

Certamente serão feitos avanços muito grandes em todas essas áreas mencionadas. E teremos algumas coisas que serão realidade, e o uso muito intenso da internet, levando médicos a especialidades a distâncias enormes. Teremos também o monitoramento dos pacientes em casa - principalmente dos mais idosos - com o controle *wireless* (sem fio), por meio de pulseiras que darão informações sobre o seu estado de saúde. A telemedicina, portanto, terá avançado tremendamente e a medicina estará num caminho de prevenção da doença, sem dúvida nenhuma. As cirurgias serão cada vez mais minimamente invasivas. Em muitos procedimentos, em vez de fazer uma cirurgia, serão injetadas células, por exemplo, para a recuperação do coração.

Relação Médico - Paciente Terminal

O que freqüentemente se diz, nos dias de hoje, é que a tecnologia, com suas aparelhagens cada vez mais sofisticadas, substituiu, e muito, o contato do médico com o paciente. O contato humano do profissional tornou-se mais distante.

Não se pode olvidar que o desenvolvimento técnico-científico é necessário, mas deve ser posto à disposição da saúde e bem-estar do homem, trazendo, por conseqüência, melhoria na sua qualidade de vida.

As crescentes especializações dos médicos, embora necessárias, causam afastamento lógico entre este e o paciente. O médico deixou de ser aquele profissional de confiança da família, mas o especialista, indicado por alguém ou encontrado, por coincidência, numa dessas visitas ao hospital ou aquele conveniado ao plano de saúde do paciente.

Vale lembrar que o direito à informação é constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, XIV), e os pacientes têm o direito de saber o que se passa com eles. A verdade é fundamental. Contudo, o médico precisa saber se conduzir, no sentido de não despejar palavras frias e calculistas, a fim de não alarmar ainda mais a pessoa que já se encontra fragilizada. Destarte, o médico precisa orientar-se por uma nova ética, fundada em princípios sentimentais e preocupada em entender as dificuldades do final da vida humana; uma ética necessária para suprir uma tecnologia muitas vezes dispensável.

A responsabilidade primeira de comunicar a verdade ao paciente é do médico. É assim que o Código de Ética Médica Brasileiro prescreve que é vedado ao médico "*deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal*" (art. 59). Ou seja, apenas em casos extremos, em atenção às condições psíquicas do doente, será lícito ocultar-lhe informações, porém ainda nesses casos elas deverão ser transmitidas aos seus familiares ou ao representante legal, vedando-se de qualquer modo a retenção de dados apenas pela equipe médica.

O consentimento informado pode ser oral ou escrito, mas a forma escrita, principalmente do ponto de vista legal, é a mais recomendável. A forma escrita tem um formato externo que permite um reconhecimento por outros interessados, se for o caso. Na prática, sempre haverá uma conjugação, ao se utilizar a forma escrita com forma oral de consentimento informado, pela complexidade da explanação de certas situações e atos médicos. Até pode ser o consentimento presumido, se óbvio - fácil de constatar - que o paciente, se consultado, concordaria com o ato médico.

Quando escrito, ou mesmo na exposição oral, o consentimento informado deve ser obtido através de uma linguagem acessível, adaptada a cada tipo de paciente. Isto implica em conhecimentos de psicologia, por parte do médico, para, até mesmo, evitar o uso de expressões que traumatizem desnecessariamente o paciente.

A informação deve ser completa, mostrando a realidade, mas, enfatizamos, adaptada às condições emocionais de cada paciente. Isto exige um conhecimento suficiente da personalidade do paciente, permitindo uma abordagem clínica adequada da situação, em termos de consentimento informado. É conveniente que a explanação inclua os benefícios advindos do tratamento proposto, os possíveis riscos e tratamentos outros, que sejam viáveis para o caso.

Uma má avaliação do estado psicológico do paciente pode encontrá-lo mal preparado para estar ciente do seu estado clínico, portanto, para não incorrer em imprudência, antes de expor os dados de sua doença ao paciente, o médico deve avaliar a sua *possibilidade emocional de receber estas informações. Revelações brutais de diagnóstico e prognóstico que o paciente não suporte devem ser evitadas.*

A propósito, vale transcrever um episódio trágico narrado por LEON SZKLAROWSKY [8], em que um médico parisiense, pai de uma menina acometida de difteria, até então incurável, devido ao seu sofrimento, abrevia-lhe a vida. Ao voltar do sepultamento, é informado que ROUX acabara de descobrir o soro antidiftérico.

Portanto, a função da medicina é prolongar a vida até os últimos limites possíveis, com os recursos medicamentosos de que pode lançar mão.

---

[8] SZKLAROWSKY,Leon. "A eutanásia no Código Penal vigente". Disponível em: http://www.jus.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 10.set.2004.

Baseado na história do espanhol Ramón Sampedro, 55, trata de um caso de eutanásia. Há um engano. O filme conta a história verdadeira de um suicídio assistido, crime previsto no art. 122 do Código Penal Brasileiro. Ramón ficou paraplégico de 23 de Agosto de 1968 a 12 de Janeiro de 1998, quando foi encontrado morto. Durante esses 29 anos, lutou pelo direito de obter sua liberdade, aprisionada num corpo morto, dizia ele. Pediu, escreveu cartas, falou, deu entrevistas. Em 1995, pediu a um juiz que permitisse a um médico lhe dar a substância necessária para morrer, sem o risco de ser processado por homicídio - o pedido foi recusado em várias instâncias, incluindo o Tribunal Constitucional. Seu desejo também não foi reconhecido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, nem, por fim, pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, que acabou negando o pedido quando Ramón já estava morto. Também pediu ao Rei da Espanha que concedesse um salvo conduto ao médico ou a quem o eutanatizasse, não obtendo sucesso.

Ramón queria ter o direito de ser eutanatizado, ou seja, de receber das mãos de um terceiro, um médico de preferência, uma ou duas injeções letais: a primeira induziria o coma e aliviaria qualquer dor; a segunda provocaria parada cardiorrespiratória.

Sem sucesso pelas vias legais, conseguiu formar uma rede de pessoas dispostas a ajudá-lo a suicidar-se, dentre elas, membros da Associação de Direito a Morrer Dignamente (DMD), de Barcelona.

Mas foi Ramona Maneiro, sua namorada nos últimos dois anos, quem lhe prestou a última ajuda. Ramón Sampedro bebeu, sozinho, com o testemunho de uma câmera ligada por Ramona, o cloreto de potássio que foi colocado em um corpo e deixado na cabeceira de sua cama. Morreu vítima de um suicídio assistido, que não se deve confundir com eutanásia.

O caso Terri Schiavo: Aos 26 anos, ela teve uma parada cardíaca, provavelmente causada por deficiência de potássio, que a levou a um estado vegetativo persistente. Seu marido, tutor legal, solicitou à Justiça a remoção dos tubos de alimentação, à qual seus pais se opuseram. A partir daí deu-se uma batalha entre as partes, até que a última instância autorizou o desligamento dos tubos. Esse caso trouxe, contudo, um outro ponto a ser repensado. Não é ético, nos casos de suspensão de esforço terapêutico, manter a via-crúcis do paciente até a parada cardiorrepiratória, que, como se viu, pode durar 13 dias ou mais.

Argumentos Pró e Contra

A polêmica acerca do assunto é bastante calorosa, uma vez que as opiniões se dividem, cada qual com seus argumentos.

Assim, de um lado encontram-se aqueles que advogam tese favorável à prática da eutanásia sob os mais diversos fundamentos, como, por exemplo, casos onde a vida de uma pessoa que está sofrendo de uma doença incurável tornou-se inútil a ela, à sua família e à sociedade, razão pela qual se justifica moralmente

pôr termo à sua própria vida, quer sozinha, quer com auxílio de outros.

A visão da eutanásia, conforme José Bizatto [9]:

> *"medicina mesmo contrariando o juramento de Hipócrates, tido como pai da medicina, pode, diante de um paciente em prolongado sofrimento e sem esperança de salvação, dar-lhe uma morte tranqüila, satisfazendo-lhe o último desejo.*
>
> *Prolongar a vida incurável e aplicar a eutanásia são duas situações que colimam com o mesmo fim, apenas com a agravante de que prolongar a vida implica em manter o desespero do paciente encoberto por meios artificiais, mas a morte lhe advirá mais cedo ou mais tarde. É apenas uma questão de tempo. Na eutanásia, a morte é rápida e sem delongas"*

E, de outro lado, posicionam-se aqueles que advogam contra tal prática, sustentando que, uma vez legalizada a eutanásia, abrir-se-ia oportunidade para possíveis abusos por parte de médicos, familiares e terceiros interessados na morte do enfermo. Além disso, teme-se a possibilidade de um diagnóstico errôneo ou precipitado do quadro clínico do paciente ante o surgimento de novas e eficazes tecnologias aplicadas à terapêutica medicinal.

Assim, deve-se questionar o critério de morte iminente e inevitável, o critério da irreversibilidade do estado do paciente, bem como da doença incurável, pois o que é incurável hoje poderá ter cura amanhã, e o que é irreversível hoje, poderá reverter amanhã exatamente pelo surgimento a cada dia de novos medicamentos e da terapia celular em célula tronco. Além disso, deve-se levar em consideração a melhora do estado de saúde do enfermo, por fatores que os médicos e a humanidade não tem condições de determinar.

Outro argumento contrário à legalização da eutanásia, também muito significante, é o tráfico de órgãos humanos, pois qualquer pessoa enferma deve ser vista como alvo de tratamento, jamais como prateleira de órgãos humanos prontos a servir quem melhor oferta fizer. A legalização seria um caminho para criação de mais uma máfia.

A medicina continua sendo a ciência dos milagres, pois a cada dia se descobre medicamentos novos e eficazes, e por isso deve o médico empregar todos os meios e recursos imagináveis não somente para salvar uma vida, mas para preservá-la.

Por último, há um receio de que, a partir da legalização da eutanásia, abra-se uma fresta para práticas eugênicas - um processo de seleção da raça humana-

---

[9] *Cf.* Bizatto, José Ildefonso. *Op. cit.*, p. 116.

quer seja no nascimento, quer seja na velhice, fato esse ocorrido, conforme citado anteriormente, durante a Segunda Guerra Mundial, onde Hitler almejou formar uma raça superior, tentando introduzir um programa de eutanásia, porém, tentativa essa infrutífera.

A Eutanásia Analisada pelos Constituintes Brasileiros que Elaboraram a Constituição Federal de 1988

Conforme meticulosa pesquisa realizada por José Ildefonso, a eutanásia foi tema dos constituintes brasileiros que elaboraram a Constituição da República em 1988.

Porém, os constituintes preocupados com essa temática, a analisaram em profundidade e em profundidade a rejeitaram.

A seguir, passaremos a transcrever algumas emendas sobre a eutanásia e sua regulamentação, que foi apresentada por populares e constituintes, as quais, segundo José Ildefonso [10], encontram-se arquivadas no Senado Federal Brasileiro:

> **Emenda 00539**
>
> Prejudicada
> **XX** - O uso e a determinação sobre o próprio corpo.
> f.) a **eutanásia** não será permitida, exceto quando antecipada e expressamente autorizado pelo próprio paciente
>
> **Emenda Popular**
>
> Inclui, onde couberem, artigos ao capitulo VII (da família, do menor e do idoso).
>
> **Titulo IX** - (da ordem social, do projeto de constituição da comissão de sistematização), com a seguinte redação.
> **Art.....** A lei deve garantir a preservação da vida de cada pessoa, desde a concepção, em todas as fases de sua existência, não se admitindo a prática do aborto deliberado, da **eutanásia** e da tortura.

---

[10] *Cf.* Bizatto, José Ildefonso. *Op. cit.*, p. 129.

Emenda 12510

Parcialmente aprovada
Autor: José Queiroz - PFL
Texto: Emenda ao projeto de Constituição
Inclua-se, onde couber, o seguinte artigo:
Dos direitos e garantias individuais.
Art..... A lei deve garantir a preservação da vida de cada pessoa, desde a concepção e não se admitindo a prática de aborto deliberado, da **eutanásia**, do genocídio, da tortura e da violação, em qualquer de suas formas, assim como qualquer forma injusta de mutilação.

Emenda Popular

1- Inclui, onde couber, no capitulo I (dos direitos individuais) do
Titulo II - (dos direitos e liberdades fundamentais), dispositivos com a seguinte redação:
[...]
Art.12: São direitos e liberdades individuais invioláveis:
[...]
3 - Não se admite a prática do aborto deliberado e da **eutanásia.**

Parecer: A proibição do aborto e da eutanásia decorre, logicamente, do **princípio da inviolabilidade da pessoa humana.** (grifos nossos)

Podemos observar, do que foi transcrito acima, que os constituintes deliberaram a matéria com muito cuidado, inclusive em alguns artigos, fala-se expressamente em é permitido ou não é permitido a eutanásia.

Na realidade, a Constituição Brasileira de 1988 teve a preocupação em valorizar a vida sob todos os aspectos, quer sociais, políticos, religiosos e morais.

Eutanásia x Direito à Vida

Direito à vida como direito fundamental

O homem, como em todas as espécies, reproduz-se, que é um instinto natural de perpetuação da sua espécie; logo, a vida humana é uma conseqüência de uma lei da natureza. Por isso, torna-se inaceitável qualquer ato contrário a este princípio de ordem natural, se a vida é uma conseqüência de ordem natural,

também a sua extinção - **morte** - não é menos natural, é a conseqüência natural da vida.

Nossa Carta Magna, em seu artigo 5º [11] determina que: *"todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade"*. Tais preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados harmonicamente com a **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, que, por sua vez, estatui no seu artigo 3º: *"toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal"*.

De acordo com o pensamento jurídico moderno LUIZ REGIS PRADO [12], em sua obra sob título ***Bem Jurídico e Constituição***, assinala que constitui escopo primordial do Direito Penal a proteção de bens jurídicos - *"bens essenciais do indivíduo ou da comunidade que são tutelados em razão de sua importância para a manutenção da convivência social - de modo que não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado"*.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, nosso objetivo principal foi tão-somente indicar o debate em torno da eutanásia e, assim, abrir caminhos de reflexão sobre o polêmico assunto.

Em que pese as agonizantes torturas a que se vêem submetidos os doentes terminais para os quais não resta mais chance de cura, ou o sofrimento crescente dos familiares que acompanham o desfalecer de uma vida inconsciente e que já não há possibilidade de recuperação, a vida *"ainda que mantida por meios artificiosos ou reduzida a mera estremeção muscular, alheia à consciência (...), embora periclitante ou conservada pelo suprimento artificial da quase exaurida resistência orgânica ou fisiológica, não deixa de ser vida, de modo que a supressão dos momentos de vida que restam ao moribundo é crime de homicídio, pois a vida não deixa de ser respeitável mesmo quando convertida num drama pungente e esteja próxima de seu fim"*. [13]

Assim, a legalização da eutanásia traria mais problemas do que soluções. Afinal, em uma sociedade com tantas desigualdades sociais como a do Brasil, a eutanásia poderia configurar-se em um instrumento tão temerário quanto a pena de morte. Nesse mesmo sentido, é preocupante a situação dos excluídos sociais, pois a medicina tem sido cada vez menos um serviço público e mais um negócio comercial e privado, razão pela qual há um sério risco de estabelecer-se dois grupos de pacientes: aqueles economicamente rentáveis, que correm o risco de

---

[11] BRASIL. Constituição da República. São Paulo. Oliveira Mendes. p. 4. 1998.
[12] PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico - Penal e Constituição*. 2ª ed., São Paulo. RT. 1997, pp. 59-60.
[13] HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 379.

sofrer excesso de tratamentos fúteis, e os não rentáveis, que correm o risco oposto, o de sofrer restrição de tratamentos úteis.

Em última análise, deve-se, com muita urgência, resgatar a humanização na medicina. O profissional de saúde deve olhar menos para as telas dos sofisticados equipamentos e mais para os olhos do paciente.

Finalmente, salvar uma vida é salvar o mundo, destruir uma vida é destruir o mundo!

BIBLIOGRAFIA:

- ASÚA, Luis Jiménez. *Eutanásia. Cuadernos sobre Derecho y Ciencias Sociales.* Cochabamba. Imprensa Universitária n. 21. p. 337. 1943.

- BIZATTO, José Idelfonso. *Eutanásia e responsabilidade médica.* São Paulo. Editora de Direito Ltda. 2003.

- BRASIL. Código Penal. 41ª. ed. São Paulo. Saraiva. 2003.

- BRASIL. Constituição da República. São Paulo. Oliveira Mendes. 1998.

- GOLDBERG, David. *Os judeus e o judaísmo.* Rio de Janeiro. Xeron. 1989.

- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* vol. V. 6ª. ed. Rio de Janeiro. Forense. 1981.

- JONES, Ernest. *A vida e a obra de S.Freud.* Rio de Janeiro. Imago. 1989.

- MAYRINK, Álvaro. *Direito Penal Parte Especial.* 5ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2003.

- PEDROSO, Fernando de Almeida. *"Homicídio privilegiado".* São Paulo. Revista dos Tribunais. v. 695. 1993.

- PESSINI, Leo. *A Eutanásia na visão das Grandes Religiões Mundiais (judaísmo, cristianismo, budismo e islamismo)* Disponível em:. http://www.cfm.org.br/revista/bio1v7/eutvisao.htm. Acesso em: 13. Out. 2004.

- PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico - Penal e Constituição.* 2ª. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1997.

-_____. *Qual é a situação da eutanásia na Holanda?* Disponível em: <http://www.providafamilia.org/eutanásia. Acesso em: 11. Set. 2004.

- RAMOS, Augusto César. *Eutanásia: aspectos éticos e jurídicos da morte.* Florianópolis. OAB/SC. 2003.

- SZKLAROWSKY, Leon. *A eutanásia no Código Penal vigente.* Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 10.Set.2004.

- TEIXEIRA DA SILVA, Sônia Maria. *Eutanásia.* Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 12. Set. 2004.

(*) SAMUEL BUZAGLO é Subprocurador-Geral da República (aposentado) e Professor universitário.

A chamada de co-réu e a nova disciplina legal do interrogatório

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

1. Quando da abordagem do tratamento conferido ao interrogatório do réu através da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003 [1], embora tenha estudado numerosos aspectos que o novo diploma legal emprestou àquele relevante ato processual, não tive a oportunidade de examinar um ponto especialmente delicado e que pode vir a suscitar dúvidas quando se faça presente, tanto mais que não se cogita de hipótese de rara ocorrência. Refiro-me ao caso em que haja dois (ou mais) acusados integrando o pólo passivo da relação processual e que um deles venha a imputar a outro (ou a outros) a autoria da infração penal.

Como se fará o interrogatório?

É na busca de uma solução para o impasse surgido que se tentará esboçar algumas considerações, tendo em conta que, agora, o interrogatório fica sujeito ao contraditório, deixando de ser, como antes, um mero diálogo havido entre o juiz e o réu.

2. Como sabido, a partir da Lei 10.792/2003, foi determinada a participação das partes (Ministério Público ou querelante e réu, os últimos através de advogado) formulando perguntas ao imputado. As inovações vêm anotadas no art. 188 do CPP, ao ditar que, quando o juiz der por encerrada a sua participação no interrogatório, isto é, quando ele concluir suas perguntas, ensejará às partes, acusação e defesa, que formulem as suas, se as entender "pertinentes e relevantes".

Tal inovação do legislador buscou encontrar compasso com o art. 212 do CPP, que versa a respeito da inquirição das testemunhas, que, como o interrogatório, integra a chamada prova oral. Da leitura do texto, percebe-se, com tranqüilidade, que fica mantido o sistema presidencial, ou seja, que as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que, se admiti-las, as formulará ao réu.

---

[1] "O novo regime legal do interrogatório", in *Revista da EMERJ* (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), vol. 8, nº 30, 2005, pp. 62 e seguintes.

Infeliz, sem sombra de dúvida, a observação contida ao final do art. 188 da lei processual penal, porque ínsita ao sistema presidencial, segundo a qual o juiz só deferirá as perguntas caso as entenda "pertinentes e relevantes". Adotou-se, de forma imperfeita, o modelo cogitado para a prova testemunhal, no art. 212 do CPP, sem, no entanto, assinalar, como acertadamente consta daquele dispositivo, que o juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo quando não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida. A fórmula do art. 212 do CPP é, não há negar, mais precisa pois indica, expressamente, o que é pertinente e/ou relevante, afastando o excessivo subjetivismo contido no art. 188. Faltou também registrar que, no termo respectivo, deverão constar a pergunta formulada e a razão do seu indeferimento. Limitar-se-ia, assim, o arbítrio judicial de forma mais precisa e adequada [2].

3. Chega-se, agora, ao motivo do presente acréscimo ao estudo anterior [3].

Sabe-se que, por força de lei (art. 191 do CPP), havendo mais de um réu, serão eles interrogados separadamente, resguardando-se, desse modo, a pureza da prova. Esta, por sinal, é uma regra posta em relevo, mais de uma vez, pela lei processual (*vide* arts. 210 e 228 do CPP).

A questão que se põe reside em saber se os defensores dos demais réus deverão atuar formulando perguntas a cada acusado, participando, assim, do interrogatório.

Aqui, no entanto, impõe-se fazer uma distinção.

O art. 185 do CPP, no particular, faz alusão somente ao acusado e a seu defensor, constituído ou nomeado, além do juiz, como é óbvio, como participantes do interrogatório; o primeiro exercendo sua defesa material ao passo que o segundo atuando por força da inafastável defesa técnica.

Se compulsarmos o Capítulo III, do Título VII, do Livro I do CPP, que se ocupa da Prova (Título VII) e Do Interrogatório do Acusado (Capítulo III), veremos, com facilidade, que os arts. 185 a 196 do CPP aludem, sempre, ao defensor do acusado, quando fazem referência à defesa técnica. Usam a palavra defensor no singular.

Pode-se concluir daí que cada réu será interrogado, separadamente, na presença somente de seu advogado, mesmo que, após a vigência da nova lei, vários sejam os acusados.

4. Mas a matéria não se apresenta de forma tão simples como parece neste primeiro enfoque.

Caso o réu, usando do direito a que se refere o art. 186 do CPP, permaneça calado, não respondendo às perguntas que lhe forem formuladas, torna-se evidente que não haverá qualquer problema, pois, como intuitivo, ele não poderá estar incriminando eventual co-réu.

Porém, caso ele, negando ou confessando a prática da infração penal, venha a delatar qualquer outro acusado, que, com ele, esteja respondendo ao

---

[2] Ob. cit. em o nº 1 destas notas de rodapé.
[3] Ob. cit. em o nº 1 destas notas de rodapé.

processo, surge um fator complicador para o procedimento. Com efeito, assinala o art. 189 do CPP que se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá "prestar esclarecimentos e indicar provas". Ora, se assim é, dentre elas, eventualmente far-se-ia presente a incriminação de co-réu.

Pode ainda ocorrer que o imputado venha a confessar sua responsabilidade pelo crime mas que indique outras pessoas que concorreram para a infração penal e que estejam incluídas no mesmo pólo passivo da relação jurídica processual. Em suma: que sejam co-réus. A providência encontra-se, expressamente, contemplada no art. 190, parte final, da lei processual penal. Caso estas pessoas não sejam co-réus no mesmo processo, deverá o juiz, para evitar o tumulto processual, proceder na forma do art. 40 do CPP, embora, dependendo das circunstâncias, pudesse o Ministério Público, desde logo, aditar a denúncia para incluí-las, se, evidentemente, a delação envolvesse infração penal de ação pública incondicionada. Seria hipótese de aditamento subjetivo da inicial. A providência a ser tomada vai depender do caso concreto em função do estado do processo. É medida de conveniência ditada pelo bom senso a escolha de uma ou outra via.

A experiência está a ditar que, em tal circunstância, melhor será aguardar o seguimento do processo, até porque a delação poderá ser destituída de fundamento, tendo como único objetivo retardar o andamento do feito criminal, gerando, como já mencionado, tumulto processual, para, ao empós, se for o caso, proceder na forma do art. 40 do CPP.

Tal situação processual, aliás, não caracteriza a chamada de co-réu, como comumente ocorre, indicando, apenas, mera delação efetivada pelo acusado por ocasião da autodefesa e que, se for o caso, será oportunamente objeto de apuração, até porque a pessoa acusada como co-autora ou partícipe não integra a relação processual em que o delator é réu.

Aqui, o problema que vimos de examinar não requer maior análise, pois, no presente estudo, estamos voltados para uma acusação em que já figuram no pólo passivo da mesma relação processual dois (ou mais) réus.

5. O chamamento de co-réu, também designado na doutrina como acusação de concurso, nomeação de sócio, delação ou chamamento de cúmplice, não mereceu regulamentação na lei processual, deixando-se, assim, à doutrina e à jurisprudência fixar-lhe os contornos em que deva ser valorado, tendo em conta o sistema da persuasão racional adotado em nossa lei processual penal (art. 157 do CPP) bem como o princípio da verdade processual.

Dessa maneira, segundo ensinamento da doutrina, costuma-se exigir a concorrência de três elementos para que a nomeação de sócio possa ser valorada de maneira influente para o processo:

a) a confissão do delator;

b) inexistência de objetivo de vingança;

c) finalidade de atenuar ou até mesmo eliminar sua responsabilidade pela prática criminosa.

Esta a *communis opinio*.

Não me parece, *data venia*, que tais colocações encontradiças em grande parte da doutrina possam merecer aceitação dogmática. No meu entendimento, não há necessidade de que o réu confesse a prática da infração penal. Ele, segundo penso, pode negar a responsabilidade pela conduta criminosa, atribuindo-a somente ao co-réu.

Quanto às demais exigências, isto é, a ausência de motivo subalterno (ódio, vingança, cupidez ou outro assemelhado) para com o outro acusado, ou, ainda, a chamada feita com a finalidade de escapar da condenação ou a de atenuar sua responsabilidade, são colocações de ordem subjetiva a serem apreciadas pelo juiz de acordo com a sua livre convicção (art. 157 do CPP).

Com efeito, o art. 190 do CPP alude apenas à confissão do acusado, obrigando ao juiz indagar se "outras pessoas" concorreram para a infração, e quais sejam. Porém, o aludido dispositivo não pode ser dissociado do sistema de prova adotado em nossa lei processual como também do princípio da verdade real informador do nosso direito positivo.

Aliás, no caso de confissão, de nada valeria para o acusado a imputação de co-réu, pois se aceita a sua confissão pelo juiz, ele não se encontraria eximido de responsabilidade pela prática criminosa.

É de ressaltar que o próprio Código, ao versar sobre o interrogatório do réu, dispõe, expressamente, no art. 187, parágrafo 2º, II a respeito da possibilidade de o acusado, ao negar a acusação, indicar a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam.

Portanto, mesmo à luz da lei processual, a chamada de co-réu pode dar-se quando o delator negar a acusação.

Não obstante isso, a doutrina, voltada, quero crer, somente para o disposto no art. 190 do CPP, exige a confissão do delator. Nesse sentido, podem ser registradas as opiniões ilustres de TOURINHO [4], FERNANDO CAPEZ [5], POLASTRI [6] e outras vozes de igual valor que preceituam que o chamamento de co-réu exige a confissão do delator.

Na doutrina estrangeira, FLORIAN [7], em seu clássico *Tratado*, analisa a *vexata quaestio*, mostrando a antiga divergência a respeito do assunto.

---

[4] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. III, pp. 276 e seguintes, São Paulo: Editora Saraiva, 25ª edição, 2003.

[5] CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 309. São Paulo: Editora Saraiva, 11ª edição, 2004.

[6] LIMA, Marcellus Polastri. *A Prova Penal*, p. 122. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

[7] FLORIAN, Eugenio. "*Delle Prove Penali*", vol. II, p. 36. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Villardi, 1924. Com efeito, em passagem constante de nota de rodapé, registra FLORIAN, um dos maiores tratadistas que versou a respeito da prova penal: "*Anche la questione se commetta calunnia l'imputato, il quale incolpi alti altri, che conosca innocente, del reato a lui ascritto, per esimerne sè medesimo, è antica e controversa.*"

6. Colocadas tais premissas, pode-se, no momento, esboçar algumas colocações básicas para que se possa aferir o valor da delação em função do novo tratamento legislativo que o interrogatório passou exibir a partir do advento da Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

Para tanto, torna-se necessário que se faça uma apreciação prévia da expressão "chamada de co-réu", bem assim se ela apresenta algum valor probatório, pois do contrário torna-se destituída de sentido qualquer discussão que o tema possa merecer.

7. Deve-se, mais uma vez, a TORNAGHI [8], em um dos seus muitos momentos de grande inspiração, a correta observação que faz a propósito da expressão chamamento de co-réu, tão consagrada por toda a doutrina. Na realidade, como salienta o notável Mestre, trata-se do uso impróprio feito pelos escritores de uma expressão originária do processo civil, pois, na verdade, aqui, no processo penal, não há qualquer chamamento, já que o chamamento à autoria nada mais é que uma modalidade de intervenção de terceiros, necessária para fixar os limites subjetivos da coisa julgada.

8. Qual então o valor como prova da chamada de co-réu?

TOURINHO [9] fustiga de forma veemente o seu valor, partindo do princípio de que ela não passa pelo crivo do contraditório. É certo que o eminente processualista, na edição que tenho em meu poder de seu clássico "*Processo Penal*" (25ª, de 2003), não focaliza ainda o assunto voltado para a regência a que o interrogatório ficou submetido a partir da Lei 10.792/2003, agora sujeito a nova disciplina, que atende aos seus anseios.

POLASTRI [10], escrevendo antes da vigência da Lei 10.792/2003, não assume posição tão radical, assinalando que a chamada de co-réu, desde que ratificada por outras provas colhidas sob o crivo do contraditório, "é elemento válido para embasar o convencimento judicial".

Quero deixar claro que, mesmo antes da vigência da nova lei, sempre considerei a chamada de co-réu como indício, seguindo os critérios pelos quais devem ser valorados aquele meio de prova (art. 239 do CPP). Ele pode ou não encontrar ressonância no conjunto probatório, cabendo ao juiz emprestar-lhe o valor que entenda cabível diante do caso concreto, segundo o sistema da persuasão racional consagrado na lei (art. 157 do CPP).

9. E agora, com a nova lei, como fica a questão?

Já ressaltara, em trabalho anterior [11], que o interrogatório diante do atual regime a que ficou submetido adquiriu novamente um nítido colorido de meio de prova, sem deixar de constituir o mais significativo ato de defesa material.

---

[8] TORNAGHI, Helio. *Instituições de Processo Penal*, vol. IV, p. 36. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1978.

[9] *Apud op. cit.* em o nº 4 dessas notas de rodapé. Em prol de sua opinião, traz à colação o pensamento de copiosa e respeitabilíssima doutrina nacional e estrangeira. Assim: ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, CARMIGNANI, MALATESTA, MITTERMAYER, MANZINI e ADA PELLEGRINI GRINOVER, todos fazendo sérias reservas à delação como meio de prova.

[10] Ob. cit. em o nº 6 destas notas de rodapé.

[11] Ob. cit. em o nº 1 destas notas de rodapé.

No entanto, sempre assinalei que o *thema* apresentava mais interesse acadêmico que valor prático, pois, de acordo com o sistema do livre convencimento adotado em nossa lei processual (art. 157 do CPP) caberia ao juiz dar ao ato o valor que ele devesse merecer na hipótese em exame, motivando sua decisão.

Vale o registro de que, por força da Lei 10.792/2003, o assunto, agora, apresenta algum interesse prático pelo menos para a ordem a ser observada quando da formulação das perguntas ao réu pelas partes. Explico-me melhor, através da análise da matéria que empreendi em estudo específico sobre o assunto [12]:

> "**18.3.** Qual a ordem das perguntas?
>
> Quem, após o juiz, pode formular indagação ao réu, uma vez mantido o sistema presidencial?
>
> A natureza jurídica do ato seria o parâmetro definidor da ordem a ser seguida na apresentação das perguntas. Se ato de defesa, esta teria primazia; se meio de prova a acusação ganharia precedência. Como, com a nova lei, reabriu-se a velha discussão, agora revestindo não somente interesse acadêmico, em função de permitir-se a participação das partes no interrogatório, entendo que deva ser seguida a ordem que mais favorece a defesa, deixando-se para ela a faculdade de perguntar por último.
>
> Porém, a lei deveria ter disciplinado a matéria, evitando futura disputa doutrinária e jurisprudencial."

Uma coisa é certa: agora não mais se poderá negar valor como meio de prova ao interrogatório do imputado, pois ele encontra-se sujeito ao crivo do contraditório.

Quando houver um só acusado ou ainda mesmo quando presentes dois ou mais réus, mas inocorrendo a chamada, penso que não se fará presente qualquer motivo de perplexidade. O acusado será interrogado pelo juiz e perguntado pelas partes (acusação e defesa técnica), estando perfeito e acabado o ato do interrogatório.

O problema surge quando houver a chamada, isto é, o acusado, negando ou confessando a prática da infração penal, vem a inculpar co-réu.

Como posto em relevo (**3**, *supra*), o acusado, agora também acusador, é interrogado separadamente na presença de seu advogado. No entanto, com a chamada, vem a delatar co-réu, cuja defesa não participou do interrogatório respectivo, não tendo assim oportunidade de formular perguntas ao autor do chamamento.

---

[12] Ob. cit. em o nº 1 destas notas de rodapé.

Ora, a chamada de co-réu pode acarretar alteração no panorama probatório, com eventuais reflexos para o acusado que não participou da colheita daquela prova que, em tese, lhe pode trazer gravame.

Como resolver o impasse?

As "Mesas de Processo Penal da USP", através da Súmula de nº 65, conferiram à delação o valor de prova testemunhal na parte referente à imputação, admitindo reperguntas por parte de delatado [13].

Parece-me, em tal situação, necessário que o interrogatório do delator terá que ser renovado, para que se renda ensejo a que a defesa técnica do delatado venha, caso deseje, a ofertar perguntas. Há, porém, uma limitação: a indagação deverá cingir-se somente à imputação feita pelo delator, já que os demais fatos constantes do interrogatório do delator não dizem respeito ao delatado. Caberá, assim, ao juiz limitar as perguntas somente ao fato motivador do chamamento.

Na verdade, se fará um novo interrogatório do delator, de que participarão o juiz, a acusação e as defesas técnicas do delator e do delatado. Caberá ao juiz reperguntar por primeiro, seguindo-se a acusação e, por fim, a defesa do delator e a do delatado. Repito: este novo interrogatório deverá ater-se somente à imputação que motivou o chamamento.

Há um ponto em que, com o devido respeito, me afasto da posição assumida pela Súmula de nº 65 das "Mesas de Processo Penal da USP". Tal se dá quando conferem o valor de prova testemunhal à palavra do delator na parte referente à imputação. A razão do ousio reside no fato de que a testemunha é terceiro imparcial que vai a juízo depor a respeito de fato objeto da acusação ou que, eventualmente, como ocorre no caso de testemunha instrumental ou instrumentária, comparece, apenas, com a finalidade de atestar a validade de um ato, como, por exemplo, acontece na hipótese contemplada no art. 226, IV do CPP.

Ora, o réu, ao contrário, é parte no processo e, como tal, sujeito parcial da demanda, havendo, dessa forma, distinção ontológica nas situações processuais dos dois personagens do processo: réu e testemunha.

Já assinalei que, mesmo antes da vigência da Lei 10.792/2003, entendia que a chamada de co-réu apresentava valor como meio de prova, subsistindo sempre como indício (art. 239 do CPP), a ser apreciado pelo juiz no momento oportuno de acordo com a sua livre convicção (art. 157 do CPP).

Li, em algum lugar, que os indícios são "testemunhas mudas" que apontam para o possível autor do fato criminoso. No manejo dos indícios, não se pode contestar, o juiz deve operar com extremo cuidado mas a cautela redobrada não deve ser motivo para que eles possam merecer excomunhão. Não se pode esquecer que o indício é meio de prova previsto em lei (consta do Título VII, do Livro I, do CPP, que se ocupa "Da Prova"). Por tal razão seu valor, em tese, em nada difere daquele atribuído às chamadas provas diretas.

---

[13] *Apud op. cit.* em o nº 5 destas notas de rodapé.

Na atualidade, diante da nova legislação, não haverá, sequer, necessidade de considerar a delação somente como prova indiciária e muito menos como prova testemunhal, como entendem as "Mesas de Processo Penal da USP".

Com efeito, seu valor decorrerá do próprio interrogatório do réu (delator), que voltou a assumir um caráter misto ou seja: meio de prova (Capítulo III do Título VII, do Livro I, arts. 185 a 196 do CPP) e, ao mesmo tempo, ato de autodefesa ou defesa material (arts. 185, § 2º e 186, parágrafo único, ambos, do CPP).

Este o valor probatório que o chamamento deverá assumir, desde que também submetido às perguntas por parte da defesa técnica do delatado na parte em que se relacione com a imputação.

10. Todas as considerações aqui feitas referem-se, evidentemente, ao interrogatório judicial (art. 185 a 196 do CPP), não guardando qualquer relação com a ouvida do indiciado na fase do inquérito policial (art. 6º, V do CPP). Esta, juntamente com outras providências indicadas nos arts. 6º e 7º do CPP, servirá apenas de suporte fático para o ajuizamento da ação penal, dado o caráter inquisitivo daquela peça de informação ordinária.

11. Outra observação que se impõe fazer está voltada para a acareação dos co-réus (art. 229 do CPP). Entendo que, persistindo a divergência entre delator e delatado, após a realização das reperguntas a respeito da imputação, impossível será a acareação entre os acusados, embora prevista expressamente no art. 229 do CPP.

É que o interrogatório, por força da Constituição Federal e do próprio Código de Processo Penal, não perde seu valor como ato de defesa material, tendo o acusado direito ao silêncio (art. 5º, LXIII da CF), que não importará em confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (art. 186, parágrafo único, do CPP). Aliás, o acusado pode até mentir sem que de tal atitude lhe advenha qualquer conseqüência penal, pois o crime contra a administração da justiça previsto no art. 342 do CP só pode ter como sujeito ativo a testemunha, o perito, o contador, o tradutor e o intérprete, jamais o réu. É lhe vedada, isto sim, a prática da auto-acusação falsa, envolvendo crime inexistente ou praticado por outrem (art. 341 do CPP), pela simples razão de que ao Estado somente interessa punir o verdadeiro culpado. Dessa maneira, a regra do art. 229 do CPP, no que respeita à acareação entre réus, não se viu recepcionada pela nova ordem constitucional.

12. Estendi-me, talvez, além do que pretendia na complementação do meu estudo anterior a respeito do novo tratamento legislativo que o interrogatório judicial veio a merecer por parte de Lei 10.792/2003.

É que sendo a lei bastante incompleta, deixando de abordar várias questões que não poderiam restar no olvido, acaba por obrigar o intérprete a realizar uma análise mais aprofundada a respeito de quase todo aquele diploma legislativo.

Fevereiro de 2006

(*) SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

PARECERES

E

RAZÕES

Ação civil pública - Transporte complementar por vans e kombis - Necessidade de licitação para a permissão.

Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da ___.ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro

O *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, por intermédio da Segunda Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Cidadania da Comarca da Capital, que, para fins do disposto no art. 236, §2.º, do Código de Processo Civil, indica como endereço à Av. Nilo Peçanha, 26, 4º andar, Centro, nesta, vem perante V. Ex.ª, com fundamento nos artigos 127; 129, III; 37, XXI e 175 da Constituição Federal; art. 355, V, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro; art. 25 da Lei 8.625/93 e Lei 7.347/85 propor a presente

Ação Civil Pública com Pedido de Tutela Antecipada

em face do

Município do Rio de Janeiro, pessoa jurídica de direito público, que deverá ser citada através de seu Procurador-Geral, no endereço de conhecimento da secretaria.

Dos Fatos

1) O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro instaurou o inquérito civil público nº. 950/02 com o fim de apurar notícia de irregularidades na outorga de autorizações para o transporte denominado "alternativo" no Município do Rio de Janeiro, consistente em pagamento de propina a funcionários públicos municipais.

2) No decorrer das investigações, o *Parquet* recebeu ofício do SINTRAL - Sindicato dos Trabalhadores Autônomos, Autorizatários ou Permissionários, Condutores Auxiliares, Pessoal de Apoio e Afins em Transportes Alternativos, narrando a ocorrência de diversas outras irregularidades no transporte denominado "alternativo". O expediente chega a afirmar que a sobrevivência do sistema de transporte alternativo foi garantida, na grande maioria dos casos, "com a organização e fundação de falsas cooperativas, manipuladas, direta ou indiretamente, por policiais/ex-policiais, civis e/ou militares e "lideranças" locais; muitas vezes articulados ao narcotráfico e grupos de extermínio". E mais, que "a continuidade da operação mantinha-se/mantêm-se pela força, contra os concorrentes e os trabalhadores, e pela propina e corrupção...".

3) Tem sido constante no noticiário o envolvimento do transporte coletivo denominado de "alternativo" com práticas ilícitas. A situação chegou a tal ponto, que um dos funcionários da Secretaria Municipal de Transportes foi assassinado no final do ano de 2003, além de diversos integrantes de cooperativas também já terem sido mortos.

4) A Superintendência Municipal de Transportes Urbanos - SMTU admite que inúmeras irregularidades foram perpetradas no intuito de fazer incluir pessoas no cadastramento para o transporte coletivo, tendo sido instaladas 25 sindicâncias, 17 processos disciplinares de inquéritos administrativos e expedidas 7 notícias crimes (fls. 372 do inquérito civil nº. 950/02).

5) Dentre as irregularidades que permeiam o transporte denominado "alternativo" no Município do Rio de Janeiro está a **falta de licitação**, tema que o Ministério Público se ocupará na presente ação civil pública.

6) Esclareça-se que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através deste órgão e de vários outros (de cidadania e criminal), vem apurando as diversas irregularidades acima citadas. O inquérito civil cujas peças foram copiadas para lastrear a presente ação, por exemplo, irá prosseguir a fim de apurar eventuais atos de improbidade administrativa por parte de agentes do Município.

7) Na verdade, o que se verifica é que o transporte "alternativo" surgiu ao arrepio da lei, ou seja, diversas pessoas começaram, através de Kombis e Vans, sem qualquer tipo de regulamentação e/ou autorização, a realizar o transporte de passageiros. A baixa qualidade do transporte coletivo convencional (através de ônibus), o alto preço das passagens dos referidos coletivos, a omissão do Poder Público e a situação social do país contribuíram para que particulares se lançassem nesta empreitada clandestina, que foi tomando proporções consideráveis, passando a exigir a atenção do Poder Público.

8) O Município do Rio de Janeiro, através da Secretaria Municipal de Transportes, num primeiro momento procurou proceder ao cadastramento dos operadores do denominado "transporte urbano alternativo", editando em 09 de janeiro de 2001 a Resolução SMTR nº. 1.062.

9) Em 30 de maio de 2001 foi editado o Decreto 19.951 (posteriormente revogado pelo Decreto 21.740 de 2002), regulamentando o Subsistema de Transporte Urbano Especial Complementar de Passageiros em veículos de baixa capacidade. O referido ato estabelecia em seu artigo 4º o seguinte:

> "**Art. 4º** - A exploração do serviço referente ao presente Subsistema dar-se-á mediante termo de permissão, precedido de competente licitação.
> **Parágrafo único** - Enquanto não concluída a seleção de que cuida o caput, a SMTU concederá **autorização** pessoal e intransferível em caráter precário, de 1 (um) ano, que poderá ser renovada por igual período na eventualidade de não conclusão, por motivo de força maior, do respectivo procedimento licitatório."

10) A Secretaria Municipal de Transportes, com a finalidade de complementar o Decreto nº. 19.951, editou, em 21 de junho de 2001, a Resolução nº. 1.109.

11) Corroborando o que até então vinha sendo legislado, foi publicada a Lei 3.360, de 07 de janeiro de 2002. O referido diploma prevê que o transporte urbano especial complementar de passageiros será feito através de permissão, sendo, entretanto, também prevista como possibilidade a "autorização provisória" (art. 4º).

12) O Decreto 21.740, de 12 de julho de 2002, que revogou o Decreto 19.951, vem regulamentar a Lei 3.360, estabelecendo, por sua vez, o seguinte:

> "**Art. 4º** - A exploração do serviço referente ao presente Subsistema dar-se-á mediante termo de permissão, precedido de competente licitação pública. **Parágrafo único** - Enquanto não estabelecidas as condições e concluída a licitação de que cuida o caput, o serviço será prestado por pessoas credenciadas, entre os dias 09 de janeiro e 10 de fevereiro de 2001, pela SMTU, por meio de outorga de autorização pessoal, intransferível, provisória e de caráter precário, desde que cumpridas as exigências de vistoria, documentação e demais normas regulamentares, na forma do art. 4º, I, da Lei nº. 3.360, de 2002."

13) Em que pese toda a legislação do Município do Rio de Janeiro prevê que as autorizações têm caráter precário e temporário (e não poderia ser diferente...), devendo existir até o momento em que se faça a licitação para que sejam dadas as permissões para o funcionamento do transporte, o fato é que a "precariedade" e "temporariedade" vêm existindo desde o início de 2001, portanto, há cerca de 3 (três) anos. Assim, o que se pode verificar é que tais autorizações perderam a precariedade e temporariedade, incorrendo em violação da lei que exige a realização de licitação como se verificará nos tópicos seguintes.

Do Direito

14) Desde o advento do *Decreto-Lei Federal n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967* surgiram no ordenamento jurídico pátrio normas expressas no sentido de determinar à União Federal a realização de licitação previamente à contratação de qualquer serviço, entendido dentro deste contexto o transporte coletivo de passageiros de qualquer espécie (art. 125 e segs.), tratando a *Lei Federal n.º 5.456/1968* de estender tal obrigatoriedade também aos Estados e aos **Municípios** (art. 1º). Antes disso, a própria *Lei da Ação Popular*, de 29 de junho de 1965 (*Lei nº 4.717*), já previa, em seu art. 4º, III, "**a**", a nulidade da delegação de serviço público quando não antecedida de licitação.

15) Posteriormente, o *Decreto-Lei Federal n.º 2.300/1986* revogou as normas a respeito de licitações contidas no Decreto-Lei Federal n.º 200/1967 e na Lei Federal n.º 5.456/1968, reafirmando, contudo, o dever de realização da licitação na delegação de serviços públicos.

16) Já sob a vigência da atual Constituição Federal, cujo art. 175 não deixa margem a qualquer dúvida sobre a obrigatoriedade da licitação [1], a Lei n.º 8.666/93, "sucessora" do Decreto-Lei Federal n.º 2.300/86, também condiciona a contratação de serviços públicos à realização de licitação ("**Art. 2º.** *As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas em lei*" e "*Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto*"), **o que encontra eco na Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995,** esta última voltada especificamente à disciplina do **regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos**. Vejamos o que estabelecem seus arts. 1º, 2º, 14 e 40, *verbis*:

> "**Art. 1º.** As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.
> **Parágrafo único** - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.
>
> **Art. 2º.** Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
> (...)
> **II - Concessão de serviço:** a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, *mediante licitação, na modalidade de concorrência,* à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

---

[1] "**Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, ***sempre através de licitação***, a prestação de serviços públicos".

(...)

IV - Permissão de serviço público: a delegação, a título precário, *mediante licitação*, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua contra e risco.

Art. 14. *Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de* ***prévia licitação****, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.*

Art. 40. *A permissão de serviço será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente."* (grifamos)

17) No Município do Rio de Janeiro, a Lei Complementar 37, de 14 de julho de 1988, como não poderia deixar de ser, também exige que as concessões e permissões sejam precedidas de licitação (art. 2º);

18) Assim, não há espaço dentro dos ordenamentos constitucional e infraconstitucional para a delegação de serviços públicos a entes privados, quer sob a forma de concessão, quer sob a forma de permissão, sem a observância prévia de licitação, conforme previsto nos arts. 37, XXI, e 175 da Constituição Federal (*os quais correspondem aos arts. 140, § 3º, 148, 149, 150 e 151 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro*).

19) De acordo com a irrefutável doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO:

> "A Constituição de 1988 determinou, de modo explícito, a obrigatoriedade de concessão e permissão serem concedidas mediante prévia licitação (art. 175 da CF/88). Assinale-se que, tal como todo o ato praticado pelo Poder Público, a outorga de concessão e permissão deve ser norteada pelos princípios da vantajosidade e da isonomia. O ente estatal será obrigado a buscar a melhor solução (técnica e econômica) para a prestação do serviço por via de concessão. Por outro lado, está constrangido a propiciar a todos os interessados a oportunidade de competir em igualdade de condições para obter a outorga.

> A incidência dos princípios da licitação assimila a concessão (e a permissão) às demais atividades administrativas, no sentido de que nenhuma circunstância justifica privilégios na seleção do particular selecionado. Concessão e permissão não são institutos 'especiais' refratários à licitação. Bem por isso, todas as leis sobre concessões impuseram a obrigatoriedade do procedimento licitatório prévio" (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 192).

20) Dito de forma mais simples: a exigência de licitação nas concessões e permissões de serviços públicos reflete o assujeitamento da administração e daqueles que com ela contratam aos princípios administrativos da impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF), buscando-se garantir, por outro lado, a seleção daqueles que melhor atenderão aos superiores interesses da coletividade de usuários dos serviços.

21) As permissões e autorizações, em suas concepções clássicas, são consideradas atos administrativos e, como tais, devem obedecer certos requisitos para ter existência, validade e eficácia. Por expressa previsão legal (art. 2.º, *b* e *e*, da Lei 4717/1965), o ato administrativo será considerado nulo por *vício de forma e desvio de finalidade* quando não observado o procedimento licitatório em sua formação, que é o que se dá relativamente às delegações aqui discutidas.

22) O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em inúmeros acórdãos, já se pronunciou contrariamente à delegação do serviço público de transporte coletivo de passageiros por ônibus mediante a outorga de permissões e autorizações sem a realização do certame licitatório prévio, conforme se depreende das decisões abaixo colacionadas:

> "***Linha de ônibus intermunicipal. Permissão. Necessidade de licitação pública.*** **A permissão para exploração de linha de ônibus intermunicipal requer o devido procedimento de licitação pública**, não podendo, qualquer empresa do ramo, exigir da Administração Pública que lhe adjudique o serviço, sem demonstrar, frente à legislação aplicável à espécie, a sua vinvulação ao preexistente dever jurídico de fazê-lo. Apelo improvido. (ABI)
> Partes: *Empresa Brasil S/A* e *Dep. de Transp. Rod. do E.R.J. DETRO/RJ* - **Apelação Cível 3881/93** Reg. 250594 - COD. 93.001.03881 Sexta Câmara Cível Unânime - Des. Laerson Mauro, julg. em 08/02/94
> .....

> ***Transporte coletivo municipal - Linhas de ônibus municipal - Prolongamento de linha - Ato ilegal - Nulidade do ato - Súmula 473 do S.T.F.***
> Ato administrativo. Invalidação por ilegalidade. Dever-Poder da administração. Se por erro, culpa ou interesses escusos dos agentes públicos, a atividade administrativa se desgarra da lei, se divorcia da moral ou se desvia do bem comum, é dever da Autoridade Pública invalidar de ofício o seu próprio ato para que seja restaurada a normalidade jurídica da Administração. Ao contrário do ato inconveniente, cuja revogação só pode ser decretada pela Administração em processo regular e respeitados os seus efeitos jurídicos, *o ato nulo em razão de gritante ilegalidade não gera direitos subjetivos para ninguém, podendo e devendo o Poder Público, ao com ele se defrontar, decretar a sua nulidade sem maiores formalidades. Denegação da segurança.* (CEL)
> Partes: *Viação Mirante Ltda* x *Exmo. Sr. Pref. do Munic. de Nova Iguaçu* - Tipo da Ação: *Mandado de Segurança* - **Número do Processo: 1997.004.00052** - Data de Registro: 26/02/1998 - Folhas: 464/468 - Órgão Julgador: II Grupo de Câmaras Cíveis - Votação: Unânime - Des. Sérgio Cavalieri Filho - Julg. em 21/05/1997".

23) *O Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal* também já se posicionou pela inconstitucionalidade de dispositivos legais que visam burlar o princípio da obrigatoriedade da licitação. Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 140.989/RJ, relativo ao Município de Itaboraí, a 1ª Turma da mesma Corte Suprema, Rel. Min. Octávio Gallotti, teve a oportunidade de assentar, *verbis*:

> "*Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus.*
> Necessidade de prévia licitação para autorizá-la, quer sob a forma de permissão, quer sob a forma de concessão.
> Recurso Extraordinário provido por contrariedade ao art. 175 da Constituição Federal" (j. 16.03.93, unânime).

24) Também o *Superior Tribunal de Justiça* vem considerando inválidos os atos administrativos de outorga de serviços públicos a particulares sem a observância prévia de licitação:

> *"Administrativo. Recurso em Mandado de Segurança. Concessão de serviço público. Transporte intermunicipal de passageiros. Transformação de autorização precária em concessão permanente. Nulidade.*
> 1. A inobservância das formalidades legais na transformação de autorização a título precário em concessão permanente de serviço público conduz à nulidade do ato praticado pela Administração.
> Recurso Ordinário a que se dá provimento" (ROMS nº 1683/TO, 2ª Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 01.12.93, unânime).

25) O *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* já teve a oportunidade de apreciar o tema especificamente em sede de ação civil pública proposta pelo *Parquet*, declarando a ilegalidade de tais prorrogações:

> *"Ação civil pública - Ação proposta pelo Ministério Público - Transporte coletivo municipal - Permissão de serviço de transporte coletivo - Ausência de licitação - Prorrogação do prazo - Ilegalidade - Sentença confirmada.*
> Transporte coletivo municipal. Exploração. Procedimento licitatório obrigatório. Prorrogação de prazo da atual permissionária por 25 anos, com opção de nova prorrogação por mais 25 anos, afrontosa a princípios cardeais da Constituição e leis federais **que disciplinam a licitação para a exploração de serviços públicos. Ilegalidade manifesta.** Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Apelo improvido. (IRP)
> Partes: *Município de Araruama* x *Ministério Público do Estado do RJ* - Ementário: 18/2002 - N. 1 - 20/06/2002 - Tipo da Ação: Apelação Cível - **Número do Processo: 2001.001.19216** - Data de Registro : 20/05/2002 - Folhas: 86957/86970 - Comarca de Origem: Araruama - Órgão Julgador: Décima Câmara Cível - Votação: Unânime - Des. Jayro S. Ferreira - Julgado em 26.03.2002".

Da Legitimidade ad causam ativa e passiva

26) À luz do que dispõem os arts. 127 e 129, III, da CRFB/88 e os arts. 5º e 21 da Lei n.º 7347/85 c/c os arts. 81 da Lei n.º 8078/90 e 25, IV, "b", da Lei nº 8.625/

93, goza o Ministério Público de legitimidade ativa *ad causam* para a tutela de interesses difusos, que são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

27) Realmente, não se tem dúvida de que toda a coletividade, sobretudo a dos usuários dos serviços de transportes no Município, ostenta o legítimo interesse em que os prestadores de serviços de relevância pública sejam selecionados pelo Município por intermédio de regular processo licitatório, única garantia de plena adequação ao que estabelece a Lei nº 8.987/95. Tal interesse, como parece óbvio, pertence a toda a coletividade, a qual, em resumo, tem a legítima expectativa de ver respeitados os princípios regentes da Administração Pública, mormente os da impessoalidade, moralidade e eficiência.

28) Relativamente ao pólo passivo, nele devem figurar o Município do Rio de Janeiro, na qualidade de delegante do serviço público de transporte, tendo o dever de realizar o processo licitatório.

Da Antecipação dos efeitos da Tutela

29) O art. 273 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela final pretendida nos casos em que exista prova inequívoca e verossimilhança nas alegações da parte autora, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e inexista perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

30) Quanto à presente hipótese, pretende o *Parquet* a antecipação dos efeitos da tutela final a fim de que o Município do Rio de Janeiro: **a)** se abstenha de delegar o serviço público de transporte coletivo municipal de passageiros por *vans*, *kombis* e similares senão após prévio procedimento licitatório, suspendendo-se dentre as atuais delegações de serviço público de transporte coletivo de passageiros sem licitação, aqueles que, porventura, não tenham ainda entrado em operação; **b)** seja compelido a entregar em cartório, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, atendido o disposto nos arts. 5º e 18 da Lei nº 8.987/95 e 39 da Lei nº 8.666/93, cópia do edital de licitação de todas as linhas atualmente em operação e daquelas cuja criação, a seu juízo, mostre-se necessária; **c)** inicie, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar do deferimento da liminar, o procedimento licitatório, na modalidade de concorrência pública (art. 2º, II, da Lei nº 8.987/93), destinado à escolha dos novos delegatários de todas as linhas em operação e das que vierem a ser outorgadas, com a publicação dos editais na Imprensa Oficial; **d)** seja compelido a apresentar a classificação final das propostas oferecidas no procedimento licitatório mencionado no item anterior, em prazo a ser fixado por esse Juízo a partir do critério da razoabilidade, fixando-se multa no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia em caso de descumprimento da decisão liminar.

31) Ao longo da exposição fática restou cabalmente demonstrada a existência de farta prova, representada pela documentação acostada, no sentido de demonstrar que o Município do Rio de Janeiro delega o serviço público de transporte coletivo municipal de passageiros por vans, kombis e similares

(denominado de "transporte alternativo" ou de transporte urbano especial complementar de passageiros por veículos de baixa capacidade de transporte) sem a observância do prévio procedimento licitatório, em inegável afronta aos arts. 37, XXI, e 175 da Constituição Federal e aos ditames das Leis nº 8.666/93 e 8.987/95, *tudo a demonstrar a existência de prova cabal do alegado, muito mais do que a verossimilhança exigida pelo legislador à antecipação da tutela.*

32) Relativamente ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação de que cuida o art. 273, I, do CPC, ressalte-se que o serviço público de transporte coletivo por meio de *vans* e *kombis* tem-se mostrado essencial à população do Rio de Janeiro, submetida, ao longo dos últimos anos, a serviços precariamente prestados por pessoas físicas e jurídicas escolhidas sem qualquer critério, muitas das vezes às custas da corrupção de agentes públicos.

33) Por outro lado, aguardar o trânsito em julgado da decisão final para só então dar início ao processo de seleção dos delegatários do serviço representará uma inegável premiação aos atuais prestadores, já beneficiados ao longo dos anos pela omissão do Poder Público.

34) Este quadro insólito pode ser facilmente evitado através do deferimento da antecipação da tutela final pretendida em todos os seus termos, impedindo-se sejam outorgados novos instrumentos delegatórios sem licitação e determinando-se à Administração Municipal que inicie imediatamente os trabalhos e estudos necessários à realização do certame destinado à escolha dos novos delegatários, garantindo-se, enfim, celeridade e economicidade quanto ao momento da adjudicação da prestação do serviço delegado.

35) Não há que se falar em irreversibilidade do provimento aqui perseguido, tendo em conta que, de acordo com a jurisprudência já pacificada do Supremo Tribunal Federal, *o licitante vencedor do certame não ostenta qualquer direito subjetivo à celebração do contrato administrativo* (RE nº 107552-0, 2ª T., Rel. Min. Francisco Rezek, *DJU* 5.6.87), devendo observar-se quanto a ele, apenas, o direito de preferência sobre os demais:

> "Vimos anteriormente que o contrato administrativo exige *licitação prévia*, só dispensada, dispensável ou inexigível nos casos expressamente previstos em lei, e que constitui uma de suas peculiaridades, de caráter externo (*cf.* item I deste capítulo). *Assim, a* ***licitação*** *é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação. Mas esta, observa-se, é apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao* ***contrato****, apenas uma* ***expectativa de direito****. Realmente, concluída a licitação, não fica a Administração obrigada a celebrar o contrato, mas, se o fizer, há de ser com o proponente vencedor."* (HELY LOPES MEIRELLES, "*Direito Administrativo Brasileiro*". 25.ª edição atualizada por EURICO DE ANDRADE AZEVEDO,

DÉLCIO BALESTERO ALEIXO e JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO. p. 254. São Paulo: Malheiros Editores, 2000) - grifamos.

36) Registre-se, inclusive, a existência de respeitáveis entendimentos doutrinários no sentido de que sequer à adjudicação gozaria o licitante vencedor de uma pretensão juridicamente amparável (*v.g.* ADILSON DE ABREU DALLARI, *Aspectos Jurídicos da Licitação*, ed. Juriscredi, p. 111, e RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Licitação*, RT, p. 71).

37) Do exposto é possível concluir que na remota hipótese de os pedidos principais serem julgados improcedentes, o vencedor da licitação realizada não terá direito algum à prestação do serviço, o que confirma a necessidade e juridicidade da concessão da antecipação dos efeitos da tutela.

DOS PEDIDOS

Face ao exposto, requer o Ministério Público:

I) Liminarmente, a título de antecipação dos efeitos da tutela, após cumprido o art. 2º da Lei nº 8.437/92, seja determinado ao Município do Rio de Janeiro que:

a) se abstenha de promover novas delegações do serviço público de transporte coletivo municipal de passageiros por vans, kombis e similares (transporte urbano especial complementar de passageiros por veículo de baixa capacidade de transporte) senão após prévio procedimento licitatório, suspendendo-se dentre as atuais delegações não precedidas de licitação, aquelas que, porventura, não tenham ainda entrado em operação;

b) entregue em cartório, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, atendido o disposto nos arts. 5º e 18 da Lei nº 8.987/95 e 39 da Lei nº 8.666/93, cópia do edital de licitação de todas as linhas atualmente em operação e daquelas cuja criação, a seu juízo, se mostre necessária;

c) inicie, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar do deferimento da liminar, o procedimento licitatório, na modalidade de concorrência pública (art. 2º, II, da Lei nº 8.987/93), destinado à escolha dos novos delegatários de todas as linhas em operação e das que vierem a ser outorgadas, com a publicação dos editais na Imprensa Oficial;

d) apresente a classificação final das propostas oferecidas no

procedimento licitatório mencionado no item anterior, em prazo a ser fixado por esse Juízo a partir do critério da razoabilidade, fixando-se multa no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) por dia em caso de descumprimento da decisão liminar.

II) No mérito,

a) seja declarada a nulidade de todos os instrumentos delegatórios outorgados pelo Município do Rio de Janeiro para a exploração do transporte de passageiros em veículo de baixa capacidade (denominado "transporte alternativo") sem observância do procedimento licitatório previsto em lei;

b) seja o Município do Rio de Janeiro condenado à obrigação de fazer consistente em realizar, em prazo a ser razoavelmente fixado por esse Juízo, a necessária licitação, para fins de delegação dos serviços públicos de transporte municipal de passageiros por veículos de baixa capacidade (denominado "transporte alternativo"), de todas as linhas atualmente em operação e daquelas cuja criação, a seu Juízo, se mostre necessária, respeitados os limites de sua competência territorial e o que determinam as Leis nº 8.666/93 e 8.987/95. Fica ressalvada, por evidente, a possibilidade de prestação direta de tais serviços pelo Município-réu;

c) seja o Município do Rio de Janeiro condenado a se abster de delegar os serviços públicos de transporte municipal de passageiros por veículos de baixa capacidade sem a observância do prévio procedimento licitatório (concorrência pública), sob pena de multa.

Requer o *Parquet*, outrossim, a citação do réu para, querendo, oferecer contestação às pretensões ora veiculadas.

Protesta o Ministério Público, desde logo, pela produção de todas as provas admitidas em direito, a serem especificadas oportunamente, apresentando com a presente a prova documental colhida nos Inquéritos Civis nº 04/99 e 01/01.

Requer, por fim, seja a verba sucumbencial destinada ao Fundo Especial do Ministério Público, regulamentado pela Lei Estadual n.º 2819/97 e pela Resolução GPGJ n.º 801/98.

Dá à causa o valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Rio de Janeiro, 07 de abril de 2004.

CLÁUDIO HENRIQUE DA CRUZ VIANA
Promotor de Justiça

Regime Disciplinar Diferenciado. Interpretação conforme a Constituição do artigo 54, parágrafo 1º, da Lei de Execuções Penais de forma a conferir legitimidade para o Ministério Público instaurar procedimento para a inclusão no regime disciplinar diferenciado. Reforma da decisão de limitação da Perda dos Dias Remidos ao período de um ano. Ausência de Norma Legal restringindo o artigo 127 da Lei de Execuções Penais.

RAZÕES RECURSAIS

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
DD. Procurador de Justiça,

Insurge-se o Ministério Público contra a decisão de 1º grau que indeferiu o requerimento de inclusão do apenado **André Virgilio Silva Rezende** no regime disciplinar diferenciado, bem como limitou a perda dos dias remidos ao período de um ano a contar da falta grave praticada.

O Magistrado fundamentou o indeferimento da inclusão do apenado no regime disciplinar diferenciado com a argumentação que o Ministério Público, em sua função de *custos legis*, somente poderia provocar a autoridade administrativa para proceder à inclusão no regime disciplinar diferenciado, jamais realizá-lo por vontade própria. Aduz que prescinde o requerimento de um procedimento devidamente instruído.

Já quanto ao requerimento ministerial de perda dos dias remidos, inovou na interpretação legislativa do artigo 127 da Lei de Execuções Penais limitando seus efeitos ao período de um ano a contar da falta grave praticada.

Estas são as motivações apresentadas na decisão monocrática, que entendemos que devem ser reformadas.

I - *Da legitimidade do Ministério Público para requerer a inclusão do apenado no regime disciplinar diferenciado.*

Em uma análise isolada do parágrafo 1º, do artigo 54, da Lei de Execuções Penais, não haveria qualquer razão de se contestar a decisão guerreada.

Contudo, caso se dê guarida à interpretação do referido dispositivo isoladamente, é necessário se rediscutir o papel do Ministério Público na execução penal. Isto porque a manifestação ministerial visou corrigir um erro dos órgãos da administração penitenciária, na sua exata função de fiscal da lei.

E a conclusão que houve erro de avaliação do administrador público é bastante exata por que:

A hipótese do artigo 52, *caput*, da LEP, que originou o requerimento ministerial de inclusão no regime disciplinar diferenciado, claramente vincula e obriga a administração penitenciária em requerer a inclusão de presos no regime disciplinar diferenciado quando ocorre a existência de dois requisitos: crime doloso que constitua falta grave e que ocasione subversão da ordem ou disciplina interna. Quando ambos os requisitos forem claramente preenchidos não existe qualquer discricionariedade do administrador quanto à instauração de inclusão no regime disciplinar diferenciado. Trata-se de uma imposição legal.

Saliente-se que a própria exposição de motivos da Lei n. 10.792/03, que substituiu a questionável medida provisória n. 28/02, justifica a criação do regime disciplinar diferenciado para promover uma resposta enérgica quanto às rebeliões de presídios ocorridas no Rio de Janeiro e São Paulo.

Assim, reforça-se ainda mais a aplicação do dispositivo no caso concreto em que o apenado teve concorrência ativa na rebelião do Presídio Hélio Gomes (a síntese de sua participação está na promoção de fls. 429/436, juntada aos autos). E, ao contrário do afirmado foi devidamente instruído por procedimento disciplinar regular que resultou na sanção por falta grave do apenado (cópia do procedimento juntado aos autos que correspondem às fls. 445/511). Saliente-se que em todas as manifestações dos órgãos da SEAP nos autos principais (fls. 126/132, 172/184, 187 e 445/511) existe expressa manifestação quanto à concorrência do apenado no episódio.

Porém, como já dito, errou a administração penitenciária ao não requerer a inclusão do apenado no regime disciplinar diferenciado.

Daí se retorna ao questionamento inicial: qual é o papel do Ministério Público na execução penal?

Será que é o papel do Ministério Público recomendar ao órgão da administração penitenciária que exerça juízo de discricionariedade sobre elemento vinculativo em lei? Saliento que, segundo o pensamento da decisão impugnada, não se poderia nem se cogitar em requisitar, pois seria ato facultativo da administração pública de exercer ordem prescrita em lei.

Ou, ao reverso, seria o papel do Ministério Público com base na ampla instrução já realizada (houve erro da administração somente quanto às medidas punitivas), suprir a deficiência da administração penitenciária em provocar a atividade jurisdicional para a inclusão do apenado no regime disciplinar diferenciado. Ato que seria baseado no fato do Ministério Público ser parte impulsionadora da execução penal, aliado à função de fiscal da lei.

Não há qualquer sombra de dúvidas que toda a controvérsia interpretativa surge em razão da redação defeituosa do artigo 54, parágrafo 1°, da LEP, que não previu o Ministério Público como legitimado para a instauração no regime disciplinar diferenciado.

Porém, em razão da excepcional medida de garantia de proteção à sociedade, é de bom alvitre que possa o Ministério Público corrigir eventual erro da Administração na avaliação de elementos vinculativos conferidos pela lei.

Trata-se esta medida de correção da atividade da administração penitenciária de legítimo exercício da função constitucional do Ministério Público de defesa da ordem jurídica, expresso nos artigos 127, *caput*, e 129, inciso II, da Constituição Federal.

Melhor seria se o dispositivo em comento seguisse a redação do artigo 195 da LEP, que trata das disposições gerais dos procedimentos judiciais, do qual o regime disciplinar diferenciado é uma espécie.

Assim, não há como se negar ao Ministério Público a possibilidade de correção de erro da administração penitenciária na aplicação de dispositivos legais punitivos, que não possuem qualquer característica de discricionariedade.

II - *Das razões para a inclusão do agravado no regime disciplinar diferenciado.*

Superada a questão da legitimidade do Ministério Público para o requerimento de inclusão no regime disciplinar diferenciado, resta a análise das razões que levaram ao pleito ministerial junto ao juízo de 1° grau, que, ao contrário do afirmado pela decisão contestada, está o requerimento devidamente instruído.

Como foi amplamente noticiado pela imprensa, no dia 10 de julho de 2004 ocorreu uma rebelião no Presídio Hélio Gomes, que só não teve um desfecho mais trágico em razão da pronta intervenção de agentes de operações especiais da Secretaria de Administração Penitenciária.

Para um resumo detalhado da dinâmica dos eventos da rebelião, reportamo-nos para a promoção ministerial de fls. 429/436; quanto à participação do agravado, pode se deixar claro que:

> – Foi um dos líderes do movimento que deflagrou a rebelião;
>
> – Em concurso com outro interno, rendeu o agente penitenciário Joel Bastos Santos Pitta, manietando as suas mãos. Durante o desenrolar da rebelião, o agravado ficava espetando Joel com uma faca e dando golpes com a ponta da faca em sua cabeça, ameaçando-o jogar do alto do presídio (nos autos constam fotos da conduta do apenado, fl.144). No fim da rebelião foi feito exame de corpo de delito no agente penitenciário Joel em que ficou constada a existência de ferimentos na sua nuca e perfuração no rim e no intestino ocasionados por arma branca.
>
> - Desferiu tapas no agente penitenciário Leonardo.

Enfim, não há qualquer sombra de dúvida na concorrência do apenado em fato definido como crime, bem como que os seus atos ocasionaram subversão da ordem e disciplina interna. Os elementos preceptivos para a inclusão no regime disciplinar diferenciado estão presentes, basta somente que sejam aplicados.

Acresça-se que todos os elementos para uma decisão judicial já estão acostadas aos autos: a farta documentação do procedimento disciplinar apurado pela Comissão Técnica de Classificação, e as manifestações ministerial e defensiva sobre os fatos. Não há qualquer deficiência para se julgar o requerimento por ser este o devido processo legal estabelecido.

Sem dúvida houve um erro da administração penitenciária em não ter requerido a inclusão do apenado no regime disciplinar diferenciado, mas o defeito foi corrigido pelo Ministério Público dentro da mais perfeita regularidade.

Com a devida vênia das razões expostas na decisão contestada, fundamentar a não inclusão do perigoso apenado no regime disciplinar diferenciado por razões procedimentais que foram superadas é querer se iludir. E se iludir somente é bonito na letra de Caetano Veloso, pois não é isto que a sociedade, carente de segurança, espera.

As razões concretas para a inclusão do apenado no regime disciplinar diferenciado estão presentes, já tendo ocorrido, inclusive, o contraditório, basta analisá-las.

III - *Da perda de todos os dias remidos em razão da falta grave praticada.*

Por fim, insurge-se o Ministério Público com a parte da decisão que limitou a perda dos dias remidos ao limite de um ano. A decisão deve ser reformada por absoluta ausência de previsão legal para a realização de tal limitação.

A questão em comento é baseada na discussão sobre a norma legal prevista no artigo 127 da LEP, *in verbis:*

> "**Art. 127** - *O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar*".

Ao se analisar o texto legal, verifica-se que não houve a imposição de qualquer limitação temporal à perda dos dias remidos.

Parte minoritária da doutrina discute a inconstitucionalidade do dispositivo aludido ao não impor qualquer limitação a perda dos dias remidos, contudo, o Supremo Tribunal Federal, quando instado a se manifestar sobre o tema, já pacificou o entendimento quanto a sua constitucionalidade:

> *"O art. 127 da Lei de Execução Penal prevê a cassação do benefício da remição, caso o apenado venha a ser punido por falta grave, iniciado o novo período a partir da infração disciplinar. Não tem procedência o fundamento adotado pelo acórdão recorrido para conceder o habeas corpus, no sentido de que não existe a referida perda, sob pena de*

afronta ao princípio constitucional do direito adquirido. Precedentes da Corte. Recurso Extraordinário conhecido e provido". (RE 242.454-SP - Informativo do STF n. 163).

Esta também vem sendo a decisão prevalente neste Egrégio Tribunal:

> *"Habeas Corpus - Execução Penal - Falta grave (fuga) e novo crime - Regressão cautelar e perda dos dias remidos mera conseqüência da conduta do penitente - Prévia oitiva do penitente - Orientação do E. STF - Constrangimento inexistente - Ordem denegada.*
> Se o paciente/penitente cometeu falta considerada grave, foi previamente ouvido, não se pode afirmar violado os princípios constitucionais afinados com o regular exercício do direito de defesa. A regressão cautelar e a perda dos dias remidos são mera conseqüência do comportamento inadequado do paciente, sem que se possa afirmar a decisão tradutora de ilegalidade ou constrangimentos, segundo precedentes do E. STF - Ordem denegada." (1ª Câmara Criminal - *Habeas Corpus* n. 4998/03 VEP - Rel Des. Cláudio Tavares de Oliveira - j. 16.12.03).

> *"Embargos Infringentes no recurso de agravo. Remição. Perda dos dias remidos. Falta grave cometida no curso da execução da pena.* O cometimento de falta grave pelo sentenciado no curso da execução da pena implica na **perda** do direito ao tempo remido, à luz do art. 127, da Lei de Execuções Penais. *Recurso conhecido e desprovido."* (7ª Câmara Criminal - Recurso de Agravo - Processo 2003.054.00108 - Rel. Des. Francisco de Assis Peçanha - j. 23.03.2004).

> *"Recurso de agravo (Lei 7210/84). Falta grave.* **Perda** *dos dias remidos. Possibilidade.* O art.127 da Lei de Execuções Penais prevê a cassação do benefício da *remição*, caso o apenado venha a ser punido por falta grave, iniciado o novo período a partir da infração disciplinar. O dispositivo é bem claro ao determinar que o cometimento de falta grave gera a *perda* do tempo remido. Tanto é que determina que será iniciado novo período a partir da infração disciplinar. Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do interprete aplicá-lo

sem restrições, devendo a norma ser cumprida tal qual é, sem acrescer condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas. Correta a decisão agravada. *Negar provimento ao recurso.* Leg: art.197, da Lei 7210/84, art.155, § 4°, do CP." (7ª Câmara Criminal - Recurso de Agravo - Processo n. 2003.076.01011 - Rel Des Alexandre H Varella - j. em 27.04.2004).

"***Recurso de Agravo. Execução Penal. Remição. Artigo 127 da L.E.P.. Perda dos dias remidos. Falta grave. Art. 50, I da L.E.P.*** O condenado que comete falta grave perde o direito ao tempo remido. Provimento do recurso." (8ª Câmara Criminal - Recurso de Agravo - Processo n. 2003.076.01022 - Rel. Des. Ângelo Moreira Glioche - j. em 12.02.2004).

"***Recurso de agravo - Falta grave - Perda dos dias remidos - Artigo 127 da LEP - Inexistência de direito adquirido - Improvimento do recurso unânime.*** Agravante condenado por vários crimes, com pena total de 32 (trinta e dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, objetiva através do presente recurso, sejam restabelecidos os dias remidos, por isso que a **remição** constitui um direito adquirido do condenado, garantido constitucionalmente, sendo necessário o preenchimento de certos requisitos exigidos pela lei. Ocorre que cometeu o agravante infração disciplinar grave, configurada pela tentativa de evasão, conforme estabelece o artigo 50, II c/c artigo 49, parágrafo único da Lei 7210/84, e dispõe artigo 127 do mesmo diploma legal, que àquele que comete falta grave perderá o direito ao tempo remido. Portanto, correto o Juízo da VEP ao declarar o perdimento dos dias remidos, por isso que o instituto da **remição** não constitui direito adquirido, sendo mero benefício sujeito à condição resolutiva, ligado ao comportamento carcerário do apenado. Recurso que se nega provimento." (2ª Câmara Criminal - Recurso de Agravo - Processo n. 2003.076.00527 - Rel. Des. Elizabeth Gregory - j. em 16/04/2004).

"***Execução penal - Falta grave - Repreensão disciplinar - Decisão que declarou a perda dos dias remidos - Bis in idem*** - *Não configuração remição - Direito adquirido - Inexistência - Lei das Execuções Penais*

- Dispositivo expresso - Recurso desprovido." (4ª Câmara Criminal - Recurso de Agravo - Processo n. 2003.076.00828 - Rel. Des. Fátima Clemente - j. em 11.11.2003).

A lei não quis ser benéfica ao apenado que desvirtua a boa ordem no cárcere, e por isso lhe aplicou a penalidade de perda dos dias remidos sem qualquer restrição. Fazer o Magistrado da VEP uma delimitação que a lei não fez soa uma decisão *contra legem*. Vale relembrar a advertência do Professor MAXIMILIANO [1] ao tratar sobre uma interpretação inovadora da lei penal:

> *"Tanto a apurar a criminalidade, como ao verificar a existência de circunstâncias agravantes, o fanal do juiz deverá ser a interpretação exata, o sentido estrito da lei. O brocardo não autoriza a criar pena mais branda, nem a forçar a exegese de modo que resulte absolvição, ou, pelo menos, castigo menor: permiti-lo importaria em escancarar a porta ao arbítrio sentimental, à piedade mórbida, em se tratando de aplicar o direito."*

Assim, deve ser este item da decisão em comento também reformada.

IV - *Conclusão*

Ante o exposto, requer o Ministério Público seja dado provimento ao presente agravo de modo a:

1 - Reforma da decisão que indeferiu o requerimento de inclusão no regime disciplinar diferenciado. Para isto, requer seja realizada a interpretação conforme a Constituição de modo a adicionar a legitimidade do Ministério Público no rol de legitimados ativos no artigo 54, parágrafo 1°, da LEP. O requerimento se apresenta para o atendimento da exigência dos artigos 127, *caput*, e 129, inciso II, da Constituição Federal, que vedam a adoção de qualquer medida infraconstitucional de modo a restringir a possibilidade de atuação supletiva ministerial, em defesa da lei.

2 - Reforma da decisão que limitou a perda dos dias remidos ao período de um ano.

Caso não seja acolhido o recurso, desde já, para efeito de

---

[1] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

prequestionamento, requer o Ministério Público:

1 - A expressa menção sobre a contrariedade do artigo 54, parágrafo 1°, da Lei de Execuções Penais, face os artigos 127, *caput,* e 129, inciso II, da Constituição Federal;

2 - A expressa menção sobre a questão do artigo 127, *caput,* da Lei de Execuções Penais, que teve a sua vigência negada com a decisão impugnada.

Rio de Janeiro, 03 de junho de 2005.

CRISTIANO DOS SANTOS LAJOIA GARCIA
Promotor de Justiça

Comutação. Homicídio qualificado cometido antes da edição da Lei nº 8.930/94, que incluiu este crime no rol dos crimes hediondos. Persistência da vedação imposta no Decreto Presidencial nº 4.495/92. Recurso provido. (NOTA) (*)

Excelentíssimo Senhor Desembargador 3º Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Ref. RECURSO DE AGRAVO 2005.076.00037
1ª CÂMARA CRIMINAL

Relator: *Des. Cláudio Tavares de Oliveira*

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Procuradora de Justiça abaixo assinada, nos autos do **Recurso de Agravo nº 2005.076.00037**, sendo Agravante o *Ministério Público*, não se conformando com o v. Acórdão de fls. 182/187, que negou provimento ao recurso, afirmando cabível a comutação de pena concedida a autor de crimes de homicídio qualificado, porque cometidos **antes** da edição da Lei que os classificou como hediondos, vem, com fundamento no artigo 105, III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, interpor o presente

RECURSO ESPECIAL

ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, pelas razões em anexo, compostas de exposição do fato e do direito, demonstração do cabimento do recurso e razões do pedido de reforma da decisão.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 06 de abril de 2005.

DALVA PIERI NUNES
Procuradora de Justiça

(NOTA): O Recurso Especial foi provido, por unanimidade, pela Sexta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, julgamento realizado em 27/09/95 **(RESP nº 778.439-RJ (2005/0145221-8).**

(*) *Vide* Seção de Jurisprudência.

Recurso Especial

No Recurso de Agravo (L.E.P.) nº 2005.076.00037

RAZÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RECORRENTE

Colendo Superior Tribunal de Justiça
Egrégia Turma Julgadora,

I) *Tempestividade e Cabimento*

O recurso ora interposto é tempestivo, de vez que esta Procuradoria de Justiça tomou ciência do v. acórdão proferido no Recurso de Agravo acima referenciado em 29 de março de 2005 (fls. 183), providenciando-se o protocolo da petição de interposição do recurso especial, com as razões, no prazo legal. O recurso se mostra, ademais, cabível. Como adiante se verá, há flagrante divergência entre o julgado recorrido e várias decisões emanadas desse E. Superior Tribunal de Justiça, bem como do E. Supremo Tribunal Federal.

II - *Prequestionamento*

Sustentamos neste Recurso Especial não ser cabível a comutação de pena em se tratando de crimes hediondos, ainda que cometidos **antes** da vigência da Lei 8.072/90, com as alterações introduzidas pela Lei 8.930/94.

O prequestionamento emerge claro da assentada de julgamento, pois a questão arguída no presente recurso foi abordada e decidida pelo v. acórdão da Colenda Primeira Câmara Criminal, dele constando expressamente que "pretender que o Decreto Presidencial nº 4.495/2002, em seu artigo 7º, inciso I, ao proibir a concessão do indulto e da comutação da pena aos autores de crimes hediondos, tenha relegado a plano secundário a *época do cometimento dos crimes*, seria um absurdo inaceitável" (grifos nossos) - exatamente o *thema* deste recurso.

III - *Breve Relato da Causa*

A acusada *Sueli da Costa Gonçalves* encontra-se cumprindo pena de 26 anos de reclusão, imposta pela 3ª Vara Criminal da Capital - III Tribunal do Júri, incursa no art. 121, § 2º, IV, duas vezes, na forma do art. 29 do Código Penal, crimes praticados em 03/07/1991 (fls. 08).

No curso da execução, a apenada teve deferida a comutação da pena,

na proporção de 1/5, com base no art. 2º do Decreto Presidencial 4495/2002 (fls. 30).

Inconformado, o Ministério Público interpôs Recurso de Agravo, objetivando a desconstituição da decisão, sob o fundamento de que a apenada não faz jus ao benefício, pois cumpre penas pela prática de homicídios qualificados, crimes que a Lei define como **hediondos** (fls. 02/06), e como tal alcançados pela vedação imposta no Decreto Presidencial.

O Recurso recebeu parecer favorável desta Procuradoria de Justiça (fls. 173/176). Todavia, veio a ser desprovido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob o fundamento de que tratando-se de crimes cometidos **antes** da vigência da Lei 8.930/94, que alterando a Lei 8.072/90, incluiu o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, *impossível considerá-los hediondos para negar a comutação da pena (sic)*, sob pena de *indesejada e intolerável retro-projeção em desfavor do réu.*

IV) *Razões do Pedido de Reforma da Decisão*

A - Da contrariedade à Lei Federal. Interpretação do art. 2º, inciso I da mesma Lei

Dispõe o inciso I, do art. 2º, da mesma Lei:

> "**Art. 2º** . Os **crimes hediondos,** a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
> I - anistia, graça e **indulto**.

Portanto, condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados não podem obter a comutação de pena, sob pena de malferir-se a norma do art. 2º, I da Lei 8.072/90, uma vez que a comutação é uma subespécie de indulto, ou indulto parcial, não havendo *diferença ontológica* entre os dois institutos, mas apenas de grau.

Nesse passo, pouco importa que os crimes tenham sido cometidos antes da edição da Lei 8.930, de 06/09/94, que incluiu no rol dos crimes hediondos o homicídio qualificado, dando nova redação ao art. 1º da Lei 8.072/90.

E assim é porque, sendo a comutação um ato discricionário do Presidente da República - a quem cabe definir a **extensão** do benefício - e tendo sido expressamente excluídos pelo Decreto Presidencial os condenados por crimes que a lei define como hediondos, nada justifica a distinção temporal pretendida pela Agravada, pois o crime não deixa de ser hediondo porque praticado antes do advento da Lei. Assim, não há que falar-se em irretroatividade da lei penal mais gravosa.

B - Dissídio Jurisprudencial

Além disso, divergiu o acórdão impugnado de vários acórdãos proferidos, sobre a mesma questão, pelo E. Supremo Tribunal Federal e por esse Colendo Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, reiteradamente têm decidido aquelas Cortes que indulto e/ou comutação de pena não podem ser concedidos a réus condenados por crimes hediondos, mesmo que cometidos **antes** da vigência da Lei que os qualificou como hediondos. O próprio guardião maior da Constituição, inclusive, tem afirmado que a hipótese *não traduz qualquer ofensa ao postulado constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa*, como equivocadamente proclamou o acórdão recorrido.

Para fins de demonstração analítica do dissídio jurisprudencial, destacam-se os julgados adiante mencionados, extraídos em seu **inteiro teor** dos *sites* dos referidos Tribunais Superiores e publicados no *Diário da Justiça*, cujas cópias acompanham esta petição, constituindo os DOCS. 01 a 04.

Têm eles as seguintes ementas:

> **I)** *Habeas Corpus* nº 25.986 - SP (2002/0171294-9) Relator: Ministro Hamilton Carvalhido (6ª Turma - ***DJ* 14/02/2005** - unânime). Seu inteiro teor, em anexo, constitui o DOC. 01.
>
> **EMENTA:** *HABEAS CORPUS.* HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXECUÇÃO DE PENA. COMUTAÇÃO. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 2.838/98. ***CRIME COMETIDO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 8.930/94, QUE O INCLUIU NO ROL DOS CRIMES HEDIONDOS. IRRELEVÂNCIA.*** *ORDEM DENEGADA.* (grifei)
>
> **1.** "**1.** Em sendo a comutação de pena uma das espécies de indulto, tem-se como incabível a sua concessão aos crimes hediondos, na letra do art. 2º, inciso I, da Lei 8.072/90.
>
> **2.** É firme o entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal no sentido de que não ofende ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa o decreto concessivo de comutação de pena que veda o benefício para os condenados por delitos que, com o advento da Lei 8.072/90, foram classificados como hediondos ou a ele equiparados. Trata-se, pois, de ato discricionário do Presidente da República, cabendo a ele definir a extensão do benefício" (HC 25.429/SP, da minha Relatoria, in *DJ* 15/12/2003).
>
> **2.** Ordem denegada.

II) *Habeas Corpus* nº 82.359-9 - São Paulo
Relator: Ministro Sydney Sanches (1ª Turma - unânime, julgado em 04/02/2003, ***DJ* 04/04/2003**). Seu inteiro teor, em anexo, constitui o DOC. 02.

EMENTA: *DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES HEDIONDOS: ROUBO QUALIFICADO E LATROCÍNIO. INDULTO. DECRETO 2.838/98. HABEAS CORPUS.*

1. Precedentes do Plenário e das Turmas do Supremo Tribunal Federal têm proclamado que os Decretos concessivos de benefícios coletivos de indulto e comutação de penas podem favorecer os condenados por certos delitos e excluir os condenados por outros.
2. Essa exclusão pode fazer-se com a simples referência aos crimes que a lei classifica como hediondos (Lei 8.072/90), *mesmo sendo esta posterior à prática do delito.* (grifei)
3. A alusão, no Decreto Presidencial de indulto e comutação de penas, aos crimes hediondos, assim classificados na Lei 8.072, de 25.05.1990, modificada pela Lei 8.930, de 06.09.1994, foi uma forma simplificada de referir-se a cada um deles, para excluí-los todos do benefício, *o que, nem por isso, significou aplicação retroativa desse diploma.* (grifei)
4. *Habeas Corpus* indeferido (grifos nossos).

III) *Habeas Corpus* nº 20.968-SP (2002/0018618-9)
Relator: Ministro Gilson Dipp (5ª Turma - ***DJ* 05/08/2002** - unânime). Seu inteiro teor, em anexo, constitui o DOC. 03.

EMENTA: CRIMINAL. *HC.* EXECUÇÃO. ROUBO QUALIFICADO. LATROCÍNIO. DECRETO 2.838/98. INDULTO. ***DELITO PRATICADO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 8.072/90. IMPOSSIBILIDADE.*** VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. ATO DICRICIONÁRIO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ***OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INOCORRÊNCIA.*** ORDEM DENEGADA. (sem grifos no original)

I - O indulto não pode ser concedido ao condenado por roubo qualificado e latrocínio, ainda que praticados antes da edição da Lei dos Crimes Hediondos, ante expressa vedação legal. Precedentes desta Corte e do STF.

II - Tratando-se de ato discricionário do Presidente da

República, cabe a ele a definição da extensão do benefício, sem que a exclusão dos delitos hediondos configure violação ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa.
III - Ordem denegada.

IV) *Habeas Corpus* nº 16.459 - SP (2001/0041993-3)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca (5ª Turma - *DJ* **20/08/2001** - unânime). Seu inteiro teor, em anexo, constitui o DOC. 04.

EMENTA: *HC. PENAL. COMUTAÇÃO DE PENA. DECRETO PRESIDENCIAL Nº 2.838/98: IMPOSSIBILIDADE DE SUA CONCESSÃO. A CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO, AINDA QUE O DELITO TENHA SIDO PRATICADO ANTES DO ADVENTO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (LEI 8.072/90). INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. PRECEDENTES DO COL. STF E DESTA CORTE.* (grifei)

Segundo precedentes desta Corte e do Col. STF, os decretos concessivos de indulto ou comutação de pena podem excluir do ato de clemência estatal os condenados por crimes considerados hediondos pela Lei 8.072/90 - ainda que tais delitos tenham sido praticados antes do advento da mencionada Lei - sem que essa exclusão constitua ofensa ao postulado constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Ademais, o benefício da comutação foi negado ao Paciente por outra razão: o não preenchimento dos requisitos de ordem subjetiva.

Ordem denegada.

A simples leitura das ementas das decisões paradigmas deixa claro o teor dos julgamentos - todos enfocando a mesma questão de direito ventilada neste Recurso Especial, a saber, o **cabimento, ou não, da comutação de pena aos condenados por crime hediondo cometido ANTES da vigência da Lei 8.072/90, modificada pela Lei 8.930/94.** E em todos os acórdãos trazidos à colação, foi reconhecida a impossibilidade de concessão do referido benefício, em tais hipóteses.

No primeiro (***Habeas Corpus* nº 25.986 - SP**)), são palavras do eminente relator, Ministro Hamilton Carvalhido:

" Na espécie, repise-se, o que se discute é o cabimento da comutação da pena aos condenados por crime hediondo cometido antes da vigência da Lei nº 8.930/94, que alterou a redação da Lei nº 8.072/90 para incluir o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos. Tenho entendido, amparado em precedentes desta Corte e do Egrégio Supremo Tribunal Federal que "Não ofende o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, o decreto concessivo de indulto que veda o benefício para os condenados por delitos que, com o advento da Lei 8.072/90, foram classificados como hediondos, pois se trata de ato discricionário do Presidente da República, cabendo a ele definir a extensão do benefício" (HC 10.711/SP, da minha Relatoria, **in** *DJ 29/05/2000).*

Com efeito, sendo a comutação da pena ato discricionário do Presidente da República, permitindo-se, pois, a definição da extensão do benefício e, nesta definição, havendo exclusão dos condenados por crimes da mesma natureza daqueles que a lei define como hediondos, ***nada importa, por induvidoso, que sejam anteriores ou não à edição do diploma legal.***

É que, em se cuidando de crimes da mesma natureza, com nomes jurídicos próprios, assim legalmente incluídos no elenco de crimes hediondos, ***nada justifica a distinção temporal pretendida pela impetrante, do que se exclui falar em irretroatividade de lei penal mais gravosa".***

(Grifei).

O segundo acórdão paradigma (***Habeas Corpus* 82.359-9**) é do E. Supremo Tribunal Federal e a ele faz referência o primeiro acórdão paradigma. Tem como objeto questão idêntica, valendo transcrever parte do voto do Relator, acolhido por unanimidade pela E. Primeira Turma:

"Contudo, o cerne da ***quaestio*** *consiste na possibilidade, ou não, de concessão do benefício de indulto a condenado por crime de latrocínio praticado antes da edição da Lei 8.082/90, que classificou tal delito como hediondo.*

Nos termos do posicionamento firmado por esta Corte, não pode ser concedido o benefício de indulto aos condenados por delitos hediondos, ***ainda que praticados antes do advento da Lei 8.072/90.***

Isto porque tratando-se de ato discricionário do Presidente da República, cabe a ele a definição da extensão do benefício, sem que a exclusão dos delitos hediondos configure violação

ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa"

O terceiro (*Habeas Corpus* **20.968 - SP, Relator o Ministro Gilson Dipp**) e o quarto (*Habeas Corpus* **nº 16.459 - SP, Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca)** acórdãos paradigmas enfocam o mesmo tema, variando apenas a espécie de delito hediondo - latrocínio, cumprindo registrar que todos os acórdãos paradigmas, por sua vez, trazem à colação muitos outros acórdãos no mesmo sentido, como precedentes dos E. Tribunais Superiores.

V) *Conclusão*

Ante o exposto, na certeza de haver demonstrado que o acórdão recorrido divergiu, frontalmente, do entendimento que prevalece com absoluta tranqüilidade nesse Colendo Superior Tribunal de Justiça e no E. Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro requer que seja conhecido e provido este recurso especial, para o fim de ser cassada a comutação de pena indevidamente concedida à apenada, desconstituindo-se o acórdão de fls. 182/187 e a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais, vista por cópia a fls. 30.

Rio de Janeiro, 06 de abril de 2005.

Dalva Pieri Nunes
Procuradora de Justiça

Sucessio in usucapionem. ***Prescrição aquisitiva do imóvel consumada em vida dos avós dos autores. Transmissão da posse aos pais dos autores pela atuação do artigo 1572 do antigo Código Civil, aplicável à época. Não comprovado o exercício da posse com exclusividade pela 1ª. autora ou seus pais, pelo lapso temporal exigido pela lei. Declaração do domínio do imóvel usucapiendo em nome dos netos e bisnetos dos originários possuidores, em condomínio e devendo ser observada a quota cabível a cada qual por direito de representação.***

Processo n.º 1992.202.000167-4
2ª Vara Cível de Madureira

MM. Dr. Juiz

Trata-se de ação de usucapião extraordinário interposta no ano de 1992, inicialmente, por Maria Cristina de Mendonça Casaes, visando ver declarado o seu domínio relativamente ao imóvel situado na Estrada Intendente Magalhães nº 218, antigo nº 12, devidamente descrito na inicial.

Aduz que seus avós maternos (Cândido e Henriqueta), falecidos há longa data (fls. 6 e 7), já exerciam a posse do imóvel e que, dos filhos do casal, somente sua mãe, juntamente com seu pai, residiu no imóvel desde a aquisição do mesmo até morrer, continuando a posse como sua. Alegou, ainda, que sendo filha única deste último casal, também já ambos falecidos, vive até hoje no referido imóvel, sem interrupção e oposição, tendo ali feito benfeitorias e pagando, regularmente, todos os impostos e taxas.

Às fls. 112, foi determinada a inclusão de vários autores no pólo ativo da ação, os quais, todos também netos de Cândido e Henriqueta, alegavam, principalmente; "que o imóvel usucapiendo fora adquirido pelos avós em 1922 mediante um simples recibo; que outros filhos do casal, além dos pais da 1ª. autora, também residiram no imóvel até a sua morte; que no imóvel existe mais de uma moradia que, quando não utilizada pela família foi alugada, servindo o aluguel para o pagamento dos impostos e taxas do imóvel, bem como para a sua conservação e benfeitorias; que em agosto de 1991, após o falecimento de todos os filhos de Cândido e Henriqueta, foram reunidos todos os interessados na regularização da posse do imóvel a fim de darem andamento a vontade de seus avós e pais falecidos "... (Fls. 75/80).

O Ministério Público entende ter restado comprovado que a prescrição aquisitiva do imóvel consumou-se em vida de Cândido e Henriqueta, eis que adquiriram-no em 1922 (fls. 72) e faleceram em 1946 e 1948, respectivamente (fls. 6 e 7).

Entende, ainda, ter restado evidenciada a *sucessio possessionis* aventada.

Observe-se que os filhos do casal adquirente Calvino (fls. 89) e Togo (fls. 95) faleceram no imóvel. Este último faleceu no ano de 1975 e a presente ação foi proposta em 1992, não restando demonstrado o exercício exclusivo da posse por parte somente dos pais da 1ª. autora conforme alegado e, também, não havendo esta preenchido, em nome próprio, o lapso temporal exigido pela lei à época da propositura da ação, já que alguns de seus tios também habitaram no imóvel até morrerem.

Em que pesem os testemunhos prestados em audiência (fls. 377/379), entende este órgão que a 1ª. autora não logrou comprovar o exercício da posse com exclusividade pelo prazo de 20 anos à época da propositura da ação, que ocorreu em **1992**.

O imóvel trata-se, evidentemente, de um bem de herança deixado pelos avós dos autores, devendo-se observar, inclusive, que, até o ano de 1991, os impostos continuavam em nome do avô (fls. 9/10 c/c fls. 18/20).

Do exame dos documentos acostados às fls. 72, em conjugação com aqueles de fls. 6 e 7 e fls. 97/100, infere-se acerca da existência do direito à composse do imóvel, adquirido pelos genitores dos ora autores em virtude da morte de Cândido e Henriqueta, *ex vi* do disposto no art. 1572 do Código Civil vigente à época.

Por esta forma, todos os filhos de Cândido e Henriqueta se situam em igualdade de condições, porque a posse lhes foi transmitida pela atuação do art. 1572 do antigo Código Civil, aplicável à época.

Segundo ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, na *sucessio in usucapionem*, "na qual não há propriamente duas posses que acedam uma a outra, mas a continuação da mesma posse, com novo titular" , o herdeiro, ou sucessor, " é tido como continuador da posse do defunto, independentemente da efetiva tomada da posse, no sentido de apreensão material da coisa: a posse deste passa "aquele *ex vi legis*" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. VIII, T. III/643).

Assim, e uma vez que, a teor do que se contém às fls. 77/78, Cândido e Henriqueta deixaram seis filhos (todos falecidos), sendo certo que dois deles faleceram no estado de solteiros e sem deixar filhos (fls. 95 e 96), entende o Ministério Público que o imóvel deverá ficar em condomínio, em nome de todos os netos e bisnetos, à falta daqueles, mas devendo ser observada a quota parte de cada qual, cabendo à 1ª. autora ¼ (um quarto) da totalidade do imóvel e, aos demais, a fração a que façam jus por direito de representação. O correto é que o imóvel usucapiendo fosse registrado em nome dos espólios de Cândido e Henriqueta e fosse devidamente partilhado através dos respectivos inventários mas, ante o longo tempo decorrido de seus óbitos e considerando que o presente feito vem transcorrendo desde o ano de 1992, encontrando-se em fase de prolação de sentença, o Ministério Público não se opõe à declaração do domínio do imóvel usucapiendo já em nome dos herdeiros dos originários possuidores, em condomínio e respeitando-se a quota-parte de cada qual.

Para tanto, urge que o filho vivo de Maria de Lourdes (Rudolph), bem como os seis filhos de seu filho pré-morto (Henrique) venham integrar o pólo ativo, bem como os herdeiros de Acyr (fls. 365) e de Luiz Carlos (fls. 366), ou respectivos espólios, o que ora o Ministério Público requer.

Após, em termos, deverá ser aberta vista à Fazenda Estadual (art. 155, I, C. F.).

Rio de Janeiro, de 08 de maio de 2006

ELIZABETH MACHADO CARNEIRO
Promotora de Justiça

Lei nº 3397/2002 do Município do Rio de Janeiro. Inconstitucionalidade formal decorrente de vício de iniciativa.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ÓRGÃO ESPECIAL

Representação por Inconstitucionalidade nº 2004.007.00108

Representante: *Prefeito do Município do Rio de Janeiro*
Representada: *Câmara Municipal do Rio de Janeiro*
Relator: *Desembargador Roberto Côrtes*

Representação por Inconstitucionalidade. Lei nº 3.397/2002, do Município do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a obrigatoriedade de os hospitais públicos municipais manterem o serviço de vacinação. Norma que cria atribuições aos órgãos vinculados ao Executivo e que acarreta aumento de despesa. Inobservância da iniciativa privativa do Prefeito Municipal. Violação aos arts. 7º, 112, § 1º, II, *d* e 209, III, da Constituição do Estado, de observância cogente pelos Municípios por força do princípio da simetria. Princípio da separação dos poderes que restou maculado. Inconstitucionalidade formal decorrente do vício de iniciativa.

E. Tribunal.

I

1. O Exmo. Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro ajuizou Representação por Inconstitucionalidade contra a Lei Municipal nº 3.397, de 15 de maio de 2002, que entrou em vigor na data de sua publicação, almejando seja declarada a sua total inconstitucionalidade.
2. Eis o teor da lei ora impugnada:

"Lei nº 3397, de 15 de maio de 2002.

Amplia para a rede hospitalar pública o Serviço de Vacinação.

Art. 1º Ficam obrigados os hospitais da rede Municipal a manterem serviços de vacinação pública.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Câmara Municipal do Rio de Janeiro, em 15 de maio de 2002.

Sami Jorge Haddad Abdulmacih
Presidente

3. Sustenta o representante a violação aos arts. 7º ("*São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*"), e 112, § 1º, II, d ("... § 1º. *São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que:* ... **II** - *disponham sobre:* ... **d)** *criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado e órgãos do Poder Executivo*") da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, já que a iniciativa legislativa não partiu do Poder Executivo, tendo sido invadida a sua esfera de competência.

4. Não foi apresentado pedido de liminar.

5. Solicitadas as informações de estilo, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro as apresentou às fls. 11/16. Sustenta, em síntese, que: **a)** os preceitos da Constituição Estadual apontados como violados são idênticos aos arts. 2º e 61, § 1º, II, da Constituição da República, sendo normas de reprodução obrigatória, o que terá conseqüências processuais também relevantes; **b)** a iniciativa privativa é uma exceção, somente comportando uma interpretação restritiva; e **c)** a lei ora impugnada buscou operacionalizar e dar efetividade ao contido no art. 196 da Constituição da República e no art. 287 da Constituição do Estado, ficando ao alvedrio do Executivo a oportunidade e a conveniência de adotá-la ou não. Ao final, conclui pela ausência de infração aos paradigmas de análise da Constituição do Estado.

6. Pronunciamento da douta Procuradoria-Geral do Estado às fls. 20/24, inclinando-se pelo reconhecimento do vício de iniciativa e pela conseqüente declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada.

II

7. O Exmo. Sr. Prefeito Municipal, a teor do art. 162 da Constituição do Estado, é parte legítima para a propositura da representação da inconstitucionalidade de lei municipal em face daquela.

8. A Lei Municipal nº 3.397/2002 dispõe sobre a obrigação de os hospitais da rede pública municipal disponibilizarem o serviço de vacinação. Trata-se, à evidência, de imposição de atribuição a órgãos municipais vinculados à Secretaria Municipal de Saúde, estando todos integrados na estrutura organizacional do Poder Executivo.

9. Consoante o art. 112, § 1º, II, d, da Constituição do Estado, nítida projeção do princípio mais amplo da separação dos poderes, consagrado no art. 7º da mesma Constituição, são de iniciativa privativa do Governador do Estado as

leis que disponham sobre "*criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado e órgãos do Poder Executivo*". Em decorrência de sua relevância na formação do processo legislativo, corolário do sistema dos *checks and balances*, o princípio da simetria, contemplado no art. 345, *caput* e inciso VIII, da Constituição do Estado, torna cogente a observância dessa norma na esfera municipal.

10. Sendo usurpada a iniciativa privativa do Executivo Municipal na deflagração do processo legislativo que culminou com a promulgação da Lei Municipal nº 3.397/2002, torna-se evidente o vício de iniciativa e a inconstitucionalidade formal desse diploma legal.

11. A competência municipal para legislar sobre saúde haverá de ser exercida em consonância com as normas de escalão superior que conferem e asseguram a harmonia do sistema. Ainda que o art. 287 da Constituição do Estado disponha sobre o direito de todos à saúde, com o correlato dever dos Poderes Públicos em garantir a sua observância, o preenchimento do espaço de conformação deixado por essa norma deverá ser promovido com a estrita observância do processo legislativo regular. Sob essa ótica específica, embora seja de competência da Câmara Municipal, em linhas, gerais, a discussão, a votação e a aprovação da lei municipal, o início do processo legislativo está condicionado à conveniência do Poder Executivo, a quem caberá valorar as circunstâncias, subjacentes ao caso, os recursos disponíveis e os projetos prioritários à luz do interesse público. Trata-se de opção essencialmente política, que bem delimita o equilíbrio de forças que deve existir entre as distintas funções que exercem o poder estatal. Detectado o vício de iniciativa, ainda que sejam nobres os fins, a lei será inconstitucional.

12. Além de dispor sobre as atribuições dos órgãos municipais, esfera reservada à iniciativa privativa do Executivo, a lei impugnada, na medida em que aumenta o espectro de serviços a serem prestados, importará em aumento da despesa pública. Consoante o art. 209, III, da Constituição do Estado, trata-se de matéria igualmente afeita à iniciativa privativa do Chefe do Executivo Municipal, devendo ser objeto de disciplina na lei orçamentária municipal.

13. Não merece acolhida a tese de que a lei impugnada buscou operacionalizar e dar efetividade ao contido no art. 196 da Constituição da República e no art. 287 da Constituição do Estado, ficando ao alvedrio do Executivo a oportunidade e a conveniência de adotá-la ou não. Além de o art. 1º da Lei Municipal nº 3.397/2002 não deixar margem a dúvidas quanto à "*obrigatoriedade*" de os hospitais públicos municipais disponibilizarem o serviço de vacinação, o argumento confunde o momento de criação da norma com o de sua execução. A vinculação ou a discricionariedade do Executivo estão afetas ao momento de execução da norma, enquanto que, *in casu*, o vício de inconstitucionalidade se situa em um momento anterior, vale dizer, no início do processo legislativo. Sendo inválida a norma, não se abre ao Executivo a liberdade de escolha preconizada nas informações da Câmara Municipal. Peculiaridades concernentes à execução da norma, repita-se, são desinfluentes, pois o que se sustenta é a inconstitucionalidade presente no processo de criação normativa.

III

14. Ante o exposto, o parecer é no sentido de que seja declarada a inconstitucionalidade formal da Lei nº 3.397, de 15 de maio de 2002, do Município do Rio de Janeiro, com efeitos *ex tunc*.

Rio de Janeiro, 17 de janeiro de 2005.

EMERSON GARCIA
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

TALMA PRADO CASTELO BRANCO JÚNIOR
Procurador de Justiça
Assessor Chefe

Aprovo:

CELSO FERNANDO DE BARROS
Procurador-Geral de Justiça em exercício.

Apelação. Litígio entre Diretório Regional e Diretório Nacional de Partido Político. Apelação do Réu. Inexistência de personalidade jurídica, tanto do Autor, quanto do Réu. Não sendo de se cogitar, no caso, de personalidade judiciária. Preliminar no sentido da extinção do processo sem o julgamento do mérito, por ausência de legitimação de ambas as partes. E, no mérito, se ultrapassada a preliminar, pelo provimento para julgar improcedente o pedido.

1ª Câmara Cível
Apelações nº 2004.001.25557 e 2005.001.21148

Apelante: *Partido Renovador Trabalhista Brasileiro – PRTB – Diretório Nacional*
Apelado: *Partido Renovador Trabalhista Brasileiro – PRTB – Diretório Regional do Rio de Janeiro*
Origem: *13ª Vara Cível da Comarca da Capital*
Relator: *Desembargadora Valéria Maron*
Ministério Público: Procurador *Ertulei Matos*

PARECER Nº 115/2005

EMENTA: Preliminar de inexistência de capacitação de diretório regional de partido político para figurar como parte em ação movida em face de diretório nacional. Ausência de personalidade jurídica e, também, para o caso, de personalidade judiciária. Matéria passível de conhecimento de ofício pelo Tribunal. Relativamente ao mérito, o parecer é no sentido do provimento total, para julgar improcedente o pedido, pois a condenação em abstenção de fato, sobretudo com eficácia futura e permanente, deve ter por pressuposto a probabilidade de lesão, não a simples possibilidade. A mera possibilidade não autoriza a tutela judicial.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas pelo PARTIDO RENOVADOR TRABALHISTA BRASILEIRO – PRTB – DIRETÓRIO NACIONAL: a primeira, contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca da Capital, às fls. 219/222, nos autos da Medida Cautelar Inominada Preparatória que lhe move o DIRETÓRIO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO DO PARTIDO RENOVADOR TRABALHISTA BRASILEIRO – PRTB; a segunda, contra a sentença prolatada pelo mesmo Juízo de Direito, às fls. 224/228, nos autos da Ação Ordinária, com pedido de Tutela Antecipada, que também lhe move o DIRETÓRIO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO DO PARTIDO RENOVADOR TRABALHISTA BRASILEIRO – PRTB.

A primeira sentença julgou procedente o pedido cautelar, considerando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, consoante o art. 798 do CPC, determinando ao Requerido que se abstenha de intervir no Requerente, confirmando, destarte, a liminar concedida às fls. 74/75.

Apelação do Requerido, às fls. 228/233, reiterando a preliminar, suscitada na peça de bloqueio, de ilegitimidade ativa do Sr. Arlindo Silva "para subscrever a procuração de fls. 08", assim como para ajuizar, "em nome do Diretório Regional do PRTB do Estado do Rio de Janeiro", a presente demanda, conforme o art. 6° do CPC.

Esteia-se nos documentos de fls. 35/36 e de fls. 62/63.

Sendo assim, pleiteia a extinção do feito, em consonância com o art. 267, VI do CPC.

No mérito, pugna pelo provimento do recurso para reformar o *decisum a quo*.

Sustenta a ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, uma vez que, conforme os documentos de fls. 33/36, a intervenção do Requerido, ora Apelante, no Requerente, ora Apelado pautou-se nos procedimentos previstos no art. 70 do Estatuto do Partido (fls. 50/51).

Alega que tanto a liminar deferida quanto a sentença prolatada colidem com o disposto no art. 17, § 1°, da CF, e com o art. 3° da Lei 9.096/95, porquanto "interferem na organização estrutural interna do Partido Renovador Trabalhista Brasileiro - PRTB".

Contra-razões, às fls. 237/241.

A segunda sentença julgou procedente o pedido feito na ação principal, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela concedida, determinando ao Réu a imediata retirada do seu *site* de "qualquer menção que coloque em risco o bom e fiel cumprimento da liminar já concedida".

Confirmou, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela concedida, para determinar ao Réu o repasse das verbas recebidas da União, em razão do art. 38 da Lei 9.096/95 e em atendimento ao art. 85, II, do Estatuto do Partido.

Ambas as alegações supracitadas não foram objeto de impugnação pelo Réu.

Ademais, condenou-o a "não intervir, preventiva ou definitivamente, no Diretório Regional do PRTB" - pedido que fora acolhido "em cautelar inominada", bem como "em antecipação de tutela".

Quanto à multa fixada para o caso de descumprimento da liminar, devido à falta de comprovação, nos autos, do cumprimento desta, deverá ser liquidada, após o trânsito em julgado da presente sentença.

Indeferiu a inicial no tocante ao pedido de prestação de contas, uma vez que há "procedimento próprio" para tanto.

Apelação do Requerido, às fls. 234/244, postulando pelo seu recebimento e provimento para revogar os efeitos da liminar deferida, às fls. 113/114, como também para reformar a sentença impugnada.

Alega que o Recorrente, ora Apelado, infringiu inúmeros dispositivos do Estatuto do Partido - destacando os arts. 79, 82 e 84 (fls. 51/67) -, da Resolução nº 003/2000 - os arts. 10 e 11 (fls. 68/73) -, assim como dispositivos "legais aplicáveis à espécie".

Ressalta que foi concedido ao Apelado o direito à ampla defesa, conforme fls. 03 da peça vestibular.

Sustenta que o Apelado agiu com má-fé e, dessa forma, postula pela aplicação do art. 17 do CPC.

Assevera que o Apelado desrespeitou a hierarquia partidária e as normas estatutárias, pois, notificado pelo Apelante em 14/02/2005, deixou de apresentar os documentos solicitados. Requer, consoante o art. 462, do CPC, a apreciação da documentação ora acostada com o fim de comprovar a inércia do Recorrido.

Argumenta que o Apelado induziu o Juízo monocrático em erro quando tratou como intervenção o pedido de "impugnação e sustação da anotação da composição solicitada pelo Diretório Regional do PRTB no Rio de Janeiro".

Enfatiza que o TRE considerou procedente o referido pedido por ser matéria "*interna corporis*" e em razão da "autonomia conferida aos Partidos Políticos".

Quanto ao repasse de verbas, mencionado na sentença recorrida, depende da observância dos preceitos dos arts. 36 e 37 da Lei 9.096/95.

Afirma que a multa diária concedida pela decisão antecipatória consiste em "medida abusiva e confiscatória".

Junta os documentos de fls. 244/257.

O recurso foi recebido no duplo efeito (fls. 258).

Contra-razões, às fls. 260/264.

É o relatório.

Fundamento o parecer.

Ausência de personalidade jurídica dos Demandantes, o que lhes impede figurar como partes. Matéria de ordem pública. Devolução plena. Proposta de extinção do processo sem o julgamento do mérito.

O Diretório Regional do PRTB demandou, conforme inicial de fls. 02/10 o Diretório Nacional do mesmo PRTB, o que significa que o processo se constituiu tendo por partes adversas órgãos internos de um mesmo partido político. E a parte autora é, na organização interna do partido político PRTB,

administrativamente subordinada à parte ré.

Essa singularidade conduz à necessidade da verificação da existência de capacitação dos entes partidários em litígio para figurarem como partes em processo judicial, isso porque, não há dúvidas, nenhum deles é pessoa jurídica, pois dessa qualidade somente o PARTIDO RENOVADOR TRABALHISTA BRASILEIRO - PRTB é detentor.

Se o Diretório Regional, Autor da demanda, e o Diretório Nacional, Réu, não têm personalidade jurídica, não podem figurar como parte, seja como autor, seja como réu, em processo judicial, salvo se a lei lhes assegurasse personalidade judiciária, o que lhes garantiria a via, mas ainda assim limitada a utilização para obter provimento assecuratório do livre exercício da atividade partidária e/ou a preservação das garantias políticas-eleitorais de seus filiados, nos respectivos círculos de abrangência das respectivas atribuições partidárias.

Fora dos limites acima traçados, ainda que tivessem ambos os Diretórios envolvidos neste processo personalidade judiciária, continuaria o Diretório Regional a não possuir legitimação para agir neste caso, pois não cogita, na inicial, de ato em defesa da atividade política-partidária, sim de questões de natureza administrativa e financeira, cujas decisões internas do ente superior devem ser acatadas pelo administrativamente subordinado.

O que discutem as *"partes"* são questões de natureza administrativa e financeira, relativamente às quais a decisão do Diretório Nacional não pode ser contrastada pelo Diretório Regional, pois os respectivos efeitos exaurem-se no âmbito interno do Partido Político, isso porque legitimado administrativamente o órgão hierarquicamente superior da organização partidária para impor restrições administrativas - e financeiras - a órgão subordinado.

Se, como dito, o Diretório Regional não é pessoa jurídica e, tampouco, detém personalidade judiciária para questões não vinculadas à política partidária, não poderia figurar como autor, pois, não sendo pessoa jurídica, lhe falta capacidade para estar em juízo. E se não pode estar em juízo, desatendido pressuposto de constituição válida da relação processual.

E, como a capacidade para ser parte é matéria de ordem pública, relativamente à qual não ocorre preclusão - isso porque pode o Tribunal de ofício decidir questões da natureza, ainda que não tenham sido ventiladas pelas partes -, alvitro que se declare incapacidade do Diretório Regional para estar em juízo, como autor, e, também, da do Diretório Nacional para figurar como Réu, e, em conseqüência, decrete a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, nos termos do inciso IV do artigo 267 do CPC.

MÉRITO

Eventualmente ultrapassada a prejudicial suscitada, no mérito, inclino-me no sentido do provimento do apelo, para julgar improcedente o pedido.

A uma porque, em rigor, não há lide, pois sendo ambos os Diretórios

em conflito meros órgãos administrativos da entidade de direito privado Partido Renovador Trabalhista Brasileiro, eventual decisão administrativa, e/ou omissão da mesma natureza, do ente superior não legitima o inferior a demandá-lo judicialmente, pois se trataria de questão *interna corporis*, insusceptível de ser sindicada em processo judicial.

A duas porque, por não serem pessoas jurídicas o Diretório Regional e o Nacional, não podem ser responsabilizados judicialmente.

E o pedido de condenação em abstenção de fato, com a devida vênia, não poderia ser atendido porque matéria afeta à competência interna do partido político, de inviável aferição judicial e, ainda que fosse possível a aferição, não poderia ser concedida tutela com vistas a impedir a prática de atos futuros, pois isso limitaria ou engessaria a atuação dos órgãos partidários, cuja dinâmica é incompatível com o engessamento imposto.

A sentença impede o livre exercício das atividades partidárias, ao inibir a tomada de decisões futuras, com base em simples possibilidade de lesão.

E a mera possibilidade não basta para justificar o dispositivo, uma vez que a tutela de abstenção de fato deve fundar-se, pelo menos, em juízo de probabilidade do dano ou da lesão. A simples possibilidade não autoriza a imposição de abstenção de fato, pois equivale a censurar previamente o partido, a impedir o livre exercício das atividades política e partidária, assegurado constitucionalmente aos partidos políticos.

Assim, com a devida vênia, o parecer é no sentido da acolhida da preliminar acima suscitada, para extinguir a relação processual, sem o julgamento do mérito, por falta de legitimação tanto do Autor como do Réu, por não se tratarem de pessoas jurídicas, tampouco de entes dotados de personalidade judiciária para demandar sobre o tema posto na inicial. E, eventualmente ultrapassada a preliminar, o parecer é no sentido do provimento integral do recurso para julgar improcedentes os pedidos, cessando-se, no acórdão, os efeitos da sentença prolatada no processo cautelar apensado.

Rio de Janeiro, RJ.

Procurador Ertulei Matos
MINISTÉRIO PÚBLICO-RJ

Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público em face de Prolagos S.A. Concessionária de Serviços Públicos de Água e Esgoto a fim de compeli-la ao adimplemento do contrato celebrado com o Município de Cabo Frio, no que tange ao fornecimento de água aos munícipes. Configuração de inadimplemento contratual. Concessão pelo Juízo a quo da tutela antecipada. Interposto Agravo de Instrumento, a relatoria concedeu o efeito ativo. Ilegalidade da medida. Existência de verossimilhança. Presença dos requisitos do art. 273 e seus §§ do CPC. Cassação do efeito ativo.
Si et in quantum ***mister examinar-se tão-só se se encontram presentes os requisitos exigíveis à concessão da antecipatória, impondo-se o improvimento do recurso.***

4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Agravo de instrumento nº 2005.002.03616

Agvte. – *Prolagos S.A. Concessionária de Serviços Públicos de Água e Esgoto*
Agvdo. – *O Ministério Público do primeiro grau de jurisdição através da Promotoria de Justiça da 2ª Vara Cível da Comarca de Cabo Frio*

Eminente Desembargador-Relator Siro Darlan de Oliveira
Eminente Desembargador-Relator,

"Recurso de agravo de instrumento. Ação civil pública de natureza consumerista, ajuizada pelo Ministério Público em face de Prolagos S.A. Concessionária de Serviços Públicos de Água e Esgoto, com pedido de *obligatio faciendi* consistente em compelir a ora agravante ao fornecimento de água aos Munícipes de Cabo Frio. Deferimento pelo Juízo *a quo* da antecipatória de tutela, em razão da verossimilhança.

Interposto recurso de agravo de instrumento, este órgão fracionário concedeu o efeito ativo até o julgamento final deste inconformismo.

Aqui, não está em julgamento se o pedido contido na ação civil pública é procedente e/ou improcedente, já que tal pretensão terá o seu deslinde nos autos principais, e não nos estreitos limites deste recurso. *Si et in quantum*, mister examinar-se tão-só se se encontram presentes os requisitos exigíveis à concessão da tutela antecipada pelo MM. Juiz *a quo*.

Em havendo verossimilhança, entendemos *d. v.*, jurígena a decisão hostilizada que está a merecer pronto restabelecimento.

Posiciona-se esta Procuradoria de Justiça, aqui oficiando como *custos legis*, deva ser o recurso conhecido, pois satisfeitos seus pressupostos subjetivos e objetivos, para em seguida, ser cassada a liminar deferida pelo ínclito Relator, improvendo-se, a final, o presente recurso de agravo de instrumento".

Compulsando-se estes autos, verifica-se que o Ministério Público do primeiro grau de jurisdição através da Promotoria de Justiça da 2ª Vara Cível da Comarca de Cabo Frio, ajuizou uma *actio* civil pública, de natureza consumerista em face da ora agravada, com pedido de *obligatio faciendi* no sentido de compelir a agravante a fornecer água a todos os munícipes de Cabo Frio, inclusive, se necessário, através de carro-pipa, até que seja instalada a tubulação necessária para fornecimento regular.

Indo os autos conclusos ao MM. Juiz *a quo*, S. Exa. deferiu a tutela antecipada nos termos da peça preambular; todavia, a ré, ora agravante, interpôs o competente recurso de agravo de instrumento, tendo em conseqüência o conspícuo e eminente Desembargador-Relator deferido a concessão do efeito suspensivo.

Vindo os autos com vista ao Ministério Público do segundo grau de jurisdição, verificou este Procurador de Justiça que a parte agravada é o Ministério Público do primeiro grau de jurisdição, pelo que requereu ao ínclito Relator o retorno destes autos ao juízo de origem a fim de que a Promotoria de Justiça oficiasse no feito, contrariando assim, o recurso interposto, em atenção ao dogma constitucional do contraditório.

Volvendo os autos ao eminente Desembargador-Relator, S. Exa. deferiu o requerido por este Procurador de Justiça.

Às fls. 536/547, o Ministério Público do primeiro grau de jurisdição ofereceu contra-razões, prequestionando o art. 421 do Código Civil de 2002 e o art. 1°, III da Constituição Federal, tendo também destacado a função social do contrato, pugnando, a final, pelo improvimento do recurso de agravo de instrumento.

Indo os autos conclusos ao ilustre Desembargador-Relator Siro Darlan de Oliveira, S. Exa. determinou fosse aberta vista dos autos à Procuradoria de Justiça.

Nesta oportunidade os autos vieram com vista à Procuradoria de Justiça, para exame e parecer conclusivo do *custos legis*.

É o relatório.

In limine initio litis, desde já ficam aqui prequestionados o artigo 421 do Código Civil e o artigo 1º, III da Constituição Federal, já que ambos os artigos têm por escopo aquilo que se denominou chamar de função social do contrato, sendo este o *leitmotiv* da decisão vergastada acostada por cópia reprográfica às fls. 330 destes.

Prima facie, impõe-se desde já destacar que nos estreitos limites deste agravo de instrumento não se examinará, por razões que saltam aos olhos, se é procedente e/ou improcedente a pretensão ministerial deduzida na peça prefacial vestibular, já que esta terá o seu deslinde nos autos da ação principal, ora em tramitação no Juízo de origem.

Antes de mais nada, malgrado tenha a decisão interlocutória vergastada sido vazada nos seguintes termos, como se se tratasse de uma *actio* cautelar, *verbis* : .....*omissis* ..... isto posto, defiro a liminar para determinar à ré que forneça de maneira adequada, eficiente e contínua, água a todos os moradores de Cabo Frio, seja através de canalização, seja através de carros-pipa.....", na verdade o que S. Exa. deferiu foi a tutela antecipada requerida pelo Ministério Público no corpo da *actio civilis*, e não simplesmente a tutela cautelar, já que ambas têm natureza jurídica diversa. Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução "*lato sensu*", com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, na lição de Nery Junior, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. Neste sentido Ovídio Baptista, *Curso*, vol. I, n. 5.7.2, p. 136. Continuando, assevera Nery Junior que a tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou os seus efeitos. Ainda que fundada na urgência, não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar - *Cfr.* aut. cit., *CPC Comentado*, 8ª ed., RT, em nota de rodapé ao artigo 273 -. Na lição de Ovídio A. Baptista da Silva, pela função cautelar, o magistrado, no uso da jurisdição, pretende resguardar o "provável" direito do autor, enquanto se desenvolve no plano temporal e com os percalços que são notórios, "*la lunga avventura del giudizio civile*", usando a expressão de Giovani Gabrielli - *Cfr.* aut. cit., *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*, Edição Sulina, Porto Alegre, p. 9 -.

Pois bem, pela dicção do artigo 273 do CPC, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

Ora, verificando S. Exa. o MM. Juiz *a quo* a verossimilhança, houve por bem em deferir a antecipatória requerida no corpo da ação civil pública proposta pelo Ministério Público do primeiro grau de jurisdição.

Em sua *pièce de resistènce*, nos autos principais, a ré, ora agravante, refutou a pretensão autoral, requerendo o chamamento ao processo do ente público estatal e do ente público municipal, afirmando ainda que está cumprindo fielmente o contrato na qualidade de concessionária.

Emérito e ínclito Desembargador-Relator, na verdade, dúvida nenhuma há de que faz-se mister examinar-se a pretensão do Ministério Público *in casu*, sob o pálio da denominada função social do contrato diante da negativa da agravante em cumprir de maneira correta o avençado, destacando o vigente Código Civil, em seu art. 2.035, parágrafo único, que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Conforme bem aduziu o ilustre Promotor de Justiça que subscreveu as contra-razões, o perfil do Direito Civil preconizado pelo Código Civil de 1916, voltado para a primazia da autonomia das partes e da relatividade dos contratos, sob a influência da época liberal, foi oxigenado pelo Código Civil de 2002. Esta nova ordem jurídica reflete o desejo constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana e da ordem social econômica.

Assim, mister respeitar-se o denominado direito objetivo, ensinando-nos a doutrina francesa que não discrepa de nosso *jus positum* pátrio que :

> ***"Le droit objectif est constituée par l'ensemble des préceptes, des règles,*** *élaborés dans une société determinée en vue d'atteindre un certain but" – Cours de Droit Civil, Introduction,* 1° vol, 14ª ed., p. 5 – MICHEL DE JUGLART *et* ALAIN PIEDELIEVRE –.

Com a devida vênia, faz-se necessário respeitar-se a legalidade e, consoante a doutrina francesa, *"la légalité signifie au sens strict action selon la loi et le principe de légalité signifie que l'administration doit respecter la règle de droit"*.

Na lição do professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, infelizmente falecido no início do ano passado, de quem tive a honra de ser aluno na gloriosa Faculdade Nacional de Direito, nos cinco anos do curso de bacharelado, ".... a função social do contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. O reconhecimento da inserção do contrato no meio social e da sua função como instrumento de enorme influência na vida das pessoas, possibilita um maior controle da atividade das partes – *Cfr.* aut. cit., *Instituições de Direito Civil*, vol. III, ed. 1998, p. 13 –.

Com efeito, o Código Civil garantiu a autonomia privada, concedendo às partes o direito de contratar com liberdade, impondo como limites a ordem

pública e a função social do contrato. Todos têm autonomia para declarar sua vontade e agir, autonomia da vontade essa decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III).

Não devemos nos olvidar de que, hodiernamente, o Código Civil está impregnado de cláusulas gerais (*Generalklauseln*) que se caracterizam como fonte de direito e de obrigações. É necessário, portanto, conhecer-se o sistema de cláusulas gerais para poder entender-se a dinâmica de funcionamento e do regramento do Código Civil no encaminhamento e nas soluções dos problemas que o direito privado apresenta. Há verdadeira interação entre as cláusulas gerais, os princípios gerais de direito, os conceitos legais indeterminados e os conceitos determinados pela função. A solução dos problemas reclama a atuação conjunta desse arsenal.

Conforme é de sabença comum, o sistema jurídico de direito impõe às partes que resguardem, tanto na conclusão quanto na execução do contrato, os princípios da probidade e da boa-fé subjetiva e objetiva, e *ipso facto* ao intérprete, por sua vez, incumbe a exegese do negócio jurídico - *rechtsgeschaft* - em consonância com a principiologia do sistema.

E, se tal não bastasse, ínclito e ilustre Desembargador-Relator Siro Darlan de Oliveira, que orna este Egrégio Sodalício com o seu saber e sua postura sempre ética, o MM. Juiz *a quo* ao deferir a antecipatória, vislumbrando a denominada verossimilhança, assim destacou em sua decisão interlocutória que ora se vergasta, *verbis* :

> "..... *omissis* .....
> .....
> É fato notório que o abastecimento prestado pela Prolagos, em alguns bairros ou Distritos do Município, deixa de apresentar tal perfeição, *e isto se traduz na grande quantidade de ações que vem sendo propostas no Juizado Especial Cível desta Comarca*....." - grifei -.

A pergunta que o Ministério Público faz, já que há várias *actiones* que tramitam no Juizado Especial Cível de Cabo Frio, onde a agravante foi obrigada a fornecer água para os consumidores, *se foi ajuizada alguma ação pela agravante objetivando a alteração da base contratual em face do Poder concedente, pelo desequilíbrio econômico-financeiro provocado pelas sentenças proferidas*?

Indubitavelmente, se há alteração do equilíbrio econômico-financeiro, cabe à ora agravante buscar a alteração de seu contrato junto ao Poder Concedente, não podendo ser admitido que os consumidores sejam alijados do fornecimento de água sob tal ilação.

Ante o exposto, aguarda esta Procuradoria de Justiça, aqui oficiando como *custos legis*, deva o eminente e conspícuo Desembargador-Relator conhecer

do recurso de agravo de instrumento interposto, pois satisfeitos seus pressupostos subjetivos e objetivos, cassar a concessão do efeito ativo deferido para, em seguida, negar provimento ao recurso interposto, que certeza temos será seguido pelos seus pares diante do acerto da decisão vergastada que decidiu em desfavor da agravante.

Rio de Janeiro, RJ, quarta-feira, 27 de abril, **anno domini MMV**

JOSÉ ANTONIO LEAL PEREIRA
Procurador de Justiça titular junto à
4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça

Reclamação. Condenação do réu, pelo Tribunal do Júri, pela prática do crime de homicídio qualificado e pelos conexos de latrocínio e furto, em concurso material. Alcance do patamar previsto no artigo 607, caput do CPP, vinte anos de reclusão, tão-somente pela sanção aplicada a crime não-doloso contra a vida, o latrocínio. Deferimento, pelo Juízo, do protesto por novo júri requerido pela Defesa. Erro de ofício conducente a inversão da ordem legal do processo e a tumulto processual corrigível pela via eleita. (*)(**)

Excelentíssimo Senhor Desembargador Segundo Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelo Promotor de Justiça da 1ª Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de Nova Friburgo/RJ, que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, vem, tempestivamente, com fulcro no artigo 219 e seguintes do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ), e no artigo 210 e seguintes do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ajuizar a presente

RECLAMAÇÃO COM PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA DECISÃO RECLAMADA

contra decisão irrecorrível (fls. 299/300) proferida nos autos do **processo nº 2003.037.009697-1** pelo meritíssimo Juízo Criminal da Comarca de Nova Friburgo/RJ, maculada, *d.v.*, por erro de ofício conducente a iniludível inversão da ordem legal do processo e, *ipso facto*, inequívoco tumulto processual, a demandar imediata correção, pelos fatos e fundamentos abaixo aduzidos:

I. DO RELATÓRIO

1. DAS PEÇAS QUE INSTRUEM A PRESENTE RECLAMAÇÃO.

Instruem a presente reclamação, na forma do art. 221 do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, cópias autenticadas

---

(*) A Reclamação foi provida, por unanimidade de votos, pela Egrégia 2ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: o Exmo. Sr. Desembargador José Carlos Schimidt Murta Ribeiro.

(**) *Vide* Seção de Jurisprudência.

das peças principais dos autos do **processo nº 2003.037.009697-1**, a saber:

- Denúncia (fls. 02a/02c - **documento nº 01**);
- Decisão de pronúncia (fls. 161/165 - **documento nº 02**);
- Declaração da decisão de pronúncia (fl. 167 - **documento nº 03**);
- Decisão de fl. 196 (**documento nº 04**);
- Certidões de fl. 196, verso (**documento nº 05**);
- Libelo-crime acusatório (fls. 204/206 - **documento nº 06**);
- Julgamento perante o E. Tribunal do Júri (fls. 264/291 - **documento nº 07**);
- Petição de interposição do protesto por novo júri (fl. 293 - **documento nº 08**);
- Promoção ministerial de fls. 295/297 (**documento nº 09**);
- **Decisão reclamada (fls. 299/300 - documento nº 10)**;
- Vista dos autos ao *parquet* para ciência da decisão e sua ulterior devolução ao cartório judicial, tempestivamente (fl. 302 - **documento nº 11**);
- Pedido de reconsideração da decisão reclamada, nos termos do artigo 220 do CODJERJ (fl. 303/316 - **documento nº 12**);
- Decisão mediante a qual se viu o pedido de reconsideração retro mencionado indeferido, ao menos parcialmente (fl. 317 - **documento nº 13**).

Anexam-se, ainda, certidões da lavra da secretaria das Promotorias de Justiça Criminais (**documento nº 14**) e da escrivania do Juízo Criminal da Comarca de Nova Friburgo (**documento nº 15**) concernentes às datas da ciência pessoal deste órgão ministerial da decisão reclamada e daquela que, ulteriormente, indeferiu o pleito de reconsideração respectivo.

2. *Das Considerações Iniciais (ou do Relatório Stricto Sensu)*

Veicula o processo supra aludido ação penal deflagrada contra *Ronildo Gomes da Silva* pela prática, em 21 de agosto de 2002 e em 05 de janeiro de 2003, de crimes de **homicídio qualificado**, de **latrocínio** e de **furto** [1], os quais, devidamente julgados, em 07 de abril de 2005, pelo E. Tribunal do Júri (fls. 264/291 do processo supramencionado, doc. nº 07), renderam-lhe condenações às penas privativas de liberdade de **doze** anos, **vinte** anos e **um** ano de reclusão, respectivamente (as duas primeiras em regime integralmente fechado; a terceira, no inicialmente fechado), ***observada a norma exsurgida do artigo 69 do Código Penal, qual seja, a do concurso material de infrações penais* (fls. 288/291)**, para assim totalizar trinta e três anos de reclusão, além de sessenta dias-multa, publicada a r. sentença na sessão plenária.

Inconformado, o acusado, por intermédio da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, protestou pela realização de novo julgamento pelo Tribunal Popular (fl. 293, doc. nº 08), pretensão essa que, a despeito da manifestação contrária do *parquet* (fls. 295/297, doc. nº 09), mereceu acolhimento pelo Juízo *a quo* (fls. 299/300, doc. nº 10), restando designada a data de **31 de agosto de 2005** para a submissão, uma vez mais, da causa ao conhecimento e à apreciação dos senhores jurados. ***Deixou o réu defluir in albis, no entanto, o prazo para a interposição de qualquer outro recurso que não o protesto por novo júri.***

Contra tal decisão irresignou-se este órgão ministerial, ajuizando o **pedido de reconsideração** que se vê a fls. 303/316 dos autos principais (doc. nº 12, preparatório da presente reclamação, na conformidade do disposto no artigo 220 do CODJERJ), mediante o qual se aduziu, em síntese: **a)** mostrar-se inadmissível, *in casu*, o protesto por novo júri, haja vista que o delito cuja pena imposta atingiu o patamar de vinte anos de reclusão tido por requisito objetivo de sua admissão, qual seja, o de **latrocínio**, é daqueles que ordinariamente refogem à competência do Tribunal do Júri, não consubstanciando crime doloso contra a vida; e **b)** ainda que se pudesse admitir, *ad argumentandum tantum*, que a pena de vinte anos de reclusão aplicada a crime conexo **não** doloso contra a vida pudesse legitimar a interposição e o acatamento de um tal recurso, as demais infrações penais que aquele ladeavam - e que mereceram, *per se*, penas muito inferiores àquele *quantum* - jamais poderiam ser submetidas a novo escrutínio do Tribunal do Júri, em razão de haverem sido as respectivas condenações acobertadas pelo manto da **coisa julgada**, à míngua da interposição pela defesa, no momento oportuno, dos pertinentes recursos de apelação, como lhe impunha o artigo 608 do Código de Processo Penal.

---

[1] Conforme explicitado, de maneira irretocável, na decisão de pronúncia de fls. 161/165 e em sua declaração, acostada a fl. 167 (documentos nºs 02 e 03, respectivamente), através das quais o douto Juízo conferiu adequada subsunção das condutas narradas na denúncia aos tipos penais pertinentes.

Tal pedido de reconsideração mereceu do nobre magistrado oficiante no Juízo Criminal de Nova Friburgo a prolação da decisão de fl. 317 (doc. nº 13), através da qual mantinha ele a decisão que admitiu, *in casu*, o protesto por novo júri, conquanto esclarecesse que somente o delito de **latrocínio** (e não, assim, também os de homicídio e de furto) seria objeto de nova cognição pelo Tribunal Popular, *verbis*: *"Mantenho a decisão impugnada, diante de seus próprios termos. Frise-se que o recurso apresentado pela defesa limita a cognição da agência judicial (correlação/congruência). Logo, a decisão de fls. 299/300, por evidente, determinou a realização de novo julgamento tão-somente para o crime objeto do recurso defensivo (fl. 293), ou seja, aquele delito a que foi cominada pena privativa de liberdade igual a vinte anos, único que poderia ser objeto de reexame em sede de protesto por novo júri, único que atende ao requisito objetivo ligado ao* ***quantum*** *da sanção"*.

Do mais recente pronunciamento judicial foi cientificado o *parquet* na data de **14 de julho de 2005**, como certificado pela escrivania daquele Juízo (doc. nº 15, *in fine*).

É o relatório.

II. *Do Cabimento da Reclamação e da Necessidade do Reconhecimento, Se For o Caso, do Instituto da Fungibilidade Recursal.*

Estabelece o Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 219, que *"são suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte ou de órgão do Ministério Público, as omissões do juiz e os despachos irrecorríveis por ele proferidos, que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder"*.

No ordenamento jurídico pátrio, não existe recurso específico para a insurgência contra a decisão de fl. 299/300 dos autos, por via da qual o Juízo *a quo* admitiu, *in casu*, o protesto por novo júri propugnado pelo réu *Ronildo Gomes da Silva*, o que, com o devido respeito, consubstancia manifesto erro de ofício conducente à verificação, no presente feito, de inequívoco tumulto processual, a demandar imediata correção, e, *ipso facto*, autoriza o manejo da **reclamação** prevista nos artigos 219 e seguintes do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, como ilustra o excerto de acórdão *infra* colacionado, *verbis*:

> *"Desde o seu surgimento e agora nas diversas legislações, a correição presta-se ao ataque às decisões ou despachos dos juízes não impugnáveis por outro recurso e que representem 'erro ou abuso', de que resulte a 'inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem legal do processo'. Destina-se, portanto, a corrigir o* ***error in procedendo***, *não o* ***error in judicando***.

> ***Em regra, exige-se que o erro ou abuso ocasione a inversão tumultuária dos atos e fórmulas legais da ordem do processo, ou seja, que conturbe o correto desenrolar do procedimento*** (*RT* 542/368 e JTACrimSP 64/291 - ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO E ANTONIO SCARANCE FERNANDES, in *Recursos no Processo Penal*, 2ª edição, páginas 257/258).

Não obstante, caso se entenda que a manifestação judicial guerreada (fls. 299/300) desafia o recurso de **apelação 'subsidiária' (artigo 593, inciso II do Código de Processo Penal)** ou, mesmo, o **recurso em sentido estrito (artigo 581, inciso XIII do citado codex)**, pugna este órgão ministerial que como tal seja(m) conhecido(s) o pedido de reconsideração de fls. 303/316 e/ou a presente reclamação, ambos manejados tempestivamente (documentos nºs 11, 14 e 15), à luz do princípio da fungibilidade [2], como o autorizam a jurisprudência e a doutrina, *verbis: "tendo a correição natureza de recurso, aplica-se-lhe o princípio da fungibilidade, e, assim, se interposta erroneamente, nada impede que o tribunal a conheça como se fosse o recurso em sentido estrito ou apelação"* (ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*, **in** *Recursos no Processo Penal*, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª Edição, p. 260), ***conferindo-lhe efeito suspensivo para a salvaguarda do direito ora pleiteado.***

III. *DA TEMPESTIVIDADE DA RECLAMAÇÃO*

O órgão ministerial oficiante junto ao Juízo Criminal da Comarca de Nova Friburgo/RJ, que tem a prerrogativa funcional de ser intimado pessoalmente de todos os atos processuais, a teor do que dispõem os artigos 370, § 4º do Código de Processo Penal e 41, inciso IV, da Lei nº 8.625/93, tomou ciência do indeferimento do pedido de reconsideração formulado em **14 de julho de 2005 (doc. nº 15, parte final)**, o que impõe considerar-se tempestiva a interposição da presente reclamação, *ex vi* o teor dos artigos 220 do CODJERJ e 211 do Regimento Interno desse egrégio Tribunal.

IV. *DO MÉRITO DA RECLAMAÇÃO (OU DA ABSOLUTA PERTINÊNCIA DA IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL)*

Conquanto absolutamente ciente da vastíssima cultura jurídica do insigne magistrado prolator da r. decisão de fls. 299/300 do processo nº 2003.037.009697-1 (doc. nº 10), não pode este órgão ministerial se furtar à

---

[2] Releva ressaltar que o princípio da fungibilidade encontra **previsão expressa** no **artigo 579 do Código de Processo Penal**, *verbis: " Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela*

demonstração de que tal *decisum* é resultado, com o devido respeito, de erro de ofício conducente à verificação, no presente feito, de evidente e inadmissível tumulto processual, a demandar imediata correção.

Como sabido, o protesto por novo júri encontra previsão no capítulo IV do Título II do Livro III do Código de Processo Penal, *verbis*:

> "Capítulo IV
> **Do Protesto por Novo Júri**
> **Art. 607.** *O protesto por novo júri é privativo da defesa, e somente se admitirá quando a sentença condenatória for de reclusão por tempo igual ou superior a 20 (vinte) anos, não podendo em caso algum ser feito mais de uma vez.*
> **§ 1º** *Não se admitirá protesto por novo júri, quando a pena for imposta em grau de apelação (art. 606).*
> **§ 2º** *O protesto invalidará qualquer outro recurso interposto e será feito na forma e nos prazos estabelecidos para interposição da apelação.*
> **§ 3º** *No novo julgamento não servirão jurados que tenham tomado parte no primeiro.*
> **Art. 608.** *O protesto por novo júri não impedirá a interposição da apelação, quando, pela mesma sentença, o réu tiver sido condenado por outro crime, em que não caiba aquele protesto. A apelação, entretanto, ficará suspensa, até a nova decisão provocada pelo protesto."*

O regramento ali previsto não prescinde, no entanto, da análise sistêmica do ordenamento jurídico, motivo por que se mostra absolutamente incabível o manejo do recurso *sub examen* no presente caso concreto, em que o crime cuja pena imposta atingiu o patamar tido por requisito objetivo de sua admissão, **vinte anos** de reclusão, é daqueles que ordinariamente **refogem** à competência do Tribunal do Júri (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "d" da Constituição da República), na medida em que, como por demais sabido, *não consubstancia o latrocínio crime doloso contra a vida*, antes vilipendiando bem jurídico penalmente protegido outro, o patrimônio – o que, diga-se, determinou a edição do verbete nº 603 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal,

---

interposição de um recurso por outro". No caso concreto, evidentemente não se pode falar nem em má-fé nem, tampouco, em *manifesto não-cabimento* da reclamação (Regimento Interno do E. TJRJ, artigo 214, parágrafo único), decorrência de erro grosseiro (que, na lição de Ada Pellegrini Grinover, *"poderia ser aferido por algumas circunstâncias objetivas, como, por exemplo, a disposição expressa e induvidosa da lei indicando o recurso cabível, sem divergências na doutrina e na jurisprudência"* – in *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos em espécie, ações de impugnação*, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 40) – o que **definitivamente** não é o caso – como fatores impeditivos da aplicação do referido dispositivo legal. Assevere-se que a questão ora ventilada é assaz específica e quase nada há na doutrina e nos anais dos Tribunais brasileiros a seu respeito, mormente quando se trata de irresignação ministerial contra erronia na admissão do protesto por novo júri.

verbis: "a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri".

Bem se vê, assim, que apenas **incidentalmente** o julgamento do crime de latrocínio (e, no mais, de qualquer outro **não** doloso contra a vida) se verá jungido à competência do Tribunal do Júri - o que se verificará na hipótese prevista no artigo 78, inciso I do *codex* processual, *i.e.*, no caso de modificação das regras ordinárias de competência pela conexão ou continência - o que decerto legitima o entendimento sufragado por mestres do naipe de ADRIANO MARREY, segundo o qual "*no caso de responder o réu por vários crimes conexos, somente será caso de protesto por novo Júri se a condenação acima de 20 anos de reclusão houver ocorrido em relação ao delito de competência originária do Júri, quer dizer, por crime doloso contra a vida*" (**in** *Teoria e Prática do Júri*, p. 449) e de VICENTE GRECO FILHO, para quem "*para que se admita o protesto, a pena, igual ou superior a 20 anos, deve ser aplicada a cada crime, separadamente, e esse crime só pode ser crime de júri, ou seja, doloso contra a vida. Assim, se o julgamento envolveu dois crimes dolosos contra a vida, somente caberá protesto em relação a cada um cuja pena tenha sido igual ou superior a 20 anos, separadamente; se houver um crime de júri e um conexo somente se poderá considerar o doloso contra a vida e sua pena exclusivamente*" (**in** *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, Ed. Saraiva, 1997, p. 378), entendimento esse que, por inatacável e escorreito, ora se espera ver julgado prevalente.

O argumento de que lançou mão o douto magistrado prolator das decisões de fls. 299/300 e 317 (docs. nºs 10 e 13, respectivamente) para refutar o óbice apontado pelo órgão ministerial se mostra, com a devida vênia, especialmente equivocado à vista das peculiares circunstâncias do presente processo, no qual, como dantes asseverado, foi o crime de **latrocínio** aquele supostamente legitimador da admissibilidade, *in casu*, do protesto por novo júri, por haver sido o único a determinar imposição de pena igual ou superior a vinte anos de reclusão (não custando rememorar que o crime doloso contra a vida mereceu punição assaz inferior, de doze anos de reclusão e que, em se tratando de condenações por crimes praticados em *concurso material, não se podem somar as respectivas penas* para o alcance do patamar autorizativo do manejo do recurso *in tela*, consoante entendimento **pacífico** do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça).

É que, como a ninguém é dado olvidar, o tipo penal qualificado definidor do crime de latrocínio (artigo 157, § 3º, *in fine* do Código Penal) estabelece que a **pena mínima** aplicável ao perpetrador de um tal diabólico delito há de remansar em **vinte anos** de reclusão [3], exatamente o que se verificou no processo em referência. Assim sendo - *i.e.*, estabelecida a premissa de que o crime de latrocínio consumado **sempre** merecerá, **no mínimo**, a pena de vinte anos de

---

[3] **Art. 157, § 3º do CP:** "*se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta anos)*, sem prejuízo da multa."

reclusão [4] , a adoção do entendimento segundo o qual a condenação por tal delito (e não, assim, por crime doloso contra a vida) se mostra apto a ensejar a admissibilidade do protesto por novo júri importará, inarredavelmente, o estabelecimento de hipótese não prevista em lei de **reexame necessário** da decisão proferida pelo Conselho de Sentença, na medida em que **toda e qualquer** condenação pelo crime de latrocínio ensejará a possibilidade de revisão da decisão dos jurados em nova sessão plenária, *ipso facto* consubstanciando rematado e odioso vilipêndio à soberania dos veredictos constitucionalmente assegurada à instituição do Júri (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c" da CR/88), o que, a toda evidência, não se há de admitir.

A admissão do protesto por novo júri em relação, tão-somente, ao crime conexo ao delito doloso contra a vida determinante da competência do Tribunal Popular, como é o caso (conferir, a propósito, a decisão de fl. 317, doc. nº 13), traz ínsita outra perplexidade: a de que o Tribunal Popular se veria então legitimado a decidir, isoladamente, causa absolutamente estranha à sua competência, em total afronta à sistemática processual-penal vigente.

Com efeito, verifica-se, já de uma perfunctória leitura do inciso XXXVIII, alínea "d" do artigo 5º da Constituição da República, que a competência do Tribunal do Júri para conhecer e julgar os crimes **conexos** aos dolosos contra a vida **não** possui extração constitucional, antes decorrendo do comando exsurgido do artigo 78, inciso I do Código de Processo Penal, vale dizer, de norma infraconstitucional. E é esse mesmíssimo diploma legal que estabelece, às escâncaras, não se mostrar lícito ao Conselho de Sentença do Tribunal Popular deliberar isoladamente, uma vez desclassificada a imputação, sobre delito que não se insira na competência daquele órgão, competindo, então, ao **juiz-presidente** prolatar a respectiva sentença (artigo 492, § 2º do Código de Processo Penal).

Ora, não se mostrando questão controvertida que, *in casu*, o protesto por novo júri **jamais** poderia validar nova cognição, pelo Tribunal do Júri, das imputações concernentes aos crimes cujas penas não atingiram o patamar de vinte anos de reclusão, a saber, os de homicídio qualificado e de furto - cujas condenações, à míngua de tempestiva interposição, pelo réu ou pela defesa técnica, do pertinente recurso de apelação, nos termos do artigo 608 do CPP, hão de se reputar transitadas em julgado -, o que foi objeto de (re)consideração pelo Juízo reclamado na decisão de fl. 317 (doc. 13), deparar-se-mo-nos-íamos com a esdrúxula e autônoma submissão, ao crivo do Tribunal do Povo, de imputação (qual seja, a concernente ao latrocínio) que, isoladamente, **jamais seria por ele licitamente conhecida**, por se circunscrever, como dantes asseverado, ao âmbito de competência do **juiz togado** (juiz singular ou juiz-presidente do Júri, conforme o caso), na consonância do disposto no verbete nº 603 da súmula da jurisprudência

---

[4] Nesse mister, impõe-se a transcrição do **verbete nº 231 da súmula da jurisprudência predominante do E. Superior Tribunal de Justiça**, *verbis*: *"a incidência da circunstância* atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

predominante do E. STF e dos artigos 74, §§ 1° e 2° e 492, §2° do CPP, o que corporificaria incomensurável afronta ao ordenamento jurídico vigente, analisado sistematicamente.

À guisa de ilustração, reputamos conveniente trazer à colação excertos de julgados que sufragam a pretensão ora veiculada, analisando, de forma escorreita, a questão que então se lhes apresentava, *verbis:*

> *"Processual penal - Homicídio qualificado em concurso material com atentado violento ao pudor -* **Protesto por novo júri - Crime doloso contra a vida com pena inferior a vinte anos - Impossibilidade do recurso -** ***Princípio da fungibilidade - Erro grosseiro - Inaplicabilidade - Apelação genérica - Omissão dos fundamentos das razões recursais - Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal - Não conhecimento.*** *O protesto por novo júri é recurso penal tão-somente admitido quando o réu é condenado a pena igual ou superior a 20 (vinte) anos, por um só crime doloso contra a vida, de competência exclusiva do Tribunal do Júri, não se estendendo a benesse a crimes conexos que originariamente competem ao juiz singular.* Para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal deve restar demonstrado que o defensor não obrou com má-fé ou erro grosseiro. A apelação em processos da competência do Tribunal do Júri é de natureza restrita, tendo como limite o que for fixado na sua interposição, de modo que ausentes as razões do apelo, inviável o conhecimento do recurso. Tal entendimento foi sumulado pelo Supremo Tribunal Federal - Súmula 713." (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - Apelação Criminal n° 2003.017896-1 - Relator: Des. Solon d'Eça Neves - Data da Decisão: 02/12/2003)

> ***"Carta Testemunhável. Crime de latrocínio. Decisão que negou seguimento a protesto por novo júri. Réu condenado a pena de 20 anos e 06 meses de reclusão por latrocínio. Crime que não é da competência exclusiva do Tribunal do Júri, mas atraído pela conexão. Repetição do Júri negada. Recurso desprovido.*** O protesto por novo júri só é admitido quando o réu é condenado a pena igual ou superior a vinte (20) anos, por um só crime doloso contra a vida, de competência exclusiva do Tribunal do Júri, não se

estendendo a benesse a crimes conexos que originariamente competem ao Juiz Singular, como é o latrocínio. (...)

É cediço, como no caso dos autos, que só se admite o recurso de protesto por novo júri quando a pena igual ou superior a vinte anos houver sido imposta por delito da competência originária e exclusiva do Tribunal do Júri, ou seja, por crime doloso contra a vida.

Nesse passo, TOURINHO FILHO, dissertando sobre a questão, leciona:

> "O protesto será oponível, se a pena imposta por um só crime ou por um só dos crimes, for igual ou superior a 20 anos. Assim, para efeito do protesto, não se somam as penas" (*Processo Penal*, 4° v., 18ª ed., SP, Saraiva, 1997, p. 406).

Outro não é o entendimento de ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCCO, em *Teoria e Prática do Júri*, 7ª ed., SP, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 449:

> 'No caso de responder o réu por vários crimes conexos. Somente será caso de protesto por novo Júri se a condenação acima de 20 anos de reclusão houver ocorrido em relação ao delito da competência originária do Júri, quer dizer, por crime doloso contra a vida'.

No caso dos autos, pena superior a vinte anos foi aplicada em razão do crime de latrocínio (art. 157, § 3°, do CP), conexo ao de homicídio pelo qual responderam outros acusados, no mesmo processo.

Como visto, o protesto por novo júri não se aplica aos crimes atraídos ao Tribunal do Júri por força da conexão, já que tem aplicação somente ao crimes dolosos contra a vida (art. 74, § 1°, do CPP).

Colhe-se do ensinamento de VICENTE GRECO FILHO:

> "Para que se admita o protesto, a pena, igual ou superior a 20 anos, deve ser aplicada a cada crime, separadamente, e esse crime só pode ser crime de júri, ou seja, doloso contra a vida. Assim, se o julgamento envolveu dois crimes

dolosos contra a vida, somente caberá protesto em relação a cada um cuja pena tenha sido igual ou superior a 20 anos, separadamente; se houver um crime de júri e um conexo somente se poderá considerar o doloso contra a vida e sua pena exclusivamente" (**in** *Manual de Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 378).

O art. 74, § 1°, do CPP, assim dispõe:

"**Art. 74.** A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri

§ 1° Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1° e 2°, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados".

Acrescenta-se também a Súmula 603 do STF:

"A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do Juiz singular e não do Tribunal do Júri".

Portanto, o latrocínio não é competência da competência do Júri.

Dessa forma, em que pesem as argumentações da defesa, o testemunhante não faz jus ao pleito, já que o instituto do protesto por novo júri oportuniza nova apreciação da causa quando a pena imposta ao réu, por um só crime, for igual ou superior a vinte anos por crime doloso contra a vida, o que não é o caso dos autos.

Colhe-se da jurisprudência do nosso Tribunal em recurso interposto por outro dos acusados do mesmo processo:

"Apelação Criminal. Tribunal do Júri. Latrocínio. Protesto por Novo Júri. Impossibilidade. Apelante condenado a pena de 20 anos de reclusão pelo crime de latrocínio que foi atraído para a competência do júri popular, pela conexão.

Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Prova que respalda amplamente a versão acolhida pelos jurados. Condenação mantida.

Inviável a anulação do julgamento se o júri decidiu baseado em uma das vertentes probatórias constante dos autos.

Recurso desprovido" (Apelação Criminal n. 02.006616-3, de Blumenau, Rel. Des. Genésio Nolli).

Diferente não foi a decisão capitaneada pelo mesmo Relator, na Carta Testemunhável n. 2002.003795-8, relativa a outro acusado no mesmo processo.

Quanto aos crimes não abrangidos pelo Júri, ou seja, para aqueles não dolosos contra a vida, o que cabe é a apelação, conforme preceitua o art. 608 do CPP.

Diante do exposto, sendo mesmo incabível o protesto por novo júri, nega-se provimento à carta testemunhável, porque o indeferimento daquela benesse, pelo Juízo a quo foi absolutamente correto." (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - Carta Testemunhável nº 2002.015938-2 - Relator: Des. Jaime Ramos - Data da Decisão: 02/12/2003)

"***Apelação Criminal. Tribunal do Júri. Latrocínio. Protesto por novo júri. Impossibilidade. Apelante condenado a pena de 20 anos de reclusão pelo crime de latrocínio que foi atraído para a competência do júri popular, pela conexão.***

Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Prova que respalda amplamente a versão acolhida pelos jurados. Condenação mantida. (...) Recurso desprovido.

(...)

Razão não assiste ao apelante.

No que se refere ao pedido de protesto por novo júri, a Dra. Maria Luzia Beiler Girardi, Promotora de Justiça, em suas contra-razões

recursais (fls. 3.428/3.429), com proverbial juridicidade, enfatizou:

"Em que pese o entendimento contrário argüido nos fundamentos da douta defesa, é certo que a hipótese de novo júri, em relação a pena fixada, ou seja, 20 anos de reclusão, somente é possível nas hipóteses de crimes dolosos contra a vida, sendo certo, o que está em julgamento é o crime de latrocínio que foi atraído para a competência do júri popular, pela conexão.

Como se sabe, a conexão é uma forma de prorrogação necessária de competência. Infrações originalmente de competência do juízo singular serão levadas ao Júri Popular, diante do que dispõe o artigo 78, I, do Código de Processo Penal, mormente porque no concurso entre a competência do Júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência daquele.

E, por óbvio que o mencionado artigo 607 do Codex Processual Penal não explanifica (*sic*) referirem-se dadas situações a crimes contra a vida, pois a matéria questionada é clara ao dizer tratar-se de crimes dolosos contra a vida e não contra o patrimônio (...) ou outro tipo previsto em lei.

Indo mais além, o mestre WALTER P. ACOSTA, em sua obra '*O Processo Penal*', 21ª ed., 1991, pág. 367, ao comentar a matéria, assim preleciona:

'PROTESTO POR NOVO JÚRI – É este um recurso ordinário, específico do Tribunal do Júri, interposto apenas pela defesa para a mesma instituição. E por força do *quantum* de pena exigível, só pode ter aplicação no crime de homicídio e no caso especial de aborto, sem o consentimento da gestante, em que sobrevém a morte desta (arts. 121, 125 e 127 do Código Penal)' – grifamos.

Ademais, nunca é demais dizer que a lógica jurídica não dispõe diferentemente.

Destarte, não pode o intérprete fazer extensivamente a abrangência, pela simples razão que lhe é conveniente.

No caso concreto, a pena mínima prevista ao tipo que é imputado ao réu, é de 20 anos de reclusão. Se acolhermos o entendimento pretendido pela douta defesa, em caso de condenação, caso concreto, de antemão o réu teria direito a novo julgamento, já que ressabido que o juiz não pode fixar a sanção definitiva em limite abaixo do mínimo legalmente autorizado, mesmo considerando as diversas atenuantes genéricas.

Com certeza, não é esse o espírito do legislador, conforme quer a douta defesa".

(...)

Diante de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso." (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - Apelação Criminal nº 2002.006616-3 - Relator: Des. Genésio Nolli - Data da Decisão: 07/05/2002)

Em suma: a r. decisão de fls. 299/300 (doc. nº 10) merece corrigenda por esse E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro porque consubstancia erro de ofício ensejador de inaceitável inversão da ordem legal do processo e, por via de conseqüência, evidente tumulto processual ao determinar indevidamente a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri em relação ao crime de latrocínio que se imputa ao réu *Ronildo Gomes da Silva* no processo nº 2003.037.009697-1, em fulgurante ofensa ao sistema processual-penal brasileiro e, em última análise, à soberania dos veredictos constitucionalmente assegurada à instituição do Júri (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c" da CR/88), como se espera haver-se logrado demonstrar.

V. *Dos Pedidos*

Processada a presente reclamação e prestadas as informações pertinentes, requer o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:

1. Liminarmente, **presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, seja determinada a** Suspensão da Execução da Decisão Reclamada, *assim se adiando,*

até final julgamento da presente reclamação, a realização da sessão plenária do Tribunal do Júri, designada para o dia 31 de agosto de 2005 (fls. 299/300), *com fulcro no artigo 223 do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, haja vista que tal providência é indispensável à salvaguarda do direito ora pleiteado;*

2. No Mérito, *seja a reclamação julgada* **procedente**, *determinando-se definitivamente a* **cassação** *da decisão impugnada* (fls. 299/300) *e, por via de conseqüência, a certificação do trânsito em julgado da condenação do réu* RONILDO GOMES DA SILVA *também pela imputação concernente ao crime previsto no artigo 157, § 3º,* ***in fine*** *do Código Penal, i.e., o de latrocínio.*

Nova Friburgo, 15 de julho de 2005.

Marcus Vinicius da Costa Moraes Leite
Promotor de Justiça

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
8ª CÂMARA CRIMINAL

Conflito de Competência nº 2006.055.00010

Suscitante: *Juízo de Direito da Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro*
Suscitado: *Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital*
Relator: *Des. Ângelo Moreira Glioche*

PARECER

Conflito de competência. Ação mandamental (Mandado de Segurança) atacando ato disciplinar, em virtude da instauração de procedimento disciplinar contra o militar estadual (Bombeiro Militar), em decorrência de condenação pelo Juízo Criminal comum, em que foi decretada a perda do "cargo" como efeito da condenação. Competência ampliada pela E.C. nº 45/2004 paa o juiz togado da Justiça Militar Estadual. Norma de competência que depende de regulamentação, nos termos do art. 7º da referida Emenda Constitucional. Precedente do E. Órgão Especial da Corte Estadual. Norma de eficácia contida, necessitando regulamentação, inclusive alteração do CODJERJ, por iniciativa do Tribunal de Justiça. Competência da Vara da Fazenda Pública ante a ausência de regulamentação da matéria. Parecer pelo conhecimento e procedência do conflito, declarando-se competente a Vara da Fazenda Pública, Juízo suscitado.

Egrégia Câmara,
Eminente Desembargador Relator

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro (fls. 33/35) a quem foram remetidos os autos principais porque o Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, conforme fls. 16, declinou de sua competência, na forma do artigo 125, § 4º da Constituição Federal.

Alega o suscitante, consoante fls. 33/35, que na forma do artigo 125, § 5° da CF/88 passa a ser da competência do Juiz de Direito do Juízo Militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e **as ações judiciais contra atos disciplinares militares**, cabendo ao Conselho de Justiça processar e julgar os demais crimes militares definidos em lei. Porém, caso a norma fosse levada ao pé da letra, todos os feitos de natureza disciplinar militar cível, processados e julgados pelas Varas da Fazenda Pública da Capital e Juízos do interior passariam imediatamente à competência exclusiva da Auditoria Militar, que sendo a única, não tem como absorver o processamento e julgamento destas possíveis ações ordinárias cíveis, mandados de segurança, habeas data, ações cautelares e outras. Ademais, sustenta que tal norma constitucional é de eficácia contida, dependendo de regulamentação através de iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado, com criação de mais órgãos jurisdicionais especializados, com modificação da lei de organização judiciária.

É o relatório.

A matéria suscitada no presente conflito negativo de competência diz respeito à aplicabilidade da norma de competência instituída pela Emenda Constitucional n° 45/ 2004, que reformulou a competência da Justiça Militar, entre outras providências, assim dispondo, *verbis*:

> "**§ 3°.** A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.
>
> **§ 4°** Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e *as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.*
>
> **§ 5°** Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e *as ações judiciais contra atos disciplinares militares*, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares"

Sem dúvida o poder constituinte derivado, via emenda constitucional, ampliou a competência do juiz militar estadual, estabelecendo que nas hipóteses de ações cujo objeto sejam o exame de atos disciplinares militares, a competência será do juízo militar, de forma singular, cabendo ao Juiz de Direito da respectiva Auditoria Militar Estadual a competência exclusiva para processar e julgar tais ações, de índole eminentemente civil.

Todavia, o legislador constituinte derivado estabeleceu, no art. 7º da Emenda Constitucional nº 45, a necessidade de regulamentação da legislação ordinária infraconstitucional para os fins de aplicabilidade das inovações introduzidas no plano constitucional, estabelecendo que:

> *"O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional"*

Destarte, a norma de competência criada pela Emenda Constitucional mencionada depende, diante de uma interpretação sistemática, de regulamentação, tanto no plano federal como nos Estados-membros, inclusive nesse caso, de alteração do Código de Organização Judiciária, criando, se for o caso, novas Varas para julgamento das ações civis, cujo objeto sejam os atos disciplinares-militares.

Em suma, a matéria de competência inovada pela E.C. nº 45, no que se refere à nova competência da Justiça Militar, no plano estadual, dependerá de regulamentação pertinente, e enquanto tal não ocorrer, face a natureza da norma constitucional em exame, de eficácia contida, continuam competentes para exame das questões não penais relativas ao controle dos atos disciplinares-militares os juízos das Varas de Fazenda Pública, nos termos das normas estaduais em vigor.

Nesse diapasão decidiu o E. Órgão Especial dessa Corte, conforme se vê do Aresto acostado pelo ilustrado juiz de direito da Auditoria Militar deste Estado, conforme se vê de fls. 71/73, em hipótese semelhante.

Nestes termos, opina a Procuradoria de Justiça no sentido do conhecimento e procedência do conflito negativo de competência, declarando-se competente o juízo suscitado, o juízo de direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, a quem devem ser remetidos os autos principais.

Rio de Janeiro, 13 de fevereiro de 2006.

NILO AUGUSTO FRANCISCO SUASSUNA
Procurador de Justiça

Contribuição de Iluminação Pública. Análise de constitucionalidade de lei municipal. Emenda Constitucional nº 39. Limitações ao poder de tributar. Repetição de indébito.

Autos nº 336-3

Autor: João Luiz da Silva
Réus: Município de Vassouras e Light S/A

PARECER

Exmo. Sr. Juiz,

I - *Relatório*

Trata-se de ação que visa à declaração incidental de inconstitucionalidade da lei que instituiu a Contribuição de Iluminação Pública (CIP) e à repetição do que já foi pago indevidamente. Alega o autor, basicamente, o seguinte: inconstitucionalidade formal da Emenda Constitucional nº 39, por desobediência do processo legislativo; inconstitucionalidade material, consubstanciada na violação do art. 154, já que somente a União poderia legislar sobre novas contribuições, extrapolando os limites do sistema tributário originário, na violação do art. 167, IV, art. 150, II, todos da Constituição da República, além de o tributo não possuir as características de contribuição e de a lei municipal haver violado o princípio da anterioridade tributária, já que a lei entrou em vigor um dia após sua publicação. Em síntese, sustenta-se que a recém instituída contribuição é inconstitucional e requer-se a repetição do indébito.

Na promoção de fls. 48/53 manifestei-me contrariamente à antecipação de tutela.

Não foi apreciado o pedido de tutela antecipada - fl. 54.

O Município ofereceu contestação nas fls. 55/57 e alegou a incompetência absoluta do juízo e a compatibilidade da lei municipal com a Constituição.

A Light S/A, nas fls. 65/85, alegou ilegitimidade passiva, defendeu a constitucionalidade do tributo e afirmou que não há relação de consumo na espécie.

Houve oferecimento de réplica (fls. 96/97) e os autos vieram para esta promoção final.

II – *Fundamentação*

1) Preliminares

1.1) Competência

Não pode prosperar a preliminar de incompetência, já que estamos diante de hipótese de controle difuso de constitucionalidade e o sistema brasileiro admite a apreciação incidental de inconstitucionalidade em qualquer processo e por qualquer juiz. Manifesto-me, pois, pela rejeição da argüição de incompetência.

1.2) Ilegitimidade passiva

A Light afirma ser mera arrecadadora do tributo, em razão de convênio firmado com o Município, e, por isso, não teria legitimidade passiva.

Entendo que a legitimidade para a causa deve ser analisada em cotejo com os fatos narrados na inicial (*in statu assertionis*), isto é, os elementos fáticos e os pedidos constantes na inicial é que fornecerão subsídios para a aferição dessa condição da ação. Sendo assim, deve ser verificado se a situação legitimante existente no plano material coincide com a afirmação feita em sede processual. Na hipótese dos autos, a ação só pode ser proposta, por ser esta a situação legitimante, em face de quem instituiu e efetivamente cobrou o tributo, tendo a receita revertida para si. Ou seja: o fato narrado na inicial leva à conclusão de que a ação deve ser proposta em face apenas do ente competente para instituir o tributo. Note-se, ainda, que nenhum pedido específico é formulado em relação à segunda ré. Na realidade, todos os pedidos só podem ser atendidos pelo Município e somente contra ele é que a ação deve prosseguir. Nesse sentido posicionou-se de forma pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando a discussão ainda era sobre a antiga taxa de iluminação pública:

> "***Processual Civil. Taxa de Iluminação Pública. Ilegitimidade passiva das concessionárias de energia elétrica para integrarem o pólo passivo nas ações promovidas para discutir a legitimidade da referida taxa. Legitimidade passiva dos municípios que as institui e a quem é destinada***" (Rel. Min. José Delgado. REsp. 244672/SC, tendo sido salientado pelo Relator que "a concessionária de energia elétrica desempenha apenas o papel de arrecadadora da referida taxa", sendo que "*este Superior Tribunal de Justiça tem firmado compreensão de que as concessionárias de energia elétrica, enquanto meras arrecadadoras de tributos instituídos pelos entes governamentais, não possuem legitimidade para*

integrarem o pólo passivo das lides onde se discuta a legalidade desses tributos ou as suas restituições").

Quando o autor afirma em réplica que são duas relações distintas (uma em relação ao Município e outra em relação à Light), está correto, mas acontece que a inicial, apesar de narrar a relação consumerista, limita objetivamente o processo a questões tributárias, com o que acaba por também limitar subjetivamente a causa apenas à pessoa competente para instituição do tributo.

Diante disso, manifesto-me *favoravelmente ao reconhecimento da ilegitimidade passiva da segunda ré.*

2) Mérito

2.1) A hipótese dos autos

Como mencionado com mais detalhes na promoção anterior, diversos municípios instituíram no passado o que foi denominado de Taxa de Iluminação Pública e a contribuição ora questionada nada mais é do que sua sucessora consagrada pela Emenda Constitucional nº 39. Com efeito, após diversas manifestações sobre a inconstitucionalidade da referida taxa [1] – por ser completamente atentatória à norma constitucional do art. 145, inciso II, da Constituição Federal, bem como aos arts. 77 e 79, do Cód. Tributário Nacional, face à não observância dos requisitos essenciais de divisibilidade e especificidade do serviço público – os prefeitos municipais se mobilizaram para alterar o texto constitucional e garantir um incremento na receita.

Nesse contexto foi aprovada a Emenda Constitucional nº 39 que acrescentou o seguinte artigo na Constituição:

> "**Art. 149-A.** Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.
> **Parágrafo único.** É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o *caput*, na fatura de consumo de energia elétrica."

---

[1] O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada em cinco de fevereiro de 2001, julgando a Representação por Inconstitucionalidade nº 44/2000, declarou, por unanimidade, ser inconstitucional a cobrança de Taxa de Iluminação Pública. Apesar de o Tribunal haver examinado a Lei do Município de São Gonçalo, esta decisão teve aplicação obrigatória em todo o Estado do Rio de Janeiro, por força do art. 103 do Regimento Interno do próprio Tribunal. Esta é a ementa: ***"Taxa de manutenção de iluminação pública. Município de São Gonçalo. Artigos 262 a 267, da Lei nº 30/97. Inconstitucionalidade manifesta.*** A 'Taxa de

A Constituição, portanto, autoriza a instituição de contribuição para o custeio de serviço de iluminação pública (CIP). Em conseqüência, apenas se entendermos que a emenda constitucional invadiu o núcleo intangível da Constituição e violou o art. 60, § 4º, é que poderá ser declarada inconstitucional esta espécie de tributo. Cabe advertir, desde já, que o denominado "estatuto do contribuinte" integra os direitos fundamentais, como foi reconhecido pelo STF no julgamento da constitucionalidade do antigo IPMF, mas não são todos os dispositivos relacionados com o sistema tributário nacional que integram o art. 60, § 4º, da Constituição. Além da Emenda Constitucional, evidentemente a lei municipal também deverá ter sua constitucionalidade examinada.

2.2) Exame da Emenda Constitucional nº 39

Como é de conhecimento comum, o poder de reforma do constituinte derivado é, por natureza, limitado e, conseqüentemente, pode ser controlado judicialmente, caso seja violada alguma limitação imposta pelo constituinte originário. Basicamente, as limitações inpostas ao poder reformador são formais e materias [2] e, na hipótese dos autos, ambas são suscitadas.

No que se refere à violação dos limites formais, ou seja, do devido processo legislativo, parece que não é possível acolher a alegação do autor simplesmente porque não há nenhuma prova do que foi narrado na inicial. Como não há registro do processo legislativo, torna-se impossível verificar eventual violação de normas constitucionais, de modo que é desnecessária qualquer outra discussão.

Bem mais complexa é a questão da violação de limites materiais ao poder de reforma. Como já foi mencionado, o Supremo Tribunal Federal considera que as limitações constitucionais ao poder de tributar – "estatuto do contribuinte" –

Manutenção de Iluminação Pública - TMIP', instituída no Município de São Gonçalo, é tributo de cobrança inviável, vez que, tendo por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser imputado a determinado contribuinte, afronta os artigos 194, II e 145, II, respectivamente, das Constituições Estadual e Federal. Representação por Inconstitucionalidade acolhida" (Órgão Especial do TJERJ – Rel. Des. Marlan Marinho – votação unânime – sessão de 05/02/01 – acórdão lavrado em 19/02/01 e publicado no *Diário da Justiça* em 30/03/01). O Supremo Tribunal Federal editou recentemente a súmula nº 670 com o seguinte enunciado: "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa."

[2] Como em qualquer classificação, também é variada a denominação utilizada para as variadas limitações ao poder de reforma, mas, para os fins desta promoção, bastam essas duas. O que é importante estabelecer é a existência de limites materiais expressos e implícitos, sendo que a abertura do art. 60, § 4º da Constituição praticamente absorve tudo aquilo que poderia ser considerado implícito, conferindo grande possibilidade de controle das reformas (*cf.* SARLET, Ingo Wolfgang. "A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição". *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Ingo Wolfgang Sarlet (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, especialmente pp. 350/358).

estão incluídas nas cláusulas pétreas [3], o que incrementa ainda mais a complexidade da questão.

Com a intenção de tornar mais clara a exposição, serão declinados a seguir os argumentos favoráveis à inconstituionalidade da Emenda Constitucional nº 39. Após esse momento descritivo, será desenvolvida a análise crítica pertinente.

a) Primeiramente, alega-se que o novo tributo violaria o sistema constitucional tributário, ao criar imposto municipal não previsto pelo Legislador Constituinte Originário, e ao vincular sua destinação, em afronta aos arts. 156 e 167, IV, da Constituição, respectivamente. Esse novo tributo, apesar de ter sido denominado de "contribuição", tem verdadeira natureza jurídica de imposto. Como a cobrança do tributo não tem fato gerador definido - pois o serviço de iluminação pública é prestado *ut universi*, de forma indivisível -, não se pode falar em taxa, nem tampouco em "contribuição", pois o único tributo cujo fato gerador não é vinculado a uma atividade estatal específica (prestada em prol do contribuinte) é, justamente, o imposto. Ocorre que esse imposto tem destinação vinculada: serve para custear o serviço de iluminação pública (que já é custeado pelos demais impostos municipais). Daí decorreria a violação ao art. 167, IV, da Constituição, e haveria a possibilidade de bitributação.

Nesse particular, transcreve-se o seguinte excerto da lavra de SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

> "São quatro as espécies de contribuição: as de melhoria (art. 145, II, CF), e as do art. 149, as quais se subdividem em três: as contribuições sociais, as de intervenção no domínio econômico (CIDE) e as de interesse de categorias profissionais e econômicas. *Claro está que a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública não se enquadra em nenhuma das categorias*, vez que não se trata de realização de obra pública com valorização do imóvel do particular (contribuição de melhoria), não representa qualquer intervenção no domínio econômico (CIDE), não é cobrada no interesse das categorias (contribuição de interesse das categorias profissionais e econômicas), nem possui função social (contribuição social).

[3] "Uma emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional (...). A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e IV da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1º - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, parágrafo 2º, art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, e art. 150, III, "b", da Constituição). (...)" (Pleno, ADIn nº 939-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, ementário nº 1730-10/STF).

[...]

No caso da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, não é realizada uma atividade constitucionalmente prevista nos moldes dos arts. 193 a 232 (Da ordem social) e 170 a 192 (Da ordem econômica e financeira), não podendo ser confundida, portanto, com contribuição social ou CIDE. Muito menos há que se falar em contribuição de categoria profissional ou contribuição de melhoria. Assim, não se encaixa em nenhuma das finalidades previstas pela Constituição, não se enquadrando, portanto, em nenhuma das espécies de contribuição. Falta o conceito na Constituição e em lei complementar.

É sabido, contudo, que pouco importa o nome dado à exação, pois a natureza jurídica do tributo se define pelo seu fato gerador. Verifica-se, portanto, que a contribuição criada pela EC 39 não é, em verdade, uma contribuição, e sim um imposto.

Isso porque o serviço de iluminação pública consubstancia-se em atividade estatal inespecífica, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte. Portanto, deve ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais.

Sendo imposto, observa-se que afronta ao art. 167, IV, da CF, uma vez que a destinação dos impostos não pode ser vinculada a uma despesa, e, no caso em tela, destina-se ao custeio do serviço de iluminação pública." [4]

Essa alegação não me parece convincente. Como foi mencionado na promoção anterior, estamos diante de uma situação diferente, já que agora há previsão constitucional da contribuição para custeio de serviços de iluminação pública. O fato de a emenda constitucional prever uma contribuição que não se encaixa no conceito clássico dessa espécie de tributo não é motivo para que a consideremos inconstitucional, ao menos por dois motivos: **1)** criou-se uma nova modalidade de tributo; **2)** não se violou nenhuma cláusula pétrea no particular, já que nada impede que haja novas previsões de tributos na Constituição. Também não impressiona o argumento de que uma contribuição desse jaez seria de competência residual da União, já que simplesmente o art. 149A excepcionou o art. 154, CF.

---

[4] "*Pesquisas Tributárias*", volume 09, RT, 2003, pp. 401/402 - Destaquei

Na realidade, no art. 149 da Constituição, já havia previsão de imposto sob o rótulo de contribuição e, a partir do momento em que a vinculação da receita se torna da essência do tributo criado constitucionalmente, fica excepcionada essa vedação constitucional. Referindo-se às contribuições previstas no art. 149 da Constituição, ROQUE CARRAZZA já demonstrava que a natureza de tais tributos poderia ser de taxa ou de imposto, dependendo da hipótese de incidência ou da base de cálculo que tiverem e, na medida em que o traço diferenciador dessas contribuições repousa exatamente na circunstância de estarem vinculadas ao cumprimento de uma finalidade predeterminada, em relação a elas não se aplica a vedação do art. 167, IV, da Constituição. [5] Isso porque *"a vinculação do produto da arrecadação torna inconstitucional a norma jurídica que institui impostos em geral, mas é essencial em tais contribuições. Isso vale mesmo quando elas vierem a revestir a natureza jurídica de imposto, porque, então, serão* impostos diferenciados, *exatamente em decorrência de estarem presas ao atendimento de uma finalidade constitucionalmente preestabelecida"*. [6]

Como visto, nada há de tão surpreendente assim nessa emenda constitucional. Criou-se um outro tributo e não vejo nenhuma vedação na Constituição. Parece, na verdade, que certo setor da doutrina não se conforma com o desbordamento do direito positivo dos modelos fixados nos manuais, como se houvesse uma classificação de tributos ontologicamente imodificável. [7] Não existe nenhuma vedação abstrata à instituição de um novo tributo, motivo pelo qual deve ser afastada essa alegação de inconstitucionalidade.

b) A Emenda Constitucional nº 39 também permitiria a violação do princípio da capacidade contributiva, que é uma decorrência específica do princípio da igualdade. Ao criar imposto sem definir o fato gerador e a base de cálculo, as leis municipais estão autorizadas a criar critérios próprios e que podem proporcionar situações desiguais a pessoas que ocupam posições iguais. Como não é possível aferir quanto cada pessoa consome, diariamente, de iluminação pública, os municípios têm adotado critérios diversos, como discriminar entre o usuário residencial e o não-residencial, basear-se no consumo residencial de energia elétrica ou na testada do imóvel não edificado. Ainda que fosse estabelecido preço único, esse princípio seria violado. Essa questão também foi abordada por SACHA CALMON NAVARRO COELHO:

---

[5] *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 520 e 522.

[6] Ob. cit., p. 523.

[7] Nesse ponto, vale transcrever a seguinte passagem de GERALDO ATALIBA, que foi quem, afinal, formulou a mais conhecida classificação dos tributos: *"A classificação jurídica dos tributos tem como único fundamento o dado legislativo [...] As definições jurídicas devem tomar por ponto de partida o dado jurídico supremo: a lei constitucional. A partir do desenho constitucional dos tributos é que o jurista deve construir o seu conceito; deve ater-se exclusivamente aos aspectos normativos, constitucionalmente prestigiados. Por isso, procuramos evitar postura não dogmática, informada por critérios pré-jurídicos, de grande valia para o legislador, mas secundários para o jurista, que tem como ponto de partida de sua tarefa exegética o texto normativo"*. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5ª ed., 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 109 e 111.

"Não é possível aferir quanto cada sujeito passivo se aproveita do serviço e, portanto, o montante com que cada um deve contribuir.

Assim, *o serviço será desigualmente custeado pelos contribuintes, vez que não se sabe ao certo o quanto cada um se beneficiou. Com isso, há afronta ao princípio da igualdade, estatuído pelo art. 150, II, já que a iluminação pública não expressa capacidade contributiva de quem quer que seja.* Outro problema refere-se à base de cálculo. Óbvio que ela deve se ater ao custo do serviço.

Contudo, o art. 149-A, facultando a cobrança da contribuição na fatura de consumo de energia elétrica, abre margem para que alguns Municípios elejam o consumo individual como hipótese de incidência (o que vem acontecendo freqüentemente)." [8]

Sem dúvida aqui se encontra um princípio que, se violado, enseja a declaração de inconstitucionalidade. A capacidade contributiva decorre do princípio geral da isonomia e, assim, integra o denominado estatuto do contribuinte. É necessário apontar que o art. 145, § 1° da Constituição, ao vincular a capacidade contributiva aos impostos, não teria estendido essa garantia às taxas e contribuições [9], mas tal dado não possui tanta relevância neste processo em razão de a natureza jurídica do tributo em tela ser mesmo a de imposto. Para atender o princípio da capacidade contributiva, o legislador tem o dever, na descrição da hipótese de incidência e da base de cálculo, de escolher fatos que exibam conteúdo econômico, mas a lei não precisa atender às desigualdades individuais do contribuinte. [10]

Entretanto, não parece que a emenda constitucional viole (ou tenda a violar) por si só a capacidade contributiva, já que é na lei que serão encontrados os elementos que concretizam esse princípio.

2.3) Exame da lei municipal

Como visto, considero constitucional o art. 149-A. Resta examinar, contudo, se o tributo abstratamente previsto na Constituição foi regularmente concretizado pela lei municipal.

---

[8] Ob. cit., p. 402 - destaquei.

[9] Carraza, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 76, nota 44. Contra: Oliveira, José Marcos Domingues. *Direito Tributário - Capacidade Contributiva*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 91/111.

[10] Carraza. Ob. cit., p. 83.

Antes, porém, é necessário estabelecer as linhas básicas do tributo em tela. Especificamente sobre o art. 149-A da Constituição, assim se pronuncia ROQUE CARRAZZA:

> "A nosso ver, a exação em tela só será devida se for efetivamente prestado o serviço de iluminação pública no território da pessoa política competente, ou, quando pouco, se esta estiver em condições materiais de ali prestá-lo, assim que o produto da arrecadação vier a ter a seus cofres públicos.
>
> *Fixadas essas premissas, é o caso de indagarmos: que tipo de tributo é a* contribuição *a que alude o art. 149-A da CF?*
>
> Segundo estamos convencidos, um imposto, já que tem por hipótese de incidência o fato de uma pessoa, física ou jurídica, estar fixada no local (Município ou Distrito Federal) onde é prestado o serviço de iluminação pública. Trata-se, pois, de um tributo não vinculado a uma atuação estatal.
>
> Com efeito, para que a contribuição seja devida não é preciso que a pessoa física ou jurídica desfrute do serviço público em tela. Basta que seja prestado (ou, graças ao produto da arrecadação da contribuição, esteja para ser prestado) no território da pessoa política onde se encontra de algum modo ligado o contribuinte.
>
> Tal vínculo, no entanto, é imprescindível. Milita neste sentido o parágrafo único do art. 149-A da CF, quando faculta a cobrança da contribuição na fatura de consumo de energia elétrica.
>
> *Esta referência constitucional reforça o entendimento de que o sujeito passivo da contribuição é a pessoa que reside, está domiciliada, mantém imóvel ou desenvolve atividades profissionais no local onde é prestado o serviço de iluminação pública. O simples desfrute deste serviço por quem se encontra de passagem não enseja a tributação em tela."* [11]

Fixadas as noções gerais, segue o exame separado de alguns princípios constitucionais que podem ter sido violados pela lei municipal, de acordo com o narrado na inicial.

---

[11] Ob. cit., p. 564.

a) **Princípio da anterioridade:** o exercício financeiro no Brasil coincide com o ano civil, ou seja, inicia-se em 1º de janeiro e termina em 31 de dezembro. O princípio da anterioridade tributária significa que uma lei que cria ou aumenta um tributo terá sua eficácia paralisada até o início do exercício financeiro seguinte. Esse princípio jurídico decorre da necessidade de segurança jurídica e pretende evitar que o contribuinte seja vítima de uma tributação surpresa e possa planejar sua vida financeira. Segundo ROQUE ANTONIO CARRAZZA, *"pelo princípio da anterioridade não é suficiente que a lei que cria ou aumenta tributo esteja em vigor no exercício anterior ao de sua cobrança administrativa. É preciso, ainda, que ela esteja em vigor no exercício anterior ao da ocorrência do* fato imponível tributário. *Não basta, pois, que o ato administrativo de lançamento e arrecadação se dê no exercício seguinte ao da instituição e majoração do tributo para que se considere obedecido o princípio da anterioridade".* [12] Note-se ainda que o significado normativo de previsibilidade da anterioridade é limitado e reduzido pela prática que se tornou comum de publicar uma lei no último dia do ano e sua eficácia iniciar logo no dia seguinte. [13]

Esse princípio será atendido, no caso dos autos, se a lei tiver sido publicada até 31 de dezembro de 2002 e estiver em vigor desde 1º de janeiro de 2003. [14]

Examinando-se o art. 326 do Código Tributário Municipal (CTM), verifica-se que a lei entrou em vigor no dia 31/12/02 - data da publicação - e passou a produzir efeitos no dia 1º/01/03 (fl. 41). Ou seja: publicou-se a lei em determinado exercício financeiro e seus efeitos só passaram a incidir no exercício financeiro posterior. Respeitou-se, pois, o princípio da anterioridade.

b) **Legalidade, Isonomia e Capacidade contributiva:** como visto, a "contribuição" em tela deve obedecer ao princípio da isonomia e, conseqüentemente, deve respeitar a capacidade contributiva.

Verifica-se no art. 258, §§ 1º e 2º do CTM que são contribuintes da CIP os proprietários e possuidores do imóveis e estabelecimentos destinados à exploração econômica permanentemente instalados no Município. No art. 258, § 2º do CTM consta que *"os valores mensais a serem lançados estarão sujeitos a um desconto, maior para os contribuintes de menor renda, de tal maneira que a parcela mensal da Contribuição não exceda em nenhuma hipótese, a 10% (dez por cento) do valor em reais (R$) do consumo de energia elétrica do contribuinte no respectivo mês, para os consumidores residenciais e 20% (vinte por cento) para os consumidores não residenciais"* (*sic*). Encontra-se aqui, a meu ver, a inconstitucionalidade da lei municipal.

---

[12] Ob. cit., p. 174.

[13] *Cf.* ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156.

[14] *Cf.*, inclusive sobre a compatibilização do princípio com a irretroatividade da lei tributária: AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 124.

Primeiramente vê-se que o princípio da legalidade foi violado, já que não se definem adequadamente as alíquotas e a base de cálculo do tributo. A lei apenas diz que haverá um desconto, mas não informa qual será a faixa das cobranças, a partir de qual consumo ocorrerá desconto, qual o percentual a ser cobrado e a ser descontado dependendo da quantidade de consumo. Enfim, a norma é extremamente aberta e não atende ao princípio da legalidade.

Além disso, a isonomia é violada em dois momentos: por ser indefinida a base de cálculo, não se pode controlar a igualdade entre os contribuintes no que se refere ao valor cobrado e ao desconto concedido; não há pertinência lógica na discriminação do contribuinte comercial para o efeito de receber um desconto maior na cobrança do tributo.

No que se refere especificamente à capacidade contributiva, deve ser observado que o princípio é violado a partir do momento em que a exação é vinculada ao consumo de energia e o desconto, à renda da pessoa, sendo certo que são duas situações distintas e que ensejarão resultados prejudiciais ao contribuinte. Como a renda do contribuinte não é vinculada ao consumo domiciliar de energia, simplesmente a capacidade contributiva não será respeitada.

O modo como foi prevista a base de cálculo pode ensejar um sem número de perplexidades relacionadas com a isonomia. Veja-se a seguinte situação imaginada por SACHA CALMON:

> Imaginemos a situação de um contribuinte, grande consumidor de energia elétrica, que habita uma área onde a iluminação pública é precária. Para suprir a deficiência, ele instala, em frente à sua residência, holofotes, e, com isso, seu consumo de energia elétrica aumenta. Então, este contribuinte, precariamente abastecido pelo serviço de iluminação pública, mas grande consumidor de energia elétrica, até mesmo por causa da precariedade da iluminação pública da região em que reside, terá de pagar valor mais elevado de contribuição.[15]

Na verdade, a base de cálculo do tributo é a responsável pelas flagrantes inconstitucionalidades da lei municipal. Vejam-se as seguintes considerações de ROQUE CARRAZZA sobre a base de cálculo da CIP:

> *"A base de cálculo da exação é um valor que, de acordo com o legislador local, leve em conta, segundo critérios ditados pela razoabilidade, a capacidade econômica do*

---

[15] Ob. loc. cit.

contribuinte. Assim, o ***quantum*** *da tributação deverá ser variável, conforme o imóvel ocupado pelo contribuinte seja residencial, comercial, industrial, rural etc. À guisa de exemplo, a lei local poderá estabelecer que o contribuinte que ocupa imóvel residencial pagará mensalmente, a título de contribuição,* x reais; *o que ocupa imóvel comercial,* x + y reais; *e o que ocupa imóvel industrial,* x + y + z reais.

O que não nos parece possível é que a base de cálculo da exação seja o custo global do serviço de iluminação pública, que [...] vem prestado ***uti universi****, não sendo, pois, específico e divisível, já que nele não se pode distinguir a quantidade de benefício que cada pessoa obtém no território do Município ou do Distrito Federal. Noutras palavras, é incogitável o rateio, entre os contribuintes, do custo global do serviço em apreço.*

A contribuição também não pode levar em conta o consumo domiciliar, comercial, industrial ou rural de energia elétrica, porque este não se relaciona com o serviço de iluminação pública, não podendo, destarte, servir de paradigma para a quantificação do tributo. Ademais, este consumo individual não revela, de ***per si****, capacidade contributiva."* [16]

Parece-me, pois, demonstrada a inconstitucionalidade da lei municipal.

3) Conclusão

Pelo exposto, manifesto-me no seguinte sentido:

1) ilegitimidade passiva da segunda ré, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito;

2) declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 258, § 2º do CTM;

3) repetição do indébito ao autor. Como não se trata de relação de consumo, não há que se falar em restituição em dobro. A restituição do indébito tributário em análise deve ser feita mediante restituição dos valores pagos, devidamente corrigidos, nos termos dos arts. 165 e 167 do C.T.N. Como já decidido pelo Desembargador Sylvio Capanema: "quando da execução, a devolução das taxas pagas só se referirá ao período não alcançado pela prescrição qüinqüenal , e que os juros moratórios fluirão do trânsito em julgado da sentença, na forma como dispõe o C.T.N.". [17] Essa é a forma que reputo adequada para a restituição do indébito.

---

[16] Ob. cit., pp. 564/565.

[17] TJRJ - 10ª Câmara Cível, Apelação 3796/99.

Requeiro que cópias do Código Tributário Municipal, no que se refere à Contribuição de Iluminação Pública, sejam encaminhadas ao Procurador-Geral de Justiça para eventual ação direta de inconstitucionalidade e para a Promotoria de Tutela Coletiva em Barra do Piraí, para que seja examinada a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública.

Vassouras, 28 de junho de 2004.

ROBSON RENAULT GODINHO
Promotor de Justiça

JURISPRUDÊNCIA

JURISPRUDÊNCIA

JURISPRUDÊNCIA

HABEAS CORPUS 84.128 – PB

Relatora: *A Sra. Ministra Ellen Gracie*
Paciente: *Aluísio Vinagre Régis*
Impetrante: *Aluisio Lungren Corrêa Regis*
Coatores: *Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba*

Ação penal originária. Denúncia apresentada por procurador de justiça. Sentença de pronúncia apresentada antes da devolução de carta rogatória.

1. Inexistência de irregularidade da denúncia tendo em vista a delegação do Procurador-Geral a procurador de justiça (Lei 8.625/93, art. 31). Ademais, no caso, a denúncia foi recebida em sessão na qual esteve presente o Procurador-Geral. Cumprimento do disposto no art. 222, § 2º, do CPP. A sentença de pronúncia não fica condicionada ao cumprimento da rogatória expedida.

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, 3 de agosto de 2004 – **Celso de Mello**, Presidente – **Ellen Gracie**, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Trata-se de *habeas corpus* originário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (HC 24.770) que indeferiu *writ* lá impetrado. Sua ementa é do seguinte teor:

> "*Penal. Processual Penal.* Habeas corpus. *Homicídio. Denúncia contra prefeito municipal. Falta de atribuições do procurador para atuar perante o Tribunal de Justiça. Ato posteriormente ratificado pelo procurador-geral. Peça inicial inépcia. Preclusão. Testemunha residente no exterior. Questão controvertida. Impossibilidade de análise na via eleita.*

Qualificadora. Valoração pelo Tribunal do Júri.

I - A peça acusatória, subscrita pelo Parquet local, restou ratificada pela presença do Procurador-Geral de Justiça, no ato de seu recebimento, em sessão realizada perante o Órgão competente para a sua apreciação.

II - A inépcia da denúncia deve ser alegada antes da decisão de pronúncia. No caso, todavia, a par de ser a afirmação serôdia, a improcedência do reclamo é manifesta, já que a imputação, objetiva, permite claramente a adequação típica, sem prejuízo para a defesa.

III - O *habeas corpus* não é a via apropriada para se proceder ao exame aprofundado do conjunto fático-probatório, a fim de solucionar a controvertida questão acerca do efetivo domicílio de uma das testemunhas arroladas pela defesa.

IV - A fase da pronúncia caracteriza-se por uma apreciação comedida da acusação, onde se verifica apenas a plausibilidade do reconhecimento da qualificadora, de molde a autorizar a remessa da questão ao Tribunal do Júri. Precedentes.

V - A conclusão preliminar de que o crime teria sido cometido, em virtude de antigas rivalidades políticas, travadas na busca do poder político municipal, é suficiente para, em sede de pronúncia, fundamentar a qualificadora "motivo torpe" que poderá, assim, ser valorada pelo Conselho de Sentença.

Habeas corpus denegado"

Insiste o impetrante na tese de que a denúncia não teria sido subscrita pelo Procurador-Geral do Estado, a despeito de tratar-se de ação penal de competência originária do Tribunal de Justiça da Paraíba, posto que, à época do crime - 12-2-90 - o denunciado era prefeito municipal, estando em vigor a Súmula 394 desta Corte, não sendo admissível a ratificação implícita da peça acusatória. Pondera, também, ter havido ofensa ao princípio da ampla defesa, à medida que a pronúncia foi decretada sem o retorno de carta rogatória expedi da para inquirição de uma das testemunhas regularmente arrolada pela defesa. Aduz, ainda, inépcia da denúncia, à medida que ela afirmou que o delito teria sido cometido em decorrência de desavenças políticas, quando, na verdade, teria havido, isso sim, legítima defesa de terceiros por parte do denunciado. Critica, finalmente, a inclusão das qualificadoras do motivo torpe de recurso que dificultou ou tomou impossível a defesa do ofendido.

O ilustre Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida

opinou pelo deferimento parcial do *habeas corpus*, apenas para que o juiz processante diligencie no sentido de apurar o andamento da comissão junto à justiça estrangeira (fls. 26/40).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): A suposta ilegitimidade do subscritor da denúncia de fls. 36/38 do apenso 1 não procede. Encerrado o inquérito policial, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral da Justiça (fl. 71 do apenso 6), tendo o seu titular delegado as providências cabíveis aos procuradores de Justiça da área criminal (fl. 71 v. do apenso 6). Sobreveio, então, a denúncia subscrita pelo procurador da Justiça, Getúlio Campelo Salviano (fl. 38 do apenso 1). Essa delegação de atribuição nada tinha de irregular e foi, posteriormente, respaldada com o advento da Lei 8.625/93 (art. 31). Além disso, na sessão de julgamento do plenário do Tribunal de Justiça que recebeu a denúncia, estava presente o Procurador-Geral, José Marcos Navarro Serrano, como se vê à fl. 196 do apenso 1. Não houve, portanto, qualquer irregularidade na apresentação e no recebimento da peça acusatória.

Não há cogitar, também, de inépcia da denúncia que descreve um fato típico:

> "No dia 27 de fevereiro de 1990, por volta de uma hora, no clube Frevão, localizado na praia de Jacumã, município de Conde, deste Estado, o indiciado, com emprego de arma de fogo, não apreendida, efetuou disparo contra Severino Barbosa de Melo, desviando-se da direção por ele desejada, atingiu Carlos Antonio de Souza Oliveira, produzindo-lhe o ferimento descrito no laudo de exame cadavérico de *f.* 39, ferimento esse que causou a sua morte." (fl. 36 do apenso 1).

Caso típico de erro de execução, de que cuida o art. 73 do Código Penal. A discussão a respeito dos motivos que antecederam o crime - desavenças políticas -, como diz a denúncia, ou legítima defesa de terceiro, como sustenta a impetração, é questão de mérito cujo deslinde compete ao tribunal popular, não podendo ser examinado no âmbito do *habeas corpus*. O mesmo ocorre em relação às qualificadoras.

Quanto à carta rogatória, ela foi deferida e encaminhada à presidência do Tribunal de Justiça em 19-12-01 (fl. 425 do apenso 2) e objeto de complementação (fl. 387 do apenso 2). Precedeu sua expedição a intimação da defesa que formulou perguntas (fls. 374/376 - apenso 2). Há certidão nos autos comprovando a remessa da rogatória aos Estados Unidos (fl. 437 do apenso 2). Foi fixado o prazo de 90 dias para o seu cumprimento (fl. 387 do apenso 2). A sentença de pronúncia

é de 22-4-2002 (fl. 420). O acórdão que a manteve foi proferido em 5 de setembro de 2002 (fl. 449). O Superior Tribunal de Justiça indeferiu o *writ* lá impetrado em 18-11-03 (fl. 932 do apenso 4). Até a presente data não se tem notícia do cumprimento da carta rogatória e nem mesmo da data de julgamento pelo tribunal popular. Ora, a regra prevista no art. 222, § 2°, do CPP, permite o julgamento independentemente da devolução da rogatória, que, entretanto, uma vez devolvida, será juntada aos autos. Uma observação final: o paciente arrolou oito testemunhas de defesa; sete foram ouvidas.

Diante do exposto, **indefiro** o *habeas corpus*, sem prejuízo das diligências que o magistrado processante entender cabíveis no sentido de apurar o andamento da rogatória, mas sem prejuízo, também, do julgamento de um crime de homicídio ocorrido em 12-2-1990 e que ainda não se realizou em decorrência de retardamento do próprio aparelho judiciário.

EXTRATO DA ATA

HC 84.128/PB — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Aluísio Vinagre Régis. Impetrante: Aluisio Lungren Corrêa Regis. Coatores: Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

Decisão: A Turma, por votação unânime, *indeferiu* o pedido de *habeas corpus*. Nos termos do voto da Relatora.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 3 de agosto de 2004 - Antonio Neto Brasil, Coordenador.

HABEAS CORPUS 84.367 — RJ

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Britto*
Paciente: *Dayse Nogueira Monassa*
Impetrante: *Marcos Heusi Netto*
Coator: *Superior Tribunal de Justiça*

Habeas corpus. Paciente denunciada por omitir dado técnico indispensável à propositura de ação civil pública (art. 10 da Lei n. 7.347/85). Alegada nulidade da ação penal, que teria origem em procedimento investigatório do Ministério Público e incompatibilidade do tipo penal em causa com a Constituição Federal.

Caso em que os fatos que basearam a inicial acusatória emergiram durante o Inquérito Civil, não caracterizando investigação criminal, como quer sustentar a impetração. A validade da denúncia nesses casos - proveniente de elementos colhidos em *Inquérito civil* - se impõe, até porque jamais se

discutiu a competência investigativa do Ministério Público diante da cristalina previsão constitucional (art. 129, II, da CF).

Na espécie, não está em debate a inviolabilidade da vida privada e da intimidade de qualquer pessoa. A questão apresentada é outra. Consiste na obediência aos princípios regentes da Administração Pública, especialmente a igualdade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, que estariam sendo afrontados se de fato ocorrentes as irregularidades apontadas no inquérito civil. Daí porque essencial a apresentação das informações negadas, que não são dados pessoais da paciente, mas dados técnicos da Companhia de Limpeza de Niterói, cabendo ao Ministério Público zelar por aqueles princípios, como *custos iuris*, no alto da competência constitucional prevista no art. 127, *caput*.

Habeas corpus indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 9 de novembro de 2004 - **Sepúlveda Pertence**, Presidente - **Carlos Ayres Britto**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Dayse Nogueira Monassa, no qual se argúi constrangimento ilegal decorrente da instauração de ação penal contra a paciente, por infração ao art. 10 da Lei n. 7.347/85. Tal dispositivo estabelece pena de reclusão de um a três anos, além de multa, para *"a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público"*.

2. Colhe-se dos autos que a paciente, então diretora da Companhia de Limpeza Urbana de Niterói - CLIN, Estado do Rio de Janeiro, teria omitido informação técnica indispensável à propositura de ação civil pública, no âmbito do Inquérito Civil n. 192/02, instaurado perante a 1ª Promotoria de Justiça de Proteção aos Interesses Difusos e Direitos Coletivos de Niterói. Segundo a denúncia (fls. 67/68):

"(...)

No dia 18 de novembro de 2002, nesta comarca, a denunciada, vontade livre e consciente, no âmbito do Inquérito Civil Público n. 192/02, instaurado pela 1ª

Promotoria de Justiça de Proteção aos Interesses Difusos e Direitos Coletivos de Niterói com a finalidade de investigar eventuais irregularidades administrativas e fraudes nos boletos de comprovação de pesagem do lixo depositado pelas firmas "privadas" e pela firma contratada Queiroz Galvão no Aterro Controlado do Morro do Céu, utilizando-se do ofício/resposta n. 457/2002, endereçado ao Promotor de Justiça com atribuição junto àquele órgão de execução do Ministério Público, omitiu o fornecimento de dado técnico indispensável à propositura de ação civil pública, visto ter afirmado que a Companhia de Limpeza de Niterói, sociedade de economia mista por ela presidida, não dispõe de registros magnéticos de pesagem do lixo, informação esta inverídica, posto que o Ministério Público, no dia 16.07.2001, teve acesso a arquivo da mencionada sociedade, onde se encontravam armazenados os registros magnéticos relacionados à pesagem do lixo até aquela data.

A omissão dos dados técnicos acima referidos inviabiliza a integral apuração dos fatos narrados na representação formulada por Vereadores desta comarca e que ensejaram a instauração do já mencionado inquérito civil, na medida em que são relegadas ao esquecimento informações imprescindíveis à apuração das denúncias de irregularidades no Aterro Controlado do Morro do Céu relacionadas à pesagem do lixo e à lisura do respectivo pagamento à empresa contratada.

(...)"

3. Pois bem, a inicial acusatória foi recebida em 10-1-2003 (Ação Penal n. 2002.002.025525-4) pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Niterói, o que ensejou a impetração de dois *habeas corpus*, sendo o primeiro com o intuito de impedir a continuidade das investigações criminais por parte do Ministério Público, e o segundo com o fim de trancar a ação penal já em curso. Denegadas as impetrações, foram interpostos recursos ordinários para o Superior Tribunal de Justiça, também sem êxito, resultando na presente impetração.

4. Nesta derradeira instância judicante, sustenta o impetrante que a ação penal em causa teria origem em procedimento investigatório do Ministério Público, com usurpação da competência da Polícia Judiciária, nos termos do art. 144 da Carta Magna. Alega, ainda, que o art. 10 da Lei n. 7.347/85 seria incompatível com a nova ordem constitucional, que garante a inviolabilidade da vida privada e da intimidade de qualquer pessoa (art. 5°, inciso X, da CF). Nessa linha de pensamento, o impetrante requer a concessão do presente *habeas*

corpus, para que sejam declarados nulos os atos jurisdicionais que se originaram de tais investigações, inclusive a denúncia, com o conseqüente trancamento da Ação Penal n. 2002.002.025525-4 em curso.

5. A douta Procuradoria-Geral da República, opinando pelo indeferimento do *writ*, consignou, *in verbis:*

> "(...) a recusa na prestação de informações ao Ministério Público tipifica a infração pela qual foi denunciada a paciente.
>
> Anote-se ainda que a investigação no caso, contrariamente ao que alega o impetrante (ver fls. 09), foi de natureza civil. Não foi de natureza penal.
>
> A investigação, no caso, constitui o Inquérito Civil 192/2002 (fls. 71/2), que visa a apurar .
>
> > *"eventuais irregularidades administrativas e fraudes nos boletos de comprovação de pesagem do lixo depositado pelas firmas "privadas" e pela firma contratada Queiroz Galvão no Aterro Controlado do Morro do Céu"* (autos, fls. 71).

Consignado está, ainda, nos autos que o referido Inquérito Civil foi instaurado a partir de Representação "encaminhada pelos Vereadores da Câmara Municipal de Niterói, os Senhores Paulo Eduardo Gomes, João Geraldo Bezerra de Menezes Galindo e Alaor Boschetti" (autos, fls. 73)

O parecer é pelo indeferimento do *writ*."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Consoante relatado, o presente *writ* tem como objeto o trancamento da Ação Penal n. 2002.002.025525-4, em curso perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, uma vez que teria partido de investigação criminal no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

8. De início, vale ressaltar que a matéria concernente à possibilidade de investigações criminais por parte do Ministério Público se encontra em discussão no Plenário desta colenda Corte, em razão do julgamento do Inq. 1.968, Relator o Ministro Marco Aurélio. Esse julgamento foi suspenso em 1°-9-2004, em face do pedido de vista do Ministro Cezar Peluso. Entretanto, o caso presente, apesar de sugerir a similitude de matérias, parece não se compatibilizar com o debate que está submetido ao Tribunal Pleno.

9. Como visto, a denúncia contra a paciente teve amparo em Representação

da Promotoria de Proteção aos Interesses Difusos e Direitos Coletivos de Niterói/RJ, que, no **Inquérito Civil** n. 192/02, vislumbrou infração ao art. 10 da Lei n. 7.347/85 pela denunciada, ao deixar de fornecer dado técnico indispensável à propositura de ação civil pública. É que, na condição de Diretora-Presidente da Companhia de Limpeza de Niterói - CLIN, respondeu a ofício da citada Promotoria, afirmando que a sociedade de economia mista não dispunha de registros magnéticos de pesagem do lixo. Tal informação, contudo, seria inverídica, pelo que apurado pelo Ministério Público durante aquele **inquérito civil**. Daí a representação, pela promotora oficiante no mencionado inquérito, à Promotoria de Investigação Criminal para que adotasse as providências cabíveis.

10. Consoante consignou a douta Procuradoria-Geral da República, o inquérito civil aqui tratado teve origem, sobretudo, a partir de Representação formulada por Vereadores da Câmara Municipal de Niterói, os quais deram notícia de irregularidades administrativas e fraude nos boletos de comprovação de pesagem do lixo depositado pelas firmas "privadas" e pela firma contratada Queiroz Galvão no Aterro Controlado do Morro do Céu.

11. É bem verdade que, notificada pela Promotoria de Investigação Criminal para prestar esclarecimentos sobre os fatos narrados, a paciente nada respondeu, optando por deduzir a sua defesa somente em juízo (cf. doc. de fl. 339). Portanto, nesse procedimento nada foi apurado, não havendo, assim, falar-se em nulidade decorrente de investigação criminal do Ministério Público.

12. Em outras palavras, os fatos que basearam a inicial acusatória emergiram durante o Inquérito Civil (fl. 71), não caracterizando investigação criminal, como quer sustentar a impetração. A validade da denúncia nesses casos - proveniente de elementos colhidos em **Inquérito civil** - se impõe, até porque, jamais se discutiu a competência investigativa do Ministério Público diante da cristalina previsão constitucional (art. 129, II, da CF).

13. De outra parte, vale lembrar que o delito imputado (art. 10 da Lei n. 7.347/85) faz parte dos chamados crimes formais, sendo irrelevante a ocorrência do resultado para a sua consumação; ou seja, na saudosa lição de NELSON HUNGRIA, "*basta o* ***eventus periculi*** *(relevante possibilidade de dano, dano potencial)*" (**in** *Comentários ao Código Penal*, Vol. I, Tomo II, p. 43, 5ª edição, 1978). Assim, o presentante do *Parquet*, em se convencendo da satisfação dos pressupostos, pode e deve ofertar a denúncia.

14. Diante desse panorama, não tenho como ocorrente a propalada ilegalidade da peça acusatória, devendo ser acolhido, no ponto, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, que opinou pela denegação do presente *writ*.

15. No tocante à não-recepção do art. 10 da Lei n. 7.347/85, também não vislumbro melhor sorte à paciente.

16. Com efeito, as investigações civis promovidas pelo Ministério Público, e que resultaram na ação penal em debate, obedeceram aos ditames do art. 129, inciso III, da Magna Carta. Senão vejamos.

17. No âmbito do tantas vezes mencionado Inquérito Civil, a denunciada se negou a informar os registros magnéticos de pesagem de lixo recolhido e depositado pela empresa contratada. Na ocasião, segundo a Representação de fl. 71, a paciente oficiou informando à autoridade ministerial pública *"não possuir os registros solicitados"*.

Contudo, ainda segundo a referida peça, a afirmação causaria *"espanto e surpresa, pois há cerca de um ano e meio foi concedido ao Ministério Público acesso a estes dados por prepostos da CLIN"*.

18. Bem se vê que não está em debate a inviolabilidade da vida privada e da intimidade de qualquer pessoa, intangíveis que são à luz do art. 5°, inciso X, da Constituição Federal. A questão apresentada é outra. Consiste na obediência aos princípios regentes da Administração Pública, especialmente a igualdade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, que estariam sendo afrontados se de fato ocorrentes as irregularidades apontadas na coleta de lixo. Daí porque essencial a apresentação das informações negadas - que, é de se repetir -, não são dados pessoais da paciente, mas dados técnicos da Companhia de Limpeza de Niterói - cabendo ao Ministério Público, como *custos iuris*, no alto de sua competência constitucional prevista no art. 127, *caput*, zelar por tais princípios.

19. Portanto, também nesse aspecto o parecer deve ser acolhido, impondo-se a denegação integral da ordem de *habeas corpus*.

20. É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 84.367/RJ - Relator: Ministro Carlos Britto. Paciente: Dayse Nogueira Monassa - Impetrante: Marcos Heusi Netto. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 9 de novembro de 2004 - Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 84.438 – SP

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Velloso*
Paciente: *Marcelo Vucovix Jendiroba*
Impetrantes: *Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e outro*
Coator: *Superior Tribunal de Justiça*

Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão Preventiva. Fundamentação. Indício de Autoria.

I - O Supremo Tribunal Federal tem considerado fundamentada a decisão do juiz que acolhe a manifestação do Ministério Público como razão para decretar a prisão preventiva, desde

que ela esteja devidamente motivada (Precedente: HC 81.534/PE, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 22-11-2002).

II - Decreto de prisão preventiva suficientemente fundamentado.

III - Alegação de ausência de indício de autoria: exame inviável, tendo em vista o decidido no RHC 83.179/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

IV - *HC* indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, *acordam* os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, *sob a Presidência* do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, *por unanimidade* de votos, *indeferir* o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 7 de dezembro de 2004 - **Celso de Mello**, Presidente - **Carlos Velloso**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Marcelo Vucovix Jendiroba*, da decisão da 5ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que negou provimento a **recurso ordinário em** *habeas corpus* **(RHC 15372/ SP)**, em acórdão assim ementado:

"EMENTA: ***Recurso ordinário em habeas corpus. Processual penal. Crime de parricídio. Prisão preventiva. Existência de indícios de autoria. Necessidade da custódia cautelar. Réu foragido. Paradeiro incerto. Conveniência da instrução criminal. Precedentes do STJ e STF.***

1. Os depoimentos testemunhais e as provas materiais colhidas na investigação policial são aptos a revelarem a possível prática do fato criminoso imputado ao Recorrente, de modo a configurar a justa causa para a decretação do édito constritivo de liberdade.

2. O fato de o acusado encontrar-se foragido do distrito da culpa, bem como a incerteza de seu paradeiro, demonstra a sua vontade de se furtar da aplicação da lei penal e obstruir o regular andamento da instrução criminal que, aliás, frise-se, já se encontra prejudicado em razão da declaração da suspensão do processo, a teor

do art. 366, do Código de Processo Penal, ante a revelia do réu. Precedentes do STJ e STF.

3. Recurso desprovido." (Fl. 101)

Diz a impetração que o MM. Juiz da Vara do Júri e Execuções Criminais de Ribeirão Preto recebeu denúncia oferecida contra o paciente pela prática do crime previsto no art. 121, § 2°, I, III e IV, do Código Penal, e, acolhendo pedido formulado pelo Ministério Público, decretou a sua prisão preventiva.

Alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, aos seguintes argumentos:

a) ausência de fundamentação da decisão que decretou a prisão preventiva, dado que se limitou a transcrever os termos da lei, certo que *"a prisão deve adequar os fatos concretos com as hipóteses legitimadoras da prisão preventiva, previstas no art. 312, do CPP"* (fl. 09).

b) desnecessidade da prisão, tendo em vista que fora decretada mais de três anos após a ocorrência do fato criminoso; ademais, o paciente possui trabalho lícito, residência fixa, onde vive em companhia de sua namorada, com quem tem um filho;

c) ausência de indícios de autoria, na medida em que *"os indícios apontados no* v. *acórdão são meramente circunstanciais"* (fl. 21).

Pede, ao final, a concessão da ordem, para que seja revogado o decreto de prisão cautelar.

Indeferida a medida liminar e requisitadas as informações (fl. 93-v), foram elas prestadas pelo eminente Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que encaminhou cópia do acórdão proferido pela 5ª Turma daquele Tribunal (fls. 101-109).

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, oficiando às fls. 114-121, opina pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Insurgem-se os impetrantes contra acórdão do Eg. Superior Tribunal de Justiça, que manteve a decisão do MM. Juiz da Vara do Júri e Execuções Criminais de Ribeirão Preto, que decretou a prisão preventiva do paciente.

A ordem é de ser indeferida.

Não procede a alegação de que o decreto prisional limitou-se a transcrever os termos da lei, carecendo de fundamentação. É que, no caso, entendo, tal como

asseverado no acórdão do TJ/SP, que *"a acolhida levada a efeito pelo Magistrado, ao fazer remissão ao pleito ministerial, por óbvio que albergou as razões esposadas pelo dr. Promotor Público"* (fl. 54). Está na decisão do douto Magistrado:

> "(...)
>
> **4.** Acolho o pedido de prisão preventiva requerido pelo Dr. Promotor de Justiça. Não pelo simples fato de tratar-se de delito considerado hediondo, porquanto seria o mesmo que atar, de antemão, as 'mãos' do Judiciário para análise do caso posto em exame, o que implicaria em subjugar referido Poder. De fato, não haveria mais necessidade de um Juiz, vez que o mais simples dos computadores resolveria a questão.
>
> Não obstante, está provada a materialidade do delito, consoante laudo necroscópico juntado aos autos (fls. 31/34). Existem também indicações suficientes da autoria por parte do acusado.
>
> Assim, provada a materialidade e havendo indícios suficientes da autoria, impõe-se a medida cautelar, não apenas para garantia da efetiva aplicação da lei penal, mas também para assegurar a instrução criminal e a ordem pública.
>
> Posto isso, *decreto a prisão preventiva* do acusado *Marcelo Vucovix Jendiroba*, com fundamento nos arts. 311 e 312 do C.P.P., determinando a imediata expedição do mandado de prisão.
>
> (...)." (Fl. 31)

Assim justificou o pedido o Promotor de Justiça:

> "(...)
>
> **3.** Tendo em vista as circunstâncias e a motivação que levou o denunciado à prática do crime contra o seu próprio genitor, e considerando-se que incessantes diligências foram realizadas sem que se obtivesse notícia concreta de seu paradeiro - tanto assim que foi qualificado indiretamente à fls. 87 -, r. a V. Exa. a decretação de sua prisão preventiva, para fins de efetiva aplicação da lei penal, e por conveniência da instrução, nos termos do artigo 312 do C.P.P.
>
> (...)." (Fl. 29)

O Supremo Tribunal Federal tem considerado fundamentada a decisão

do juiz que acolhe a manifestação do Ministério Público como razão para decretar a prisão preventiva, desde que ela esteja devidamente fundamentada. Veja, a propósito, o decidido por esta Turma no HC 81.534/PE, Rel. Min. Nelson Jobim:

> "EMENTA: *Habeas Corpus. **Processo penal. Prisão preventiva. Pedido de revogação. Falta de fundamentação. Incompetência da Justiça Federal.***
>
> 1. O Tribunal entende que não constitui falta de fundamentação acolher o juiz o parecer do Ministério Público, como razão para decretar a prisão preventiva, desde que esteja devidamente fundamentada.
>
> No caso, o parecer do Ministério Público demonstra a existência dos requisitos da materialidade e dos indícios suficientes da autoria.
>
> Refere que o paciente revela periculosidade.
>
> Ele está, portanto, bem fundamentado.
>
> 2. A alegação de incompetência da Justiça Federal não foi levada à apreciação do TRF nem do STJ.
>
> Por essa razão, não pode ser apreciada por este Tribunal, sob pena de caracterizar supressão de instância.
>
> *Habeas* conhecido e indeferido." *(DJ* de 22-11-2002)

É certo que, no caso, não estamos diante de um primor de decisão. Entretanto entendo que o decreto de prisão preventiva está suficientemente fundamentado e atende ao contido no art. 312 do CPP.

Ressalte-se que o paciente está foragido, o que reforça a necessidade da custódia para assegurar o desenvolvimento da instrução criminal que, aliás, está sendo prejudicada por ele.

Sobre a necessidade da custódia, registrou a eminente Ministra Laurita Vaz, Relatora do recurso aqui impugnado:

> "(...)
>
> Por fim, observo que a necessidade da prisão preventiva se faz presente, porquanto o Recorrente, desde o oferecimento da denúncia-crime, encontra-se foragido da Justiça, sendo, inclusive, incerto o local de sua residência.
>
> É, aliás, o que se extrai das lúcidas razões de decidir do acórdão ora atacado:
>
> > 'O segundo fundamento, o de maior relevo para a providência ali desejada, é o de que o acusado se

pôs ao arrepio do alcance do braço da Justiça, eis que ninguém sabe do seu paradeiro, tanto que foi qualificado indiretamente, a fls. 87 dos autos da ação penal.

Neste passo, ante os argumentos coligidos pelo representante do *Parquet*, com relevo para o fato do desaparecimento do paciente, fato aliado às circunstâncias e motivação do crime cometido contra o próprio pai, adveio a assunção, pelo E. Magistrado, da tomada da combatida providência, de natureza cautelar.

(...)

Mas na verdade, a afirmação feita pelo Promotor de Justiça a fls. 25, em 28 de agosto de 2001, ressalta como veraz, eis que somente após exaustiva procura, sobreveio o informe, por via indireta, de que Marcelo reside em Ubatuba, a rua da Praia sem número identificado, conforme assinalado a fls. 45 e 47 dos presentes autos.

A diligência direcionada à citação do paciente está sendo tentada, pela carta precatória já expedida, conforme se vê a fls. 206/208, mas com visível dificuldade de cumprimento, pois o endereço, que agora veio a ser descoberto, é evasivo.

Daí, por óbvio, ante o manifesto desaparecimento do citando que depois chegou a motivar a publicação de edital (fls. 42), citação que até agora não se perfez, pessoalmente, foi que surgiu, na já distanciada data de 28 de dezembro de 2001, a ordem de prisão preventiva, fundada também na então já positivada ausência do citando.' (fl. 64)

Com efeito, o fato de que o acusado encontra-se foragido do distrito da culpa, bem como a incerteza de seu paradeiro, demonstra a sua vontade de se furtar da aplicação da lei penal e obstruir o regular andamento da instrução criminal que, aliás, frise-se, já se encontra prejudicado em razão da declaração da suspensão do processo, a teor do art. 366, do Código de Processo Penal, ante a revelia do réu.

(...)." (Fl. 104)

Com efeito. Não há falar em desnecessidade da prisão, tal como sustenta a impetração. Como bem observado pelo ilustre Subprocurador-Geral *"o paciente, acusado de grave delito (parricídio), ausentou-se do distrito da culpa – Ribeirão Preto –*

passando a residir, por anos, em distante localidade (Ubatuba). Óbvio que a sua custódia, ainda não efetivada, se impõe, tal como asseverado pela Justiça de Primeira Instância – cujos pronunciamentos devem em princípio ser prestigiados, por estar mais próxima dos acontecimentos – por conveniência da instrução criminal e para aplicação da lei penal" (fl. 121).

De outro lado, afigura-se inviável o exame da alegação de ausência de indício de autoria. É que demonstra o acórdão recorrido a existência, nos autos do processo-crime, de indícios contra o paciente, e esta Corte já decidiu, no julgamento do RHC 83.179/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, que *"o* ***habeas corpus*** *contra prisão preventiva não comporta em linha de princípio, sopesamento do valor probante de elementos informativos contrapostos, mas a verificação da existência, contra o réu ou o indiciado, de 'indício de autoria', locução na qual 'indício' não tem o sentido específico de prova indireta – e eventualmente conclusivo – que lhe dá a lei (CPP, art. 239), mas, sim, apenas, o de indicação, começo de prova ou prova incompleta: existente um indício, só a contraprova inequívoca ou própria e gritante inidoneidade dele podem elidir a legitimidade da prisão preventiva que nele se funda" (DJ* de 22-8-2003).

Destaco do voto da eminente Ministra Relatora:

> "(...)
> Ao contrário do que alega o Recorrente, no tocante à alegação de ausência de autoria ou justa causa para a decretação da prisão preventiva, existem nos autos do processo-crime provas indiciárias (depoimentos de testemunhas e dados materiais) aptas a revelarem a possível prática do crime pelo acusado, *in verbis:*
>
> > 'No dia seguinte, por volta das 08:30 horas, *vizinhos ouviram discussão* e gritos de socorro vindo da casa onde residiam a vítima e o denunciado, e ambos não mais foram vistos, tendo o corpo da primeira sido encontrado no dia posterior, dentro da casa, cuja porta foi aberta com auxílio de um chaveiro uma vez que *encontrava-se normalmente fechada.*
> > No local dos fatos foi apreendida uma cueca e uma camiseta, ambas de cor azul, *pertencentes ao denunciado,* e apresentando manchas de sangue.' (Grifei)
>
> Ademais, como bem ressaltou o Ministério Público Federal:

'(...) Acompanhando a denúncia foi juntado o inquérito policial havido que continha depoimentos de testemunhas dando elementos probatórios acerca da prática delituosa, imputando-a ao paciente. Não se pode confundir indícios de autoria com prova de autoria. Exige-se para configuração da justa causa para a ação penal e é requisito da prisão preventiva meros indícios de autoria.

A culpabilidade ou não do paciente inegavelmente depende de cotejo do conjunto probatório que se reserva para o curso da ação penal de conhecimento condenatória, impossível nesta via mandamental.' (Fl. 103)

(...)." (Fls. 103-104).

Do exposto, indefiro o *writ*.

EXTRATO DA ATA

HC 84.438/SP - Relator: Ministro Carlos Velloso. Paciente: Marcelo Vucovix Jendiroba. Impetrantes: Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação unânime, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. *Falou*, pelo paciente, o Dr. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 7 de dezembro de 2004 - Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 84.593 – SP

Relator: *O Sr. Ministro Carlos Britto*
Paciente: *Ronaldo Silva de Oliveira ou Ronaldo Silva Oliveira ou Ronaldo da Silva de Oliveira*
Impetrante: *PGE/SP - Waldir Francisco Honorato Junior (Assistência Judiciária)*
Coator: *Superior Tribunal de Justiça*

Habeas corpus. Revogação do sursis processual após o período de prova, mas por fatos ocorridos até o término daquele período. Pretensão de que seja declarada extinta a punibilidade do paciente, que estaria consumada no momento em que se verifica

o término do período de prova.

Caso em que a revogação teve como fundamento o descumprimento das condições estipuladas e aceitas na concessão do benefício, relativas ao comparecimento mensal e obrigatório em Juízo e à proibição de se ausentar da comarca sem prévia autorização (art. 89, § 4°, da Lei n. 9.099/95). Não se discute, portanto, aqui, a revogação pelo fato de o beneficiário vir a ser processado por outro crime (art. 89, § 3°, primeira parte), cujo exame da constitucionalidade, à luz do princípio da não-culpabilidade, foi afetado ao Plenário (HC 84.660).

A melhor interpretação do art. 89, § 5°, da Lei n. 9.099/95 leva à conclusão de que não há óbice a que o juiz decida acerca da revogação do *sursis* ou da extinção da punibilidade após o final do período de prova. Assim, pode haver a revogação mesmo após expirado o referido período, desde que motivada por fatos ocorridos até o seu término. Precedente: HC 80.747.

Habeas corpus indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que o deferia.

Brasília, 14 de setembro de 2004 - **Sepúlveda Pertence**, Presidente - **Carlos Ayres Britto**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, indeferitório de medida análoga, em que se questionava a revogação da suspensão condicional do processo concedido ao paciente na ação penal que respondia por infração ao art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97.

2. O aresto está assim ementado (fl. 109):

"Processual penal. ***Habeas corpus*** *substitutivo de recurso ordinário.* ***Sursis*** *processual (art. 89 da Lei n. 9099/95). Revogação após transcurso do período de prova.*

A suspensão condicional do processo pode ser revogada, mesmo após o termo final do seu prazo, se constatado o não cumprimento de condição imposta durante o curso do benefício, desde que não tenha sido

proferida a sentença extintiva da punibilidade *(Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).*

Habeas corpus denegado."

3. A presente impetração reitera os argumentos do *writ* indeferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Alega que quando o pedido de revogação do benefício foi solicitado pelo membro do Ministério Público já havia expirado o período de prova (art. 89, § 5°, da Lei n. 9.099/95), de modo que a decisão revogatória teria admitido uma ilegal prorrogação do *sursis* processual. No entender do impetrante, em face da inexistência de norma possibilitando a prorrogação, é inquestionável que a extinção da punibilidade está consumada no momento em que se verifica o término do período de prova da suspensão condicional do processo. Pede-se a concessão da ordem para que seja decretada a extinção da punibilidade do paciente.

4. A douta Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento, em parecer lavrado nos termos seguintes (fls. 121/124):

"(...)

Não merece prosperar a irresignação do impetrante.

Conforme consta dos autos, a proposta de suspensão do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95 foi aceita, pelo prazo de dois anos, em audiência realizada no dia *13 de dezembro de 1999*, com término previsto para *dezembro de 2001.*

No dia *25 de março de 2002* foi certificado pela Serventia que o réu não vinha comparecendo em Juízo, e, após intimado, não compareceu para prestar esclarecimentos, o que ocorreu novamente no dia *27 de agosto de 2002.*

Diante disso foi revogado o benefício no dia *30 de agosto de 2002*, e designada para o dia *05 de maio de 2003* audiência de instrução e julgamento, na qual foi o paciente condenado por infringência ao art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97, à pena de 01 ano de detenção e 10 dias-multa.

Ora, o entendimento desse Pretório Excelso é no sentido de que cuidando-se de processo suspenso condicionalmente, o juiz, após o término do período de prova a que submetido o acusado, se verificado o descumprimento de alguma das condições impostas na proposta de acordo, poderá revogar a mencionada suspensão, vez que a decisão que declara o cumprimento das condições impostas no acordo não tem força de sentença e somente após o período de prova pode o juiz

declarar extinta a punibilidade, já que a superveniência de qualquer causa de revogação até o término do prazo impõe que se determine o prosseguimento da ação penal (Informativo 238 - STF).

Nesse mesmo sentido, em caso semelhante, assim decidiu, *verbis*:

> "I. *Habeas corpus*: impetração contra decisão do STJ que não conheceu de um dos seus fundamentos, porque não ventilado no Tribunal local, razão de ordem processual que o impetrante não impugna no presente HC, requerido ao STF, no qual se adstringe a insistir no mérito da alegação: descabimento, nessas circunstâncias, do exame originário da questão pelo STF, salvo quando seja o caso de concessão de ofício da ordem.
> II. Suspensão condicional do processo.
> 1. Suspenso condicionalmente o processo, não cabe ao juiz, ainda no curso do período respectivo, declarar parceladamente cumpridas - com força decisória de sentença definitiva - cada uma das condições a cuja satisfação integral ficou subordinada a extinção da punibilidade: se antes não adveio revogação por motivo devidamente apurado, é que incumbe ao Juiz, findo o período da suspensão do processo, declarar extinta a punibilidade - aí, sim, por sentença - ou, caso contrário, se verifica não satisfeitas as condições, determinar a retomada do curso dele.
> 2. A decisão que revoga a suspensão condicional pode ser proferida após o termo final do seu prazo, embora haja de fundar-se em fatos ocorridos até o termo final dele." (HC 80747/PR, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, *DJ* de 19/10/2001 - o grifo é nosso).

Do exposto, o Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e denegação do *habeas corpus*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Feito o relatório, passo ao voto.

7. Ao apreciar medida liminar requerida no presente *writ*, consignei (fl. 118):

> "Em que pesem os bem lançados argumentos do combativo impetrante, os documentos juntados aos autos demonstram, à primeira vista, que a revogação da suspensão condicional do processo, embora posterior ao período de prova, fundou-se em fatos ocorridos até o término daquele período (especialmente "a partir de outubro de 2001" - fl. 79). Assim sendo, não haveria, a princípio, o propalado constrangimento ilegal. Nesse sentido, o HC 80.747, Rel. Min. Sepúlveda Pertence."

8. Como apontado no despacho transcrito, a matéria não é nova, tendo sido apreciada por esta colenda Corte no precedente citado (HC 80.747). Naquela ocasião, decidiu-se que a melhor interpretação do art. 89, § 5°, da Lei n. 9.099/95 leva à conclusão de que não há óbice a que o juiz decida acerca da revogação do *sursis* ou da extinção da punibilidade após o final do período de prova. Assim, pode haver a revogação mesmo após expirado o referido período, desde que motivada por fatos ocorridos até o seu término.

9. O Relator do feito, em. Min. Sepúlveda Pertence, elaborou ementa explicativa sobre a questão, que pela clareza e precisão agora reproduzo, na parte que interessa:

> "(...)
>
> **II.** Suspensão condicional do processo.
>
> (...)
>
> **2. A decisão que revoga a suspensão condicional pode ser proferida após o termo final do seu prazo, embora haja de fundar-se em fatos ocorridos até o termo final dele."**
>
> (Sem destaque no original)

10. Pois bem, como mencionado quando da liminar, a revogação do *sursis* processual, embora requerida após o término do período de prova, fundou-se em fato ocorrido no biênio probatório, qual seja, o descumprimento das condições estipuladas e aceitas na concessão do aludido benefício, relativas ao comparecimento mensal pessoal e obrigatório em juízo, a proibição de se ausentar da comarca sem prévia autorização (fl. 21).

11. Tal pronunciamento de fato tem amparo no Termo de Comparecimento de fls. 47/49, que atesta o não-comparecimento em juízo do paciente nos meses de fevereiro/junho/outubro de 2000; janeiro/fevereiro/junho/julho/agosto/novembro e dezembro de 2001. Acrescente-se, ainda, que o douto magistrado teve o cuidado de determinar a intimação do paciente, para explicar o motivo de

seu comparecimento (fl. 51). Contudo, apesar de devidamente intimado (fl. 51), o acusado se quedou silente, não apresentando qualquer justificativa (fl. 51).

12. Cabe registrar, ainda, que, no caso, não se discute a revogação pelo fato de o beneficiário vir a ser processado por outro crime (§ 3° do art. 89 da Lei n. 9.099/95). A constitucionalidade dessa hipótese de revogação deve ser mais bem apreciada à luz da presunção de não-culpabilidade, consoante decidiu recentemente esta Turma no HC 84.660. Aqui, como visto, cuida-se de revogação decorrente do descumprimento de condição imposta (§ 4° do referido dispositivo), sem nenhuma relação com o referido dispositivo constitucional.

13. Nesse contexto, aplicando o precedente citado ao caso concreto (HC 80.747), não há falar-se em constrangimento ilegal, razão pela qual meu voto indefere o *habeas corpus*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aqui, no caso, só há esta singularidade: o ato mostrou-se posterior ao prazo. Agora, inegavelmente, é um ato declaratório.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A não ser assim, o acusado poderia descumprir todas as mais graves condições da suspensão do processo, se o fizesse no último dia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Aí, teríamos a razoabilidade a interferir e, claro, que não sufragaríamos a tese de que não caberia a revogação. Qual foi o descumprimento?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Dois descumprimentos: ele não compareceu mensalmente ao juízo e se ausentou da comarca sem prévia autorização.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vou pedir vênia; fico vencido no caso. Entendo que, muito embora tenha havido transgressão do que estabelecido, não contamos sequer com estrutura para a vigilância da observação a essas condições.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Exatamente por isso, na realidade dos fatos, a que não podemos estar alheios. Esta questão de extinguir, ou não, a punibilidade pelo cumprimento vai ao juiz, uma vez encerrado o prazo. Não há estrutura capaz de acompanhar dia a dia o cumprimento disso. O contrário é fazer a completa abstração do domínio normativo da regra.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não faço abstração. A premissa de meu voto - tenho sustentado isso - é que cumpre ao Estado aparelhar-se. No caso, foram fixadas as duas condições: comparecer a juízo e não se ausentar da comarca; houve o descumprimento. Quanto à primeira condição, talvez até se tenha agradecido por ele não comparecer para lavratura de termo. E deixou a localidade, algo que é muito comum: viagens, inclusive curtas. Teriam esses dois aspectos prejudicado o móvel da concessão da suspensão condicional do processo? A meu ver, não, para se ter mais um processo, a tramitação de mais uma ação, e chegar-se ao julgamento.

Sob até o ângulo de uma política judiciária que evite, tanto quanto possível, o enclausuramento, muito embora ele se mostre na potencialidade, e não de forma concreta, peço vênia e defiro, no caso, a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 84.593/SP - Relator: Ministro Carlos Britto. Paciente: Ronaldo Silva de Oliveira ou Ronaldo Silva Oliveira ou Ronaldo da Silva de Oliveira. Impetrante: PGE/SP - Waldir Francisco Honorato Junior (Assistência Judiciária). Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que o deferia.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Compareceu o Ministro Joaquim Barbosa para julgamento de processos a ele vinculados. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 14 de setembro de 2004 - Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

RECURSO EM HABEAS CORPUS 83.447 – SP

Relator: *O Sr. Ministro Celso de Mello*
Recorrente: *Adriano Aparecido Ribeiro Duarte*
Recorrido: *Ministério Público Federal*

***Habeas Corpus* – Porte de arma de fogo – *Concurso material* com o delito de quadrilha armada (*CP*, art. 288, parágrafo único) – Crimes que possuem *autonomia* jurídica – *Inexistência* de relação de dependência *ou* de subordinação entre tais espécies delituosas – *Inaplicabilidade* do princípio da consunção – *Inocorrência* de conflito aparente de normas – Pedido *indeferido*.**

– A *prática* dos delitos *de* quadrilha *ou* bando armado *e de* porte ilegal de armas *faz instaurar* típica hipótese caracterizadora de *concurso material* de crimes, *eis que* as infrações penais tipificadas *no parágrafo único* do art. 288 do Código Penal e no art. 10, § 2°, da Lei n. 9.437/97, *por se revestirem* de autonomia jurídica e *por tutelarem* bens jurídicos diversos (*a paz pública*, de um lado, *e a incolumidade pública*, de outro), *impedem a aplicação*, a tais ilícitos, *do princípio da consunção* (*major absorbet minorem*).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e *discutidos* estes autos, *acordam* os Ministros do Supremo Tribunal Federal, *em Segunda Turma*, na conformidade da ata do julgamento e

das notas taquigráficas, *por unanimidade* de votos, *negar provimento* ao recurso ordinário, *nos termos* do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Velloso.

Brasília, 17 de fevereiro de 2004 - **Celso de Mello**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: A douta Procuradoria-Geral da República, em **parecer** da lavra da **ilustre** Subprocuradora-Geral da República, **Delza Curvello Rocha, assim sumariou e apreciou** o **presente** recurso ordinário (**fls. 396/404**):

> "Cuidam os autos de *recurso ordinário* constitucional interposto por *Adriano Aparecido Ribeiro Duarte* contra decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que denegou ordem de *habeas corpus*, restando o *acórdão* assim ementado:
>
> > 'Criminal. HC. *Porte ilegal de arma e crime de quadrilha qualificado pelo uso de arma.* Aplicação do princípio da *consunção. Impossibilidade.* Condutas autônomas. Ordem *denegada.*
> >
> > **I.** O princípio da consunção *pressupõe* a existência de um *nexo de dependência* das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.
> >
> > **II.** *Evidenciado*, na hipótese, que os crimes de porte ilegal de armas e de quadrilha, qualificado pelo uso de armas, *se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo* qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta *inviabilizada a aplicação do princípio da consunção*, devendo o réu resaponder por ambas as condutas.
> >
> > **III.** Ordem *denegada.*' (Fl. 362)

2. ***Consta da peça inicial*** que o recorrente, juntamente com co-autores, *foi condenado* como incurso no artigo 10, § 2°, da Lei n. 9.437/97 e artigo 288, *caput*, do Código Penal (em combinação com os artigos 29 e 69, do mesmo *Codex* – sentença de fls. 303), argumentando a decisão condenatória, na parte que interessa, segundo, entendimento da ***exordial:***

> ' (...)
>
> 'Com o advento da novel Lei 9.437/97, todavia, *tem-se*

em face do caso presente, verdadeiro conflito aparente de normas, já que o *mesmo fato*, de possuir armas, *é punido*, a dois diferentes títulos, tanto pela causa agravante do § único do artigo 288, quanto pelo artigo 10, § 2°, da Lei 9.437/97.

Data maxima venia, neste ponto *não pode vingar a pretensão ministerial*, sob o argumento de que, *sendo diversos os objetos jurídicos tutelados*, tem-se duas diferentes motivações para punir e, por isso, podem ambas as figuras repressivas ser reconhecidas simultaneamente.

Primeiramente, porque o conflito não ocorre entre o crime do art. 288 do Código Penal e o do art. 10 da lei 9.437/97, *mas entre este último e a causa de aumento* do § único daquele primeiro.

Disso decorre que aquela objetividade jurídica diferente, referida nas alegações finais acusatórias como argumento para o afastamento do *bis in idem* punitivo, a rigor *não existe*.

Reconhecida a quadrilha, apena-se *mais gravemente* seus integrantes, com a duplicação da sanção, *se o bando for armado* - buscou o legislador, assim, tutelar a paz e a incolumidade públicas, exatamente como em relação à novel Lei 9.437/97.

Assim, patente ***in casu*** *o conflito de normas*, imperioso que se o solucione da *maneira mais favorável* aos increpados, como é curial.

Confrontando-se as apenações do aumento do § único do artigo 288 (de dois a seis anos de reclusão) com as do § 2° do artigo 10 da Lei 9.437/97 (de dois a quatro anos de reclusão e multa); e considerando-se ser imperiosa a adoção da solução mais benigna aos réus, *tem-se como obrigatório o afastamento daquela causa da exasperação penal, reconhecendo-se, tão somente, a novel figura típica*, a par do crime de formação de quadrilha não armada.' (Cópia anexa na íntegra).

(...)' (fls. 367/368)

3. *Aduz*, o recorrente, que o paciente *foi condenado* à pena definitiva de *três anos de reclusão e dez dias-multa*, assim discriminado: *dois anos* de reclusão mais dez dias-multa, *pela posse das armas, e um ano de reclusão, pela formação de quadrilha* (arts. 10, § 2° da Lei n. 9.437-97 e 288, *caput*, c.c. artigos 29 e 69, todos do Código Penal). Dessa decisão *recorreram a acusação* e a defesa. O recurso de apelação da defesa foi declarado *deserto e o da acusação* objetivou a reforma da sentença

condenatória *tão somente para incluir*, no decreto condenatório, *a circunstância agravante* prevista no *parágrafo único do artigo 288 da Lei Penal*, em face do entendimento de *não haver bis in idem* na sua incidência *em concurso* com a infração prevista pelo *art. 10, § 2° da Lei 9.437/97*, '(...) *por serem condutas autônomas e não progressivas*, uma vez que a objetividade jurídica do crime de porte de arma é a incolumidade pública enquanto que a do crime de quadrilha ou bando é a paz pública.' (Fl. 368)

4. Enfatiza que a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo *proveu parcialmente, à unanimidade, o apelo ministerial, reformando a sentença, por entender inexistir incompatibilidade entre o crime do art. 10, § 2° da Lei n. 9.437/97 e a qualificadora do parágrafo único do artigo 288 do Código Penal.*

5. Em razão desse fato, e por considerar que o v. acórdão do Tribunal paulista está eivado de nulidade, caracterizando coação ilegal já que é vedado o *bis in idem* no Direito Penal Brasileiro, *impetrou-se ordem de habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, a qual restou *denegada*.

6. *Daí o presente recurso*, objetivando a rescisão da decisão atacada e *a anulação da condenação por porte ilegal de armas*, aplicando-se o princípio da *consunção*, concedendo-se-lhe a ordem nos termos do artigo 648, VI, do CPP. *Aduz* o recorrente, para tanto, que:

> 'Note-se que no caso concreto *o Julgador de 1° Grau entendeu existir o conflito aparente entre a qualificadora prevista pelo Parágrafo Único do art. 288 do CP com o art. 10, § 2° da lei nova de Porte de Arma*, asseverando que 'com o advento da novel Lei 9.437/97, todavia, tem-se em face do caso presente, verdadeiro conflito aparente de normas, já que o mesmo fato, de possuir armas, é punido a dois diferentes títulos, tanto pela causa agravante do § único do artigo 288, quanto pelo artigo 10, § 2° da Lei 9.437/97'.
>
> (...)
>
> ***O acórdão hostilizado***, adotando a posição ministerial, *decidiu por não haver 'incompatibilidade* entre o crime do artigo 10, § 2°, da Lei n. 9.437/97, e a qualificadora do parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal', ao *argumento de que* 'inexiste progressividade entre o crime de porte ilegal de arma de fogo e o delito de quadrilha ou bando armado, de modo a fazer com que o primeiro crime absorva a qualificadora do segundo. *Tratam-se de crimes distintos e autônomos*, com objetos jurídicos *diversos*: *o primeiro* atinge a incolumidade pública, protegendo a vida e a integridade física dos cidadão, *enquanto que o segundo* visa a proteger a paz pública. Por essa razão, *não há bis in idem* na cumulação do primeiro delito com a

qualificadora do parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal' (fls. 373/374)

7. *Alega,* o recorrente, que, no caso, *está presente o conflito aparente,* uma vez que *mesmo* sendo objeto jurídico da tipificação da formação de quadrilha a proteção da paz pública, *não há que se negar que o plus* previsto para a formação de quadrilha ou bando armado *busca* proteger tanto a paz quanto a incolumidade pública (sendo esta - incolumidade - o bem jurídico tutelado e protegido pela lei de porte de arma), *não havendo como se negar que o crime de porte ilegal de* arma *é crime meio para que se alcance,* de forma *progressiva, o crime qualificado de formação de quadrilha ou bando armado.*

8. Assim, enfatiza que '(...) quanto ao concurso do crime de porte ilegal de arma com o de formação de quadrilha ou bando armado, na fórmula adotada pelo acórdão impugnado, teríamos que como crime conexo seria necessária a demonstração da efetiva posse do armamento com cada um dos *'malfaiteurs'* para que então os portadores ou possuidores efetivos das armas apreendidas respondessem pelo delito previsto no artigo 10 da Lei n. 9.437/97.' (fls. 376)

9. Finaliza o recorrente, salientando ser 'evidente que estando o bando reunido em local, por eles considerado próprio, para articular seus próximos passos, e no local achavam-se armados, não há que se falar em crime de porte ou posse ilegal de arma, mas sim da figura típica qualificada prevista pelo art. 288, parágrafo único do CP, que absorverá por consunção o delito previsto pelo art. 10, § 2° da Lei n. 9.437/97, independentemente se um ou todos estavam portando armas, uma vez que a coletividade, ou seja, a quadrilha, é que estava armada, não o elemento X ou Y.' (Fl. 377)

10. Contra-razões às fls. 384/387.

11. *Em síntese, o relato.*

12. Recurso interposto ao tempo e modo, *comportando conhecimento.*

13. Entretanto, *não merece reforma o v. acórdão guerreado.* A *quaestio juris* em debate *cinge-se* ao fato da *obrigatoriedade,* ou não, *do delito de porte de arma* de uso proibido ou restrito (artigo 10, § 2°, da Lei n. 9.437/97) *ser considerado crime meio* para a concretização da conduta tipificada *no artigo 288, parágrafo único,* (quadrilha ou bando armado) do Código Penal, consoante o princípio da consunção.

14. Pelo princípio da consunção ou absorção, ensina-nos o Jurista CEZAR ROBERTO BITENCOURT (**in** *Tratado de Direito Penal,* vol. 1, 8ª edição, p. 135):

> '(...)
> (...) a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se

somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de *minus* e *plus*, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração.

Por isso, o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano. A norma consuntiva constitui fase mais avançada na realização da ofensa a um bem jurídico, aplicando-se o princípio *major absorbet minorem*. Assim, as lesões corporais que determinam a morte são absorvidas pela tipificação do homicídio, ou o furto com arrombamento em casa habitada absorve os crimes de dano e de violação de domicílio, *etc.* A norma consuntiva exclui a aplicação da norma consunta, por abranger o delito definido por esta.'

15. *Na hipótese dos autos, não há nexo* de dependência das condutas *para que se possa aplicar* o princípio da absorção. A conduta do paciente, como integrante da quadrilha, *foi tipificada tanto* no parágrafo único do artigo 288 do Código Penal - reunião de agentes com o intuito de cometer crimes, estando o *bando armado - como* no artigo 10, § 2° da Lei n. 9.437/97 - possuir, portar, *etc...* arma de fogo de uso proibido ou restrito. *Não há incompatibilidade entre este delito e aquela qualificadora*, são delitos *autônomos* e entre eles *inexiste* relação de subordinação.

16. Sobre a questão, aliás, *com muita propriedade* se manifestou a Ministra Laurita Vaz, cujo voto, às fls. 359/360, peço vênia para transcrever parcialmente, *verbis:*

'(...)

Assim, *sanciona-se o crime de quadrilha ou bando;* e com maior rigor se 'a quadrilha ou bando é armado' (art. 288, parágrafo único, do CP). Se essas armas são de fogo e estão sendo empregadas 'sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar' (art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, *in fine*), maior ainda deve ser a reprimenda, *já que os bens jurídicos tutelados são diversos*, conforme explicitado alhures, sem que haja *bis in idem.*

Na hipótese dos autos, a conduta delituosa *subsume-se* naquela tipificada no § 2° do referido dispositivo legal extravagante, onde há um *plus*, qual seja, *a arma de fogo não é apenas portada sem autorização* e em desacordo com a lei, *também é de uso proibido ou restrito*, evidenciando um acréscimo na agressão (efetiva ou potencial) ao bem

jurídico tutelado, motivo pelo qual há, ainda, mais um aumento no grau de reprovabilidade da conduta.

Destarte, o *crime previsto no artigo 10, § 2°, da Lei n. 9.437/97* - porte ilegal de arma proibida - merece sanção *autônoma e distinta* daquele tipificado no art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

Não subsiste, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

(...)'

17. *Ante o exposto*, por considerar a *inexistência* de conflito entre as normas de que tratam os presentes autos, *opina*, o Ministério Público Federal, pelo conhecimento do presente recurso, porém, no mérito, *pelo seu improvimento.*" *(Grifei)*

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Trata-se** de recurso ordinário **tempestivamente** interposto contra **acórdão** emanado do E. Superior Tribunal de Justiça, que, **em sede** de *habeas corpus*, **denegou** o *writ* constitucional ao ora recorrente, em decisão **assim** ementada (fl. 362):

> "*Criminal.* HC. Porte ilegal de arma e crime de quadrilha qualificado pelo uso de arma. *Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade.* Condutas *autônomas.* Ordem *denegada.*
>
> **I.** O princípio da *consunção* pressupõe a existência de um *nexo de dependência* das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais gravosa.
>
> **II.** Evidenciado, na hipótese, que os crimes de *porte ilegal de armas* e de *quadrilha, qualificado* pelo uso de armas, se afiguram absolutamente *autônomos, inexistindo* qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta *inviabilizada* a aplicação do princípio da consunção, devendo o réu responder por ambas as condutas.
>
> **III.** Ordem *denegada.*" *(Grifei)*

Alega, o ora recorrente, que o "*(...) crime de porte ilegal de arma, é* ***crime meio*** *para que se alcance, de forma progressiva, o crime 'qualificado' de formação de quadrilha ou bando 'armado' (...)*" (fl. 375), **sustentando**, ainda, que, "*(...) se extirpado o termo 'armado', deixará de subsistir o crime de quadrilha 'armada', já que a existência*

in concreto da arma é que qualificou o delito, como quis o legislador, visando com o ***plus*** *do Parágrafo único proteger tanto a incolumidade pública, típica do crime de porte de arma, quanto a paz pública, ameaçada pelo crime maior de quadrilha (...)"* (fl. 375 – **grifei**).

Postula-se, desse modo, na **presente** sede recursal, seja *"(...) dado provimento ao presente recurso, reformando a decisão guerreada proferida pelo STJ, para conceder a ordem, de molde a que* ***seja excluída*** *a imputação referente ao* ***porte ilegal de armas****, em face da incidência do* ***princípio da consunção****, pela* ***absorção*** *do referido crime pelo delito de quadrilha armada, cuja qualificadora estampada no parágrafo único do art. 288 do CP constitui o próprio tipo penal do art. 10,* ***caput****, da Lei n. 9.437/97,* ***sob pena*** *de se referendar o* ***bis in idem*** *condenatório* ***já configurado*** *no acórdão vergastado"* (fls. 378/379 – **grifei**).

O E. Superior Tribunal de Justiça, ao **corretamente indeferir** a ordem de habeas corpus impetrada em favor do ora recorrente - **mantendo**, em conseqüência, **decisão** proferida, em sede de apelação criminal, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 318/324) - **fundamentou-se**, para tanto, nas seguintes razões, **que tenho por irrefutáveis (fls. 356/357)**:

> *"Não assiste razão ao impetrante.*
>
> A decisão que se pretende desconstituir está firmada nas seguintes bases (fls. 323/324):
>
> > *'Não há incompatibilidade* entre o crime do art. 10, § 2.°, da Lei n.° 9.437/97, e a qualificadora do parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal. *Inexiste progressividade* entre o crime de porte ilegal de arma de fogo e o delito de quadrilha ou bando armado, *de modo a fazer* com que o primeiro absorva a qualificadora do segundo. Trata-se de crimes *distintos* e *autônomos*, com *objetos jurídicos diversos: o primeiro* atinge a incolumidade pública, protegendo a vida e a integridade física dos cidadãos, *enquanto que o segundo* visa proteger a paz pública. Por essa razão, não há *'bis in idem'* na cumulação do primeiro delito com a qualificadora do parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal.
> > *É o mesmo o que ocorre com a cumulação entre o crime de quadrilha ou bando armado com o roubo qualificado* pelo emprego de arma, com relação à qual o Colendo Supremo Tribunal Federal *já decidiu*:
> >
> > 'São suscetíveis de acumulação
> > a qualificadora do roubo relativo

a emprego de arma com a figura qualificada da quadrilha armada. Precedente do STF' (*RTJ*-138/801).'

De acordo com o princípio da consunção, *existindo mais de um ilícito penal,* em que um deles - menos grave - *represente apenas o meio* para a consecução do delito mais nocivo, o agente será responsabilizado *apenas* por este último. *Assim, é necessária* a existência *de um nexo de dependência* das condutas para que se possa verificar a *possibilidade de absorção* daquela menos grave pela mais danosa.

Entretanto, o que se infere, na hipótese, *é que os crimes de porte ilegal de armas e quadrilha qualificado pelo uso de armas se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo tal relação de subordinação entre as condutas.*

Ressalte-se, ainda, que o tipo de quadrilha ou bando *se caracteriza simplesmente pela reunião* de agentes com o objetivo de cometimento de crimes *e que a circunstância* de estar este grupo de pessoas *armado é apenas qualificadora* do crime e, *não, sua elementar.* Ou seja, a ocorrência do crime de quadrilha ou bando *independe* da condição de estarem, ou não, armados os seus integrantes. *Contudo,* constatado o armamento da quadrilha - *que não necessita, inclusive, ser ilegal* - a pena deve ser agravada, *conforme* decidido pelo acórdão recorrido." *(Grifei)*

A eminente Ministra **Laurita Vaz,** ao **também** perfilhar, no **voto-vista** que proferiu, o **entendimento** segundo o qual **revela-se inaplicável,** à espécie, o princípio da consunção, deixou assentado, em síntese, o que se segue **(fls. 359/360):**

"O insigne Impetrante assevera que 'o delito de porte ilegal de arma é meio necessário para que se qualifique o crime maior, de quadrilha ou bando, portanto, deve aquele ser necessariamente absorvido por este' (fl. 16).

Malgrado o esforço do combativo Advogado, não se me afigura ser essa a melhor interpretação. Com efeito, *são crimes distintos e autônomos, cuja coexistência é perfeitamente admitida.*

Apenas à guisa de reforço dos argumentos já expendidos, acrescento: vê-se que *é possível,* por exemplo, que os agentes integrantes de uma quadrilha ou bando,

eventualmente, utilizem as chamadas 'armas impróprias' (faca, canivete, barras de ferro, etc.); ou mesmo detenham autorização legal para portar a arma de fogo empregada.

Nesses casos, as condutas delituosas subsumiriam no tipo qualificado previsto no parágrafo único do art. 288 do CP, restando afastada a incidência do art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97.

Assim, sanciona-se o crime de quadrilha ou bando; e *com maior rigor* se 'a quadrilha ou bando é *armado*' (art. 288, parágrafo único, do CP). Se essas armas *são de fogo e estão sendo empregadas* 'sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar' (art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, *in fine*), maior ainda deve ser a reprimenda, já *que os bens jurídicos tutelados são diversos*, conforme explicitado alhures, *sem* que haja *bis in idem*.

Na hipótese dos autos, a conduta delituosa *subsume-se* naquela tipificada *no* § 2° do referido dispositivo legal extravagante, onde há um *plus*, qual seja, *a arma de fogo não é apenas portada sem* autorização e em desacordo com a lei, também *é de uso proibido ou restrito*, evidenciando um acréscimo na agressão (efetiva ou potencial) ao bem jurídico tutelado, motivo pelo qual há, ainda, mais um aumento no grau de reprovabilidade da conduta.

Destarte, o crime previsto no art. 10, § 2°, da Lei n. 9.437/97 - *porte ilegal de arma proibida - merece sanção autônoma e distinta* daquele tipificado no art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

Não subsiste, portanto, o alegado constrangimento ilegal." *(Grifei)*

Não vislumbro qualquer razão de ordem jurídica que possa justificar a reforma do acórdão recorrido, cujos **sólidos** fundamentos a parte ora recorrente **não conseguiu** infirmar.

Na realidade, **não vejo como acolher** a tese sustentada pelo ora recorrente, **que pretende**, nesta sede processual, **excluir**, da condenação penal que lhe foi imposta, **e** em face da aplicação do princípio da consunção (*major absorbet minorem*), o crime de porte ilegal de armas.

Com efeito, o ora recorrente **foi condenado** pela prática dos delitos tipificados no parágrafo único do art. 288, do Código Penal **e** no art. 10, § 2° da Lei n. 9.437/97, **que definem**, respectivamente, os crimes de quadrilha **ou** bando armado e de porte ilegal de armas.

Cumpre acentuar, neste ponto, que a condenação penal do ora recorrente pela modalidade **agravada** do crime de quadrilha **não tem** o condão de **excluir**,

tal como ora pretendido, a incidência da norma incriminadora revestida de **menor** potencial ofensivo (porte ilegal de armas, **no caso**), **eis que** os tipos penais em questão, **além** de autônomos, tutelam bens jurídicos **diversos**.

Bem por isso, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **ao dar provimento** ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, em ordem a **fazer incluir**, na condenação do ora recorrente, a causa de aumento de pena constante **do parágrafo único** do art. 288 do CP, **assim** se pronunciou (**fls. 323/324**):

> "Quanto ao segundo tema do apelo, *tem razão* o Ministério Público.
>
> Não há incompatibilidade entre o crime do artigo 10, § 2°, da Lei n. 9.437/97, e a qualificadora do parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal.
>
> *Inexiste progressividade* entre o crime de porte ilegal de arma de fogo e o delito de quadrilha ou bando armado, de modo a fazer com que o primeiro absorva a qualificadora do segundo. Tratam-se de *crimes distintos* e autônomos, com *objetos jurídicos diversos: o primeiro* atinge a incolumidade pública, protegendo a vida e a integridade física dos cidadãos, *enquanto que o segundo* visa proteger a paz pública. Por essa razão, *não há bis in idem* na cumulação do primeiro delito com a qualificadora do parágrafo único, do artigo 288, do Código Penal" *(Grifei)*

Esse **mesmo** entendimento, por sua vez, **foi perfilhado** pela douta Procuradoria-Geral da República, que, ao **opinar** pelo **desprovimento** deste recurso, **deixou assentado**, de maneira irretocável, que, *"Na hipótese dos autos, não há nexo de dependência das condutas para que se possa aplicar o princípio da absorção. A conduta do paciente, como integrante da quadrilha, foi tipificada tanto no parágrafo único do artigo 288 do Código Penal – reunião de agentes com o intuito de cometer crimes, estando o bando armado – como no artigo 10, § 2° da Lei n. 9.437/97 – possuir, portar, etc... arma de fogo de uso proibido ou restrito.* ***Não há incompatibilidade*** *entre este delito e aquela qualificadora, são delitos autônomos e entre eles inexiste relação de subordinação"* (fl. 403 – **grifei**).

Não custa enfatizar, neste ponto, que, para que reste configurado o crime de quadrilha, torna-se dispensável o cometimento de qualquer das infrações penais cuja execução motivou a formação do bando (*RTJ* 102/614 – *RT* 565/409).

Essa circunstância ressalta a **autonomia jurídico-penal do crime de quadrilha**, que constitui delito **independente** daqueles que venham a ser cometidos pela associação criminosa, cabendo reconhecer, com a doutrina, que,

para a consumação desse ilícito penal, *"não é necessário que o bando tenha cometido algum crime"* (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código Penal Anotado*, p. 742, 4ª ed., 1994, Saraiva).

Daí a orientação firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que proclama:

> "O crime de quadrilha ou bando é sempre independente daqueles que, na *societas delinquentium*, vierem a ser praticados. O membro da associação será co-autor do crime para o qual concorreu (...)".
>
> (*RTJ* 88/468, Rel. Min. **Décio Miranda**)

Demais disso, **impende observar** que, na espécie dos autos, o delito de quadrilha **foi cometido**, pelo recorrente, com a utilização de arma de fogo, sem que possuísse, para tanto, a necessária autorização **expedida** pela autoridade competente (**Lei n. 9437/97**, art. 6°).

Essa circunstância **tornava lícito** reconhecer – **tal como o fez** o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na decisão confirmada pelo Tribunal ora apontado como coator – a ocorrência, **no caso**, de típico **concurso material** entre os crimes de bando armado **e** de porte ilegal de armas (fl. 329).

Todas essas considerações apenas servem para evidenciar a **inocorrência**, no caso, de **qualquer** situação configuradora de injusto constrangimento, imputável **seja** ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **seja**, ainda, ao Superior Tribunal de Justiça.

Cumpre registrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, **em causas semelhantes** à de que ora se cuida (*RTJ* 128/325, Rel. p/o acórdão Ministro **Octavio Gallotti**) – **e sempre enfatizando** o caráter **autônomo** do crime de quadrilha - **tem acentuado** serem *"suscetíveis de acumulação a qualificadora do roubo relativa a emprego de armas com a figura qualificadora da quadrilha armada"* (*RTJ 138/801*, Rel. Min. **Moreira Alves**).

Cabe referir, ainda, que essa orientação **tem sido reafirmada** pelo magistério jurisprudencial **do Supremo Tribunal Federal**:

> "(...) **Cumulação das qualificadoras** de roubo, **mediante** emprego de armas, **e de quadrilha armada** (artigos 157, § 2°, incisos I e II, **e** 288, parágrafo único, do Código Penal).
>
> (...)
>
> A jurisprudência **mais recente** do Supremo Tribunal Federal **é firme** no sentido **de que é possível a cumulação** da qualificadora do roubo mediante uso de arma (art. 157, § 2°, inciso I, do Código Penal) **com** a qualificadora

da quadrilha armada, **prevista** no parágrafo único do art. 288.

Precedentes.

'HC' **indeferido.**"

(*RTJ* 156/547, Rel. Min. **Sydney Sanches - grifei**)

Enfatize-se, por oportuno, que esse entendimento jurisprudencial, **também** acolhido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*RJTJSP* 124/489), **reflete-se**, por igual, no **autorizado** magistério de FERNANDO CAPEZ ("*Arma de Fogo – Comentários à Lei n. 9437, de 20-2-1997*", p. 97, 2ª ed., 2002, Saraiva), **para quem** "*O porte* ***não é absorvido*** *pelo crime cometido* ***com*** *a arma de fogo*" (**grifei**).

Sendo assim, pelas razões expostas, **e considerando**, ainda, **o parecer** da douta Procuradoria-Geral da República, **nego provimento** ao **presente** recurso ordinário, **mantendo**, em conseqüência, o acórdão proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça (**fls. 354/362**).

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RHC 83.447/SP - Relator: Ministro Celso de Mello. Recorrente: Adriano Aparecido Ribeiro Duarte (Advogado: Miguel Viana Santos Neto). Recorrido: Ministério Público Federal.

Decisão: A Turma, por votação unânime, *negou* provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Velloso.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Velloso. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Verônica Cureau.

Brasília, 17 de fevereiro de 2004 - Antonio Neto Brasil, Coordenador.

HABEAS CORPUS N. 23.580 - MG (2002/0086170-9)

Relator: *Ministro Gilson Dipp*
Impetrante: *Francis de Oliveira Rabelo Coutinho - Defensor Público*
Impetrada: *Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*
Paciente: *F. R. F.*

EMENTA

Criminal. HC. ECA. Paciente que atingiu 19 anos cumprindo medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade. Impossibilidade de extinção da medida. Consideração da data do ato infracional praticado. Falta de interesse do Estado. Inocorrência. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

I - Para a aplicação das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se a idade do menor à data do fato, em atendimento ao intuito do referido Diploma Legal, o qual visa à ressocialização do adolescente, por meio de medidas que atentem às necessidades pedagógicas e ao caráter reeducativo. Precedente do STJ.

II - Se a liberação obrigatória deve ocorrer somente quando o adolescente completar 21 anos de idade, não há que se falar em falta de interesse do Estado em punir o paciente, em razão de o mesmo já ter atingido 19 anos de idade.

III - Ausente o apontado constrangimento ilegal decorrente da manutenção da medida de internação do paciente.

IV - Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 27 de maio de 2003 (data do julgamento). Ministro Gilson Dipp, Presidente e Relator.

***DJ* de 04.08.2003.**

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Gilson Dipp**: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor do menor Flávio Rodrigues Ferreira, contra decisão proferida pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que deu provimento ao recurso de agravo em execução interposto pelo Ministério Público, nos termos da seguinte ementa (fl. 43):

> "***Estatuto da Criança e do Adolescente - Menoridade à época dos fatos - Advento da maioridade penal - Teoria da atividade - Aplicação.*** Aplica-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, se à época dos fatos o agente contava com menos de 18 anos de idade, não importando tenha ele adquirido a maioridade penal, em virtude do ECA adotar a teoria da atividade."

Sustenta-se, em suma, a extinção da medida socioeducativa imposta ao menor, pois o paciente já teria completado 18 anos de idade, motivo pelo qual o Estado não mais teria interesse de agir em relação ao mesmo.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 49/52).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Ministro **Gilson Dipp** (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu provimento ao recurso de agravo interposto, pelo *Parquet*, contra decisão monocrática que julgou extinto o processo no qual fora determinado o cumprimento, pelo menor, de medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, sob o fundamento de já ter atingido 18 anos de idade.

Consta dos autos que o paciente foi representado, aos 17 anos de idade, pela prática de fato análogo ao crime de furto, tendo-lhe sido determinada a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, tendo sido advertido, inclusive, que o não-cumprimento da medida poderia acarretar em sua internação.

Por não ter satisfeito as condições impostas, o menor foi chamado a Juízo para apresentar justificação.

A Defensoria Pública, no entanto, manifestou-se no sentido de que fosse julgado extinto o processo, em virtude de o paciente contar com mais de 18

(dezoito) anos.

O pedido foi acolhido pelo Juiz Monocrático, motivo pelo qual o Ministério Público interpôs recurso de agravo que, provido para cassar a decisão de primeiro grau de jurisdição, determinou a impetração do presente *writ*.

Sustenta-se, em suma, a extinção da medida socioeducativa imposta ao menor, pois o paciente já contaria com 19 anos de idade, motivo pelo qual o Estado não mais teria interesse de agir em relação ao mesmo.

Não merece prosperar a irresignação.

Nos exatos termos do art. 104, parágrafo único, para aplicação das disposições da Lei n. 8.069/1990, considera-se a idade do adolescente à data do fato.

Admitir o contrário seria ir de encontro ao próprio intuito do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual visa à ressocialização do menor, por meio de medidas que atentem às necessidades pedagógicas e ao caráter reeducativo.

Somente quando completar 21 anos de idade é que o adolescente deverá ser liberado obrigatoriamente (art. 121, § 5º).

Não sendo essa a hipótese dos autos, não há que se falar em falta de interesse do Estado em punir o paciente, em razão de o mesmo já ter atingido 18 anos de idade.

Desta forma, ausente o apontado constrangimento ilegal decorrente da manutenção da medida de internação do paciente.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado desta Corte:

> ***"Criminal. RHC. ECA. Paciente que atingiu 18 anos cumprindo medida socioeducativa de internação. Impossibilidade de extinção da medida. Consideração da data do ato infracional praticado. Falta de interesse do Estado. Inocorrência. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso desprovido.***
>
> I - Para a aplicação das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se a idade do menor à data do fato, em atendimento ao intuito do referido Diploma Legal, o qual visa à ressocialização do adolescente, por meio de medidas que atentem às necessidades pedagógicas e ao caráter reeducativo. Precedente do STJ.
>
> II - Se a liberação obrigatória deve ocorrer somente quando o adolescente completar 21 anos de idade, não há que se falar em falta de interesse do Estado em punir o paciente, seja porque o mesmo já teria atingido 18 anos de idade, seja porque já estaria inserido no sistema penal

dos imputáveis.

III - Ausente o apontado constrangimento ilegal decorrente da manutenção da medida de internação do paciente.

IV - Recurso desprovido." (RHC n. 12.794/MG; de minha relatoria; *DJ* de 03.02.2003)

Diante do exposto, denego a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 29.414 - RJ (2003/0129507-0)

Relatora: *Ministra Laurita Vaz*
Impetrante: *Carlos Felipe Benati Pinto – Defensor Público*
Impetrada: *Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*
Paciente: *D. L. N.* (Internado)

EMENTA

Habeas corpus. ECA. Medida socioeducativa. Direito à visitação familiar. Art. 120 da Lei n. 8.069/1990. Benefício devidamente regulado e observado pela autoridade correcional. Inexistência de constrangimento ilegal.

1. Inexiste violação ao direito do paciente de visitar os seus familiares, ainda que tal benefício esteja limitado à forma progressiva e condicionado ao comportamento apresentado pelo menor infrator. Precedentes do STJ.

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Presidiu a sessão o Ministro Gilson Dipp.

Brasília-DF, 04 de setembro de 2003 (data do julgamento). Ministra Laurita Vaz, Relatora.

DJ de 06.10.2003.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra **Laurita Vaz:** Trata-se de *habeas corpus*, impetrado por Carlos Felipe Benati Pinto, em favor de Daniel Linhares Nunes, menor infrator, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao denegar o *writ* impetrado junto àquela Corte, entendeu que o "controle judicial das atividades externas do adolescente em regime de semiliberdade, encontra amparo no § 2° do art. 120 da Lei n. 8.069/1990, constituindo medida de necessidade" não apenas para proteger o menor, mas também o interesse social (fl. 63).

O Impetrante postula, na presente oportunidade, seja deferida a autorização de saída, nos finais de semana, para visitar sua família. Alega, para tanto, que são ilegais as limitações agregadas à medida socioeducativa de semiliberdade impostas ao menor infrator, responsabilizado pela prática de ato infracional análogo ao descrito no art. 157, § 2°, I e II, do Código Penal.

O pedido liminar foi indeferido.

Estando os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da autoridade impetrada.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer de lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Jair Brandão de Souza Meira, opinou pela denegação da ordem, nos seguintes termos:

> "Ementa: *Habeas corpus* substitutivo. ECA. Medida socioeducativa de semiliberdade. Restrições, por parte do Magistrado, às atividades externas.
>
> Possibilidade. Ausência de constrangimento ilegal.
>
> Parecer pela denegação da ordem." (Fl. 77)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra **Laurita Vaz** (Relatora): Alega o Impetrante, na presente impetração, violação ao direito de visita assegurado ao paciente, de maneira injustificável, por livre arbítrio da autoridade impetrada.

A pretensão, todavia, não procede.

Com efeito, inexiste violação ao direito do paciente de visitar os seus familiares, ainda que tal benefício esteja limitado e condicionado ao comportamento apresentado pelo menor infrator.

Assim destacou o Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude, ao fixar-lhe o direito de visitas:

"As demais atividades externas, reguladas pela direção da Unidade, obedecerão aos estreitos limites estabelecidos nos artigos 122 a 124 da Lei n. 7.210/1994, aplicável *ex vi* ao art. 152 do ECA, à míngua de outros dispositivos regulares. *A visita à família será progressiva e condicionada ao bom comportamento do adolescente, tolerando-se a sua concessão por dois dias de cada vez, até máximo de 14 (quatorze) dias por trimestre.*" (Fl. 39) (grifei)

Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o disposto no art. 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamenta a reintegração do menor infrator à sociedade, confere ao Juizado da Infância e Juventude a possibilidade de impor restrições às saídas do paciente para visitar sua família, condicionadas ao seu bom comportamento e à forma progressiva.

Nesse sentido, confira-se:

"EMENTA: ***RHC. Fato análogo ao tráfico de entorpecentes. Regime de semiliberdade. Restrições. Possibilidade.***

A possibilidade de realização de atividades externas pelo menor infrator, no regime de semiliberdade, é poder atribuído ao Juiz (art. 120, ECA).

Cabe ao Magistrado, atendendo à finalidade da medida socioeducativa (ressocialização, profissionalização e escolarização), controlar e fiscalizar essa reinserção.

Aplicação sistemática do art. 124 do ECA, que permite a limitação, em benefício e a favor do menor.

Recurso desprovido."

(RHC n. 13.278/RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *DJ* de 04.08.2003, p. 327)

"EMENTA: ***Criminal. RHC. ECA. Semiliberdade. Restrição à saída para visita familiar. Possibilidade. Controle e fiscalização das atividades pelo magistrado. Objetivos do sistema. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso desprovido.***

O disposto no art. 120 da Lei n. 8.069/1990 não afasta o controle e a fiscalização, pelo Magistrado de 1° grau, das atividades externas realizadas pelo menor, quando sujeito à medida de semiliberdade.

Em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa à reintegração do

menor à sociedade, não há que se falar em constrangimento ilegal decorrente da decisão do MM. Juiz singular que restringe as saídas do menor para visitar sua família ao seu bom comportamento e à forma progressiva.

Restrições do douto Juiz que se afiguram compatíveis com os objetivos do sistema.

Recurso desprovido."

(RHC n. 13.590/RJ, Relator Ministro Gilson Dipp, *DJ* de 10.03.2003, p. 250)

Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, *denego* a ordem.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 499.071 – SP (2002/0156127-3)

Relator: *Ministro José Arnaldo da Fonseca*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*
Recorrido: *Mauro Donizete Rodrigues (Preso)*
Advogada: *Rosana Arruda Bonomo*

EMENTA

Recurso especial. Penal e Processo Penal. Execução. Falta grave. Perda dos dias remidos. Art. 127 da LEP. Inexistência de direito adquirido. Recurso provido.

"Não se vislumbra ilegalidade na decretação da perda dos dias remidos pelo Juízo de Execução, quando demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade, *ex vi* do art. 127 da Lei n. 7.210/1984. Direito adquirido. Inexistência."

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 26 de agosto de 2003 (data do julgamento). Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

DJ de 29.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **José Arnaldo da Fonseca**: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra decisão proferida pela colenda Sexta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal daquele Estado que, por maioria, deu parcial provimento ao agravo em execução para declarar a perda dos dias remidos somente a partir da segunda execução, contra o voto do Relator que dava provimento integral, anulando a decisão. Restou assim fundamentada a decisão, na parte que interessa (fls. 67/68):

> "Divirjo, em parte, do voto do preclaro Relator que dá provimento total ao agravo.
>
> Isto porque a falta grave referida na sentença diz respeito à fuga ocorrida em 13.05.2000. (Fls. 09/11/17)
>
> Apenas há a perda dos dias remidos a partir do início da segunda execução, ou seja, em 06.05.1999. (Fl. 23)
>
> Dias anteriores remidos caso subsistentes até essa data são mantidos porque integrantes da execução já finda (1ª execução - início em 30.10.1992 e término em 05.05.1998, fls. 22 e 22 v.)."

Alega que, ao decidir dessa maneira, a Turma Julgadora contrariou o art. 127 da Lei de Execução Penal. Defende que ainda que as condenações sejam autuadas separadamente, de acordo com a entrada da "Guia de Recolhimento", a execução é um todo e, dessa maneira, somente com o cumprimento integral da pena é que o sentenciado terá exercido seu direito a fruir desse benefício. Assevera que enquanto houver condenação em andamento, ainda que alguma pena tenha sido julgada extinta, não há que se falar em direito adquirido.

Aduz, ainda, que há divergência jurisprudencial sobre a matéria.

Contra-razões às fls. 97/107.

O Tribunal *a quo* admitiu 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): Esta colenda Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento de que não se vislumbra

ilegalidade na decretação da perda dos dias remidos pelo Juízo de Execução, quando demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade, *ex vi* do art. 127 da Lei n. *7.210/1984*.

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

> *"Penal e Processual Penal. Falta grave no cumprimento da pena. Perda dos dias remidos. Art. 127 da Lei n. 7.210/1984. Coisa julgada e direito adquirido. Não-prevalência em face do dispositivo legal.*
>
> 1 - A dicção do art. 127 da Lei n. 7.210/1984 é clara ao estabelecer que o condenado que cometer falta grave, durante a execução da pena, perderá os dias remidos, motivo pelo qual não há falar em coisa julgada e direito adquirido. Precedentes da Corte.
>
> 2 - Recurso conhecido e provido." (REsp n. 303.358/SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *DJ* de 21.10.2002)

> ***"Criminal. REsp. Execução. Falta grave. Perda dos dias remidos. Art. 127 da LEP. Inexistência de direito adquirido. Recurso provido.***
>
> Não se vislumbra ilegalidade na decretação de perda dos dias remidos pelo Juízo de Execução, quando demonstrada a ocorrência de falta grave durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade, *ex vi* do art. 127 da Lei n. 7.210/1984.
>
> Não se cogita de eventual direito adquirido ao tempo remido. Precedentes.
>
> Recurso conhecido e provido para cassar a decisão recorrida e restabelecer a decisão de primeiro grau de jurisdição, quanto à perda dos dias remidos." (REsp n. 406.857/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, *DJ* de 16.09.2002)

Leio, ainda, trechos importantes do parecer Ministerial, *verbis* (fls. 118/120):

> "Trata-se de recurso especial impetrado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 78/90), com espeque nas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Sexta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que, julgando agravo

em execução, interposto por Mauro Donizete Rodrigues, lhe deu parcial provimento (fls. 66/71).

Alega o recorrente que o v. acórdão contrariou o art. 127 da Lei de Execução Penal, além de divergir de julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Contra-razões, às fls. 97/107. Recurso admitido, às fls. 113/114.

É o quanto basta à compreensão da *quaestio juris*.

Legitimidade e interesse processuais observados. Tempestividade cumprida, posto que a intimação pessoal do representante do *Parquet* se deu em 07.05.2002 (fl. 72). Matéria prequestionada. Demonstração de negativa de vigência a dispositivo de lei federal. Divergência pretoriana apontada, na forma do quanto disposto no art. 255, do RISTJ.

Assim, é de ser conhecido o presente recurso. No mérito, razão assiste ao recorrente.

O V. acórdão recorrido deu eficácia limitada ao que dispõe o art. 127 da Lei de Execução Penal, ao entender que a falta grave cometida pelo recorrido implicava, sim, perda de dias remidos, mas, tão-só, dos dias remidos relativos à segunda execução, mantendo os referentes à primeira execução, abrangidos pela coisa julgada.

Na esteira da argumentação do recorrente, o acórdão vergastado, de fato, não deu a melhor interpretação ao dispositivo.

Doutrina JULIO MIRABETE:

> "Nos termos em que é regulada a remição, a inexistência de punição por falta grave é um dos requisitos exigidos para que o condenado mantenha o benefício da redução da pena. Praticando falta grave, o condenado deixa de ter o direito à remição, assim como, por exemplo, se revoga o *sursis*, ou o livramento condicional quando o condenado pratica novo crime ou sofre condenação durante o período de prova (fixado ou prorrogado)." ("*Execução Penal*", Atlas, 8ª ed., p. 297).

À vista do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar a decisão recorrida e restabelecer a decisão de primeiro grau quanto à perda dos dias remidos.

RECURSO ESPECIAL N. 778.439 – RJ (2005/0145221-8) (*)

Relator: *Ministro Hélio Quaglia Barbosa*
Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*
Recorrida: *Sueli Gonçalves Bezerra (Presa)*
Advogado: *Murilo Gonzalez Peres*

EMENTA

Recurso Especial. Execução Penal. Comutação. Espécie de indulto parcial. Impossibilidade de comutação para condenados por crime hediondo. Impossibilidade. Recurso Provido.

DECISÃO

1. Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **"a"** e **"c"**, da Constituição Federal, contra acórdão do e. Tribunal de Justiça daquele Estado, que, negando provimento ao agravo de execução do *Parquet*, manteve a comutação da pena de SUELI GONÇALVES BEZERRA, condenada por dois homicídios qualificados à vinte e seis anos de reclusão, em razão do Decreto Presidencial 4.495/2002.

O recorrente alega violação do artigo 2°, inciso I da Lei 8.072/90, bem como aponta divergência do acórdão objurgado com precedentes deste STJ e do STF. Pugna que seja cassada a comutação da pena indevidamente concedida à recorrida.

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 240 verso).

Admissibilidade positiva na origem (fls. 243/245).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso (fls. 250/252).

É o relatório.

Decido.

2. O recurso merece ser provido.

3. Com efeito, é cediço nesta Corte, o entendimento de que a comutação da pena é espécie de indulto parcial, não podendo ser concedida nos casos em que a lei excepciona. Na espécie, o Decreto n° 4.495/2002 veda, expressamente, a concessão de indulto aos condenados por delito hediondo, *verbis:*

> "**Art. 7.** Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os:

(*) *Vide* Seção de Pareceres e Razões.

I - condenados por crime hediondo, de tortura e terrorismo;"

Registre-se que a 6° Turma já julgou casos análogos ao ora *sub judice*, dos quais destaco de minha relatoria:

> "***Recurso Especial. Execução penal. Comutação é espécie de indulto parcial. Impossibilidade de comutação para condenados por roubo com emprego de arma de fogo. Decreto 3.226/99.***
>
> **1** - Não é possível a concessão de indulto a condenados pelo crime de roubo com emprego de arma de fogo. Inteligência do art. 7°, *IV*, do Decreto 3.226/99.
>
> **2** - A comutação de pena é espécie de indulto parcial.
>
> **3** - Recurso provido." (**REsp 363.370/RS**, Sexta Turma, Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJ* de 20/09/04).

Nesse sentido, também:

> "***Penal e Processual Penal. Recurso Especial. Art. 121, § 2°, Incisos I, III E IV; Art. 155, caput, e Art. 157, § 2°, Incisos I e II, do Código Penal. Crime cometido antes da Lei n.° 8.930/94. Decreto n.° 4.495/2002. Comutação de pena. Impossibilidade.*** **I** - Não incorre em transgressão ao preceito inscrito no art. 5°, XL, da CF, a decisão que não concedeu o benefício da comutação da pena ao sentenciado por homicídio qualificado, consumado em momento anterior à edição da Lei n.° 8.930/94, sob o argumento de que o Decreto n.° 4.495/2002 excluiu da benevolência estatal os condenados por crimes hediondos. **II** - A circunstância de o delito ter se consumado em momento anterior à sua qualificação como hediondo não afasta a vedação imposta no Decreto Presidencial, visto que a natureza dos crimes suscetíveis de comutação de pena é aferida à época da edição da norma instituidora do benefício (precedentes do STJ e do Pretório Excelso). Recurso provido."(**REsp 696.226/DF**, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 20/06/2005)

4. Pelo exposto, **dou provimento** ao recurso, para cassar a comutação da pena indevidamente concedida à recorrida.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2005.

Ministro **Helio Quaglia Barbosa**, Relator

Jurisprudência Cível

RECURSO ESPECIAL N. 78.916 – SP (1995/0057325-3)

Relator: *Ministro Castro Meira*
Recorrente: *Município de Santos*
Advogados: *Ilza de Oliveira Joaquim e outros*
Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

EMENTA

Administrativo. Ação civil pública. Contrato sem licitação. Dano ao Erário. Cabimento.

1. Cabimento de ação civil pública para anular contratos firmados, com dispensa de licitação, entre a Prefeitura Municipal de Santos e terceiros, visando coibir danos ao Erário Municipal.

2. A despeito de ser a ação civil pública, em razão de suas finalidades sociais, preponderantemente condenatória, implicando na obrigação de fazer ou não fazer, esta Corte tem-na admitido para defesa do Erário. Precedentes.

3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Brasília-DF, 03 de agosto de 2004 (data do julgamento). Ministro Castro Meira, Relator.

***DJ* de 06.09.2004.**

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Castro Meira**: Em agravo de instrumento, nos autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, objetivando a anulação de contratos firmados com terceiros, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou o seguinte entendimento:

"Mantém-se a r. decisão recorrida, que vem solidamente fundamentada pela ilustre Juíza Márcia Cardoso.

Deixou pontificado Sua Exa. que 'a ação civil pública serve para além das hipóteses expressamente previstas na lei, também atender qualquer outro interesse difuso ou coletivo, seja pelo Ministério Público ou pelos demais legitimados pelo artigo 5º da LACP'.

A circunstância de decorrer de contrato celebrado pelo agravante com empresas privadas o ato combatido não impede que os referidos legitimados promovam a ação para fazer cessar o dano eventualmente ocorrido e bem assim promover a responsabilidade dos seus causadores" (fls. 137/138).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 150/152).

Com amparo na alínea c do permissivo constitucional, o Município de Santos interpôs recurso especial, sob a alegação de que o acórdão atacado dissentiu de julgados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e dos Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais e do Paraná. Aduz:

"A prestação jurisdicional colimada pelo legitimado, o Ministério Público do Estado de São Paulo, é para anular contratos administrativos firmados entre empresa privada e a Prefeitura Municipal de Santos, sob a alegação de que não houve suporte para a contratação com dispensa do procedimento licitatório por notória especialização.

Com efeito, o pedido formulado pelo autor da ação civil pública, ora recorrido, não imputa à Municipalidade qualquer das obrigações constantes do artigo 3º da Lei Federal n. 7.347/1985: reporta-se, ao contrário, a uma prestação jurisdicional (a da anulação dos contratos) que não se confunde com qualquer obrigação a ser prestada pelos réus.

Não se verificará, se por absurdo for atendido o pedido contido na peça exordial da ação civil pública, qualquer daquelas três prestações constantes do texto legal: não haverá condenação em dinheiro; não haverá condenação em obrigação de fazer ou de não fazer. O que se pretende é a anulação, pelo Poder Judiciário, de um ato administrativo.

> Nesse passo, a norma posta no ordenamento jurídico para tal - proceder a anulação de atos administrativos causadores de lesão aos cofres públicos - e a ação popular, de acordo com artigo 5°, LXXIII e segundo o procedimento previsto na Lei n. 4.717/1965 recepcionada pelo texto constitucional.
>
> A concomitância das Leis ns. 7.347/1985 e 4.717/1965 é possível tendo-se em vista que são normas adjetivas postas no ordenamento jurídico mas voltadas, cada qual, para a proteção de determinado interesse dentro de suas áreas de abrangência.
>
> A ação civil pública não possibilita a declaração de nulidade ou a anulação de ato administrativo, o qual, inclusive, presume-se legal, haja vista estar amparado na legislação pertinente (o antigo Estatuto das Licitações, o Decreto-Lei n. 2.300/1986)" - fl. 158 - .

Nas contra-razões, o recorrido sustenta a inadmissibilidade do recurso por ausência de comprovação do dissídio jurisprudencial nos moldes regimentais, inclusive porque as cópias dos arestos colacionados não estão autenticadas.

O 3° Vice-Presidente do Tribunal *a quo* admitiu o recurso apenas em relação ao paradigma do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, apresentado pela recorrente, posto que, nos demais precedentes citados faltou mencionar o repositório oficial.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso especial, porque o acórdão está em "consonância com a jurisprudência assente desta Corte que reconhece a legitimidade do Ministério Público para, através da ação civil pública, defender o patrimônio público".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Castro Meira** (Relator): A questão cinge-se ao cabimento de ação civil pública, na qual o Ministério Público Estadual pleiteia a anulação de contrato administrativo firmado com terceiros, com dispensa de licitação.

Comprovada a divergência nos moldes regimentais, o recurso merece conhecimento.

O Ministério Público tem poderes conferidos pelo artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, para propor ação civil pública, visando à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Por outro lado, o artigo 3° da Lei n. 7.347/1985 dispõe:

"A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

No caso dos autos, foi proposta ação civil pública para anular contratos firmados, com dispensa de licitação, entre a Prefeitura Municipal de Santos, ora recorrente, e terceiros, visando coibir danos ao Erário Municipal.

A despeito de ser a ação civil pública, em razão de suas finalidades sociais, preponderantemente condenatória, implicando na obrigação de fazer ou não fazer, esta Corte tem-na admitido para defesa do Erário. Nesse sentido são os seguintes precedentes:

> *"Processual Civil. Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Necessidade de prévio procedimento licitatório para celebração de contrato administrativo entre unidade da Federação e ente privado (art. 37, XXI, da Constituição Federal, e art. 3° da Lei n. 8.666/1993). Recurso improvido.*
>
> **1.** Com a Constituição de 1988, o Ministério Público teve distendido seu campo de atuação - art. 129, III -, cabendo-lhe a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta pelo art. 1° da Lei n. 7.347/1985. Precedentes do STJ.
>
> **2.** Recurso especial conhecido, mas improvido. (REsp n. 137.101/MA, Relator Ministro Adhemar Maciel, *DJ* de 14.09.1998);

> *"Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Dano ao Erário. Licitação. Economia mista. Responsabilidade.*
>
> **1.** O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública visando resguardar a integridade do patrimônio público (sociedade de economia mista) atingido por contratos de efeitos financeiros firmados sem licitação. Precedentes.
>
> **2.** Ausência, na relação jurídica discutida, dos predicados exigidos para dispensa de licitação.
>
> **3.** Contratos celebrados que feriram princípios norteadores do atuar administrativo: legalidade,

moralidade, impessoalidade e proteção ao patrimônio público.

4. Contratos firmados, sem licitação, para a elaboração de estudos, planejamento, projetos e especificações visando empreendimentos habitacionais. Sociedade de economia mista como órgão contratante e pessoa jurídica particular como contratada. Ausência de características específicas de notória especialização e de prestação de serviço singular.

5. Adequação de ação civil pública para resguardar o patrimônio público, sem afastamento da ação popular. Objetivos diferentes.

6. É imprescritível a ação civil pública visando à recomposição do patrimônio público (art. 37, § 5°, CF/1988).

7. Inexistência, no caso, de cerceamento de defesa. Causa madura para que recebesse julgamento antecipado, haja vista que todos os fatos necessários ao seu julgamento estavam, por via documental, depositados nos autos.

8. O fato de o Tribunal de Contas ter apreciado os contratos administrativo não impede o exame dos mesmos em sede de ação civil pública pelo Poder Judiciário.

9. Contratações celebradas e respectivos aditivos que não se enquadram no conceito de notória especialização, nem no do serviço a ser prestado ter caráter singular. Contorno da exigência de licitação inadmissível. Ofensa aos princípios norteadores da atuação da Administração Pública.

10. Atos administrativos declarados nulos por serem lesivos ao patrimônio público. Ressarcimento devido pelos causadores do dano.

11. Recurso do Ministério Público provido, com o reconhecimento de sua legitimidade.

12. Recursos das partes demandadas conhecidos parcialmente e, na parte conhecida, improvidos" (REsp n. 403.153/SP, Relator Ministro José Delgado, *DJ* de 20.10.2003).

A Primeira Seção deste Tribunal reafirmou esse entendimento, ao julgar os Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 77.064/MG, nos termos da seguinte ementa:

"Processual Civil. Embargos de divergência (arts. 496, VIII, e 546, I, CPC). Dano ao Erário público. Ação civil pública. Legitimação ativa do Ministério Público Federal. Leis ns. 7.347/1985 e 8.078/1990 (art. 1º).

1. Dano ao Erário Municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público a promover ação civil pública, objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos. A legislação ordinária de regência filiou-se a essa ordem constitucional.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Embargos acolhidos" (Relator Ministro Milton Luiz Pereira, *DJ* de 11.03.2002).

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 445.662 – RO (2002/0079244-7)

Relatora: *Ministra Nancy Andrighi*
Recorrente: *Osmar Ferreira da Silva*
Advogados: *Orestes Muniz Filho e outros*
Recorrente: *Erasto Villa-Verde de Carvalho*
Advogado: *Erasto Villa-Verde de Carvalho (em causa própria)*
Recorrentes: *João Wilson de Almeida Gondim e outros*
Advogado: *Ney Luiz de Freitas Leal*
Recorrido: *Ministério Público do Estado de Rondônia*

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Instituição financeira. Ação para responsabilização dos ex-administradores. Regime de administração especial temporária. Cessação. Ministério Público. Legitimidade.

- O Ministério Público não perde a legitimidade para prosseguir na ação de responsabilidade de ex-administradoras de instituições financeiras após o levantamento do regime de administração especial e temporária. Art. 7°, II, da Lei n. 9.447/1997. Precedente da Segunda Seção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira

Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer dos recursos especiais. Os Srs. Ministros Castro Filho, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra-Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Sustentou oralmente, o Dr. Erastro Villa-Verde de Carvalho, pelo recorrente.

Brasília-DF, 13 de maio de 2003 (data do julgamento). Ministra Nancy Andrighi, Relatora.

DJ de 09.06.2003

RELATÓRIO

Cuida-se dos recursos especiais, respectivamente interpostos por Osmar Ferreira da Silva, por Erasto Villa-Verde de Carvalho e por João Wilson de Almeida Gondim, Ismael Borges Sobrinho e João Mendonça de Amorim Filho, contra acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça de Rondônia.

O Ministério Público do Estado de Rondônia propôs ação de conhecimento sob o rito ordinário em face de Erasto Villa-Verde de Carvalho, Edmar Costa, Ismael Borges Sobrinho, João Mendonça de Amorim Filho, Maria Clenira Rodrigues de Macedo, João Wilson de Almeida Gondim, Luiz Fernando Mouta Moreira, Paulo Henrique de Almeida e Osmar Ferreira da Silva, com o objetivo de condená-los ao pagamento de indenização por danos materiais.

Sustentou que, em razão da ocorrência de irregularidades na Rondônia Crédito Imobiliário (Rondonpoup), instituição cuja maioria das ações pertencem ao Banco do Estado de Rondônia (Beron), o Banco Central do Brasil interveio por meio da decretação de regime de administração especial e temporária, designando assim uma Comissão de Inquérito para apurar os fatos e aferir a responsabilidade dos seus administradores, nos termos da Lei n. 6.024/1974.

Concluídas as investigações, detectou-se, para o período de 1°. 01. 1985 a 28.04.1995, prejuízo estimado e representado pelo patrimônio líquido negativo no elevado montante de R$ 16.690.441,75.

Sob a alegação de que parte desse preJuízo foi ocasionada pela má administração da mencionada instituição financeira na gestão dos réus, integrantes da Diretoria Executiva e do Conselho de Administração, e em consideração à natureza objetiva da responsabilidade dos administradores das instituições financeiras, pugnou o recorrido pela condenação dos recorrentes e demais réus, solidariamente, ao pagamento da quantia total de R$ 3.290.325,70.

O Juízo de primeiro grau extinguiu o processo sem julgamento do mérito, ao entendimento de que, em razão da cessão do regime de administração especial e temporária a que foi submetido o Banco do Estado de Rondônia S/A, pelo Ato n. 814, de 14.08.1998, do Bacen, não mais subsiste a legitimidade do recorrido para propositura de ação visando à responsabilização dos ex-administradores

do Beron.

Inconformado, o recorrido apelou ao Tribunal de origem. O acórdão restou assim ementado:

> *"Ação de responsabilidade. Regime de administração especial e temporária. Banco. Legitimidade do Ministério Público.*
>
> A Lei n. 9.447/1997 concede legitimidade ao Ministério Público para atuar no pólo ativo da ação de responsabilidade de ex-administradores, mesmo cessado o regime de administração especial e temporária imposto pelo Banco Central."

Interpostos embargos declaratórios pelos recorrentes, restaram rejeitados.

Dessa forma, sobreveio a interposição de recursos especiais, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c, por:

> 1) *Osmar Ferreira da Silva* (fls. 2.385/2.404) - Alega o recorrente ofensa aos artigos:
> a) 535, II, do CPC - o Tribunal de origem restou omisso ao deixar de se manifestar sobre a questão da falta de interesse de agir do recorrido;
> b) 3° e 267, VI, do CPC, e 45 e 46 da Lei n. 6.024/1974.

Também alega dissídio jurisprudencial em relação aos acórdãos proferidos quando do julgamento do Recurso Especial n. 8.286, Rel. Min. Athos Carneiro, do Recurso Especial n. 13.847, Rel. Min. Fontes de Alencar, e do Recurso Especial n. 159.921, Rel. Min. Waldemar Zveiter.

Afirma que não mais subsiste a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação visando à responsabilização dos ex-administradores da instituição financeira após cessado o regime de intervenção estabelecido pelo Bacen.

Nesse particular, aduz que, para efeito de comprovação da similitude fática dos casos confrontados, a liquidação extrajudicial se equipara ao regime de administração especial e temporária.

> 2) *Erasto Villa-Verde de Carvalho* (fls. 2.455/2.483) - sustenta violação dos artigos:
> a) 535, II, do CPC - o Tribunal de origem omitiu-se ao não se pronunciar sobre a aplicação do art. 127 da Magna Carta;
> b) 3° e 267, VI, do CPC e 45 e 46 da Lei n. 6.024/1974
> c) 7°, II, da Lei n. 9.447/1997 - esse dispositivo legal não se presta para se decidir pela legitimidade para a causa e

pelo interesse de agir do recorrido para prosseguir com a ação de responsabilização em razão da cessação do regime especial de administração temporária.

Sustenta dissenso pretoriano relativamente aos acórdãos no Recurso Especial 159.921, Rel. Min. Waldemar Zveiter, no Recurso Especial n. 13.847, Rel. Min. Fontes de Alencar, no Recurso Especial n. 77.247, Rel. Min. Menezes Direito e no recurso Extraordinário n. 166.176, Rel. Min. Maurício Corrêa.

3) *João Wilson de Almeida Gondim, Ismael Borges Sobrinho* e *João Mendonça de Amorim Filho* (fls. 2.539/2.553) – Aduzem ofensa aos artigos:
a) 535, I e II, do CPC - o Tribunal de origem restou omisso por não ter se manifestado sobre a questão do interesse de agir do recorrido;
b) 267, VI, do CPC.

Alegam dissídio jurisprudencial quanto aos acórdãos proferidos no Recurso Especial n. 13.847, Rel. Min. Fontes de Alencar, no Recurso Especial n. 8.286, Rel. Min. Athos Carneiro, e no Recurso Especial n. 159.921, Rel. Min. Waldemar Zveiter.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento dos recursos especiais interpostos no parecer às fls. 2.669/2.673.

É o relatório.

VOTO

A questão posta a desate pelos recorrentes consiste em aferir a legitimidade do Ministério Público para o prosseguimento de ação de conhecimento pela qual visa à responsabilização de ex-administradores de instituição financeira relativamente a qual restou cessado o regime de administração especial e temporária decretado pelo Banco Central do Brasil.

Analise-se, pois, cada um dos recursos especiais interpostos.

1) ***Do recurso especial interposto por Osmar Ferreira da Silva***

I - Art. 535, II, do CPC

Alega o recorrente que não houve manifestação do Tribunal de origem sobre a questão do interesse de agir do recorrido.

No acórdão proferido quando do julgamento dos embargos de declaração interpostos pelo recorrente, assim se manifestou o Tribunal de origem (fl. 2.378):

"O interesse do Ministério Público advém da lei. No

recurso de apelação, foi discutida apenas a legitimidade ou não de ele continuar no pólo ativo da ação. Qualquer outro questionamento além, como o da prescrição alegada aqui, por exemplo, é questão de mérito e este ainda não havia sido analisando no Juízo de primeiro grau, porque o MM. Juiz *a quo* julgou extinto o processo por carência de ação. O contrário disso redundaria em supressão de um grau de jurisdição."

Verifica-se, assim, que houve expressa manifestação do Tribunal de origem sobre a questão, ainda que de forma contrária aos interesses do recorrente.

Conclui-se, pois, pela ausência de violação ao art. 535, II, do CPC.

II - Arts. 3° e 267, VI, do CPC, e 45 e 46 da Lei n. 6.024/1974.

No tocante à apontada violação desses dispositivos legais, verifica-se nas razões do recurso especial que o recorrente se limitou a anunciar a ofensa.

Furtou-se, contudo, de tecer argumentação suficiente para que se fosse possível a compreensão da verdadeira questão federal suscitada.

Nesse particular, incide a Súmula n. 284/STF.

III - Dissídio jurisprudencial

Porquanto se alegou dissenso pretoriano em todos os recursos especiais interpostos, sendo inclusive coincidentes os acórdãos paradigmas, o tema será apreciado oportunamente para todos os recorrentes.

2) *Do recurso especial interposto por Erasto Villa-Verde de Carvalho*

I - Art. 535, II, do CPC

Aduz o recorrente que o Tribunal de origem se omitiu ao não se pronunciar sobre a aplicação do art. 127 da Magna Carta.

A respeito da questão, mister se faz consignar que o Tribunal de origem não está obrigado a se manifestar sobre todas as questões colocadas pela parte, mas tão-somente sobre os temas indispensáveis ao deslinde da controvérsia. É o que se verifica na jurisprudência assente no STJ.

Na medida em que o acórdão recorrido dispôs expressa e fundamentadamente sobre o tema da legitimidade do recorrido para a propositura da ação em análise, não há de se falar em ofensa ao art. 535, II, do CPC.

II - Arts. 3° e 267, VI, do CPC, e 45 e 46 da Lei n. 6.024/1974

No tocante à apontada violação desses dispositivos legais, verifica-se nas razões do recurso especial que o recorrente se limitou a anunciar a ofensa.

Furtou-se, contudo, de tecer argumentação suficiente para que se fosse possível a compreensão da verdadeira questão federal suscitada.

Nesse particular, incide a Súmula n. 284/STF.

II - Art. 7°, II, da Lei n. 9.447/1997 e dissídio jurisprudencial

A propalada violação desse dispositivo legal e o dissídio jurisprudencial apontado serão examinados oportunamente para todos os recorrentes, pois se trata de questão comum.

3) *Do recurso especial interposto por João Wilson de Almeida Gondim, Ismael Borges Sobrinho* e *João Mendonça de Amorim Filho*

I - Art. 535, I e II, do CPC

O recorrente alega omissão no acórdão recorrido pela ausência de menção ao tema do interesse de agir do recorrido.

No entanto, assim consta do acórdão que apreciou os embargos de declaração interpostos pelos ora recorrentes (fl. 2.379):

> "O interesse do Ministério Público advém da lei. No recurso de apelação foi discutida a legitimidade ou não de ele continuar no pólo ativo da ação. Qualquer outro questionamento além é questão de mérito ainda não passada no Juízo de primeiro grau, porque o MM. Juiz *a quo* havia julgado extinto processo sem julgamento do mérito, por carência de ação. Ao contrário disso, redundaria em supressão de um grau de jurisdição."

Porquanto a questão supostamente omitida restou dirimida no acórdão recorrido, não há de se falar em ofensa ao art. 535, I e II, do CPC.

II - Art. 267, VI, do CPC

Não se mostra possível o conhecimento do recurso especial nessa parte, pois os recorrentes limitaram a anunciar a violação, deixando de elencar as razões pelas quais restou violado esse dispositivo legal.

Incide, na hipótese, a Súmula n. 284/STF.

Do dissídio jurisprudencial apontado nos recursos especiais interpostos por Osmar Ferreira da Silva (1), Erasto Villa-Verde de Carvalho (2) e João Wilson Almeida Gondim, Ismael Borges Sobrinho e João Mendonça de Amorim Filho (3).

Os recorrentes colacionaram diversos precedentes no sentido de que a cessação do regime de intervenção do Bacen torna insubsistente a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação de responsabilização dos ex-administradores da instituição financeira investigada.

No entanto, a Segunda Seção deste Tribunal, quando do julgamento do Recurso Especial n. 444.948, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 03.02.2003, no qual figuraram como recorrentes Ismael Borges Sobrinho e outros, e como recorrido o Ministério Público do Estado de Rondônia, mesmas partes figurantes do recurso especial em análise, decidiu que a cessação do regime de administração especial e temporária a que foi submetido o Banco do Estado de Rondônia não tem o condão de extinguir a legitimidade do Ministério Público desse Estado para a propositura de ação visando à responsabilização dos ex-administradores da aludida instituição financeira.

O acórdão prolatado restou assim ementado:

> ***"Instituição financeira. Regime de administração especial temporária. Cessação. Ministério Público. Legitimidade.***
>
> O Ministério Público não perde a legitimidade para prosseguir na ação de responsabilidade de administradoras de instituições financeiras após o levantamento do regime de administração especial e temporária. Lei n. 9.447/ 1997.
>
> Recurso não conhecido."

Ressalte-se que, ainda que cessado o regime de administração especial temporária e proposta a ação sob análise em data anterior à edição da Lei n. 9.447/ 1997, o entendimento firmado nesse precedente há de prevalecer, haja vista o fato de as partes recorrentes no presente recurso especial serem as mesmas daqueloutro recurso.

Porquanto o acórdão recorrido não discrepa da jurisprudência firmada pela Segunda Seção deste Tribunal, não há de se falar em dissídio jurisprudencial.

Forte em tais razões, não conheço dos recursos especiais interpostos pelos recorrentes.

RECURSO ESPECIAL N. 547.170 – SP (2003/0092864-3)

Relator: *Ministro Castro Filho*
Recorrente: *Net Santos Ltda.*
Advogados: *Anelise Cerizze Marcondes e Ione Maia da Silva*
Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

EMENTA

Ação civil pública – Ministério Público Estadual – Legitimidade ativa – Interesse individual homogêneo – Dissídio jurisprudencial não comprovado.

I - É comportável ação civil pública com o objetivo de proteger consumidores de eventual queda na qualidade de serviço prestado por operadora de televisão por assinatura, o que confere legitimidade ativa ao Ministério Público, conforme o disposto na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei n. 7.347/1985.

II - É de ser negado conhecimento ao recurso fundado na alínea c do permissivo constitucional, quando não demonstrada a existência do propalado dissídio.

Com ressalvas quanto à terminologia, não conheço do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília-DF, 09 de dezembro de 2003 (data do julgamento). Ministro Castro Filho, Relator.

DJ de 09.02.2004.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Castro Filho**: Trata-se de agravo de instrumento interposto

por Net Santos Ltda, objetivando a revogação de liminar concedida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Alega a recorrente que o cumprimento da decisão, impondo a distribuição, nos moldes determinados, do guia impresso de programação ou o abatimento proporcional nas mensalidades pagas pelos assinantes, acarretar-lhe-ia prejuízos de difícil reparação.

A Quarta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso. Eis a ementa redigida para o acórdão:

> "Ação civil pública - Deferimento da liminar pleiteada pelo agravado -Ausência do *fumus boni iuris* - Inexistência de previsão contratual para o fornecimento de periódico mensal - 'Guia de programação', revista mensal, que continua a ser editado e distribuído - Inexistência de oferta acerca da distribuição gratuita de periódico nos moldes da revista 'Net TV' - Não-incidência do art. 30 do CDC - Impossibilidade de se reconhecer, em princípio, que houve alteração unilateral do contrato, importando em atitude abusiva da agravante - Inocorrência de transgressão ao art. 33, inciso I, da Lei n. 8.977/1995 - Conhecimento prévio dos programas que assegurado ao assinante - Inviabilidade da outorga da liminar *inaudita altera parte* - Revogação da liminar - Agravo provido em parte.
>
> Ilegitimidade ativa de parte - Ministério Público - Art. 82, inciso I, c.c. o art. 81, parágrafo único, inciso II, ambos do CDC - Pedido que objetiva resguardar os interesses coletivos dos consumidores - Relevante interesse social a justificar a atuação do *Parquet* - Impossibilidade de se decretar a carência da ação - Preliminar rejeitada."

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Ainda inconformada, a agravante interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, apontando como violados os artigos 5º, 16 e 21 da Lei n. 7.347/1985. Trouxe arestos para demonstrar a existência de dissídio jurisprudencial.

Em suas razões, sustentou a ilegitimidade do Ministério Público do Estado de São Paulo para propor ação civil pública contra empresa de televisão por assinatura, pois não haveria, neste caso, interesse coletivo a ser defendido, mas apenas de um pequeno grupo de consumidores, pertencente à classe mais abastada do País.

Contra-arrazoado, o recurso foi admitido na origem.

O Ministério Público Federal, na pessoa do Dr. Roberto Casali, ilustre Subprocurador-Geral da República, opinou pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Castro Filho** (Relator): Conforme relatado, tratam os autos da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública.

Sobre o tema, esta Terceira Turma já decidiu, no julgamento do Recurso Especial n. 308.486/MG, *DJ* de 02.09.2002, *Rev. For.* vol. 367, p. 241, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, nos mesmos moldes do acórdão recorrido. Consignou a ementa do referido julgado, *verbis*:

> *"Código de Defesa do Consumidor. Ação civil pública. Televisão por assinatura. Direitos individuais homogêneos. Dissídio. Precedentes da Corte.*
>
> **1.** O Ministério Público está legitimado pelo Código de Defesa do Consumidor para ajuizar defesa coletiva quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos.
>
> **2.** A televisão por assinatura tem hoje importante presença como instrumento de lazer, contribuindo para a qualidade de vida dos cidadãos, e alcançando significativas parcelas da população, não estando confinada aos estratos mais abastados.
>
> **3.** Há entre os assinantes direito individual homogêneo, decorrente de origem comum, que autoriza a intervenção do Ministério Público.
>
> **4.** Recurso especial não conhecido."

Merecem transcritas as ponderações feitas pelo eminente Ministro-Relator no precedente supracitado:

> "Como assinalei em outra ocasião (REsp n. 72.994/SP, *DJ* de 17.09.2001), o Código de Defesa do Consumidor, expressamente, estabeleceu a definição legal dos direitos individuais homogêneos, ou seja, 'os decorrentes de origem comum', e, igualmente, no art. 82 conferiu a legitimação ativa ao Ministério Público para a defesa coletiva quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos. Ora, o argumento apresentado pela empresa recorrente, no sentido de que a atividade que desempenha não se reveste de relevância social, não

tem força para desqualificar a legitimação ativa do Ministério Público considerando que, sem dúvida, há, no caso, direitos individuais homogêneos de consumidores de serviços de televisão por assinatura, pouco importando o universo de pessoas alcançado, sendo certo que, como está no especial, dispõe a recorrente de 22.000 assinantes, correspondendo a 5% da população de Uberlândia. De igual modo, o fato de ter nascido a ação da impugnação manifestada por cinco assinantes, na minha compreensão, não tem força para afastar a legitimidade do Ministério Público. *O fato é que o direito é individual homogêneo; nos termos da lei especial, o que basta para justificar a iniciativa. Mas, além disso, a televisão a cabo, por assinatura, com o número de assinantes alto, hoje com significativa presença na vida dos cidadãos, não confinada aos de classe mais abastada, tem repercussão suficiente, como instrumento de lazer social, e, portanto, ligada à qualidade de vida, para autorizar a intervenção do Ministério Público.* Não enxergo, assim, a passagem do recurso pela alínea a do permissivo constitucional." - Grifo nosso.

Na esteira desse entendimento, não vislumbro a existência de violação legal.

Por outro lado, é também inadmissível o recurso especial pelo alegado dissídio jurisprudencial, em virtude da não-obediência ao parágrafo único do artigo 541 do Código de Processo Civil e aos §§ 1º e 2º do artigo 255 do Regimento Interno desta egrégia Corte.

O recorrente limitou-se a transcrever trechos de julgados, sem demonstrar as similitudes fáticas e divergências decisórias. Ausente, portanto, o necessário cotejo analítico entre as teses adotadas no acórdão recorrido e nos paradigmas colacionados.

Deixou também de proceder à juntada de cópia autenticada dos arestos, e até mesmo de citar os repertórios de jurisprudência, oficiais ou credenciados, nos quais publicados, sendo certa, ainda, a ausência de similitude entre as bases fáticas dos precedentes trazidos a confronto.

À vista do exposto, ainda atento à terminologia adotada por esta Corte, não conheço do recurso.

É como voto.

2ª Câmara Criminal (*)

RECLAMAÇÃO Nº 24/05

Reclamante: *O Ministério Público*
Reclamado: *Juízo de Direito da Vara Criminal de Nova Friburgo*
Acusado: *Ronildo Gomes da Silva*
Relator: *Desembargador José Carlos Schmidt Murta Ribeiro*

Reclamação Criminal - Protesto por novo Júri - Decisão de 1º grau de jurisdição que admitiu tal recurso pelo somatório das penas dos crimes conexos - Reclamação que se tem como procedente.

Se, conforme se depreende de todo o processado, o MM. Juiz "*a quo*" admitiu o protesto por novo júri interposto pela Defesa do acusado, ao argumento de que a lei processual penal não exige que o crime em relação ao qual tenha sido imposta a pena de vinte anos seja daqueles da competência do tribunal Popular, de se reconhecer que tal decisão merece ser cassada. Cabimento do recurso de protesto por novo júri somente ocorre nas hipóteses em que a pena igual ou superior a vinte anos tenha sido imposta por delito da competência originária e exclusiva do Tribunal do Júri. Reclamação, pois, que se tem como procedente, para o fim de cassar a decisão de 1º Grau de Jurisdição que concedeu o Protesto por novo júri pelo somatório das penas dos crimes conexos, acolhendo-se "*in totum*" o Parecer do Ministério Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 24/05, em que é Recorrente o *Ministério Público* e Recorrido *o Juízo de Direito da Vara Criminal de Nova Friburgo.*

Acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade de votos**, em julgar procedente a presente Reclamação para o fim de cassar a decisão de 1º Grau de Jurisdição que acolheu o protesto por novo júri pelo somatório das penas dos crimes conexos, acolhendo-se "*in totum*" o Parecer do Ministério Público.

(*) *Vide* Seção de Pareceres e Razões.

Rio de Janeiro, 09 de agosto de 2005.

José Carlos Schmidt Murta Ribeiro
Desembargador Presidente e Relator.

VOTO

Trata a hipótese dos autos de Reclamação Criminal requerida pelo Dr. Promotor Público com atribuição junto à Vara Criminal de Nova Friburgo - Júri, contra decisão que deferiu o recurso de protesto por novo júri em ação penal movida contra o acusado *Ronildo Gomes da Silva*, na qual foi condenado à pena de doze anos de reclusão, pelo crime de homicídio qualificado, à pena de vinte anos de reclusão, pelo crime de latrocínio, e, ainda, à pena de um ano de reclusão, pelo crime de furto, em concurso material. Sustenta o "*Parquet*" a inadmissibilidade, na espécie, do protesto por novo júri, visto que o delito cuja pena imposta atingiu o patamar de vinte anos de reclusão, o latrocínio, não é doloso contra a vida, e, portanto, refoge à competência do Tribunal do Júri. Salienta, por fim, que, ainda que se pudesse admitir, "*ad argumentandum tantum*", que a pena de vinte anos de reclusão aplicada a crime conexo não doloso contra a vida pudesse legitimar a interposição de protesto por novo júri, as demais infrações conexas jamais poderiam ser submetidas a novo escrutínio do Tribunal Popular, em razão de haverem sido as respectivas condenações acobertadas pelo manto da coisa julgada (inicial de fls. 02/20). Com a inicial juntaram-se os documentos de fls. 21/87. A liminar requerida foi indeferida à fl. 90. Parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça às fls. 93/97. É o relatório.

A presente Reclamação, ao sentir deste Relator, merece ser conhecida e julgada procedente.

Com efeito, insurge-se o "*Parquet*" contra a r. decisão de fl. 66, que admitiu o protesto por novo júri interposto pela Defesa do acusado Ronildo Gomes da Silva sob os seguintes argumentos: a lei processual penal não exige que o crime em relação ao qual tenha sido imposta a pena de vinte anos seja daqueles de competência do Tribunal do Júri; o recurso de protesto por novo júri funda-se na eqüidade, razão pela qual deve ser feita uma interpretação "*pro reo*" de seus pressupostos, concedendo-se ao acusado nova oportunidade de julgamento.

Tais argumentos, contudo, não comportam acolhimento, impondo-se na espécie a cassação do aludido "*decisum*" de 1º Grau de Jurisdição. Nesse sentido vale transcrever os principais trechos do judicioso Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça acostado às fls. 93/97, o qual aqui e agora se acolhe como razões de decidir, "*in verbis*":

> "Fls. 94/96, "*omissis*" ... A presente reclamação preenche os pressupostos para seu conhecimento, já que a legislação processual não prevê um recurso específico contra a decisão impugnada. Ainda que assim não se

entenda, atendendo-se ao princípio da fungibilidade recursal, deve ser conhecido como se fosse o recurso próprio, pois atende aos requisitos para tal. No mérito, tem-se que o cerne da discussão é o cabimento ou não do recurso de protesto por novo júri aos crimes não dolosos contra a vida, julgados pelo Tribunal leigo, cuja pena aplicada seja igual ou superior a 20 anos. Atento aos bem fundamentados argumentos expendidos pelo Culto Promotor de Justiça, Dr. Marcus Vinícius da Costa Moraes Leite em sua peça inicial, entendemos que lhe assiste inteira razão, devendo portanto ser provida a presente reclamação. (...). Vê-se, dessa forma, que a excepcionalidade dessa via recursal demanda uma interpretação restritiva das normas a ela inerentes, aplicando-se tão somente nos casos de estrita competência originária do Tribunal do Júri (crimes dolosos contra a vida). Assiste inteira razão ao reclamante, ao enfatizar que a competência do Tribunal popular para julgamento dos crimes dolosos contra a vida tem sede constitucional (art. 5º, XXXVIII, *d*) e, excepcionalmente, a legislação ordinária admite a ampliação para julgamento de outros crimes (*i.e.* Conexão ou continência - art. 78, I do CPP). Não pode, desse modo, o intérprete e/ou aplicador da lei imiscuir-se em ampliar sua competência, a qual situa-se em sede constitucional, como já dito. Caso se admita o entendimento esposado pela decisão guerreada, estaríamos diante do absurdo de estabelecermos, de *lege ferenda*, uma hipótese de reexame obrigatório, para todos os crimes praticados em conexão ou continência com os dolosos contra a vida, cuja pena mínima seja igual ou superior a 20 anos (requisito recursal objetivo). Mais absurdo ainda, seria o estímulo dado ao latrocida, por exemplo, para matar uma testemunha ou um comparsa (homicídio qualificado pela conexão teleológica, conseqüencial ou ocasional), para obter benefícios que não teria caso cometesse tão somente o delito patrimonial, quais sejam, julgamento pelo tribunal popular, com a possibilidade de mais um recurso (protesto por novo júri), que *in casu* seria automático. Nem se diga, como faz crer o culto Magistrado, que não restringindo o legislador a hipótese para outros delitos que não os dolosos contra a vida, impõe-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, com sua admissão (...). Fácil verificar que o Protesto por Novo Júri foge a todos esses fundamentos, restringindo-se tão somente ao *quantum* da

pena imposta. Assim, a hipótese de crimes não dolosos contra a vida julgados pelo Tribunal leigo já está devidamente tutelada pelas vias recursais ordinárias, resultando em uma verdadeira distorção jurídica, a admissibilidade daquele recurso especialíssimo, com as conseqüências danosas já citadas, ao nosso ordenamento jurídico. (...) Pelo exposto, o parecer é no sentido de ser conhecida e provida a presente reclamação."

Logo, por força de tais fundamentos, não caberia ao Juízo Reclamado admitir o protesto por novo júri interposto pela Defesa do acusado, vez que tal recurso somente é cabível nas hipóteses em que a pena igual ou superior a vinte anos tenha sido imposta por delito da competência originária e exclusiva do Tribunal do Júri, isto é, por crime doloso contra a vida.

Meu voto, por conseguinte, é no sentido de julgar procedente a presente Reclamação, para o fim de cassar a decisão de 1º Grau de Jurisdição que acolheu o protesto por novo júri pelo somatório das penas dos crimes conexos, acolhendo-se "*in totum*" o Parecer do Ministério Público acostado às fls. 93/97.

Rio de Janeiro, 09 de agosto de 2005.

JOSÉ CARLOS SCHMIDT MURTA RIBEIRO
Desembargador Relator

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

A Constitucionalidade do Regime Integralmente Fechado para Crimes Hediondos e Assemelhados.

ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS (*)

ACÓRDÃO

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal – v. *Informativos* 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional,

sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.2.2006. (HC- 82959)

1. Do Fato:

O paciente do *habeas* teve, em seu desfavor, condenação a uma pena de 12 anos e 3 meses de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, em razão da prática do crime de atentado violento ao pudor contra vítima menor de 14 anos de idade. Utilizou-se das vias recursais ordinárias, no âmbito do estado de São Paulo, para impugnar tal decisão, sem, contudo, obter sucesso. Demandou, então, via *habeas corpus*, ao Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que foi proferido o seguinte acórdão:

> ***Processo Penal. Habeas Corpus. Atentado violento ao pudor. Inexistência de lesão corporal grave ou morte. Violência presumida. Crime hediondo. Regime integralmente fechado. Art. 2°, § 1°, Lei 8.072/90. Constitucionalidade. Não revogação pela Lei 9.455/97.*** - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no artigo 2°, § 1°, da Lei 8.072/90. - E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei n° 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2°, § 1°, da Lei n° 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados hediondos. - É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2°, § 1°, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal. - *Habeas corpus* denegado.

Contra tal decisão, impetrou o próprio paciente *habeas corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal que, desta sorte, proferiu o acórdão abordado neste ensaio.

2. Aspectos Introdutórios:

O decisório em comento apoiou-se em dois aspectos, a ofensa ao direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), por entender que o regime integralmente fechado não permite que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, tornando, pois, inócua a mencionada garantia constitucional, bem como a incoerência do regime integralmente fechado com a norma que admite o livramento condicional, nos crimes hediondos ou assemelhados, após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º).

Sem embargo, observou-se que a decisão abordada foi proferida em controle difuso de constitucionalidade, isto é, não foi proferida no bojo de ação direta de inconstitucionalidade.

Pretende-se analisar, neste ensaio, tais aspectos centrais constatados no v. acórdão, abordando-se, especificadamente, o alcance que deve merecer dita declaração de inconstitucionalidade, a feição do princípio da individualização da pena, e, ainda, a possibilidade da referida "incoerência" justificar uma declaração de inconstitucionalidade, além de outros fatores de relevo.

3. Do Voto Condutor:

Funcionou como relator no acórdão abordado o Min. Marco Aurélio, cujo voto foi acompanhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Eros Grau, destacando-se do seu pronunciamento, de relevante, as seguintes passagens:

> **Da Inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Esta matéria conduziu-me a afetar, na forma prevista no artigo 22 do Regimento Interno, o presente caso a este Plenário. É que tenho como relevante a argüição de conflito do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso. (...)

> Senhor Presidente, tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do "mal pelo mal causado" e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. (...) A ela (sociedade) não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. (...) Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum.

4. Comentários:

4.1. *A Norma Abordada e a Evolução Histórica de sua Interpretação:*

O regime integralmente fechado encontra-se estabelecido no art. 2°, § 1°, da Lei 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos e Assemelhados, em que se lê:

> "**Art. 2.°** Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: **I** - anistia, graça e indulto; **II** - fiança e liberdade provisória.
>
> **§ 1.° A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.** (grifou-se) "

Neste mesmo diploma legal, no art. 1.°, consta uma listagem de sete incisos e parágrafo único, com os crimes tidos por hediondos.

Tal lei surgiu com o intuito de regulamentar o disposto no art. 5°, XLIII, da Constituição da República, que dispõe:

> "**XLIII** - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que,

podendo evitá-los, se omitirem;"

Por outro lado, a Lei dos Crimes Hediondos teve, ademais, sua origem motivada por imenso clamor público observado à época de sua edição, decorrente do sentimento coletivo de insegurança e revolta que contaminou a sociedade brasileira, fomentado, principalmente, por inúmeros crimes que atingiram personalidades, como, *v.g.*, o homicídio que vitimou a atriz Daniela Perez.

O regime integralmente fechado já mereceu atenção especial da Corte Suprema, quando do julgamento do HC nº 69.657-1/SP, decidido em 18 de dezembro de 1992 e publicado em 18 de junho de 1993, ocasião em que, por nove votos a dois, foi reconhecida a plena constitucionalidade da vedação da progressão de regime estabelecida na Lei dos Crimes Hediondos, podendo ser destacada a seguinte passagem do julgado:

> "O princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma."

Tal orientação foi sendo mantida até que surgiu a Lei 9.455/97 - Lei de Tortura, que permitiu, para os crimes nela previstos, a progressão de regime, em que pese possuírem os mesmos a qualidade de crimes assemelhados a hediondos. Assim, dispôs a lei, em seu art. 1º, § 7º, que: "O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2.º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado".

A partir de então, foi acesa, novamente, a discussão sobre a possibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos e assemelhados, baseada, principalmente, no princípio da isonomia, posto que, se o crime de tortura é equiparado à hediondo e possui o mesmo tratamento deste, estando, inclusive, dita equiparação estabelecida a nível constitucional (art. 5º, XLIII), o legislador ao permitir a progressão de regime nos crimes de tortura, revogou, tacitamente, a proibição prevista no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, pois não haveria razão para tratar de forma desigual crimes que possuem equiparação constitucional.

Tal tese argumentativa foi, contudo, afastada pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, ficando tal posicionamento sedimentado através da edição da Súmula 698, na qual se asseverou que: "Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura", evidenciando-se, pois, a postura da Corte Suprema em considerar constitucional o regime integralmente fechado para crimes hediondos e assemelhados.

Mesmo com todo o trâmite acima relatado, que culminou a edição da referida súmula, o Supremo Tribunal Federal resolveu voltar a discutir a questão no HC nº 82.959-7/SP, e, em apertada votação (seis votos a favor e cinco contra) entendeu ser inconstitucional o regime integralmente fechado.

4.2. *A compatibilidade do regime integralmente fechado com o princípio da individualização da pena:*

Acreditamos que a individualização da pena não deve ter a conotação restrita adotada nos fundamentos que levaram à declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado.

Ao analisarmos o art. 5º, XLVI, da CR, em que se lê: "a lei regulará a individualização da pena...", observamos que a Carta Magna estabeleceu, como obrigatória, a regulamentação da individualização da pena e não a forma como deverá ser feita tal providência.

Este é o grande equívoco que constatamos na decisão ora em estudo. Está bem claro na norma constitucional que a forma como será feita a individualização da pena é encargo do legislador infraconstitucional, tendo, apenas, o legislador constitucional obrigado o mesmo a fazer e não a forma como o fazer.

Por outro lado, em nenhum momento na referida norma constitucional, ou melhor, em nenhuma passagem da Constituição da República, está estabelecido que a individualização da pena é tarefa exclusiva da função Judiciária. Onde está isto?

A individualização da pena é uma obrigação estabelecida na Carta Magna, porém tal dever há que ser satisfeito não apenas pelo Juiz. Incumbirá também ao Legislador e ao Administrador tal tarefa.

Com efeito, constata-se que o processo de individualização da pena começa no plano abstrato, ocasião em que o legislador estabelece normas penais acerca da espécie e quantidade de pena cabível para cada tipo de infração penal. Prossegue o legislador disciplinando os parâmetros e o procedimento a ser respeitado pelo julgador quando for aplicar a pena, e é justamente neste momento de aplicação de pena que inicia a fase da individualização a ser realizada pelo Juiz.

A última fase da individualização da pena irá ocorrer quando a respectiva sanção penal, aplicada de acordo com os parâmetros e procedimentos estabelecidos em lei, for executada, pois na fase de execução penal também é garantida a individualização da pena, conforme o disposto no art. 5º da Lei 7.210/84, em que se lê: "Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal", sendo esta fase de incumbência, primordial, do Administrador Público, no desempenho de sua função executiva de administração penitenciária.

Diante de tais aspectos, podemos constatar que o legislador quando, *v.g.*, estabelece as espécies de penas cabíveis (prisão, restritiva de direitos e multa), o

procedimento a ser observado para fixação da pena (art. 68 do Código Penal - critério trifásico), os regimes prisionais cabíveis (integralmente fechado, inicialmente fechado, semi-aberto e aberto), nada mais está fazendo do que cumprir sua tarefa constitucional de individualizar a pena.

Sem embargo, como é evidente, não se pode pretender que o legislador, diante da enorme gama de infrações penais existentes, e da grande diferença de gravidade entre elas, estabeleça o mesmo tratamento para todas. Caso assim o fizesse, estaria descumprindo seu dever constitucional de individualizar a sanção penal, até mesmo porque a necessidade de disciplina diferenciada para algumas infrações penais também foi estabelecida, pela Constituição da República, como um dever do legislador infraconstitucional.

Tal aspecto foi observado, *v.g.*, quando o Constituinte determinou tratamento mais brando para as infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I, da CR).

Dita situação, ademais, também se constata quando a Carta Magna, em seu art. 5°, XLI, XLII, XLIII e XLIV, exigiu tratamento infraconstitucional mais severo para as infrações inseridas em tais incisos, entre as quais estão os crimes hediondos e assemelhados.

Assim, cumprindo tal mister, foi editada a Lei dos Crimes Hediondos e Assemelhados, na qual foi estabelecido tratamento mais severo para tais infrações penais.

Com isso, devemos perguntar: descumpriu-se o princípio da individualização da pena, ao ser fixado o regime integralmente fechado para os crimes hediondos e assemelhados? Pelo que vimos não, pois o legislador infraconstitucional estabeleceu tal disciplina mais rígida para estas espécies de crimes em cumprimento a um dever estabelecido na Constituição da República. O princípio da individualização da pena está voltado apenas para o Juiz? Vimos que não, pois o mesmo se dirige, igualmente, ao Legislador e ao Administrador.

Cabe ainda ressalvar que a individualização da pena não esta ligada, unicamente, à possibilidade de progressão de regime, pois se individualiza a pena para inúmeros outros fatores, como, *v.g.*, saber qual a aptidão laboral do apenado, a fim de viabilizar seu trabalho no interior da unidade prisional; saber qual o seu grau de escolaridade, ou se é alfabetizado, para que se possa fornecer instrução educacional compatível com suas peculiaridades; saber qual é a sua religião, para fins de assistência religiosa; saber se possui alguma doença ou necessita, por algum fator, de cuidados especiais; saber se necessita de atendimento psicológico ou de assistente social; analisar os interessados em visitá-lo, para que seja permitida a visita dos familiares e a visita íntima.

Assim, afirmar que individualizar a pena se circunscreve, tão somente, a permitir a progressão de regime, é desconhecer por completo os aspectos jurídicos e sociais que envolvem uma execução penal.

4.3. *A mencionada "incoerência" do regime integralmente fechado com a permissão de livramento condicional:*

Um dos argumentos estabelecidos no v. acórdão em análise foi o de que a vedação da progressão de regime apresenta incoerência com a norma que admite o livramento condicional, pelo que não haveria razão lógica para a mencionada restrição.

Ora, com este argumento, vemos nitidamente a transformação do julgador em legislador, em clara usurpação das funções legislativas por parte do juiz, pois eventuais incoerências que o juiz observe no conjunto de leis existentes em nosso ordenamento jurídico (e são mais de onze mil), não podem ser motivo para declarações de inconstitucionalidade, a não ser que esta incoerência se traduza em incompatibilidade com a Carta Maior, o que não foi o caso, tendo em vista que tal "incoerência" foi analisada em comparação com a norma do art. 83, V, do Código Penal, inciso este que, aliás, foi introduzido pela própria Lei dos Crimes Hediondos, e permite o livramento condicional para tais infrações após cumpridos dois terços da pena.

Não vemos incoerência, não vemos incompatibilidade, e ainda que o julgador, por convicções pessoais, o visse, isto não pode ser motivo para uma declaração de inconstitucionalidade! É um critério legislativo, e deve ser respeitado. O julgador, quando começa a querer consertar as leis através de seus julgamentos, está cometendo falha grave, pois ao mesmo cabe a observância das leis, e, caso entenda que a lei merece reparos, o ideal é que peça exoneração de seu cargo de juiz e se candidate a uma cadeira no parlamento, pois aí então estará no lugar certo para o conserto de eventuais "incoerências" legislativas, e terá o meu voto.

De incoerências o ordenamento jurídico está cheio, e nem por isso deve-se disparar a metralhadora da declaração de inconstitucionalidade, pois, caso assim se faça, poucas leis sobrarão.

Sem embargo, não vemos incoerência entre o art. 2°, § 1°, e o art. 5°, ambos da Lei dos Crimes Hediondos, estando estabelecido no primeiro o regime integralmente fechado, e no último (que acrescentou o inciso V no art. 83 do CP), o livramento condicional após o cumprimento da fração de dois terços da pena, e diremos a razão.

A todo momento se menciona na comunidade jurídica que a sanção penal e, em especial, a pena de prisão, tem a finalidade de ressocialização, porém não se fala que a pena de prisão também possui um outro grande objetivo, que é a neutralização do criminoso.

Esta neutralização pode ser permanente ou provisória, observando-se a primeira naquelas situações em que se permite a pena de prisão perpétua e a pena de morte e a segunda nos casos de pena de prisão com prazo para terminar. Veja que a pena de prisão nem sempre está ligada ao fator da ressocialização,

pois será que se pretende ressocializar um sujeito condenado à pena de morte ou prisão perpétua? Ou ainda, mesmo fora destas espécies de pena não admitidas em nosso ordenamento jurídico, será que se pretende ressocializar um sujeito que nitidamente demonstra que não tem mais ressocialização, como, *v.g.*, um fernandinho beira-mar? Ora, caso se afirme que só se prende para ressocializar, e, caso se observe que isto não será possível, então devemos soltar o respectivo preso, não é mesmo? Soltemos, então, fernandinho beira-mar!

Prende-se, também, para neutralizar o criminoso, e, naqueles casos onde os crimes praticados atentam de forma gravosa contra a paz social e a segurança pública, deve-se estabelecer uma neutralização maior possível.

Este foi o critério da Lei dos Crimes Hediondos. Vejamos um exemplo. Imagine um sujeito condenado a uma pena de 24 anos de reclusão pela prática de um latrocínio. Vedando-se a progressão de regime, o mesmo só poderá ter direito ao contato com a liberdade após cumprir 16 anos de prisão, ocasião em que poderá pleitear o livramento condicional, que será deferido caso também satisfaça os requisitos de ordem subjetiva (bom comportamento carcerário - art. 83, III, do CP, exames criminológicos favoráveis e constatação de que não tem a probabilidade de voltar a delinqüir - art. 83, p.ú., do CP).

Mesmo ganhando o benefício do livramento condicional, a sua liberdade não será plena, pois estará sujeito a observância de algumas condições (art. 132 da LEP), sob pena de revogação de seu benefício e retorno ao cárcere. Temos aí uma liberdade progressiva, que vai do cárcere à liberdade vigiada e depois à liberdade plena.

Agora, caso admitamos a progressão de regime para este caso, observaremos que após cumpridos quatro anos de prisão, terá o apenado direito à transferência para o regime semi-aberto, onde já poderá ter contato pleno com a liberdade, pois poderá sair, sem qualquer vigilância, para trabalhar (art. 37 da LEP), visitar a família (art. 122, I, da LEP), estudar (art. 122, II, da LEP), ou outras atividades (art. 122, III, da LEP). Será que voltará?

E ainda, estando no regime semi-aberto, e cumprido mais um sexto da pena, já poderá ir para o regime aberto, onde o condenado permanece solto o dia todo e só retorna ao estabelecimento prisional para dormir. Veja que, em aproximadamente oito anos de prisão, o mesmo atingiu praticamente a total liberdade (sim, pois o regime aberto é praticamente uma liberdade plena), ao passo que, com a vedação da progressão, o mesmo só atingiria tal liberdade após dezesseis anos de prisão.

Por estes aspectos, voltamos a frisar, não vemos qualquer incoerência entre tais dispositivos e, ainda que existisse, não seria motivo para a declaração de inconstitucionalidade.

Mesmo assim, ainda que incoerência houvesse, porque invalidar a norma que veda a progressão e não a que permite o livramento condicional, já que ambas emanaram da mesma fonte legislativa e compõem o mesmo diploma legal?

4.4. Da repercussão jurídica da decisão do Supremo Tribunal Federal:

Conforme destacado pela própria Corte Suprema, a declaração de inconstitucionalidade do art. 2°, § 1°, da Lei 8.072/90 foi proferida em decisão *incidenter tantum*, que, como se sabe, só produz efeito *inter partes*, dependendo da providência a que alude o art. 52, X, da Constituição da República, para ter validade *erga omnes*, aspecto este não observado até a presente data.

Aliás, o fato da eficácia de tal decisão ser apenas *inter partes* foi confirmado pelo próprio Supremo quando, ao analisar a Reclamação n° 4263/MT, sendo relator o Ministro Carlos Ayres Britto, proferiu decisão no dia 06 de abril de 2006, publicada em 19 de abril de 2006, nos seguintes termos:

> "Assim sumariando o caso, passo a decidir. Ao fazê-lo, observo que não se juntou instrumento de mandato, falha que, se fosse única, poderia ser objeto de sanação. Noves fora essa questão formal, entendo ser a reclamatória manifestamente incabível. Isto porque a reclamação constitucional prevista na alínea "l" do inciso I do art. 102 da Carta-cidadã se revela como uma importante ferramenta processual para o fim de preservar a competência desta colenda Corte e garantir a autoridade das suas decisões. Nesta última hipótese, contudo, sabe-se que as reclamatórias podem ser manejadas ante o descumprimento de decisórios proferidos, com efeito vinculante, nas ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade, tanto quanto em processos de índole subjetiva (desde que, neste último caso, o eventual reclamante deles haja participado). **Com olhos postos no caso concreto, observo que a decisão tomada no processo apontado pelo reclamante não possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, razão pela qual o pronunciamento jurisdicional exarado nesse feito apenas tem a finalidade de atar as partes neles envolvidas.** Se é assim – vale repisar –, se o reclamante não figurou em nenhum dos pólos da relação processual instaurada no seio do precitado processo, é de se inferir que falta ao acionante legitimidade ativa ad causam. Por tudo isso, frente ao § 1° do art. 21 do RI/STF, nego seguimento à reclamação, restando prejudicado o exame da medida cautelar. (grifou-se)"

Ademais, como já informado, a decisão da Suprema Corte que declarou inconstitucional o regime integralmente fechado foi emanada com a diferença de apenas um voto, o que demonstra não estar ainda o Tribunal seguro sobre tal questão.

Sem embargo, ainda que estivesse, alterar entendimentos é coisa que o Supremo Tribunal Federal bem sabe fazer, pois constantemente modifica orientações até mesmo consolidadas através de súmulas (como é o caso da aqui já aludida), o que além de ser altamente reprovável, por gerar estado de insegurança jurídica, não autoriza que tais decisões sejam tidas por consolidadas e geradoras de observância irrestrita, pois é bem provável que posteriormente haja alteração das mesmas, o que, vale repetir, é corriqueiro naquele Tribunal.

Com efeito, o regime integralmente fechado não deve ser afastado automaticamente pelos demais órgãos do Poder Judiciário em virtude da decisão em comento, o que só ocorreria caso a norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 perdesse a validade, ou através de revogação, ou através de ação direta de inconstitucionalidade, ou através da suspensão prevista no art. 52, X, da Constituição da República, aspectos estes não observados até a presente data.

Nesta mesma linha de raciocínio, já pode ser localizada na jurisprudência decisão vedando a progressão de regime, mesmo após a referida decisão do Supremo Tribunal Federal:

> *"Habeas Corpus. Condenado por crime hediondo. Regime de cumprimento de pena. Integralmente fechado. Progressão. Indeferimento.* A decisão do STF declarando a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, no julgamento do HC 82.959, por seis a cinco, por ser incidental, não retirou o preceptivo legal do mundo jurídico, não tem efeito erga omnes e não subordina as demais decisões, pelo menos até que suspensa a eficácia pelo Senado Federal, se lhe for comunicada a decisão. Por isso que indefiro a ordem de habeas corpus, não permitindo a quebra de regime integralmente fechado (HC nº 26.015-8/217 - 200600450931, j. 16.03.06, TJ/GO)."

4.5. *O conflito entre o invocado Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Garantia da Segurança Pública:*

Conforme constatado nos principais trechos do voto condutor linhas acima transcrito em parte, o ínclito relator, a todo momento, destaca que a vedação da progressão de regime atenta contra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição da República.

Ora, em nenhum momento foi mencionado que não se dar a resposta estatal adequada àqueles que praticam crimes hediondos e assemelhados é contribuir para a insegurança jurídica, pois, em verdade, tal aspecto representaria um incentivo à criminalidade, bem como uma fomentação da vingança privada.

Bem se sabe que o grande fator de aumento e permanência da criminalidade não é a criação de novos crimes ou aumento das sanções penais,

mas sim, a não reprimenda, ou a reprimenda insuficiente, dos crimes praticados, principalmente dos crimes de acentuada gravidade.

Veja, permitir que um sujeito, condenado pelo crime de estupro a uma pena de seis anos de prisão, consiga, após cumprir apenas um ano, ir para o regime semi-aberto, onde poderá ter plenas possibilidades de contato com a liberdade, e, logo em seguida, para o regime aberto, onde a liberdade é quase que total, é não dar a resposta estatal proporcional à gravidade da conduta praticada, o que servirá de incentivo para que este mesmo sujeito venha a delinqüir novamente, bem como para que familiares desta vítima de estupro, por mais ponderados que sejam, queiram realizar a vingança privada, ao verem novamente o criminoso transitando livremente, como se nada tivesse acontecido.

A dignidade da pessoa humana do criminoso é a todo tempo destacada. Porém, e a dignidade da pessoa humana da vítima ou dos demais membros da coletividade? Será que estas pessoas também não estão protegidas por tal garantia constitucional? E mais, e a garantia da segurança pública, que também é um direito fundamental previsto no art. 5°, *caput*, da CR? Não é só isso, e o princípio constitucional da proporcionalidade, que será drasticamente desrespeitado, caso não se dê uma resposta penal adequada à gravidade do crime praticado?

Desta forma, ainda que se ache um princípio constitucional para justificar o afastamento do regime integralmente fechado, temos vários outros que exigem a manutenção deste regime, e, no confronto entre o interesse coletivo e o individual, acreditamos, à semelhança do que já pensava HEGEL no século XIX, deva prevalecer o coletivo, sendo, aliás, tal aspecto destacado no próprio voto condutor precitado, no qual o ínclito relator asseverou que: "o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum".

5. CONCLUSÃO:

Pretendeu-se, através do presente ensaio, esclarecer algumas questões que não foram suficientemente exploradas não só no julgamento objeto do presente estudo, como, também, nas manifestações jurisprudenciais e doutrinárias que se seguiram ao mesmo.

Num primeiro momento, em breves linhas, foram trazidos os motivos sociais e jurídicos que justificaram a elaboração da Lei dos Crimes Hediondos. Em seguida, abordamos a evolução histórico-interpretativa emprestada pelo Supremo Tribunal Federal ao regime integralmente fechado, disposto no art. 2°, § 1°, da Lei 8.072/90.

Abordamos, então, o princípio da individualização da pena, asseverando que o mesmo não se dirige tão somente ao Julgador, mas, outrossim, ao Legislador e ao Administrador.

Colocou-se que, ao revés de ferir o princípio da individualização da pena, o Legislador está a cumpri-lo, ao emprestar tratamento mais severo aos crimes

hediondos e assemelhados, tendo em vista que tal providência foi imposição da Carta Magna.

Viu-se, ademais, que a norma que veda a progressão de regime para crimes hediondos e assemelhados não está colocada de forma incoerente com a que permite o livramento condicional em tais crimes, e, ainda que estivesse, tal fator não pode ser motivo para uma declaração de inconstitucionalidade, ressaltando ainda que, havendo mesmo incoerência, porque invalidar a norma que veda a progressão e não a que permite o livramento condicional, já que ambas emanaram da mesma fonte legislativa e compõem o mesmo diploma legal.

Sem embargo, foi salientado que a abordada decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme destacado pela própria Corte no próprio e em outro julgado, só produziu efeitos entre as partes da ação no bojo da qual foi proferida.

Por fim, enalteceu-se que foram invocados no decisório em estudo princípios constitucionais para a defesa da pessoa do condenado, porém, em nenhum momento foram invocados princípios constitucionais para a defesa da coletividade, em pese poderem ser, como é o caso do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana da vítima, do Princípio da Garantia da Segurança Pública, e do Princípio da Proporcionalidade, destacando-se que, no confronto entre o individual e o coletivo, há que prevalecer o último.

Rio de Janeiro, 21 de julho de 2006.

(*) André Guilherme Tavares de Freitas é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

NOTICIÁRIO

XXVIII Concurso para ingresso no Ministério Público

Para o fim de registro histórico, noticiamos os principais eventos que marcaram o XXVIII Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público.

1. CONSTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE CONCURSO

Membros Titulares: *Marfan Martins Vieira* (Presidente), *Maria do Carmo dos Santos Casa Nova* (Coordenadora), *Vera de Souza Leite, Ilma de Araújo Barros, Maria Helena Cortes Pinheiro* e *Laise Helena da Silva Macedo.*

Membros suplentes: *Elizabeth de Moraes Cassar* e *Maria Lúcia Lima e Silva Ceglia*

2. BANCAS EXAMINADORAS

Banca de Direito Penal e Processual Penal

Presidente: *Adolfo Borges Filho.*

MEMBROS:

Direito Penal

Alexandre Araripe Marinho (titular); *Antônio José Martins Gabriel* e *Felipe Pires Cuesta* (suplentes).

Direito Processual Penal

Adolfo Borges Filho (titular); *Anderson Albuquerque de Souza Lima* e *Carla Rodrigues Araújo de Castro* (suplentes).

Banca de Direito Civil e Processual Civil

Presidente: *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.*

Direito Civil

José Maria Leoni Lopes de Oliveira (titular); *Adélia Barbosa de Carvalho* e *Sérgio Roberto Ulhoa Pimentel* (suplentes).

Direito Processual Civil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (titular);

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea e *Sergio Bumaschny* (suplentes).

Banca de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Princípios Institucionais do Ministério Público

Presidente: *José dos Santos Carvalho Filho.*

MEMBROS:

Direito Constitucional

Rodrigo Lopes Lourenço (titular);

Pedro Elias Erthal Sanglard e *Francisco Lopes da Fonseca* (suplentes).

Direito Administrativo

José dos Santos Carvalho Filho (titular);

Carlos Domingues da Venda e *Virgilio Panagiotis Stavridis* (suplentes).

Princípios Institucionais do Ministério Público

Décio Luiz Gomes (titular);

Alberto Flores Camargo e *José Marinho Paulo Junior* (suplentes).

Banca de Direito Empresarial, Direito Tributário e Direito Eleitoral

Presidente: *Emerson Garcia.*

MEMBROS:

Direito Empresarial

Marcio Souza Guimarães (titular);

Marcos Lima Alves e *Agnes Mussliner* (suplentes).

Direito Tributário

Vitor Marcelo Aranha Afonso Rodrigues (titular);

Ayrton da Costa Paiva e *Verônica Crespo Ribeiro Antunes Zylberman* (suplentes).

Direito Eleitoral

Emerson Garcia (titular);

Robson Renault Godinho e *Luciano Arbex Sarkis* (suplentes).

Banca de Língua Portuguesa

Presidente: *Agostinho Dias Carneiro.*

MEMBROS:

Agostinho Dias Carneiro (titular);

Leo Bárbara Machado (suplente).

3. CANDIDATOS INSCRITOS: 3739

3.1 Que compareceram à prova preliminar: **3187**

3.2 Candidatos Aprovados: **15**

3.3 Candidatos Empossados: **15**

4. CLASSIFICAÇÃO FINAL DOS CANDIDATOS:

Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira
Vinicius Lameira Bernardo
Marcela do Amaral Barreto de Jesus
Talita Nunes Harduin de Freitas
Luiz Fernando de Almeida Rabelo
Afonso Henrique Reis Lemos Pereira
João Alfredo Gentil Gibson Fernandes
Luciana Menezes Wanderley Pires
Gustavo Santana Nogueira
Maria Eduarda Spinelli Bittencourt Costa
André Santos Navega
Eduardo Fiorito Pereira
Rodrigo de Figueiredo Guimarães
Julia Valente Moraes
Luiz Fernando Lemos Duarte de Amoedo

MP e Receita assinam convênio para atuação conjunta contra sonegação

O Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, e o Secretário de Estado de Receita, *Antonio Francisco Neto*, assinaram na quinta-feira, dia 6 de julho, convênio de cooperação técnica para intensificar a atuação conjunta no combate aos crimes contra a ordem tributária. A assinatura do convênio de cooperação técnica entre o MP e a Receita Estadual foi realizada no gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, na Avenida Marechal Câmara, 370, 8° andar.

Entre os mecanismos previstos para intensificar o trabalho conjunto estão o acesso irrestrito dos promotores de Justiça ao banco de dados da Secretaria de Receita e a formalização de procedimentos de rotina para a troca de informações entre as duas instituições.

"O conjunto de instrumentos dispostos no convênio vai permitir a agilização da ação de repressão, aumentando a arrecadação do Estado e a punição dos que vêm cometendo ilícitos penais", afirmou o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira.*

"A parceria com um Ministério Público forte como o do Rio de Janeiro é um grande passo na luta contra a sonegação fiscal. Estamos abrindo a Secretaria ao MP", afirmou o Secretário de Estado de Receita, *Antonio Francisco Neto.*

O Procurador-Geral explicou que, até agora, os promotores ficavam em seus gabinetes aguardando a comunicação da Receita.

"Agora, os promotores terão acesso direto ao banco de dados da Receita e trabalharão em conjunto em cada auto de infração lavrado pelos fiscais, quando houver indício de crime", explicou o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira.*

O Procurador-Geral ressaltou que a sonegação não é um problema exclusivo do Rio de Janeiro, mas crônico em todo o país, destacando a importância da parceria com outras unidades da federação. Nesse sentido, o Ministério Público do Rio de Janeiro já firmou convênio de cooperação com o MP de Minas Gerais, para combater a sonegação de ICMS. Está em negociação uma parceria com o MP de São Paulo e já houve manifestação de interesse do MP do Espírito Santo em estabelecer mecanismos de cooperação.

Participaram, igualmente, da reunião de assinatura do convênio a Corregedora da Receita, *Mary Virginia Northrup*; a Chefe de Gabinete da Secretaria, *Paula Maria Nóbrega Batista*; o Assessor Especial da Secretaria *Morvan Cotrim*; o Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ), *Sérgio Nogueira de Azeredo*, o Procurador de Justiça *Marcelo Lima Buhatem*; a Coordenadora de Segurança e Inteligência do MP, *Mônica Maria Costa Di Piero*; o Assessor Jurídico da PGJ, *Robson Renault Godinho*; e os Promotores de Justiça *Carina Fernanda Gonçalves Carneiro*, da 24ª Promotoria de Investigação Penal e *Cláudio Calo Sousa*, *David Francisco de Faria* e *Francisco de Assis Machado Cardoso*, da Comissão de Auxílio Fazendário do Ministério Público.

Solenidade de Posse dos Promotores de Justiça aprovados no XXVIII Concurso (I)

1. Teve lugar, no dia 08 de julho, às 10:30 horas, a sessão solene de posse dos Promotores de Justiça aprovados no 28º Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público.

A cerimônia foi realizada no "Auditório Simão Isaac Benjó", situado no 5º andar do edifício sede do *Parquet*.

2. A solenidade foi presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, e deu-se perante o Egrégio Conselho Superior do Ministério Público.

3. Aberta a sessão, o Procurador-Geral de Justiça convidou o Dr. *Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira*, primeiro colocado no certame, a dirigir-se à tribuna para o fim de prestar o Compromisso a que alude o art. 59, parágrafo 2º da Lei Complementar 106, de 3 de janeiro de 2003. Os demais empossandos, de pé e com o braço direito erguido, repetiram as palavras proferidas pelo Dr. *Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira*, nos seguintes termos:

> "Prometo servir ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro com dedicação e lealdade, velando pelo primado da autoridade e defendendo a ordem jurídica e democrática do País. Prometo, ainda, sustentar a intangibilidade dos direitos da cidadania e os direitos indisponíveis e impostergáveis da sociedade, promover e fiscalizar a obediência à Constituição e à exata aplicação das leis, consciente de que esses são os deveres inerentes ao cargo de Promotor de Justiça."

4. Terminada esta fase, o Procurador-Geral de Justiça declarou investidos no cargo de Promotor Substituto os 15 aprovados. São suas palavras:

> "Na qualidade de Chefe do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e ante o compromisso que acaba de ser prestado, DECLARO investidos no cargo de Promotor de Justiça Substituto do Estado do Rio de Janeiro os 15 aprovados no XXVIII Concurso para Ingresso na Carreira."

5. Em seguimento, a Chefia do *Parquet* convidou o Sr. Secretário-Geral do Ministério Público, Dr. *José Eduardo Ciotola Gussem*, a fazer a leitura do termo de posse e colher a assinatura dos empossados.

6. Ao final da solenidade os novos promotores foram saudados pela Conselheira *Maria Cristina Menezes de Azevedo*, que falou de improviso.

7. É a seguinte a relação dos novos membros do Ministério Público:

Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira
Vinicius Lameira Bernardo
Marcela do Amaral Barreto de Jesus
Talita Nunes Harduin de Freitas
Luiz Fernando de Almeida Rabelo
Afonso Henrique Reis Lemos Pereira
João Alfredo Gentil Gibson Fernandes
Luciana Menezes Wanderley Pires
Gustavo Santana Nogueira
Maria Eduarda Spinelli Bittencourt Costa
André Santos Navega
Eduardo Fiorito Pereira
Rodrigo de Figueiredo Guimarães
Julia Valente Moraes
Luiz Fernando Lemos Duarte de Amoedo

I Encontro de Promotores de Justiça da Região Serrana

1. O I Encontro de Promotores de Justiça da Região Serrana teve lugar no Hotel Rosa dos Ventos, em Teresópolis, nos dias 27 e 28 de julho. O Encontro, realizado pelo CEJUR, com apoio da FEMPERJ e da AMPERJ, obedeceu à seguinte programação:

"**27 de julho**

20:00h
Evento Cultural.

28 de julho

9:00 às 9:15h
Abertura.

9:15 às 10:15h
Otimização dos Serviços Auxiliares – Atribuições, Disciplina e Controle.

10:15 às 10:30h

- Intervalo.

10:30 às 12:00h

Obtendo Resultados através do Relacionamento.

12:00 às 14:00h

Almoço.

14:00 às 16:50h

A Influência do Ambiente de Trabalho na Saúde Individual e Coletiva.

16:50 às 17:00h

Avaliação do evento.

17:00h

Encerramento.

2. Participaram do Encontro os Promotores de Justiça *Vicente de Paula Mauro Junior* (Coordenador), *Pedro de Oliveira Coutinho, Celso Quintella Aleixo* e *Paulo Roberto Valim Gomes* (todos do CRAAI Petrópolis); *Agnes Mussliner* (Coordenadora), *Rodrigo César Medina da Cunha, Carlos Eduardo de Miranda Ferraz, Marcos da Motta, Fernanda Câmara Torres Sodré, Sheila Cristina Vargas Ferreira, Beatriz Leal de Oliveira, Décio Alonso Gomes e Denise da Silva Vidal* (CRAAI Teresópolis); *Walter de Oliveira Santos* (Coordenador), *Giuliano de Souza Rocha, Frederico Rangel de Albernaz e Simone Gomes de Souza* (CRAAI Nova Friburgo).

3. Igualmente participaram do evento os Drs. *Afonso Henrique Reis Lemos Pereira, André Santos Navega, Eduardo Fiorito Pereira, Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira, Gustavo Santana Nogueira, João Alfredo Gentil Gibson Fernandes, Luiz Fernando de Almeida Rabelo, Luiz Fernando Lemos Duarte de Amoedo, Rodrigo de Figueiredo Guimarães, Vinicius Lameira Bernardo, Júlia Valente Moraes, Luciana Menezes Wanderley Pires, Marcela do Amaral Barreto de Jesus, Maria Eduarda Spinelli Bittencourt Costa e Talita Nunes Harduin de Freitas*, Promotores Substitutos aprovados no XXVIII Concurso.

4. O Encontro contou, ainda, com a presença do Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*; dos Subprocuradores-Gerais de Administração, *Eduardo da Silva Lima Neto* e de Direitos Humanos e Terceiro Setor, *Leonardo de Souza Chaves*; do Chefe de Gabinete, *Sérgio Nogueira de Azeredo*; do Secretário-Geral do MP, *José Eduardo Ciotola Gussem*; da Coordenadora do CEJUR, *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*; dos Procuradores de Justiça *Fernando Fernandy Fernandes* (Secretário de Tecnologia da Informação e de Comunicação), *Elizabeth*

Cassar (CEJUR), *Márcia Álvares Pires Rodrigues* (1º CAOP); do Presidente da AMPERJ, *Luiz Antônio Araújo*; da Presidente da FEMPERJ, *Marilia de Castro Neves Vieira*; dos Promotores de Justiça *Francisco Lopes da Fonseca, José Marinho Paulo Junior, Dimitrius Viveiros Gonçalves, Claudio Calo Sousa* e *Eduardo Campos Rodrigues* e do gestor do Programa de Expansão e Interiorização *Flodesmidt Riani*.

Encerramento do Curso de Capacitação

As atividades de encerramento do Curso de Capacitação dos Promotores de Justiça em estágio confirmatório (CECON XXVIII) foram realizadas no dia 31 de julho, das 8 às 17 horas, no auditório Procurador de Justiça Simão Isaac Benjó, situado no 5º andar do edifício-sede do Ministério Público, obedecendo à seguinte programação:

"DATA/HORÁRIO ATIVIDADES

31/07/06 - Segunda-Feira

08:00h Apresentação dos Centros de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais e às Promotorias Eleitorais.

09:00h Apresentação do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Execução Penal.

09:30h Apresentação do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Investigação Penal.

10:00h Intervalo.

10:15h Apresentação do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Cíveis.

10:45h Apresentação do Centro de Apoio Operacional às Procuradorias de Justiça.

11:15h Apresentação das Subprocuradorias-Gerais de Justiça de Administração; de Planejamento e Modernização Organizacional; de Assuntos Institucionais e Judiciais e de Direitos Humanos e Fiscalização do Terceiro Setor.

11:45h Apresentação da Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

12:00h Almoço.

13:30h Apresentação do Centro de Apoio Operacional de Defesa da Cidadania, do Consumidor e Proteção ao Meio Ambiente e Patrimônio Cultural.

14:00h Apresentação do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Infância e Juventude.

15:00h Intervalo.

15:15h Apresentação da Corregedoria-Geral do Ministério Público.

16:15h Apresentação da Revista do Ministério Público.

16:30h Apresentação da Coordenadoria de Movimentação.

17:00h Encerramento do Curso de Capacitação pelo Procurador-Geral de Justiça."

Itaguaí cede terreno para construção de sede do MP no Município

O Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, e o Prefeito de Itaguaí, *Carlo Busatto Junior*, assinaram na sede do Ministério Público, no dia 2 de agosto, termo de cessão de um terreno de 1.106 metros quadrados para construção da sede própria do Ministério Público no município. Este é o 15º imóvel obtido através do Programa de Expansão e Interiorização do MP, que visa a melhor estruturar as Promotorias de Justiça de todo o Estado.

O terreno situa-se entre o Fórum e a Delegacia (50ª DP), bem em frente à Justiça do Trabalho e a 200 metros da Prefeitura e da Câmara de Vereadores. O imóvel, desapropriado pela prefeitura para servir ao MP, foi cedido por 100 anos, período em que permanecerá isento de todos os tributos municipais.

O projeto arquitetônico do novo prédio observará o modelo padrão de fachada para garantir identidade visual às instalações do MP. Além de gabinetes para

Promotores e amplo espaço para o quadro de apoio, o prédio terá auditório para reuniões de trabalho e para eventos voltados à comunidade.

O Município de Itaguaí possui, hoje, quatro Promotorias de Justiça, que serão em breve ampliadas para cinco, com o desmembramento da atual Promotoria de Família e da Infância e Juventude. O novo prédio será projetado para permitir a futura ampliação do número de Promotorias, pois o crescimento econômico da cidade tem gerado novos conflitos sociais, aumentando o trabalho do Ministério Público. Só na delegacia local, estão em tramitação cerca de seis mil inquéritos.

Participaram da cerimônia de assinatura do termo de cessão o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, o Procurador-Geral do Município, *Alexandre Kuwada Oberg Ferraz*, o Coordenador do Programa de Expansão e Interiorização do Ministério Público, *Flodesmidt Riani*, e os Promotores de Justiça *Daniela Caravana Cunha Waimberg*, *Cláudio Silva de Carvalho* e *Jorge Luís Furquim Werneck Abdelhay*, titulares, respectivamente, da Promotoria de Família e Infância e Juventude, da Promotoria Cível e da 1ª Promotoria de Justiça Criminal.

MPs do Rio, São Paulo e Minas se unem em defesa do Rio Paraíba do Sul

Em cerimônia realizada no dia 10 de agosto, na sede da PGJ-RJ, os Ministérios Públicos do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo assinaram Termo de Cooperação Técnica e Científica para desenvolvimento de um plano de gestão estratégica e de atuação integrada destinado à recuperação e preservação da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

A iniciativa de unir os MP's dos três estados e de obter apoio da FINATEC e da Universidade de Brasília, que participaram da elaboração do planejamento estratégico, partiu do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em face dos gravíssimos problemas que afetam a qualidade da água do Rio Paraíba do Sul, entre os quais se destacam os relativos à poluição industrial, ao esgotamento sanitário e à erosão.

Em vista disso, garantir a recuperação do rio é prioridade para o MPRJ que, a partir de agora, em conjunto com as instituições co-irmãs de São Paulo e de Minas Gerais, pretende implementar programas de monitoramento, licenciamento de atividades poluidoras, fiscalização e outras medidas corretivas e preventivas de controle.

No dia 16 de agosto, será realizada na FINATEC, em Brasília, a primeira reunião de trabalho do grupo responsável pelo Projeto de Integração dos três MP's, com o objetivo de definir a metodologia, as ferramentas de comunicação, o escopo e data do 1º Encontro a ser realizado em Itatiaia, no Estado do Rio, no mês de setembro.

Além do Procuradores-Gerais, *Marfan Martins Vieira* (do Rio), *Rodrigo César Rebello Pinho* (de São Paulo) e *Jarbas Soares Júnior* (de Minas Gerais), participaram

da cerimônia a Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Tutela Coletiva, *Maria da Conceição Nogueira da Silva*; a Promotora de Justiça *Denise Muniz de Tarin*; a Coordenadora do Centro de Apoio Operacional de Urbanismo e Meio Ambiente de São Paulo, *Mariza Dissinger*; o Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Habitação e Urbanismo de Minas Gerais, *Rodrigo Cançado Anaya Rojas*; o Vice-Reitor da Universidade de Brasília, *Edgar Mamiya*; o Diretor-Secretário da FINATEC, *Sadeck Alfaro* e a pesquisadora da Universidade de Brasília, *Raquel Machado*.

Solenidade de Posse dos novos Promotores de Justiça (II) (*)

Teve lugar, no dia 21 de agosto, no "Theatro Municipal do Rio de Janeiro", a cerimônia de posse dos Promotores de Justiça aprovados no XXVIII Concurso de ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público.

1. A cerimônia teve início com a entrada solene dos membros do egrégio Conselho Superior do Ministério Público, sob a presidência do Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, bem como dos Procuradores de Justiça *Antonio Carlos da Graça de Mesquita*, Corregedor-Geral do Ministério Público, *Mônica da Silveira Fernandes*, *Pedro Elias Erthal Sanglard*, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, *Marcellus Polastri Lima* e *Sumaya Therezinha Helayel*.

A Mesa de Honra viu-se composta das seguintes autoridades: *Marfan Martins Vieira*, Procurador-Geral de Justiça (Presidente); Desembargador *Sérgio Cavalieri Filho*, Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Dr. *Fernando Peregrino*, Secretário de Estado Chefe do Gabinete, que, no ato representava a Senhora Governadora do Estado do Rio de Janeiro, *Rosinha Garotinho*; Desembargador *Luiz Zveiter*, Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Conselheiro *José Gomes Graciosa*, Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro; Dr. *Thiers Vianna Montebello*, Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro; Dr. *Leonardo Cardoso de Freitas*, Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro; Jornalista *Oscar Maurício Azedo*, Presidente da Associação Brasileira de Imprensa; Procurador de Justiça *Walberto Fernandes de Lima*, Vice-Presidente da AMPERJ, no ato representando o Presidente da AMPERJ, *Luiz Antonio Ferreira de Araujo*.

3. Em seguimento, deu-se a entrada no recinto dos Promotores Substitutos empossandos.

4. Após, todos de pé, ouviram a execução do Hino Nacional Brasileiro levada a efeito pelo trio musical composto pela soprano *Flavia Fernandes*, pelo pianista *Aurélio Vinicius Melleh* e pelo violonista *Ricardo Amado*.

5. A cerimônia de posse, propriamente dita, teve início com a leitura do Compromisso pelo Dr. *Vinicius Lameira Bernardo*, segundo colocado no certame. Os demais empossandos, de pé, repetiram os dizeres do Compromisso, vazado

(*) Dados fornecidos pelo Cerimonial da Procuradoria-Geral de Justiça.

nos seguintes termos:

> "PROMETO servir ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com dedicação e lealdade, velando pelo primado da autoridade e defendendo a ordem jurídica e democrática do País".
>
> "PROMETO, ainda, sustentar a intangibilidade dos direitos da cidadania e os direitos indisponíveis e impostergáveis da sociedade, promover e fiscalizar a obediência à Constituição e a exata aplicação das leis, consciente de que estes são os deveres inerentes ao cargo de Promotor de Justiça".

Ouviu-se, então, o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, para concluir o ato de investidura, fazendo-o em obediência à seguinte fórmula:

> "Na qualidade de Chefe do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e ante o compromisso que acaba de ser prestado, declaro empossados no cargo de Promotor de Justiça Substituto do Estado do Rio de Janeiro os 15 aprovados no XXVIII Concurso de ingresso na carreira."

6. Deu-se a seguir a leitura do termo de posse pelo Promotor de Justiça *José Eduardo Ciotola Gussem*, Secretário-Geral do Ministério Público, convidando-se, então, cada um dos empossados para que viessem receber o ato de investidura respectivo.

7. Ouviu-se , após, o discurso do Promotor de Justiça Substituto, *Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira*, 1º colocado no concurso, que falou em nome dos demais colegas empossados.

> "Primeiramente muito boa noite a todos, gostaria de cumprimentar os ilustres componentes da mesa diretora dos trabalhos desta noite; gostaria também de saudar meus amigos que ao meu lado estão tomando posse; gostaria, ainda, de cumprimentar as demais autoridades presentes, nossos familiares, amigos e a todos os demais presentes. Bem, foi com muita honra e satisfação que aceitei o encargo de nesta noite realizar o discurso de posse. Para tanto, previamente redigi um texto, o qual peço licença para ler nesta oportunidade.
>
> .....

Enfim, chegou o grande dia da vitória. Só Deus sabe quão árduo foi o caminho trilhado para se chegar até aqui, repleto de obstáculos e abstenções. Quantos dias de estudo substituíram prazerosos momentos ao lado de quem amamos. Quantos instantes de lazer foram trocados por livros e mais livros. É justo acrescentar que aludidas abstenções não recaíram exclusivamente sobre nós, mas especialmente sobre nossos familiares, namorados e namoradas e amigos, os quais como ninguém se envolveram de maneira singular com o nosso projeto de vida, digo isto porque integrar os respeitosos quadros do Ministério Público é mais que um simples objetivo, mas um projeto para a vida toda. Por isto, esta é a oportunidade perfeita para demonstrarmos o quanto somos gratos a estas pessoas tão especiais, e dizer que sem o seu apoio nosso sonho jamais teria se concretizado. Portanto, esta vitória não pertence apenas a nós quinze hoje empossandos, mas a todos aqueles que ao nosso lado estiveram, fielmente, prestando incondicional apoio no desenvolver da batalha inicial.

Sem prejuízo, acredito ser esta a ocasião ideal para manifestar o quanto confio em Deus, cuja força creio ser o móvel de todo e qualquer acontecimento verificado ao nosso redor. Desde a simples queda de uma folha de árvore, até os fenômenos mais espetaculares, dentre os quais incluo a vitória nesta noite celebrada, não ouso duvidar que o crivo de Deus se fez presente. Por isto, todos os agradecimentos ao nosso Pai eu dirijo.

Por outro lado, gostaria de aproveitar esta oportunidade para registrar meus mais sinceros votos de repúdio e desapreço para com aqueles que de forma cruel buscaram macular a idoneidade do concurso público que nos permitiu a conquista de nosso ideal de vida. Defendo com todas as armas cada um dos amigos que ao meu lado esta noite se empossam, consignando não duvidar um segundo sequer do quanto estão preparados para defender nossa sociedade através do cargo de Promotor de Justiça. Afinal, em meio a aproximadamente 4.000 candidatos a referido cargo, tão somente sobreviveram os 15 aqui presentes.

Desta forma, não me parece haver fraude alguma na circunstância de alguns de nós manter algum

vínculo de parentesco com membros desta Instituição, os quais sequer integraram as Bancas Examinadoras ou a Comissão de Concurso, de sorte que influência alguma exerceram sobre os destinos do certame.

Por outro lado, fraudulento sim é se esconder atrás de um instrumento de democracia, qual seja, o anonimato, que no caso é evidência de covardia, para de modo impune buscar interesses escusos, atingindo a esfera de inocentes e do próprio Ministério Público, o que por via reflexa denota um golpe ao Estado Democrático de Direito, conquistado após anos de combate à ditadura.

Mas, como não há mal que dure para sempre, a verdade veio à tona, e o castelo de falsidades desmoronou. Por unanimidade, o órgão constitucionalmente concebido para controlar os atos do Ministério Público reconheceu a idoneidade moral do concurso em questão, convalidando-o com louvor.

Nesta seara, aproveito o ensejo para agradecer à Procuradoria de Justiça que tanto nos apoiou nesta batalha, bem como à Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que antes mesmo de nos ter como associados, colaborou imensuravelmente com a nossa luta, mostrando toda a sua força e relevância na defesa de toda a classe Ministerial.

Assim, assevero que a pretensão de enfraquecer o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi em vão. Pelo contrário, nos fortaleceu ainda mais, mantendo a coesão em uma instituição que verdadeiramente pode ser alcunhada de "Grande Família", não no sentido pejorativo e debochado outrora veiculado em certos meios, mas no mais puro e fraterno sentido que a palavra "família" representa, qual seja, unidade e comunhão de propósitos, no caso o melhor interesse da sociedade como um todo.

Encerrando, registro também minha enorme satisfação em hoje pertencer à honrada instituição do Ministério Público, e saliento que a glória de um Promotor de Justiça não advém da força abstrata de seu cargo, mas da forma com que esta força é aplicada na defesa da sociedade. Juntos podemos fazer um mundo melhor. Despeço-me de todos com a célebre frase de Dalai Lama: "Só existem dois dias no ano em que nada pode ser feito. Um se chama ontem e o outro se chama amanhã, portanto, hoje é o dia certo para

amar, acreditar, fazer e principalmente viver". Muito obrigado. Boa noite a todos."

8. Por fim, como ato de encerramento da cerimônia, deu-se o pronunciamento do Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, cujos dizeres vão abaixo transcritos:

"Hoje, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro vive um dia muito especial, porque acabam de ingressar em seus quadros quinze novos promotores de Justiça aprovados no vigésimo oitavo concurso. São colegas que chegam ao *Parquet* fluminense cheios de vigor e de esperança, juntando-se a uma legião de abnegados promotores e procuradores de Justiça, cuja atuação dedicada e combativa muito tem dignificado a nossa instituição, tornando-a respeitada e merecedora da confiança de todos.

Por isso mesmo, a cerimônia de posse, que ora se realiza, representa bem mais do que o convencional desfecho do processo de investidura, para se tornar, principalmente, um solene momento de encontro - encontro de esperanças - entre nova e as antigas gerações de membros do Ministério Público.

Os colegas que chegam estão, na verdade, realizando uma opção de vida e, assim, depositando toda a sua esperança na escolha feita. Já, os que recebem os novos companheiros depositam neles a esperança de que saibam dar continuidade à relevante tarefa institucional.

E esse encontro de esperanças faz com que nós, os mais antigos, de certa forma, nos vejamos em cada um dos novos colegas que acabam de ingressar na carreira.

De minha parte, relembro com saudade as sensações do dia em que tomei posse no Ministério Público, há mais de duas décadas. Palpitava o meu coração, cresciam as minhas expectativas, ampliavam-se os meus sonhos. Não tinha, naquele momento, noção muito clara do que acabara de conquistar e da dimensão de tudo quanto ainda estaria por vir. Havia apenas vontade de acertar, de fazer o melhor, de ir muito além dos limites de qualquer obrigação, de mostrar, para as pessoas e para a sociedade, que ali estava o seu promotor de Justiça,

comprometido com as suas causas, cúmplice dos seus anseios, fiel aos seus ideais de justiça e de cidadania.

Nem mesmo o sentimento ambíguo de orgulho e de apreensão me impedia de antever, na atuação que se descortinava, o caminho para transformar em realidade muitos dos meus sonhos, acalentados nos colóquios jurídicos das tardes de sábado, na casa do saudoso e eterno promotor Roberto Lyra, que, há mais de trinta anos, já pressagiava a transformação do Ministério Público naquilo que chamou de Ministério Social, para agir contra as injustiças e não somente contra as ilegalidades.

E hoje, olhando o passado, não posso deixar de enxergar quão dadivosa foi a história, no que se refere evolução institucional do Ministério Público. Em menos de três décadas, saímos da condição de quase-apêndice do Executivo, para nos transformarmos no que muitos denominam de "Quarto Poder da República". Chegam, os mais ousados, a afirmar que, se MONTESQUIEU tivesse conhecido o Ministério Público brasileiro da atualidade, o seu "*Espírito das Leis*" não teria identificado apenas três, mas quatro funções básicas na conformação orgânica do Estado: as três tradicionais e mais o *Parquet*, como depositário do poder de defesa social.

É nesse contexto, meus caros colegas recém empossados, que cada um de vocês ingressa, hoje, na instituição. Afonso Henrique, André, Eduardo, Fabiano, Gustavo, João Alfredo, Júlia, Luciana, Luiz Fernando Rabelo, Luiz Fernando Amoedo, Marcela, Maria Eduarda, Rodrigo, Talita e Vinicius, o povo fluminense deposita em vocês a confiança e a esperança de que saberão cumprir o sagrado dever de bem defender a sociedade. E, não tenham dúvida, a tarefa é árdua e desgastante, sobretudo em época de tantos e tamanhos desafios. Se, por um lado, a vida moderna nos oferece instrumental tecnológico outrora jamais imaginado, por outro, nos cobra soluções imediatas para problemas de grandeza incomensurável, obrigando-nos a atuar com destemor, abnegação e, sobretudo, com extremo dinamismo.

A desagregação familiar; o abandono de crianças, jovens, idosos e deficientes; os problemas ambientais;

as mais diversas formas de improbidade administrativa; a saúde pública precária; a criminalidade cada vez mais descontrolada e crescente; enfim, toda gama de vicissitudes de natureza social deságua inexoravelmente nos gabinetes de promotores e procuradores de Justiça, convertendo a nossa instituição, inúmeras vezes, no último fio de esperança de muitos que lutam para ver a justiça triunfar.

Contudo, apesar da magnitude dos desafios, não hesito em afirmar que esta é uma turma que já nasceu vitoriosa e que não irá, por certo, esmorecer diante de qualquer obstáculo ao cumprimento de sua grandiosa missão. As circunstâncias especiais que envolveram o vigésimo oitavo concurso de ingresso na carreira do Ministério Público demonstram a galhardia e a determinação destes jovens promotores. Mais do que o tradicional conhecimento jurídico cobrado em todos os certames, os novos colegas precisaram evidenciar, de maneira absolutamente inusitada, o preenchimento dos pressupostos éticos para assumirem o cargo que acabaram de galgar. De forma completamente divorciada do bom senso e da razoabilidade, chegou-se a questionar, inclusive perante o Conselho Nacional do Ministério Público, a honestidade e a lisura do concurso, mediante levianas e infundadas insinuações de favorecimento, formuladas a sorrelfa, sob o manto do anonimato, e que mereceram pronto rechaço da Chefia Institucional, para remoção da maledicência, para restabelecimento da verdade e para reafirmação dos princípios da moralidade e da transparência, que sempre foram a marca mais significativa da nossa instituição.

Não se intimidaram os novos colegas com as aleivosias, nem se deixaram vencer pela perfídia. Demonstraram, em todas as instâncias, que o certame transcorreu permeado por integral lisura, e que, se aqui hoje estão empossados, é porque, verdadeiramente, se fizeram merecedores do êxito que lograram alcançar. Não fosse por todas as dificuldades naturais de um concurso dificílimo como este, somente pelo brio e pela coragem demonstrada por cada um antes mesmo de o certame chegar ao seu epílogo, já seriam dignos do nosso respeito e

merecedores da nossa admiração.

Parabéns a todos!

E para concluir, meus caros colegas, valho-me de uma bela e expressiva mensagem, de autoria desconhecida, encontrada há mais de trezentos anos na Igreja de Saint Paul, em Baltimore, que contém verdadeira lição de vida a ser observada e seguida por todos nós, promotores, familiares e convidados.

Eis a mensagem:

"Siga tranqüilamente entre a pressa e a inquietude, lembrando-se de que sempre há paz no silêncio.

Tanto quanto possível, sem se humilhar, mantenha boas relações com todas as pessoas.

Fale a sua verdade mansa e claramente e ouça a dos outros, mesmo a dos insensatos e ignorantes, pois eles também têm sua própria história.

Evite as pessoas escandalosas e agressivas. Elas afligem o nosso espírito.

Se você se comparar com os outros, tornar-se-á presunçoso e magoado, pois haverá sempre alguém superior e alguém inferior a você.

Você é filho do Universo, irmão das estrelas e das árvores. Você merece estar aqui e, mesmo que não perceba, a Terra e o Universo vão cumprir o seu destino.

Desfrute das suas realizações, bem como dos seus planos. Mantenha-se interessado em sua carreira, ainda que humilde, pois ela é um ganho real na fortuna cambiante do tempo.

Tenha cautela nos negócios, pois o mundo está cheio de astúcias, mas não se torne um cético porque a virtude sempre existirá.

Muita gente luta por altos ideais e em toda parte a vida está cheia de heroísmo. Seja você mesmo. Não simule afeição. Não seja descrente do amor, porque mesmo diante de tanta aridez e de tanto desencanto, ele é tão perene quanto a selva.

Aceite com carinho o conselho dos mais velhos e seja compreensivo com os arroubos inovadores da juventude.

Alimente a força do espírito que o protegerá

do infortúnio inesperado, mas não se desespere com perigos imaginários. Muitos temores nascem do cansaço e da solidão e, a despeito de uma disciplina rigorosa, seja gentil consigo mesmo.

Portanto, esteja em paz com Deus, como quer que você o conceba e quaisquer que sejam seus trabalhos e aspirações.

Na fatigante confusão da vida, mantenha-se em paz com sua própria alma. Apesar de todas as falsidades, fadigas e desencantos, o mundo ainda é bonito.

Seja prudente e faça tudo para ser feliz!"

Que Deus os ilumine, meus queridos novos colegas, e que sejam felizes na carreira que abraçaram.

Muito obrigado!"

9. Relação dos Promotores de Justiça empossados:

Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira
Vinicius Lameira Bernardo
Marcela do Amaral Barreto de Jesus
Talita Nunes Harduin de Freitas
Luiz Fernando de Almeida Rabelo
Afonso Henrique Reis Lemos Pereira
João Alfredo Gentil Gibson Fernandes
Luciana Menezes Wanderley Pires
Gustavo Santana Nogueira
Maria Eduarda Spinelli Bittencourt Costa
André Santos Navega
Eduardo Fiorito Pereira
Rodrigo de Figueiredo Guimarães
Júlia Valente Moraes
Luiz Fernando Lemos Duarte de Amoedo

10. A solenidade contou com a presença de expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça, bem assim como de *Eduardo da Silva Lima Neto*, Subprocurador-Geral de Justiça de Administração; *Cláudio Soares Lopes*, Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento e Modernização Organizacional; *Marija Yrneh Rodrigues de Moura*, Subprocuradora-Geral de Justiça de Assuntos

Institucionais e Judiciais; *Leonardo de Souza Chaves*, Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos e Fiscalização; *José Eduardo Ciotola Gussem*, Secretário-Geral do Ministério Público; *Astério Pereira dos Santos*, Secretário de Estado de Administração Penitenciária; *Jorge da Silva*, Secretário de Estado de Direitos Humanos; *Sergio Zveiter*, Secretário de Estado de Justiça e Defesa do Consumidor; *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*, Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos - CEJUR; *Marilia de Castro Neves Vieira*, Diretora Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; *Roberto Abranches*, Presidente do Centro de Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; *Arthur Pontes Teixeira*, Presidente da Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Revista do MP deixa a sede da Instituição

Quando da inauguração da nova sede do Ministério Público , o Procurador-Geral de Justiça de então, *Hamilton Carvalhido*, havia destinado o 6º andar do prédio da Avenida Marechal Câmara para abrigar os órgãos culturais do *Parquet* (*Revista*, CEJUR, Biblioteca e Núcleo de Pesquisa).

Tal orientação viu-se mantida pelos Procuradores-Gerais que se seguiram, a saber, *José Muiños Piñeiro Filho* e *Antonio Vicente da Costa Junior*.

O atual Procurador-Geral, *Marfan Martins Vieira*, houve por bem dar nova organicidade na distribuição de diversos serviços situados no prédio principal da Instituição. Nessa ordem de idéias, a *RMP* teve sua sede transferida para o imóvel da Travessa do Ouvidor, 38. O órgão cultural do Ministério Público ficará localizado no térreo do referido prédio , ocupando o auditório "Procurador de Justiça *José Muiños Piñeiro Filho*", inaugurado aos 27 de fevereiro de 2003, na gestão do então Procurador-Geral de Justiça *Antonio Vicente da Costa Junior* (*vide RMP* de nº 17, pp. 499/500), que se encontrava desativado.

Cerimônia da entrega das insígnias do Ministério Público (**)

1. Realizou-se no dia 25 de agosto, na Escola Naval, localizada na Av. Almirante Sílvio de Noronha s/n, no Castelo, a solenidade de entrega das insígnias institucionais aos novos colegas do XXVIII Concurso de ingresso na carreira do Ministério Público.

A cerimônia, que se inscreve entre os eventos mais significativos e tradicionais da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, foi instituída na gestão do Presidente *Antonio Carlos Silva Biscaia* e, desde então, vem sendo realizada em cada concurso.

2. A Mesa diretora do evento guardou a seguinte constituição: *Luiz Antonio Ferreira de Araújo*, Presidente da AMPERJ; *Marfan Martins Vieira*, Procurador-Geral

(**) Dados fornecidos pela Gerência da AMPERJ.

de Justiça; *Antonio Carlos da Silva Biscaia*, Deputado Federal; *Arthur Pontes Teixeira*, Diretor-Presidente da CAMPERJ; *Roberto Abranches*, Presidente do CEPROJUS; *Celso Fernando de Barros*, Procurador de Justiça aposentado; *Saint'Clair Luiz do Nascimento Junior*, Membro do Conselho Nacional do Ministério Público; *Alessandro Molon*, Deputado Estadual; *Erivaldo Edson Carvalho de Almeida*, Imediato da Escola Naval - Capitão de Mar e Guerra.

3. A festividade obedeceu ao seguinte roteiro:

Abertura.

– Hino Nacional Brasileiro com vídeo clip da Marinha Brasileira.

– Entrega das Insígnias aos Promotores Substitutos, acompanhados dos respectivos padrinhos.

– Discurso do Dr. *Saint'Clair Luiz do Nascimento Júnior* - Membro do Conselho Nacional do Ministério Público (falando de improviso).

– Discurso do Dr. *Celso Fernando de Barros* (falando de improviso em nome da AMPERJ).

– Discurso da Promotora aprovada no XXVIII, Dra. *Marcela do Amaral Barreto de Jesus*, vazado nos termos que se seguem:

"A vida é repleta de símbolos, por todo lugar encontramos objetos que carregam em si um significado, uma mensagem, representam comandos, sentimentos, organização.

E hoje temos a honra de receber um dos símbolos desta Casa tão nobre.

Momento tão esperado. Idealizado a cada dia de estudo e de abstenção, que parecia tão distante e inalcançável.

Momento que só pôde ser conquistado, em primeiro lugar, pela vontade do Criador, que nos concedeu vida, força, saúde e determinação.

Pela compreensão de nossa família, que de forma incondicional esteve ao nosso lado.

Pelo companheirismo daqueles que nos dedicaram e dedicam seu amor.

Pelo zelo daqueles que se foram e mesmo em outro plano cuidam de nós.

Pela amizade daqueles que puderam simplesmente ouvir nossas queixas e lamúrias.

E assim chegamos, contando, também, com apoio desta Associação, que efetivamente nos recebeu, ou melhor, nos acolheu, quando éramos apenas sonhadores, defendendo nosso pleito, nossa honra, nosso sonho.

Este símbolo, efetivamente, faz com que nos tornemos parte do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, faz com que a sociedade, a partir de agora, veja não mais um simples jovem, mas enxergue um defensor de seus direitos, alguém que irá lutar pela paz, pela igualdade e pela justiça.

Alguém que irá zelar não só pelo cumprimento das leis, mas, em especial, pelo ideário de dignidade da pessoa humana.

Alguém que de forma quase pueril e utópica simplesmente espera contribuir.

E agora é o momento de agradecer e de estabelecer o compromisso de honrar o cargo que ocupamos, e efetivamente promovermos a Justiça."

4. Ao final da cerimônia, foi servido um coquetel dançante aos presentes.

Centro Cultural da AMPERJ (***)

A Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ) fez inaugurar, no dia 11 de setembro, as novas instalações de seu Centro Cultural, situadas na Avenida Graça Aranha 57, 2º andar, no Centro do Rio de Janeiro.

O novo local foi adquirido com o objetivo de atender melhor aos alunos, que precisavam de um espaço maior em função da grande procura pelo curso, voltado especificamente para o Ministério Público.

Funcionando, inicialmente, na antiga sede, da rua Debret nº 23, e, parcialmente, desde 03 de abril, em novo local, o curso da AMPERJ passará a partir de agora a ser ministrado, integralmente, na Avenida Graça Aranha.

O complexo é formado por três salas, com capacidade média para 120 pessoas em cada uma, cantina, secretaria e banheiros.

O idealizador do "Curso da AMPERJ" foi o então Procurador de Justiça *José Carlos Paes*, quando da sua gestão na Presidência da nossa Associação de classe.

(***) Dados parcialmente colhidos de Boletim "*Notícias da AMPERJ*", ano 2, nº 14, julho e agosto de 2006.

Ministério Público e Secretaria de Segurança implantam Inquérito Virtual

Vem de ser assinado, no dia 20 de setembro, convênio entre o Ministério Público e a Secretaria de Segurança Pública no objetivo de conferir maior celeridade à atividade investigatória do *Parquet* através da implantação do projeto de Inquérito Virtual. Com a providência se eliminará a tramitação física de inquérito entre a Polícia e o Ministério Público, fato que atrasa sensivelmente o andamento dos feitos e compromete o êxito da investigação. O inquérito virtual e o Centro Integrado de Apuração Criminal - CIAC, que em breve estará funcionando, constituem expressivo marco nas relações entre a Polícia Civil e o Ministério Público e representam passo relevante no combate à criminalidade.

Para a implantação do projeto, técnicos do Programa Delegacia Legal, da Secretaria de Segurança Pública, e da Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Ministério Público desenvolveram ferramentas para que as manifestações dos Promotores de Justiça de Investigação Penal no Sistema de Controle Operacional sejam registradas eletronicamente e autenticadas pelo sistema de assinatura digital.

Participaram da solenidade de assinatura do convênio, realizada na Secretaria de Segurança Pública, o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*; o Secretário de Tecnologia da Informação e de Comunicação do MP, Procurador de Justiça *Fernando Fernandy Fernandes*; a Promotora de Justiça *Georgea Marcovecchio Guerra*, assessora da Secretaria de Tecnologia da Informação e de Comunicação; a Coordenadora de Segurança e Inteligência, Procuradora de Justiça *Mônica Maria Costa Di Piero*; o Coordenador do 7º CAOP, Promotor de Justiça *Gianfilippo de Miranda Pianezzola*; o Subcoordenador da 2ª Central de Inquéritos, Promotor de Justiça *Rubem José Bastos Vianna*; a Subcoordenadora da 3ª Central de Inquéritos, Promotora de Justiça *Mônica Martino Pinheiro Marques*, e a Promotora de Justiça *Renata Maria Nicolau Cabo*, que executará o "projeto-piloto" pelo MPRJ.

CAMPERJ comemora 25 anos de existência

1. A Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CAMPERJ) vem de comemorar o 25º aniversário de fundação, ocorrido no dia 21 de setembro do presente ano.

2. O programa comemorativo da significativa data obedeceu à seguinte programação:

No dia 21 de setembro de 2006:

a) Missa de Ação de Graças, às 11 horas, na Igreja de Nossa Senhora do Monte do Carmo, Rua 1º de março, Centro;

b) Almoço com os sócios fundadores e com os sucessores (as) dos saudosos colegas falecidos, após a missa;

No dia 25 de setembro de 2006:

- Exposição de Artes Plásticas;
- Inauguração da placa comemorativa no Salão Cultural;
- Doação de brindes;
- *Revista em Foco* - CAMPERJ - edição especial;
- Mostra de fotografias antigas ou inéditas, MP - CAMPERJ;
- Coquetel.

3. O leitor interessado em conhecer o histórico da CAMPERJ encontrará em nossa "*Revista do Ministério Público*" de nº 10, de Jul/Dez de 1999, nas páginas 438/441, a relação das diversas diretorias da Instituição no período compreendido entre setembro de 1981 a setembro de 2001, bem como a indicação dos sócios fundadores.

4. Na atualidade, a "CAMPERJ" dispõe de um órgão de divulgação de suas atividades, a "*Revista Em Foco – CAMPERJ*", contendo amplo noticiário a respeito de suas atividades, com tiragem de 3000 exemplares, ilustrada com farto material fotográfico em cores.

A publicação em tela constitui-se num autêntico canal de comunicação voltado para o atendimento de seus associados, conveniados e aos membros de nosso Ministério Público. Veja-se a respeito a notícia publicada em nossa "*Revista do Ministério Público*" de nº 21, período de Jan/Jun de 2005, na página 464.

5. A atual Diretoria da CAMPERJ e respectivo Conselho Fiscal está assim constituído:

> "**CONSELHO DIRETOR:** Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, Diretor-Presidente; Dr. *Norton Esteves Pereira de Mattos*, Diretor-Secretário; Dr. *Jefferson Machado de Góes Soares*, Diretor-Tesoureiro; Dr. *Décio Luiz Gomes*; Diretor de Benefícios.
>
> **CONSELHO FISCAL:** Dra. *Jarcléa Pereira Gomes*, Dr. *Aldney Zacharias Peixoto* e Dr. *Fernando Lúcio Lagoeiro Magalhães.*"

Prefeitura de Maricá doa terreno para construção de sede do MP no local

O Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, assinou, no dia 22 de setembro, com o Prefeito de Maricá, *Ricardo Queiroz*, termo pelo qual a Prefeitura daquele município cede ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro um terreno para construção da sede da Promotoria de Justiça da Comarca.

O Programa de Expansão e Interiorização visa a ampliar a base física do Ministério Público fluminense, oferecendo melhores condições de trabalho e mais conforto aos Promotores de Justiça. Já estão em andamento obras para a construção de sedes do MP em Barra do Piraí, Itaperuna e Macaé. Em muitos outros municípios, as prefeituras já cederam áreas. No total, 40 municípios fluminenses serão contemplados por esse programa, que objetiva tornar o MP mais acessível a todos os setores da sociedade.

O terreno de Maricá mede 1.978,63 metros quadrados e fica no loteamento Jardim Balneário Maricá, primeiro distrito do município, onde vivem 80 mil pessoas.

Em companhia do Prefeito *Ricardo Queiroz*, estiveram presentes ao ato de assinatura do convênio o Vereador *Pedro Gomes*, Secretário-Geral da Câmara Municipal; o Procurador-Geral do Município, *Josemir Veloso de Oliveira* e o Promotor de Justiça da Comarca, *Wagner Sambugaro*.

Presentes ao ato o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, o Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, *Eduardo da Silva Lima Neto*; o Coordenador do Programa de Expansão e Interiorização do MP, *Flodesmidt Riani*; o Secretário de Tecnologia da Informação e Comunicação, *Fernando Fernandy Fernandes*; e o Chefe de Gabinete da PGJ, *Sérgio Nogueira de Azeredo*.

Centrais de Inquéritos comemoram 15 anos de funcionamento

Em funcionamento há 15 anos, as Centrais de Inquéritos do Ministério Público comemoraram aniversário pela primeira vez no dia 22 de setembro, a partir das 17h, no auditório do 9º andar do prédio da Procuradoria-Geral de Justiça. Na solenidade, foram homenageados pelo Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, os atuais e ex-coordenadores das Centrais de Inquéritos e os Promotores de Justiça de Investigação Penal.

As Centrais de Inquéritos foram implantadas no Rio de Janeiro de forma pioneira e depois serviram como modelo em mais de 10 unidades da Federação. Idealizadas pelo Procurador de Justiça *Luiz Otavio de Freitas* e implantadas pela Resolução nº 438, assinada pelo então Procurador-Geral de Justiça *Antonio Carlos da Silva Biscaia* no dia 9 de abril de 1991, as Centrais de Inquéritos congregam as Promotorias de Investigação Penal (PIPs), que acompanham os inquéritos policiais e peças de informação quando ainda não distribuídos ao Juízo Criminal competente.

Há três Centrais de Inquéritos no Estado: a 1ª, que é coordenada pelo Promotor de Justiça *Gianfilippo de Miranda Pianezzola*, tem atribuição sobre a Capital e abrange 30 Promotorias; a 2ª, cujo coordenador é o Promotor de Justiça *Rubem José Bastos Vianna*, conta com oito Promotorias e atribuição sobre Niterói e São Gonçalo e a 3ª, com 12 Promotorias e atribuição sobre Duque de Caxias e Nova Iguaçu, tendo como coordenadora a Promotora de Justiça *Mônica Martinho Pinheiro Marques*.

Com uma estrutura de quase 150 funcionários, a 1ª Central de Inquéritos recebe mensalmente entre 20 mil e 30 mil inquéritos, 600 queixas em sua sede e outras 70 através da Ouvidoria-Geral do MP. Isso faz com que permanentemente ela mantenha um acervo de 130 mil inquéritos em andamento.

A solenidade obedeceu a seguinte programação:

17: 00 horas

Abertura

17: 30 horas

Homenagem aos Coordenadores e ex-Coordenadores das Centrais de Inquérito com entrega de placas honoríficas pelo Procurador-Geral de Justiça.

18: 00 horas

Homenagem aos Promotores de Justiça titulares das três Centrais de Inquéritos, aos Gerentes das Centrais e às Autoridades que contribuíram para o aprimoramento institucional através da entrega de medalha comemorativa.

18: 30 horas

Coquetel de confraternização."

Decano assume em caráter interino a Chefia do MP

O Procurador de Justiça *Cezar Romero de Oliveira Soares*, Decano do MPRJ, assumiu, no dia 25 de setembro, a Chefia da Instituição, substituindo o Procurador-Geral, que se afasta do cargo para concorrer à reeleição, nos termos do art. 9º, § 2º, da LC nº 106, de 2003.

O eminente Decano dirigirá o *Parquet* até a proclamação dos eleitos para integrar a lista tríplice, que será composta em eleição designada para o dia 24 de novembro vindouro.

CNMP aprova regras para investigações do MP

O Conselho Nacional do Ministério Público aprovou, no dia 2 de outubro, a Resolução nº 13, que estabelece as regras gerais para a instauração e a tramitação dos procedimentos de investigação criminal no Ministério Público.

Uma das justificativas para a Resolução, segundo a relatora, Conselheira *Janice Ascari*, é assegurar que os direitos básicos garantidos ao cidadão pela Constituição da República sejam respeitados em quaisquer investigações desenvolvidas por membros do MP.

Candidatos ao cargo de PGJ

O Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, em sessão realizada no dia 10 de outubro de 2006, deferiu as inscrições dos candidatos à eleição para a composição da lista tríplice destinada ao provimento do cargo de Procurador-Geral de Justiça, para o biênio 2007/2008, conforme relação abaixo:

Alexandre Murilo Graça
Eduardo da Silva Lima Neto
Ertulei Laureano Matos
Marfan Martins Vieira
Rodrigo Terra
Walberto Fernandes de Lima

Eleição para o CSMP (I)

1. Inscreveram-se para concorrer à eleição destinada ao preenchimento de quatro vagas no Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, para o biênio 2007/2009, pelo voto dos Procuradores de Justiça, os seguintes candidatos:

Denise Freitas Fabião Guasque
Dirce Ribeiro de Abreu
Maria Cristina Menezes de Azevedo
Maria da Conceição Nogueira da Silva
Pedro Elias Erthal Sanglard

2. Da mesma forma, inscreveram-se para concorrer à eleição também destinada ao preenchimento de quatro vagas no Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, para o biênio de 2007/2009, agora pelo voto dos Promotores de Justiça, os seguintes candidatos:

Carlos Roberto de Castro Jatahy
José Maria Leoni Lopes de Oliveira

Júlio César Lima dos Santos
Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira
Mônica da Silveira Fernandes
Sumaya Therezinha Helayel

Eleição na AMPERJ

1. Realizou-se no dia 30 de outubro a eleição para a escolha dos representantes da classe que irão compor a Diretoria e os Conselhos Consultivo e Fiscal da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ) no biênio 2007/2008.

2. Concorreram ao pleito a "Chapa Azul" e a "Chapa Ação Independência", a primeira presidida por *José Eduardo Ciotola Gussem* e a segunda capitaneada por *Marcos André Chut.*

3. A votação teve lugar na sede da AMPERJ, situada na rua Rodrigo Silva, 26, 8º andar.

4. A Comissão Eleitoral encarregada da recepção e apuração dos votos resultou composta dos seguintes associados titulares: *Omar Gama Ben Kauss* (Presidente), *Jacyr Villar de Oliveira, José Bianchini, Roberto Abranches, Roberto Pontes Dias* e *Regina Buaiz.*

5. A Chapa Azul, encabeçada pelo Promotor de Justiça *José Eduardo Ciotola Gussem,* venceu a eleição para a AMPERJ, com 58% dos votos válidos, contando com a participação de 801 promotores e procuradores (72,3% dos 1.107 membros).

A Chapa Azul obteve vitória integral perfazendo 468 votos integrais contra 313 em favor da Chapa Ação Independência.

O novo presidente, Dr. *José Eduardo Ciotola Gussem,* é Promotor de Justiça, tendo ingressado no MP em 1993 (XIII concurso). Em órgãos de execução, teve destacada atuação na Comarca de Nova Iguaçu, onde, além de exercer suas atribuições junto ao Tribunal do Júri, foi Coordenador do Centro Regional (2002) e Presidente da Comissão de Obra da Construção da sede do Ministério Público naquela Comarca. Foi Coordenador de Movimentação (2003/2004) e Secretário-Geral do Ministério Público (2005/2006).

A relação completa dos novos dirigentes da AMPERJ é a seguinte:

DIRETORES E CONSELHEIROS ELEITOS

Diretoria: Presidente: *José Eduardo Ciotola Gussem* ; Vice-Presidente: *Nicanor Medici Fischer;* Secretário-Geral: *Márcio Souza Guimarães;* Diretor Financeiro: *Marcelo Lima Buhatem;* Diretor Cultural: *Patrícia do Couto Villela;* Diretor Social: *Allana Alves Costa Poubel;* Diretor de Defesa de Direitos e Prerrogativas Funcionais: *Carlos Bernardo Alves Aarão Reis;* Diretor Assistencial e de Assuntos Relativos a Aposentados e Pensionistas: *Ronaldo de Medeiros e Albuquerque;* Diretor de Assuntos Legislativos: *Sérgio Nogueira de Azeredo,* Diretor de Esportes: *Marcus Cavalcante Pereira Leal,* todos obtendo 468 votos.

CONSELHO CONSULTIVO: *Ilma de Araújo Barros* (477 votos); *Leandro Silva Navega* (438 votos); *Luiz Antônio Ferreira de Araujo* (473 votos); *Maria Cristina Kubitschek Cançado da Rocha Vianna* (460 votos); *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro* (477 votos); *Roberta DiasLaplace* (456 votos); *Rosani Blanco Pinheiro* (458 votos); *Stênio Lutgardes Neves* (468 votos) e *Tatiana Costa Torres* (469 votos).

CONSELHO FISCAL (TITULARES): *Virgílio Panagiotis Stavridis* (477 votos); *Vera de Souza Leite* (472 votos) e *Plínio de Sá Martins* (467 votos).

CONSELHO FISCAL (SUPLENTES): *Marcos Moraes Fagundes* (462 votos); *Maria do Carmo dos Santos Casa Nova* (457 votos) e *Norton Esteves Pereira de Mattos* (453 votos).

VOTAÇÃO OBTIDA PELA CHAPA AÇÃO E INDEPENDÊNCIA

DIRETORIA: Presidente: *Marcos André Chut* (313 votos); Vice-Presidente: *Luiz Sérgio Wigderowitz*; Secretário-Geral: *Dennis Aceti Brasil Ferreira*; Diretor Financeiro: *Rogério Carlos Scantamburlo*; Diretor Cultural: *Renata Neme Cavalcanti*; Diretor Social: *Guilherme Macabu Semeghini*; Diretor de Defesa de Direitos e Prerrogativas Funcionais: *Cristina Medeiros da Fonseca*; Diretor Assistencial e de Assuntos Relativos a Aposentados e Pensionistas: *Déa Araujo de Azeredo*; Diretor de Assuntos Legislativos: *Marcelo Muniz Neves* e Diretor de Esportes: *Marcio Almeida Ribeiro da Silva* , todos obtendo 313 votos.

CONSELHO CONSULTIVO: *Cristhiane Barradas Zeitone* (301 votos); *David Milech* (302 votos); *Laise Ellen Silva Macedo* (300 votos); *Luiz Eduardo da Silva Levy de Souza* (298 votos); *Luiz Roberto Saraiva Salgado* (299 votos); *Marlon Oberst Cordovil* (289 votos); *Nilo Augusto Francisco Suassuna* (303 votos); *Thaimi Stefânia Kepe Ferreira* (288 votos) e*Victor Santos Queiroz* (308 votos).

CONSELHO FISCAL: *Adelângela Carvalho Saggioro* (293 votos); *Anco Marcio Valle* (294 votos); *Fátima Maria Ferreira Melo* (310 votos).

CONSELHO FISCAL (Suplentes): *Gabriela dos Santos Lusquiños* (294 votos); *José Luiz Martins Domingues* (288 votos) e *Marcelo Maurício Barbosa Arsenio* (302 votos).

Eleição para o CSMP (II)

1. Realizou-se no dia 10 de novembro a eleição para a composição do egrégio Conselho Superior do Ministério Público para o biênio 2007/2009.

2. A Mesa receptora e apuradora da eleição para preenchimento de 4 vagas no CSMP pelo voto dos Procuradores de Justiça viu-se assim constituída:

Vera de Souza Leite (Presidente)
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Levi de Azevedo Quaresma
Karla Maria da Cruz Carvalho

3. A Mesa receptora e apuradora da eleição para preenchimento de 4 vagas no CSMP pelo voto dos Promotores de Justiça guardou a seguinte constituição:

Evangelina Fontelas Rosado Spinelli (Presidente)
Márcia Álvares Pires Rodrigues
Gladys Mary Licínio Holanda
Guilherme Eugênio de Vasconcellos
Lúcia Ramos Serão

4. Resultado da votação:

a) Pelo voto dos Promotores de Justiça:

Carlos Roberto de Castro Jatahy - 449 votos
Sumaya Therezinha Helayel - 336 votos
Mônica da Silveira Fernandes - 303 votos
José Maria Leone Lopes de Oliveira - 247 votos

Suplentes:

Júlio César Lima dos Santos - 200 votos
Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira - 153 votos

b) Pelo voto dos Procuradores de Justiça:

Maria Cristina Menezes de Azevedo - 123 votos
Denise Freitas Fabião Guasque - 106 votos
Maria da Conceição Nogueira da Silva - 99 votos
Pedro Elias Erthal Sanglard - 95 votos

Suplente:

Dirce Ribeiro de Abreu - 88 votos

5. A posse dos eleitos está marcada para fevereiro de 2007.

Quinto Constitucional (I)

Requereram inscrição para concorrer às listas sêxtuplas que serão compostas para provimento de quatro cargos de Desembargador do Tribunal de Justiça do

Estado do Rio de Janeiro, pelo quinto constitucional do Ministério Público, os seguintes candidatos:

1) Cargo vago em decorrência da aposentadoria do Desembargador *Manoel Carpena Amorim* (Ato Executivo nº 2.566, publicado no *Diário Oficial do Poder Judiciário*, Seção I, de 30 de junho de 2006):

- *Ana Paula Petra Lopes de Carvalho*
- *Augusto Vianna Lopes*
- *Bruno Ferolla*
- *Carlos Cícero Duarte Junior*
- *Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves*
- *Elizabeth Carneiro de Lima*
- *Ellis Hermydio Figueira Junior*
- *Georgea Marcovecchio Guerra*
- *Joel Tovil*
- *José Augusto de Araújo Neto*
- *José Muiños Piñeiro Filho*
- *Laise Ellen Silva Macedo*
- *Levi de Azevedo Quaresma*
- *Luiz Carlos de Oliveira Lopes*
- *Maria Ignez Carvalho Pimentel*
- *Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira*
- *Renata Machado Cotta Buhatem*
- *Soraya Taveira Gaya*

2) Cargo vago em decorrência da aposentadoria da Desembargadora *Marly Macedônio França* (Ato Executivo nº 2.740, publicado no *Diário Oficial do Poder Judiciário*, Seção I, de 20 de julho de 2006):

- *Ana Paula Petra Lopes de Carvalho*
- *Augusto Vianna Lopes*
- *Bruno Ferolla*
- *Carlos Cícero Duarte Junior*
- *Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves*
- *Elizabeth Carneiro de Lima*
- *Ellis Hermydio Figueira Junior*
- *Fernando Fernandy Fernandes*

- *Georgea Marcovecchio Guerra*
- *Joel Tovil*
- *José Muiños Piñeiro Filho*
- *Laise Ellen Silva Macedo*
- *Levi de Azevedo Quaresma*
- *Lúcia Neves de Oliveira*
- *Luiz Carlos de Oliveira Lopes*
- *Maria Ignez Carvalho Pimentel*
- *Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira*
- *Renata Machado Cotta Buhatem*
- *Soraya Taveira Gaya*

3) Cargo criado pela Lei Estadual nº 4.838, de 01 de setembro de 2006 (publicada no *Diário Oficial do Poder Executivo*, Parte I, de 04 de setembro de 2006):

- *Ana Paula Petra Lopes de Carvalho*
- *Augusto Vianna Lopes*
- *Bruno Ferolla*
- *Carlos Cícero Duarte Junior*
- *Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves*
- *Elizabeth Carneiro de Lima*
- *Ellis Hermydio Figueira Junior*
- *Georgea Marcovecchio Guerra*
- *Joel Tovil*
- *José Muiños Piñeiro Filho*
- *Laise Ellen Silva Macedo*
- *Levi de Azevedo Quaresma*
- *Lúcia Neves de Oliveira*
- *Luiz Carlos de Oliveira Lopes*
- *Maria Ignez Carvalho Pimentel*
- *Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira*
- *Mônica Maria Costa Di Piero*
- *Renata Machado Cotta Buhatem*
- *Soraya Taveira Gaya*

4) Cargo vago em decorrência da aposentadoria do Desembargador *Luiz Eduardo Guimarães Rabelló* (Ato Executivo nº 4.969, publicado no

Diário Oficial do Poder Judiciário, Seção I, de 05 de outubro de 2006).

- *Ana Paula Petra Lopes de Carvalho*
- *Augusto Vianna Lopes*
- *Bruno Ferolla*
- *Carlos Cícero Duarte Junior*
- *Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves*
- *Elizabeth Carneiro de Lima*
- *Ellis Hermydio Figueira Junior*
- *Georgea Marcovecchio Guerra*
- *Joel Tovil*
- *José Muiños Piñeiro Filho*
- *Laise Ellen Silva Macedo*
- *Levi de Azevedo Quaresma*
- *Luiz Carlos de Oliveira Lopes*
- *Maria Ignez Carvalho Pimentel*
- *Marília de Castro Neves Vieira*
- *Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira*
- *Renata Machado Cotta Buhatem*
- *Soraya Tavareira Gaya*

Informativo da ASPROJU

Vem de ser publicado o segundo número (novembro de 2006) do "*Informativo da Associação dos Servidores da Procuradoria-Geral de Justiça*" (ASPROJU) apresentando farto noticiário de interesse dos servidores do nosso *Parquet*. A publicação em questão apresenta esmerada confecção gráfica e marca importante conquista dos nossos funcionários.

Eleição para o cargo de PGJ

1. Realizou-se, no dia 24 de novembro, a eleição para a formação da lista tríplice destinada ao provimento do cargo de Procurador-Geral de Justiça, para o biênio 2007/2008.

2. A Mesa receptora e apuradora da eleição em questão guardou a seguinte constituição: *Marija Yrneh Rodrigues de Moura* (Presidente), *José Roberto Paredes, Luiz Roberto Saraiva Salgado, Ivonise da Costa Feres Caetano* e *Tiago Gonçalves Veras Gomes*.

3. A votação obedeceu ao seguinte resultado:

Marfan Martins Vieira	470 votos
Alexandre Murilo Graça	289 votos
Ertulei Laureano Matos	287 votos
Eduardo da Silva Lima Neto	196 votos
Walberto Fernandes de Lima	191 votos
Rodrigo Terra	96 votos
Nulos:	19 votos
Em branco:	07 cédulas

4. Integram, assim, a listra tríplice que será remetida ao Governador do Estado, a quem caberá nomear o Chefe do Ministério Público, que tomará posse no dia 17 de janeiro de 2007, os seguintes nomes:

Marfan Martins Vieira
Alexandre Murilo Graça
Ertulei Laureano Matos

Quinto Constitucional (II)

O egrégio Conselho Superior do Ministério Público, em sessão realizada no dia 27 de novembro de 2006, indicou os membros do Ministério Público que irão integrar as listas sêxtuplas destinadas ao preenchimento de quatro vagas de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pelo "Quinto Constitucional":

1) Vaga decorrente da aposentadoria do Desembargador *Manoel Carpena Amorim*:

– *José Augusto de Araújo Neto*	9 votos
– *José Muiños Piñeiro Filho*	8 votos
– *Levi de Azevedo Quaresma*	7 votos
– *Luiz Carlos de Oliveira Lopes*	7 votos
– *Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves*	7 votos
– *Renata Machado Cotta Buhatem*	7 votos

2) Vaga decorrente da aposentadoria da Desembargadora *Marly Macedônio França*:

– *Fernando Fernandy Fernandes*	8 votos
– *Lúcia Neves de Oliveira*	7 votos
– *Joel Tovil*	7 votos

- *Elizabeth Carneiro de Lima* 6 votos
- *Ana Paula Petra Lopes de Carvalho* 6 votos
- *Maria Ignez Carvalho Pimentel* 5 votos

3) Vaga criada pela Lei Estadual nº 4.838, de 01 de setembro de 2006:

- *Carlos Cícero Duarte Junior* 8 votos
- *Laise Ellen Silva Macedo* 8 votos
- *Bruno Ferolla* 7 votos
- *Soraya Taveira Gaya* 6 votos
- *Mônica Maria Costa Di Piero* 6 votos
- *Ellis Hermydio Figueira Junior* 6 votos

4) Vaga decorrente da aposentadoria do Desembargador *Luiz Eduardo Guimarães Rabello*:

- *Marília de Castro Neves Vieira* 9 votos
- *Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira* 7 votos
- *Luiz Carlos de Oliveira Lopes* 6 votos
- *Augusto Vianna Lopes* 6 votos
- *Georgea Marcovecchio Guerra* 6 votos
- *Levi de Azevedo Quaresma* 5 votos

Homenageado o Decano do MP

1. Realizou-se no dia 28 de novembro, no edifício-sede do Ministério Público, no auditório do 9º andar, significativa homenagem ao decano do *Parquet*, Procurador de Justiça *Cezar Romero de Oliveira Soares*. Com efeito, naquela data, a "caravana de Carangola", composta pelo Presidente da Câmara Municipal de Carangola, *Francisco Cabral*, por vereadores daquela Casa Legislativa, pelo Prefeito Municipal da cidade, Dr. *Fernando de Souza Costa*, por outras autoridades locais e por amigos daquele ilustre Procurador de Justiça, desejou homenagear o carangolense *Cezar Romero de Oliveira Soares*, que, na qualidade de decano de nossa Instituição, assumiu, em caráter interino, no período compreendido entre 25 de setembro e 24 de novembro, o cargo de Procurador-Geral de Justiça.

2. A solenidade foi presidida pelo Desembargador *Paulo Leite Ventura*, Diretor Geral da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - que teve a companhia na Mesa do Dr. *Marfan Martins Vieira* - Procurador Geral de Justiça; Sr. *Francisco Carlos de Abreu Cabral* - Presidente da Câmara Municipal de Carangola; Dr. *Fernando de Souza Costa* - Prefeito Municipal de Carangola; Dr.

José Maurício Nolasco - Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro; Dr. *Horácio Machado Medeiros* - Procurador Geral do Ministério Público Especial; Dr. *Arthur Pontes Teixeira* - Diretor-Presidente da Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Dr. *Roberto Abranches* - Presidente do Centro dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Dr. *Júlio L. Rabello* - Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e Dr. *Aloísio Gama* - Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Saudando o homenageado, o Desembargador *Paulo Leite Ventura* teve a oportunidade de proferir as seguintes palavras:

> "Desde os mais antigos tempos, celebram os povos os feitos daqueles que se distinguiram, por sua habilidade, força e coragem, na realização de suas tarefas. Na verdade, cantar em homenagem aos grandes vultos se tornou um culto por meio do qual se busca transfundir ao povo, pelo estímulo à imitação do comportamento, as virtudes dos homens extraordinários, mantendo acesos, no espírito das novas gerações, os acalentados sonhos dos heróis.
>
> Nos dias de hoje, uma aura de heroísmo envolve a figura do Magistrado e do Membro do Ministério Público, cujo desassombro é ressaltado nos instantes de crispação histórica, em que encarna os mais vibrantes anseios do povo, que neles identifica claramente o seu campeão e a eles confia as derradeiras esperanças dos perseguidos e injustiçados.
>
> Há os homens que nascem predestinados à verticalidade sob todos os aspectos: a honradez, o talento, a cultura, o espírito público, a vocação para a carreira, a educação, o trato sempre firme mas cavalheiresco, o senso da medida e da oportunidade, a simplicidade e a bondade na forma e no modelo dos grandes homens.
>
> Há, contudo e lamentavelmente, homens que nascem condenados à horizontalidade: são os que vivem só para invejar aqueles predestinados à verticalidade.
>
> Na linha deste entendimento, é que hoje prestamos esta justa homenagem a um grande Procurador de Justiça.
>
> Vossa Excelência, Senhor Procurador Cezar Romero, é um predestinado à verticalidade, pois no

mosaico esplêndido da sua personalidade, entre muitos e muitos matizes primorosos, está o da verdadeira religião com que celebrou a mais pura e mais profunda ética do *Parquet*.

Por todos os seus inúmeros predicados, como Promotor de Justiça e Procurador esplendoroso e amigo leal, é que aqui estamos juntos, para homenageá-lo.

O Procurador Cezar Romero, no curso de sua vida, sempre soube plantar, razão porque hoje colhe, com justiça, os frutos da sua trajetória magnífica e abençoada. Colhe o fruto da honra, da dignidade, da lealdade, da bondade, da amizade e da aparência. Colhe o fruto do trabalho diuturno na distribuição de justiça. Colhe, hoje, aqui e conosco, o fruto da fidalguia e do companheirismo.

Relevem, pois, os que me ouvem, releve o Procurador Cezar Romero que eu não tenha para dar nesta minha modesta manifestação, palavras o quanto merece o homenageado.

Porém, meus amigos, quando a posteridade, sempre curiosa, um dia perguntar, consultando os anais desta gloriosa Procuradoria, de tanta tradição no nosso Estado, quem foi esse Procurador Cezar Romero, querendo conhecer a sua vida, obra, lutas e milagres, desde já fica informada de que, seja lá quem tiver sido, foi ele um Procurador humilde que por aqui passou uma única vez e procurou fazer todo o bem, sem adiá-lo nem negligenciá-lo, pregou sempre a justiça e a bondade, foi tolerante o quanto podia tolerar, transigente naquilo que podia transigir. Homem radicalmente contrário à violência por saber que contra esta se ergue a consciência. Foi um jurista. Amou o direito como alta expressão do bem e a Pátria, que é a sublimação do belo. Respeitou o seu próximo, compreendeu aqueles que erram, postulou sempre com coragem, foi fiel aos textos legais, orgulhava-se de seus colegas e da família linda que com sua esposa soube construir ao longo da caminhada. Amou seus filhos e serviu a causa pública com devotamento, porque por vocação única foi sempre e apenas um membro do Ministério Público. Viveu uma vida simples, lisa e bela. Nem um acidente, nem uma tempestade, nada mais que a poesia do dever quotidiano nobremente cumprido, um talento que

cresceu sem cessar, a ascensão lenta, segura, natural para a mais alta recompensa de uma vida de um homem que devotou toda sua existência ao Ministério Público fluminense.

Em nome da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, quero felicitar a todos pela feliz e justa iniciativa, ao homenagear um honrado Procurador de Justiça.

Muito obrigado."

3. Por fim, ouviu-se a fala do Procurador de Justiça *Cezar Romero de Oliveira Soares*:

"Prezados Colegas, Amigos, Conterrâneos e Familiares,

É com muita honra e emoção que os recebo para esse encontro simbólico com minha cidade natal, na sede do Ministério Público.

Minha passagem pela Procuradoria-Geral de Justiça não poderia ser coroada com melhor epílogo: a minha terra na minha casa.

Abracei o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro há muitos anos e posso ousar afirmar que por ele também fui acolhido. Entretanto, na realidade nunca deixei os braços da minha Carangola, cujas mãos me acompanham durante toda a jornada que exerço fora de seus limites geográficos.

Vislumbro, hoje, nessa homenagem que me é prestada, a materialização de um clássico verso que integra nosso cancioneiro: "a vida é a arte do encontro, embora haja tantos desencontros nessa vida".

Pois hoje vivo um desses presentes da vida, que é este encontro que me foi proporcionado e, nesse turbilhão de emoções que agora sinto, só posso expressar meus mais sinceros agradecimentos.

Ao receber essa homenagem de minha cidade natal, eu, que dela sou devedor e não credor, agarro-me à esperança de que, ainda que por alguns instantes, Carangola sinta por mim o orgulho que por ela sinto, por inteiro, por toda a vida.

Neste auditório vejo afetos se encontrando. Não sei se sou merecedor de tal homenagem, mas, somente de servir de pretexto para este evento, posso dizer que valeu a pena.

Meu muito obrigado!"

4. Ressalte-se, outrossim, a presença de familiares do nobre colega do MP.

II Encontro de Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Realizou-se no dia 01 de dezembro, no Paço Imperial, situado na Praça XV de Novembro, nº 48, no Centro do Rio de Janeiro, o II Encontro de Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O evento foi patrocinado pelo Procurador-Geral de Justiça de nosso Estado, pelo Presidente da Associação do Ministério Público - RJ (AMPERJ), pela Diretora-Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público - RJ (FEMPERJ), pela Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR) e pela Coordenadora do 1º Centro de Apoio Operacional, obedecendo a seguinte programação:

"**9:00h** - Recepção dos Procuradores de Justiça

9:30h - Café da manhã

10:00h - "Conversando com o acadêmico João Ubaldo Ribeiro"

11:00h - Intervalo

11:15h - "Princípio do Poluidor Pagador e Tutela Jurisdicional" - Dr. *Marcelo Abelha*

13:00h - Almoço no local do evento

14:30h - "As transformações dos Sistemas Constitucionais Contemporâneos: O Paradigma Argumentativo ou o Neoconstitucionalismo" - Prof. *Antônio Carlos Cavalcanti Maia*

16:00h - Intervalo

16:30h - Apresentação das conclusões dos Grupos de Trabalho do "I Encontro de Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro"

18:00h - Coquetel de encerramento, com música ao vivo."

Homologação do resultado das eleições para PGJ

O egrégio Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, atendendo ao disposto no art. 16, da Deliberação OECPJ nº 13, em reunião de 30 de novembro, homologou o resultado da eleição para formação da lista tríplice destinada ao provimento do cargo de Procurador-Geral de Justiça para o biênio 2007/2009, com a proclamação dos eleitos abaixo nominados:

Marfan Martins Vieira
Alexandre Murilo Graça
Ertulei Laureano Matos

Homologação do resultado da eleição para o CSMP

O egrégio Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, na reunião de 30 de novembro, homologou o resultado da eleição destinada ao provimento de oito vagas no Conselho Superior do Ministério Público, para o biênio 2007/2009, com a proclamação dos eleitos abaixo indicados:

a) Pelo voto dos Procuradores de Justiça

Maria Cristina Menezes de Azevedo
Denise Freitas Fabião Guasque
Maria da Conceição Nogueira da Silva
Pedro Elias Erthal Sanglard

Suplente:
Dirce Ribeiro de Abreu

b) Pelo voto dos Promotores de Justiça:

Carlos Roberto de Castro Jatahy
Sumaya Therezinha Helayel
Mônica da Silveira Fernandes
José Maria Leone Lopes de Oliveira

Suplentes:
Júlio César Lima dos Santos
Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira

Quinto Constitucional (III)

Por Decreto de 04 de dezembro de 2006 da Exma. Sra. Governadora do Estado do Rio de Janeiro, *Rosinha Garotinho*, foram nomeados desembargadores do egrégio Tribunal de Justiça do nosso Estado, pelo chamado "Quinto Constitucional", os seguintes Procuradores de Justiça:

Marília de Castro Neves Vieira
Mônica Maria Costa Di Piero

Fernando Fernandy Fernandes
José Augusto de Araujo Neto

Homenagem ao Ministro Hamilton Carvalhido

Nosso ex-Procurador-Geral de Justiça, Ministro *Hamilton Carvalhido*, atualmente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, vem de receber significativa homenagem da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Com efeito, em Sessão Solene daquela Casa, foi-lhe outorgado o Título de Cidadão Honorário de Brasília, por proposta do Deputado *Peniel Pacheco*. A Solenidade, presidida pelo Deputado *Fábio Barcellos*, teve lugar no dia 5 de dezembro, no plenário daquela Casa de leis.

A *Revista do Ministério Público - RJ* guarda uma dívida de profunda gratidão para com aquele Procurador-Geral, pois foi ele que, em 1995, fez ressurgir o órgão cultural da Instituição, uma vez que, durante quatro anos, ela ficou sem ser editada.

Além disso, pleiteou, junto ao Superior Tribunal de Justiça, para que nossa *RMP* continuasse como repositório autorizado daquela egrégia Corte.

Quando da instalação da nova sede do Ministério Público, na avenida Marechal Câmara 370, o então Procurador-Geral de Justiça, *Hamilton Carvalhido*, reservou lugar de honra para a nossa publicação, no andar cultural (6º andar) da sede por ele instalada, por sinal motivo de orgulho para todo o nosso *Parquet*.

CAMPERJ festeja o Natal

A Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CAMPERJ) realizou, no dia 11 de dezembro, em sua sede, situada na rua do Ouvidor, nº 60, 6º andar, sua tradicional confraternização natalina. A festividade, que teve início às 17 horas, contou com a presença de expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça, incluindo-se inúmeros colegas já aposentados, obedeceu a seguinte programação:

a) Exposição de nossos Artistas Plásticos;

b) Surpresas do Papai Noel (sorteio)

Na ocasião foi servido um coquetel natalino.

Quinto Constitucional (IV)

Em sessão solene presidida pelo Desembargador *Sergio Cavalieri Filho*, presidente do Tribunal de Justiça, tomaram posse, no dia 11 de dezembro, doze novos desembargadores. Oito são magistrados de carreira e quatro ingressaram

na Corte pelo Quinto Constitucional reservado ao MP: *Fernando Fernandy Fernandes, José Augusto de Araujo Neto, Marília de Castro Neves Vieira* e *Mônica Maria Costa Di Piero* .

II Congresso Virtual Nacional do MP

Teve lugar no presente ano a 2ª versão do Congresso Virtual Nacional do Ministério Público, com patrocínio da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), tendo como tema "O Ministério Público e a Efetividade do Direito", abrangendo assuntos das áreas de atuação criminal, civil e institucional com inscrições abertas até o dia 15 de dezembro. O Presidente-Executivo do Congresso é o nosso colega Procurador de Justiça *Francisco Antônio Souto e Faria*, idealizador do evento.

AMPERJ comemora o Dia Nacional do Ministério Público

A Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ) comemorou no dia 16 de dezembro, às 21 horas, na sede do "Jockey Club Brasileiro", situada na Av. Presidente Antonio Carlos, nº 511, 11º andar, no Centro, o "Dia Nacional do Ministério Público", fazendo realizar um coquetel, seguido de jantar dançante.

O evento, que se inscreve entre os mais tradicionais e concorridos festejos da nossa entidade associativa, contou com a presença de grande número de Procuradores e Promotores de Justiça.

A festa de confraternização foi animada pelo "DJ Alexandre Capelli" e pela "Banda Nooraai".

O jantar dançante ocorreu em dois ambientes distintos, contando com diferentes estilos de música.

Inauguração da nova sede da ASPROJU

1. A Associação dos Servidores da Procuradoria-Geral de Justiça (ASPROJU) fez inaugurar no dia 28 de dezembro sua nova sede, situada na Travessa do Ouvidor, 38, 2º andar. Na ocasião deu-se também a posse da nova Diretoria daquele órgão de classe, após o que foi servido um coquetel aos presentes.

2. A Diretoria da ASPROJU está assim composta:

DIRETORIA:

Presidente: *Fanny Freitas Lopes de Castro*
Vice-Presidente: *Rubens da Cruz Nunes*
Secretária-Geral: *Eloísa Grijó Machado*

Diretor Tesoureiro: *Felipe Teixeira de Souza Júnior*
Diretor Cultural: *Demétrius Melo de Souza*
Diretor Social: *Luiz Cláudio Gonçalves Gomes*
Diretora Assistencial: *Mildred Hettenhausen Lydia*
Diretor de Relações Internas: *Alexander Melo de Oliveira*
Diretor de Relações Externas: *Antonio Carlos de Mello Lopes*
Diretor de Patrimônio: *Fernando de Macedo de Faria*
Diretor Administrativo: *Sylvio Pires Pinheiro*

CONSELHO DELIBERATIVO:

Nanci da Costa Batista
Victor Hugo da Silva Carvalho
Tereza Cristina Leal de Serejo
Edilson de Almeida Abrantes
Maria Tereza Reis Mendes
Maria Teresa Vidal de Abreu (suplente)

CONSELHO FISCAL:

Yuri Rosário Duarte
Karen Mesquita Duna
Maria das Graças de Oliveira Machado
Antonio Cordeiro Filho (suplente)

Novos Procuradores de Justiça

No período compreendido entre 1º de julho a 31 de dezembro de 2006, foram promovidos ao cargo de Procurador de Justiça na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Marcelo Lima Buhatem
Maria Aparecida Lamoglia Dias

Vitaliciamentos

No período compreendido entre 1º de julho a 31 de dezembro de 2006, foram vitaliciados na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Fernanda Câmara Torres Sodré

Simone Sibílio do Nascimento
Vanessa de Jesus Tanan Hortega

Aposentadorias

No período compreendido entre 1° de julho a 31 de dezembro de 2006, aposentaram-se na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Adelângela Carvalho Saggioro
Alda Santarosa Freire Oliveira e Silva
Paolina Leone Candia Hryniewicz

Exonerações

No período compreendido entre 1° de julho a 31 de dezembro de 2006, foram exonerados da carreira do Ministério Público, a pedido, os seguintes colegas:

Fernando Fernandy Fernandes
José Augusto Araujo Neto
Marília de Castro Neves Vieira
Mônica Maria Costa Di Piero

Falecimentos

A Direção da *Revista do Ministério Público/RJ* cumpre o doloroso dever de registrar, durante o período de 1° de julho a 31 de dezembro de 2006, o falecimento dos seguintes colegas:

Ricardo Canellas Rinaldi
Theobaldo Lisboa

Lista de Antigüidade dos Membros do Ministério Público

Cargo: Procuradores de Justiça

Cezar Romero de Oliveira Soares
Carlos Antonio da Silva Navega
Marija Yrneh Rodrigues de Moura
João Baptista Lopes de Assis Filho
Evangelina Fontelas Rosado Spinelli
Renato Pereira França
Vera de Souza Leite
Elio Gitelman Fischberg
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Levi de Azevedo Quaresma
Dalva Pieri Nunes
Maria Amélia Couto Carvalho
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Julio Cesar de Sousa Oliveira
Fernando Chaves da Costa
Carlos Machado Vianna
Ertulei Laureano Matos
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Marfan Martins Vieira
Pedro Moreira Alves de Brito
Helcio Alves de Assumpcao
Sergio Bastos Viana de Souza
José Maria Leoni Lopes de Oliveira
Katia Costa Marques de Faria
Maria Teresa Moreira Lima
Francisco Antonio Souto e Faria
Antonio Carlos Coelho dos Santos
Vanda Menezes Rocha
Luiz Carlos de Oliveira Lopes
José Antonio Leal Pereira
Alexandre Araripe Marinho
Celso Benjó
Augusto Dourado
Israel Stoliar
Heloisa Maria Alcofra Miguel
Elizabeth Regina Gomes de Oliveira Melo
Anderson Albuquerque de Souza Lima
José Roberto Paredes
Nelma Gloria Trindade de Lima
Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves
Fátima Maria Ferreira Melo
Maria Elizabeth Riente Lima
Rosane Orichio de Siqueira Mello
Francisco Eduardo Marcondes Nabuco
Kleber Couto Pinto
Leonardo de Souza Chaves
Luiz Roberto Saraiva Salgado
Cristiano Cullen de Sampaio Vianna
Maria Cristina Menezes de Azevedo
Nadia de Araujo
José Muiños Piñeiro Filho
Antonio Carlos da Graça de Mesquita
Vania Maria Carrano Benjó
Dirce Ribeiro de Abreu
Roberto Moura Costa Soares
Maria Teresa de Andrade Ramos Ferraz
Elizabeth Carneiro de Lima
Maria Eugênia Monteiro Cavalcanti
Mônica da Silveira Fernandes
João Martins Freitas
Charles Van Hombeeck Junior
Fernanda Moreira Jorgensen
Wilson de Pontes Cardoso
Adilse de Oliveira Ramos
Maria da Conceição Lopes de Souza Santos
Lucia Neves de Oliveira
Leonardo Cavalcanti Cerqueira
Márcia Alvares Pires Rodrigues
Márcia Rodrigues De Oliveira
Ecknea Antonia de Andrade
Silvia Liz Xavier Dell'ome
Sonia Maria da Rocha Cruz
Ariadne Mitropoulos Esteves
Maria Aparecida Moreira de Araujo

(*) Tempo de serviço no cargo, contado a partir da última promoção ou, no caso dos Promotores Substitutos, da data de ingresso. **Última atualização: 02/01/2007.** Material retirado em **17/01/2007** do *site* https://www.mp.rj.gov.br:4445/listaAntiguidadeWeb/ConsultarListaAntiguidadeNaClasse.do

Ana Alice de Belli
Ana Maria da Silva Gonçalves
Arilda Sandra da Silva Nunes
Geraldo Antonio Rangel de Azeredo Coutinho
Regina Lucia Natal de Carvalho
Maria Christina Pasquinelli Bacha de Almeida
Mauricio Assayag
Frederico Alberto Ribeiro Canellas
Ligia Portes Santos
João Batista Filgueiras
Lucia Maria Lacerda Atalla
Rosangela Carrozzino Canellas
José Avelino Atalla
Daisy Palmieri da Costa
Patricia Silveira da Rosa
Ana Cristina Augusto Gentil da Silva Filgueiras
Denise Freitas Fabião Guasque
Karla Maria da Cruz Carvalho
Maria Lucia das Chagas Gomes de Sá
Maria Dionísia Freire Gonçalves de Almeida
Paula Mello Chagas
Heloisa Maria Daltro Leite
Claudia Maria Oliveira dos Santos
Maria Cristina da Silva Gaertner
Maria Eugenia Andrade de Macedo
Pedro Elias Erthal Sanglard
Ricardo Ribeiro Martins
Gisele Lobão Salgado
Julieta Raila Bernstein Seixas
Míriam Cristina Mendonça Real de Almeida
Heloisa Carpena Vieira de Mello
Antônio José Martins Gabriel
Simone Benicio Ferolla Guida
Cláudio Soares Lopes
Maria Celeste Cardoso de Brito Pereira
Marcellus Polastri Lima
Denise Soares Lopes
Antonio José Campos Moreira
Joel Tovil
Carlos Roberto de Castro Jatahy
Sumaya Therezinha Helayel
Nilo Augusto Francisco Suassuna
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Marcelo Daltro Leite
Maria Lucia Lima e Silva Ceglia
Thereza Christina Bastos de Menezes
Rogério Carlos Scantamburlo
Gladys Mary Licinio Holanda
Rita de Cássia Araújo de Faria
Maria Helena Côrtes Pinheiro
Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Ilma de Araujo Barros
Ida Maria Moulin Aledi Monteiro
Luiz Fabião Guasque
Vicente Ferreira de Arruda Coelho Filho
José Aluízio de Arruda
Maria da Conceição Nogueira da Silva
Nedir Machado de Bragança Soares
Ricardo Alcântara Augusto Pereira
Silvia Maria Castelo Branco de Siqueira
Rosa Maria dos Reis Parise
Maria Ignez Carvalho Pimentel
Guilherme Eugênio de Vasconcellos
Nelcy Pereira Lessa
Carlos Cicero Duarte Junior
Laise Helena Silva Macedo
Talma Prado Castello Branco Junior
Cristina Maria Nogueira de Vasconcellos Costa
Afranio Silva Jardim
Maria Luiza de Lamare São Paulo
Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro
Mendelssohn Erwin Kieling Cardona Pereira
Laise Ellen Silva Macedo
Eduardo da Silva Lima Neto
Walberto Fernandes de Lima
Munir Rafidi
Simone de Lima e Silva Rossi
Elisabeth Gomes Sampaio
Soraya Taveira Gaya
Silvana Gonzalez de Fabritiis
Claudia Baldan Cabral dos Santos Siqueira
Marcos Ramayana Blum de Moraes
Julio Cesar Lima dos Santos
Darlei Goncalves Bala
Lúcia Ramos Serão
Marcos André Chut

Angela Maria Parise Rafidi
Vera Lucia Fernandez Delgado
Gisele Aparecida Gonçalves Sirieiro Monteiro
Maria Aparecida Lamoglia Dias
Marcelo Lima Buhatem

Cargo: Promotores de Justiça

Roberto Mendonca de Andrade
Helio José Ferreira Rocha
Adelia Barboza De Carvalho
Nelia Nahid de Carvalho de Paola
Carlos Eduardo de Miranda Ferraz
Verônica Elisa Rosa Aguiar
Fatima Pacca de Araujo Winkler
Maria Helena Rodrigues Silva Biscaia
Ângela Maria Castro Leite de Andrade C. de Matos
Nilo Cairo Lamarão Branta
Maria da Conceicão Pereira Cardoso
Maria Luiza Ribeiro Cabral
Ana Lúcia Abeid Nassar
Alberto Henrique de Pinho Canellas
Marcelo de Lyra Filho
Maria de Nazaré Pires de Sousa Martins
Martha Pires Rocha Hisse
Christiane Cláudia Cardoso Anselmo de Farias
Vania Lucia Borsotto Machado Monteiro
Marcelo Rocha Monteiro
Regina Lucia Xavier
Eni Gonçalves Ferreira
Elizabeth José Barreto
Antonio Borromeu Fernandez
Leila Machado Costa
Jonas Mendes Rodrigues
Ivonise da Costa Feres Caetano
Paulo Roberto Valim Gomes
Izabella Figueira
Marcelo de Carvalho Mota
Maria da Glória Barboza Silva
Delma Moreira Acioly
Luiz Gonzaga de Lima Costa Junior
José Augusto Guimarães
Lilian Moreira Pinho
Maria Célia Gonzaga da Igreja
Ana Paula Cardoso Ferreira de Lima
Luciana Sapha Silveira
Marlon Oberst Cordovil
Wânia Helena Valle Ayres
Fernando Luiz de Azevedo Costa
Maria de Lourdes Féo Polonio
Jorge Narciso da Silva Filho
Elisa Maria Torelly Santos Rocha
Elisabete Maria Leiras Alvarez
Alice Anna Louise da Silva
Denise Muniz de Tarin
Orlando Carlos Neves Belém
Margaret Motta Ramos
Romero Lallemant Lyra
Flávia Araujo Ferrer de Andrade
Fernando Galvão de Andrea Ferreira
Helane Vieira Ramos
Astério Pereira dos Santos
Márcio Mothé Fernandes
Marly Saramago Hermann
Renata Machado Cotta Buhatem
Anna Maria Di Masi
Lucia Maria Teixeira Ferreira
Luiza Lane Ribeiro Godinho
Mônica de Faria Sardas
Rosani da Cunha Gomes
Sérgio Livio Pereira Pinto
Leila de Lima Bran Moreira
Cristina Medeiros da Fonseca
Julio Roberto Costa da Silva
Elizabeth Machado Carneiro
Dennis Aceti Brasil Ferreira
Mona Nassaro
Angela Maria Silveira dos Santos
Dora Beatriz Wilson da Costa
Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel
Simone Domingues Coachman
Ana Paula Petra Lopes Tavares Pais
Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos

Cláudio Henrique da Cruz Viana
Ellis Hermydio Figueira Junior
Alexandre Viana Schott
Marcia Teixeira Velasco
Marta Folino Proença
Ana Lúcia Sauerbronn Gonçalves
Renata Maria Nicolau Cabo
Marisa Paiva Carvalho da Costa
Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho
Cristiane Bernstein Seixas
Mario Luiz Paes
Riscalla João Abdenur
Viviane Tavares Henriques
José Luiz Martins Domingues
Luciana Maria Vianna Direito Fagundes
Márcio José Nobre de Almeida
Sandra Maria Duclos Torres de Melo
Maria Amélia Barretto Peixoto
Ana Paula Rodrigues da Rocha
José Eduardo Ciotola Gussem
Adriana Ninô Biscaia Fernandes
Conceição Maria Tavares de Oliveira
Marcelo Pereira Marques
Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Inês da Matta Andreiuolo
Ana Lúcia da Silva Melo
Leonardo Freire de Oliveira
Bruno Ferolla
José Mário Porto Marandino
Fernanda Campos de Oliveira
Christiane Barbosa Monnerat
Edilea Goncalves dos Santos Cesario
Maria Beatriz Peres Fernandes Câmara
Ana Maria Gomes de Castro
Carla da Silva Carvalho de Canellas
Marilza de Souza Gonçalves Augusto
Patricia Leite Carvão
Adriana Campos Bastos
Vera Regina de Almeida
Cláudia Martins Quaresma
Mario Moraes Marques Junior
Homero das Neves Freitas Filho
Galdino Augusto Coelho Bordallo
Elisabete Figueiredo Felisbino Barbosa
Cristiane Gonçalo Soares
Mária Luiza Bezerra Cortes Barroso Miranda
Patricia Mothé Glioche Béze
Ana Cíntia Lazary Serour
Mauricio Cesar do Couto
Gianfilippo de Miranda Pianezzola
Ana Cristina Lesqueves Barra
Carmen Eliza Bastos de Carvalho
Carla Rodrigues Araujo de Castro
Nizete de Azevedo Oliveira
Ana Paula Baptista Villa
Alexandre Murilo Graça
Claudio Varela
Anco Marcio Valle
Tania Faria Torres Lana
Janaína Marques Corrêa
Lisângeli Alcântara Erthal Rocha
Maria Elisabete Cardoso Antunes da Costa
Joel Cesar Dantas de Sampaio
Gloria Rocha Kayat
Américo Lúzio de Oliveira Filho
João Carlos Brasil de Barros
Augusto Vianna Lopes
Fátima Lucia Alves Ferreira Nunes
Ana Carolina Mendes Nogueira Gomes
Fabíola Lovisi
Renato Lisboa Teixeira Pinto
Maria da Glória Guarino de Oliveira Lucas
Taciana Dantas Carpilovsky
Eduardo Slerca
Eliane de Lima Pereira
Christiane Figueiredo Menescal Braga
Luciano Lessa Goncalves dos Santos
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Liana Barros Cardozo de Sant'ana
Luiz Antonio Corrêa Ayres
Guilherme Magalhães Martins
Marcos Moraes Fagundes
Mônica Soares Santos Correa
Rogério Lima Sá Ferreira
Marcus Cavalcante Pereira Leal
Gustavo Adolfo Vieira Dutra de Almeida
Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa
Guilherme Soares Barbosa
Celso de Andrade Loureiro
Anabelle Macedo Silva
Sergio Nogueira de Azeredo
Albino José da Silva Filho
Paulo Cerqueira Chagas

Barbara Salomão Spier
João Reginaldo Cardoso da Silva
Georgea Marcovecchio Guerra
Flavia Beiriz Brandão de Azevedo
Jacqueline Esther Abecassis
Elisa Fraga de Rego Monteiro
Paulo Yutaka Matsutani
Gláucia Maria da Costa Santana
Lúcio Romulo Soares
Andréa Rodrigues Amin
Márcia Vieira Piatigorsky
Claudia Canto Condack
Tereza Cristina Branco Alves
Francisco Franklin Passos Gouvêa
Laura Cristina Maia Costa Ferreira
Leônidas Filippone Farrulla Júnior
Somaine Patricia Cerruti Lisboa
Angelo Joaquim Gouvea Neto
Ana Cristina Huth Macedo
Alexandra Carvalho Feres
Valeria Videira Costa
Angélica Mothé Glioche Gasparri
Maria Cristina Faria Magalhães
Rodrigo Terra
Marcos Kac
Renata Silvares França Fadel
Larissa Ellwanger Fleury Ryff
Adriana Alemany de Araujo Cavalcanti
Rubem José Bastos Vianna
Hédel Luis Nara Ramos Júnior
Luiz Alberto da Cunha Braga
Carla Tereza de Freitas Baptista Cruz
Cristiane da Rocha Corrêa
Luciana Araujo Tepedino
Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos
Lenita Machado Tedesco
Cláudio Calo Sousa
Felipe Rafael Ibeas
Sérgio Bumaschny
Karina Valesca Fleury
Virgilio Panagiotis Stavridis
Celso Quintella Aleixo
Adriana Miranda Palma Schenkel
Bianca Mota de Moraes
Mariana Goulart Marcondes Ribeiro
Adriana Araujo Porto
Alexandre Themistocles de Vasconcelos
Marcos Lima Alves
Ilana Fischberg Spector
Daniela Abritta Carneiro Ribeiro de Freitas
Fernanda Rocha Jorge
Daniela Faria Tavares
Vanessa Petillo Toledo Marques
Sandra Lima Tancredo
Jacqueline El-Jaick Rapozo
Carlos Andresano Moreira
Andréia Macabu Semeghini
Adriana Coutinho de Carvalho
Rogerio Gomes Alevato
Erika da Rocha Figueiredo
José Luis Ferreira Marques
Daniel Faria Braz
Maria da Glória Gama Pereira
Eduardo Rodrigues Campos
Danielle de Souza Caputi
Thaimi Stefania Kepe Ferreira
Helena Silveira Sousa
Claudio Silva de Carvalho
Alexandra Paiva D'Ávila Melo
Rogério Pacheco Alves
Eduardo Santos de Carvalho
Márcia Colonese Lopes Guimarães
Fernando Martins Costa
Gabriela Araújo Teixeira Serra
Marcos da Motta
Miriam Lahtermaher
Lisiane Alcântara Erthal Rocha de Moura
Gustavo Adolfo Machado Cunha Lunz
Carlos Frederico Saturnino de Oliveira
Luciana Caiado Ferreira
Anaiza Helena Malhardes Miranda
Alessandra Honorato Neves Batista
José Antônio Fernandez Souto
Julio Machado Teixeira Costa
Sebastião Fador Sampaio
Ricardo Zouein
Paulo Sérgio Rangel do Nascimento
Marcelo Lessa Bastos
Ivany Bastos França David
Rochester Machado Piredda
Waldemiro Jose Trocilo Junior
Fernando Carlassara de Oliveira
Sheila Cristina Vargas Ferreira

Ana Beatriz Villar da Cunha Botelho
Walter de Oliveira Santos
Mônica Rodrigues Cuneo
Luciano Oliveira Mattos de Souza
Valério Teixeira do Nascimento
Pedro de Oliveira Coutinho
Luiz Cláudio Carvalho de Almeida
Victor Santos Queiroz
Anik Rebello Assed Machado
Emerson Garcia
Alexandre Oliveira Tavares
Nestor Goulart Rocha e Silva Júnior
Erminia Manso Oliveira de Sousa
Márcio Almeida Ribeiro da Silva
Guilherme Mattos de Schueler
Paulo Henrique Pereira da Silva
Fatima Montauban Leitão
Odilon Lisboa Medeiros
Vladimir Ramos da Silva
Renata Neme Cavalcanti
Rosana Barbosa Cipriano Simão
Luís Otávio Figueira Lopes
Alberto Flores Camargo
Flávia Figueiredo Roxo
Valéria de Sousa Linck
Cláudio Serra Feijó
Cláucio Cardoso da Conceição
Giuliano de Souza Rocha
Lúcio Pereira de Souza
Flávia Abido Alves
Marcelo Moutinho Ramalho Bittencourt
Eduardo Paes Fernandes
Fernanda Vale Pacheco de Medeiros
Anna Christina Dantas Rodrigues
Daniela Moreira da Rocha Vasconcellos
José Luiz Pimentel Batista
Salvador Bemerguy
Márcio Souza Guimarães
Rosemery Duarte Viana
Anna Carolina Mattoso Soares de Abreu
Patrícia do Couto Villela
Adriana Lucas Medeiros
Jorge Magno Reis Vidal
Elisa Ramos Pittaro Neves
Cristina Figueiredo de Castro do Rego Monteiro
Êvanes Amaro Soares Júnior
Danielle Waghabi Silva de Carvalho
Leonardo Monteiro Vieira
Paula Campello Costa Borges Fulchi
Beatriz Leal de Oliveira
Monica Martino Pinheiro Marques
Andre Machado Ricci
Rosana Rosses Petro
Cesar Rampazzo da Cruz
Madalena Junqueira Ayres
Simone Gomes de Souza
Caroline Andrade Bueno Fernandes
Cláudia das Graças Mattos de Oliveira Barros
Simone Paiva da Motta
Paulo Tarso Santiago Leite
José Luiz Acatauassú Bittencourt
Nelma Lúcia de Melo Mendes
Dário Marcelo Menezes Brandão
Rodrigo Lima Gomes
Gustavo Campos de Oliveira
Vicente de Paula Mauro Junior
Erica Rogar
Patricia Silveira Tavares
Alexandre Couto Joppert
Flavia da Matta Xavier Reis
Jean Pessanha Tavares
Roberto Goes Vieira
Agnes Mussliner
Miriam Tayah Chor
Bernardo Vieiralves Martins
Felipe Pires Cuesta
Charles Amitay Weksler
Dimitrius Viveiros Gonçalves
Clisânger Ferreira Gonçalves Luzes
Vinicius Leal Cavalleiro
Adiel da Silva França
Gabriela da Rocha Guimarães de Campos
Stephan Stamm
Flávia Furtado Tamanini Pereira
Silvia Cives Seabra
Sauvei Lai
Marcelo Muniz Neves
Janaína Vaz Candela Pagan
André Guilherme Tavares de Freitas
Marcos Paulo Alfradique de Andrade
Fernanda Louise da Silva
Guilherme Vogel Prado

Fabiano Rangel Moreira
Veronica Crespo Ribeiro Antunes Zylberman
Alessandra Tavares Padua Lethier Rangel
Denise Becker Atherino
Gisela Alexandre Brandão
Maria Fernanda Dias Mergulhão
Ana Paula Amato Manhães Siqueira
Cristhiane Barradas Zeitone
Isabela Maria de Moura Estevão
David Francisco de Faria
Marcela Dumas Belgues de Andrade
Eliane Almeida de Abreu Belém
Átila Pereira de Souza
Flavia Pereira Nunes
João Carlos Mendes de Abreu
Fatima Vieira Henriques Guerra de Moraes
Alexander Araujo de Souza
Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes
Robson Renault Godinho
Carla Carvalho Leite
Renata Pereira de Souza da Graça Mello
Marcelo Airoso Pimentel
Cristiano dos Santos Lajoia Garcia
Gabriela Tabet de Almeida
Leonardo Araujo Marques
Danielle Cavalcante de Barros
Andrezza Duarte Cançado
Egberto Zimmermann
Eduardo Medeiros Altoé
Roberta da Silva Dumas Rego
Eliane Patricia Albuquerque Soares
Camila Moreira Esteves Cyfer
Vanessa Quadros Soares Katz
Adriana Vital de Matos
Luciana Nascimento Pereira
Denise de Mattos Martinez Geraci
Luciano Arbex Sarkis
José Antonio Ocampo Bernárdez
Roberto Saad Alves da Costa
Fabiana de Araújo
Marcus Edoardo de Sá Earp Siqueira
Ana Paula Correia Hollanda
Marcio Benisti
Artur Gustavo Sant'anna de Oliveira
Ana Cristina Fernandes Pinto Villela
Fabio Vieira dos Santos
Maria Cristina Kubitschek Cançado da Rocha Vianna
Fernando Cury Goyano Bastos
Flávio Boureau da Camara Canto
Cristiane Branquinho Lucas
Daniel Lima Ribeiro
Leandro Manhães de Lima Barreto
Lívia Cristin da Cás Vita
Claudia Cristina Nogueira
Luciana Rocha de Araújo Benisti
Melissa Gonçalves Magalhães Rocha
Heloísa Maria Teixeira da Silva Moura
Maria Helena Ramos de Freitas
Sonia Eyleen Oliveira Marenco
Rodrigo Octavio de Arvellos Espínola
Zilda Januzzi Veloso
Viviane Freitas Muniz
Lúcia Iloizio Barros Bastos
Flávio Bonazza de Assis
Elke Schlesinger Royo Visconti de Araújo
Pedro Rubim Borges Fortes
Patricia Hauer
Carla Cristina Coutsoukalis
Regiane Cristina Dias Pinto
Fernanda Caruso de Mattos
Gabriela Bessa Garcia de Oliveira
Mônica Barbosa Telles de Miranda
Fabio Corrêa de Matos Souza
Isabella Pena Lucas
Renata de Vasconcellos Araujo Bressan
Deise Barboza Passos Ribeiro
Claudia Pereira Caldas
Luciana Carvalho Youssef
Carla de Azevedo Vieira
Luís Augusto Soares de Andrade
Marisa El-Mann
Erica Di Donato Vianna
Oyama Scharra Mignon de Castro
Tatiana Costa Torres
Rodrigo de Almeida Maia
Pedro Paulo Marinho de Barros
Marcelo Mauricio Barbosa Arsenio
Carlos Guilherme Santos Machado
Henrique Paiva Araujo
José Marinho Paulo Junior
Daniel Favaretto Barbosa
Paulo Roberto Mello Cunha Junior

Marcia Araujo Pinto
Carolina Chaves de Figueiredo
Cindy Chao Barretto
Renata Scarpa Borges Moreira de Faria
Ricardo Campanelle Rodrigues
Tiago Joffily
Rosana Rodrigues de Alves Pereira
Leonardo Arreguy Romão
Letícia Martins Galliez
Karine Susan Oliveira Gomes de Cuesta
Guilherme Braga Peña de Moraes
Ana Paula Ribeiro Rocha de Oliveira
Maria Lucia Winter
Sérgio Luis Lopes Pereira
Fabio Mendes Muniz
Marcelo Augusto Buarque de Tavares
Bruno de Lima Stibich
Eduardo Monteiro Vieira
Patrícia de Oliveira Souza Fernandes de Castro
Rosana Gomes Esperança
Ana Gabriela Fernandes Blacker Espozel
Cristiane de Carvalho Vasconcelos
Suzana Salgado Lopes
Allana Alves Costa Poubel
Bruno dos Santos Guimarães
Patrícia Gabai Venancio
Mariana Segadas Acylino de Lima
Rhamile Sodré de Oliveira
Marcelo Fabiano Araújo dos Santos
Francisco Lopes da Fonseca
Vagner Delgado de Almeida
Rodrigo Cézar Medina da Cunha
Frederico Antonio Bonfatti Teixeira Monteiro
Carlos Bernardo Alves Aarão Reis
Francisco de Assis Machado Cardoso
Manoela Penido Rocha Verbicário
Carlos Eduardo do Amaral Marques
Jorge Luis Furquim Werneck Abdelhay
Leonardo Cuña de Souza
Luciana Barbosa Delgado
Horacio Afonso de Figueiredo da Fonseca
Eduardo Morais Martins
Marcele Moreira Tavares Navega
Isabela Jourdan da Cruz Moura
Elisa Martins Constant
Patricia Wajnbergier Chalom
Mariana Martins Seródio Boechat
Roberta Dias Laplace
Luciane Tesch de Abreu
Taciana Cerqueira Cabral
Luciana Braga Martinho
Andréa da Silva Araújo
Rodrigo Belchior Hermanson
Paula Marques De Oliveira
Reinaldo Moreno Lomba
Murilo Nunes de Bustamante
Wagner Sambugaro
Elayne Christina da Silva Rodrigues
Guilherme Macabu Semeghini
André Luis Cardoso
Fátima Lourdes Cunha Martins Stocco
José Loreto Moreira de Faria
Claudio Tenorio Figueiredo Aguiar
Débora da Silva Vicente
Marcus Vinicius da Costa Moraes Leite
Fabíola de Oliveira Lima Canabarro
Daniela Caravana Cunha Vaimberg
Leandro Silva Navega
Frederico Rangel de Albernaz
Aline Palhano Rocha
Karina Rachel Tavares Santos
Simone Sibilio do Nascimento
Décio Luiz Alonso Gomes
Cristiane do Nascimento Ferreira
Luciana Cristina Buarque de Tavares
Luiz Eduardo da Silva Levy de Souza
Renato Monteiro Sardão
Carla Carrubba
Victor Mauricio Fiorito Pereira
Elisa Maria Azevedo Macedo Barbosa
Fernanda Camara Torres Sodré
Theresa Christina de Souza Arcanjo
Fernanda Neves Lopes
Clarisse Lagoeiro de Magalhães Lourenço
Mateus Picanço de Lemos Pinaud
Priscila Naegele Vaz
Roberto Mauro de Magalhães Carvalho Júnior
Caren Saisse Villardi
Denise da Silva Vidal
Felipe Barbosa de Freitas Ribeiro
Adriana Santos da Silveira

Fernanda Abreu Ottoni do Amaral
Ludmilla de Carvalho Mota
Renata Aline de Castro Leal
Tulio Caiban Bruno
Daniela Ribeiro Lugão
Pedro Borges Mourão Sá Tavares de Oliveira
Paulo Wunder de Alencar
Antonio Carlos Fonte Pessanha
Mariana de Carvalho Elias Rabha Ruiz
Vanessa Veronesi Tiecher
Érica Parreiras Horta Rocha David
Luciana Pereira Grumbach Carvalho
Márcia Lustosa Carreira
Juan Luiz Souza Vazquez
Ana Carolina Moraes Coelho
Juliana Amorim
Vanessa de Jesus Tanan Hortega
Juliana da Glória Pompeu
Júlia Silva Jardim Murtinho

Cargo: Promotor de Justiça Substituto

Ana Beatriz Miguel de Aquino
Clarisse Maia da Nóbrega
Renata Felisberto Nogueira Viana Farah
Viviane Alves Santos Silva
Bruno Corrêa Gangoni
Gabriela dos Santos Lusquiños
Carlos Marcelo Messenberg
Leandro Oliveira Da Silva
Bruno Lavorato Moreira Lopes
Dina Maria Furtado de Mendonça Velloso
Ana Carolina Barroso do Amaral Cavalcante
Vanessa Martins dos Santos
Bernardo Maciel Vieira
Tiago Gonçalves Veras Gomes
Sabrina Carvalhal Vieira
Rodrigo Molinaro Zacharias
Flávia Monteiro de Castro Brandão
Ana Carolina Moreira Barreto
Simone Rocha de Araujo
Carlos Gustavo Coelho de Andrade
Renata Mendes Somesom Tauk
Márcio Ferreira Fernandes
Luciana Silveira Guimarães
Marco Antonio Moraes de Rezende
Flavia Meschick de Carvalho
Ana Paula Lopes Perdigão de Amorim Moura
Joana Fernandes Machado
Sidney Rosa da Silva Junior
Ana Paula Corrêa Esteves
Patrícia Alexandre Brandão
Fábio de Castro Júnior
Danielle Velloso Bonaparte Pimentel
Vinicius Winter de Souza Lima
Débora Martins Moreira
Patrícia Vianna Vieira
Carlos Felipe Felix Ventura Lopes
Cristiane de Carvalho Pereira
Fabíola Souza Costa
João Luiz Ferreira de Azevedo Filho
João Bernardo de Oliveira Rodrigues
Christiane de Amorim Cavassa Freire
Débora Cagy da Silva
Renata Ruiz Perez
Luciana Longo Alves da Costa
Eduardo Luiz Rolins de Faria
Aline Carvalho dos Santos
Patricia Silva Rego
Mauro Monteiro Vieira
Aline Agrelli Fernandes
Maria Claudia de Medeiros Castro
Karina Cid Finoquio
Carina Fernanda Gonçalves Carneiro
Flávia Maria Alves de Moura
Monique Valpaços Fonseca Lima
Thaísa Terra Meireles
Cristiana Cavalcante Benites
Carolina Naciff de Andrade
Rosani Blanco Pinheiro
Geisa Lannes da Silva
Audrey Marjorie Alves de Paula Leocádio
Anna Frota Dias de Carvalho
Patrícia Cesário de Faria Alvim
Carolina Maria Gurgel Senra
Bruno Gaspar de Oliveira Correa
Patrícia Monteiro Alves Moreira
Rafaela de Souza Serdeira Dominguez

Rômulo Santos Silva
Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira
Vinicius Lameira Bernardo
Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado
Talita Nunes Harduin de Freitas
Luiz Fernando de Almeida Rabelo
Afonso Henrique Reis Lemos Pereira
João Alfredo Gentil Gibson Fernandes
Luciana Menezes Wanderley Pires
Gustavo Santana Nogueira
Maria Eduarda Spinelli Bittencourt Costa
André Santos Navega
Eduardo Fiorito Pereira
Rodrigo de Figueiredo Guimarães
Júlia Valente Moraes
Luiz Fernando Lemos Duarte de Amoedo

Lista dos Membros do Ministério Público Inativos

Lista dos Membros do Ministério Público Inativos

Lista dos Membros do Ministério Público Inativos

(Em 31 de Dezembro de 2006)

Ada Buksman
Adelângela Carvalho Saggioro
Adir Maria de Andrade Equi
Adolpho Lerner
Affonso Alípio Pernet de Aguiar
Alberto Lírio do Valle
Albino Angelo Santarossa
Alda Santarosa Freire Oliveira e Silva
Aldney Zacharias Peixoto
Alexandre Arbach
Alexandre Demathey Camacho
Alma Rubens Alvim de Carvalho
Alvaro Duncan Ferreira Pinto
Alvaro Homero Xavier de Brito Martins Baptista
Alvaro Hungria Ferreira Pinto
Ana Maria de Almeida Nogueira
Ana Maria de Andrade Pinheiro
Ana Maria de Resende Chaves
Ana Maria Gattás Bara
Ana Maria Goldemberg
Ana Maria Schmidt
Anamaria de Luna Borges Saraiva
Angela da Rocha Pombo
Angela Maria Bittencourt Brasil de Araújo
Anna Affonso Delecave
Annabella Vera Grazia Herczog
Anthero da Silva Gaspar
Antonio Carlos da Fonseca Passos
Antonio Carlos Silva Biscaia
Antonio Francisco Feteira Gonçalves
Antonio Vicente da Costa Junior
Antonio Roberto Jorge de Paiva Côrtes
Aquilino Pinto Figueiredo
Arci Cavancalti de Albuquerque Figueiredo
Arion Sayão Romita
Armando de Oliveira Marinho
Arthur Leonardo de Sá Earp
Arthur Pontes Teixeira
Assy Mirza Abranches
Atamir Quadros Mercês
Augusta Vitoria Piclum
Avelino Gomes Moreira Neto
Beatriz Marilda Alves
Bernardo Buarque Schiller
Bonni dos Santos
Brazilmar Moraes Pinheiro
Carlos Alberto Pires de Carvalho e Albuquerque
Carlos de Mello Porto
Carlos de Novaes Vianna
Carlos Domingues da Venda
Carlos Eduardo Bernardi Montaury Pimenta
Carlos Eduardo Costa Silva
Carlos Magno Maia Przewodowski
Celia de Araujo Costa
Celso Fernando de Barros
Celso Peçanha
Ceres Feijó
Cezar Augusto de Farias
Cilas Alves Magalhães
Cláudio Ramos
Concelina Henrique de Souza
Cristina Maria dos Santos Caetano da Silva
Cypriano Lopes Feijó
Daisy Monnerat dos Santos Silva
Danilo Domingues de Carvalho
Dário Michéli Gadêlha
David Borensztajn
David Milech
Déa Araújo de Azeredo
Décio Luiz Gomes
Delma Eyer Harris
Demóstenes Garcia
Diamantino Ferreira
Dolores Maria Ferreira
Domingos Henrique Leal Braune
Dráusio Rodrigues Lourenço
Duval Vianna
Édila Davies de Moura
Edilma Raposo dos Santos Engels
Edilon Miranda de Oliveira
Edmo Rodrigues Lutterbach
Edmundo José Anjo Coutinho

Edson Affonso Guimarães
Edson Pereira da Silva
Eduardo Othelo Gonçalves Fernandes
Eduardo Pinto Martins
Eduardo Valle de Menezes Côrtes
Elaine Costa da Silva
Elisabeth de Moraes Cassar
Eloysio Vieira de Almeida
Elso Vaz
Elyeth Costa Silva Jardim
Emanuel Roberto de Nora Serra
Emyr Pereira da Silva
Enos da Costa Palma
Eugênio Carvalho do Nascimento Filho
Evandro Barbosa Steele
Evandro Ramos Lourenço
Everardo de Góes Fischer
Everardo Moreira Lima
Fernando Araripe de Moraes Quadros
Fernando José Pessoa da Silva
Fernando Lúcio Lagoeiro de Magalhães
Ferdinando José Bianchini Latgé
Flávia Pereira Nóvoa
Flávio Cunha Monteiro de Carvalho
Flávio Curi Vitari
Francisco Chagas Bruno
Francisco Eugênio Freire Moraes
Francisco Habib Otoch
Francisco José Vaz
Francisco Massá Filho
Gabriel Villela Junior
Gastão Lobão da Costa Araújo
Gelcy Migon Pinto de Oliveira
Geraldo Di Biase
Geraldo Freitas Caldas
Geraldo Mattos Maia
Gerardo Rangel dos Santos
Gerson Nicacio Garcia
Gevan de Carvalho Almeida
Glória Marcia Percinoto
Guilherme Novis Dias
Guy Benigno Brasil
Hédel Luiz Nara Ramos
Heitor Costa Junior
Heitor Pedrosa Filho
Helio Cesar Penna e Costa
Helio Zaghetto Gama
Heloisa Helena Gomes Barboza
Heloísa Helena Pires dos Santos
Henrique Ernesto Cláudio Dagna
Henrique Nogueira da Costa
Hermezinda Oliveira Cavalcanti
Hílton Massa
Hisashi Kataoka
Hortêncio Catunda de Medeiros
Hugo Gonçalves Roma
Iagmar Senna Chelles
Inácio Nunes
Irenice Nunes Azevedo Lima
Iris Gameiro Seiffert
Itala Cremer
Ivan Anátocles da Silva Ferreira
Ivonildes Luiz Altino de Lima
Jackson Lopes Corrêa
Jacyr Villar de Oliveira
Jarcléa Pereira Gomes
Jayme Duarte Vieira
Jefferson Machado de Góes Soares
João Baptista Storduto de Carvalho
João Carlos Miranda Freire
Joaquim Armindo Thomaz
Jocymar Dias de Azevedo
Jorge Alonso Ferraço
Jorge Euclydes Pereira Ninho
Jorge Ibrahim Salluh
Jorge Joaquim Lobo
Jorge Vacite Filho
José Antonio Costa
José Araújo dos Santos
José Bianchini
José Carlos da Cruz Ribeiro
José da Silveira Lobo
José dos Santos Carvalho Filho
José Francisco Basílio de Oliveira
José Francisco de Souza
José Ivanir Gussem
José Perelmiter
José Ricardo Lopes Guimarães
José Rodrigues Pinheiro
José Sertã Camões
José Vicente Pereira
Juary Silva
Julio Cesar Souza Baltharejo
Laercio Guarçoni

Lafredo Lisboa Vieira Lopes
Laiza de Paula Rossi
Laucy Esteves
Laudelino Freire Junior
Léa Barboza Vianna Freire
Leila Campos Nunes
Leny Costa de Assis
Leonel dos Santos
Lício de Oliveira Araújo
Lília Izaguirre Toledo Malta
Liliane Chaves de Castro Magalhães
Lincoln Antônio de Castro
Lourdes Gamba
Lúcia Glória Bastos Alves de Araújo
Lucia Maria Cuinhas da Cunha
Luís Carlos de Araújo
Luís Fernando Ribeiro Matos
Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Luiz Antonio Pacca Campos Mello
Luiz Brandão Gatti
Luiz Carlos Humbert de Albuquerque Maranhão
Luiz Carlos Rodrigues da Costa
Luiz Carlos Vivas Vieira
Luiz Fonseca Le Cocq D'Oliveira
Luiz Sergio Wigderowitz
Manoel Geraldo Areunete
Marcelo Antonio de Meneses Oliveira
Marcos Mizrahi
Margarida Maria Nogueira La Croix
Maria Cristina Pacini de Medeiros e Albuquerque
Maria da Glória Franco
Maria de Fátima da Rocha Novais
Maria do Carmo Alves Garcia
Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Maria do Carmo Machado Ferreira Alexandre
Maria Elisa de Proença Hingst
Maria Helena Pereira da Cunha
Maria Lenígia Rocha Pires de Carvalho
Maria Lúcia Farrulla
Maria Suzane Chaves Meirelles
Maria Thereza Kezen Vieira
Mariana de Oliveira
Marilene Gomes Fernandes
Marília Bulhões dos Santos Carneiro
Marilza Matos Mendes de Borges
Mario Antonio de Carvalho
Mario Ferreira dos Reis
Mario Tobias Figueira de Mello
Mario Tobias Figueira de Mello Filho
Marlene Cardoso Gonzalez
Marlene Maria Espindola
Marly de Almeida Leite Perorázio Tavares
Marly Martin Mazzuchelli
Mary Virgínia Northrup
Maurício Helayel
Mauro Azevedo
Mauro Campello
Mauro José Ferraz Lopes
Maximino Gonçalves Fontes Neto
Miriam Rocha Mello
Murilo Bernardes Miguel
Nader Couri Raad
Nancy Mendes de Aragão
Naudila Teresinha Honorato Neves
Neje Hamaty
Nelson José Martins
Newton Lourenço Jorge
Nicanor Médici Fischer
Nilda Maria Benevides de Miranda
Norma Chrissanto Dias
Norton Esteves Pereira de Mattos
Octávio Freitas
Olegário Maciel Colly
Omar Gama Ben Kauss
Onédio Francisco Gonçalves
Ovídio Silva
Pamphilo de Andrade da Silva Freire
Paolina Leone Candia Hryniewicz
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
Paulo de Salles Guerra
Paulo Ferreira Rodrigues
Paulo Frederico Bandeira de Mello Thedim Lobo
Paulo Ivan de Oliveira Teixeira
Paulo Roberto Canettieri
Pedro Henrique de Miranda Rosa
Pedro Nogueira Fontoura
Plínio de Sá Martins
Raphael Cesário
Regina Buaiz
Regina Celi Silva Machado

Regina Celia de Oliveira Calmon
Regina Ghiaroni
Regina Machado Tedesco
Regina Olívia da Rocha Werneck
Remy Barbosa Vianna
Renato Gonçalves Pereira
René de Souza Coelho
Ricardo Hungria Ferreira Pinto
Roberto Abranches
Roberto Bernardes Barroso
Roberto Pontes Dias
Roberto Ribeiro França
Rodolpho Antonio Avena
Ronaldo de Medeiros e Albuquerque
Ronaldo Simão
Ronaldo Tostes Mascarenhas
Rosa Déa Veiga da Silva
Ruth Sarah Hirschfeldt
Ruy Soares Barbosa Junior
Sandra Muniz Melo Ramos Castro
Sávio Soares de Sousa
Sergina Mello
Sergio Antônio de Carvalho
Sergio Castanheira
Sérgio de Andréa Ferreira
Sergio Demoro Hamilton
Sergio Zettermann
Sonia Maria Moret Freire Lourenço
Sonia Maria Ribeiro Valle Acioli
Sônia Simões Corrêa Fortes
Stênio Lutgardes Neves
Sueli Carreira da Silva
Suely da Silva Jardim Pylro
Sylvio Tito Carvalho Coelho
Tânia de Castro Góes
Telius Alonso Avelino Memória
Themístocles de Faria Lima
Thereza de Paula Tavares Henriques
Ugo Soares Pinheiro Chagas
Ulysses Leocádio
Vera Lucia de Sant'Anna Gomes
Vera Maria Barreira Jatahy
Vera Maria Florêncio Berto
Vera Maria José Rollas
Vicente Silvio Ferreira do Nascimento
Victória Siqueiros Soares Le Cocq D'Oliveira
Virgílio Augusto da Costa Val
Virgínia de Barros Moreira
Vitória Abi-Rihan
Waldy Genuíno de Oliveira
Wander Cézar Moreira
Wilséa Gaspar Fernandes
Wilson Cavalcanti de Farias
Zélia Salles de Vasconcelos
Zilma de Castro Cunha Almeida
Zita Vereza Gama Silva

Integrante do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

(Em 31.12.2006)

Ministro Hamilton Carvalhido

Integrantes do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

(Em 31.12.2006)

Desembargadores:

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

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