

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

ISSN 1413-3873

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Repositório autorizado de Jurisprudência
do Tribunal Superior do Trabalho
Registro nº 27.941 de 15/04/1999
D.J.U. nº 25, de 15/04/1999

Repositório autorizado de Jurisprudência
do Tribunal Superior do Trabalho
Registro nº 27.941

Revista do Ministério Público. - , n. 23 (jan./jun.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. 23 jan./jun. 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

Avenida Marechal Câmara, 370/6º andar, CEP 20020-080, Centro, Rio de Janeiro, RJ, telefone (0xx21)2550-9061/Fax (0xx21)2550-9062, *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 30.06.2006)

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
JOSÉ EDUARDO CIOTOLA GUSSEM

Nota: Dados colhidos no organograma publicado na Intranet.

**Órgão Especial do Colégio de
Procuradores de Justiça
(Em 30.06.2006)**

**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
Evangalina Fontelas Rosado Spinelli
Renato Pereira França
Vera de Souza Leite
José Augusto de Araújo Neto
Elio Gitelman Fischberg
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea

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 30.06.2006)**

**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 Ulhõa Pimentel
Pedro Elias Erthal Sanglard
Lígia Portes Santos

Pelos Promotores de Justiça

Carlos Roberto de Castro Jatahy
Sumaya Therezinha Helayel
Simone Benício Ferolla Guida
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

Dra. Marília de Castro Neves Vieira
Diretor-Presidente

CENTRO DOS PROCURADORES DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Dr. Roberto Abranches
Presidente

COOPERATIVA DE CRÉDITO MÚTUO DOS INTEGRANTES DO
MINISTÉRIO PÚBLICO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Dr. Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Presidente

SUMÁRIO

DOCTRINA

Alexander Araujo de Souza - A transação penal brasileira (art. 76 da Lei nº 9.099/95): seu delineamento legislativo e sua inserção no contexto das resoluções alternativas de litígios em matéria penal	23
Anália dos Santos Silva e Márcia Nogueira da Silva - O Serviço Social no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e o Projeto Ético-Político e Profissional: Relato de Uma Experiência	53
André Luis Cardoso - A falta de competência dos Juizados Especiais Criminais para conhecer e julgar os crimes de abuso de autoridade e a impossibilidade de aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/1995. Uma proposta de jurisdição constitucional	61
Arnoldo Wald - A Empresa no Código Civil	77
Bruno Corrêa Gangoni - A plena vigência do art. 12 do Estatuto do Desarmamento face a inconstitucionalidade de medida provisória em matéria penal	85
Carla Carvalho Leite - Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas	93
Damásio de Jesus - Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal Brasileiro	109
Emerson Garcia - Integração de Eficácia da Emenda Constitucional nº 45/2004 - A Iniciativa Legislativa na Regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público	113
Helcio Alves de Assumpção - Reforma do Poder Judiciário	121
Jorge Lobo - Direito da empresa em crise (a nova Lei de Recuperação da Empresa)	135
Jorge Miranda - O sistema judiciário português	149
José Carlos Barbosa Moreira - A Emenda Constitucional nº 45 e o processo	165
Maria Cristina Faria Magalhães - A evolução da avaliação processual das provas ilícitas	179
Orlando Carlos Neves Belém - Extensão da inviolabilidade do segredo funcional no âmbito da Corregedoria-Geral do Ministério Público	

diante do poder de requisição para fins de instrução de inquérito penal e civil ou processo criminal	195
Rogério Pacheco Alves - Tutela de Urgência no Direito Processual Internacional	207
Sergio Demoro Hamilton - O poder de requisição do Ministério Público e o Princípio da Verdade Real	221
Verônica C. R. Antunes Zylberman - O Princípio da Proporcionalidade como instrumento de proteção aos direitos fundamentais	231

PARECERES E RAZÕES

– Crime de aborto provocado pela gestante em sua forma tentada, cuja sanção privativa de liberdade, em seu máximo abstratamente cominado, não supera 02 (dois) anos. Discussão acerca do enquadramento do referido delito na definição de infração de menor potencial ofensivo trazida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 e, por conseguinte, sobre a alteração da competência para o Juizado Especial Criminal. Crime doloso contra a vida, cuja competência para processo e julgamento está afeta constitucionalmente ao Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, alínea “d”, da Constituição da República), independente de se adequar ao conceito de infração de menor potencial ofensivo estabelecida pelo legislador infraconstitucional (Alexander Araujo de Souza)	247
– Recurso Especial. Possibilidade de condenação por danos morais. Inviabilidade da apreciação de matéria fático-probatória em sede de recurso especial. A Súmula 07 do STJ (Aurélio Virgílio Veiga Rios)	253
– Ação civil pública - Litisconsórcio entre o Ministério Público do Estado e o Ministério Público do Trabalho - Concursos Públicos - Isenção na inscrição de candidato economicamente carente (Cláudio Henrique da Cruz Viana e João Batista Berthier)	261
– Sentença liminar. Possibilidade naquelas hipóteses de direito evidente. Ação de Usucapião instruída com sentença judicial transitada em julgado, que revela ter a autora da ação perdido a posse do imóvel para seu proprietário de direito. Hipótese de sentença liminar, com extinção do processo com julgamento do mérito (Elizabeth Machado Carneiro)	273
– Recurso de Apelação. Sentença que indeferiu, por impossibilidade jurídica do pedido, requerimento conjunto de alteração do regime de bens, da comunhão universal para a parcial, feito por casal cujo casamento foi celebrado sob a égide do Código Civil de 1916. Parecer no sentido do provimento parcial para, reconhecida a possibilidade jurídica da alteração, reformar a sentença não para julgar procedente o pedido, mas sim para determinar o retorno para que seja sindicada a motivação do pedido, pois sentença de impossibilidade jurídica impediu fosse constatada a idoneidade	

da motivação e verificado se não gerará prejuízos a terceiros a eventual concessão do pedido (Ertulei Matos)	277
– Recurso extraordinário. Sistema acusatório. Fase pré-processual. Termo circunstanciado. Lei 9099/95. Possibilidade de indeferimento pelo magistrado de diligência requerida pelo MP. Atribuição ministerial de valorar a prova produzida em fase pré-processual e sua suficiência para a deflagração de ação penal ou oferecimento de proposta de transação penal (Felipe Freitas Ribeiro)	283
– Nova Lei de Recuperação e Falências. Obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público em todas as fases do processo sob pena de nulidade absoluta. Irrelevância do veto ao art. 4º do projeto em face da Constituição Federal (art. 127, CF) e da repercussão social de tais casos. (Gustavo Adolfo Machado Cunha Lunz, Anco Márcio Valle, Marcos Lima Alves, Victor Santos Queiroz, Mario Moraes Marques Junior)	291
– Função do Ministério Público no processo de recuperação judicial (Helcio Alves de Assumpção)	299
– Exceção de suspeição oposta por Promotor de Justiça contra Juiz de Direito, em razão daquele estar movendo uma <i>actio</i> de responsabilidade civil por danos morais contra o membro do MP. Tal fato não é o <i>quantum satis</i> para inferir-se inimizade capital tipificada no art. 135, I do CPC, pois esta tem que ser provada, não bastando a mera antipatia e/ou malquerença. Legitimidade ativa do MP para opor a <i>exceptio suspicionis</i> (José Antonio Leal Pereira)	305
– Mandado de Segurança junto à Seção Criminal – Ato do Secretário Estadual de Administração Penitenciária – Limites ao exercício do direito de entrevista entre detentos e advogados no interior de penitenciária de segurança máxima – Ponderação de interesses – Proporcionalidade da medida restritiva que preserva o núcleo dos direitos individuais e garante a ordem e segurança públicas (José Roberto Paredes)	309
– Ação Civil Pública para defesa de grupo de consumidores de serviços de cartão de crédito, submetidos a juros compostos. Legitimidade constitucional do Ministério Público (Luiz Fabião Guasque)	313
– Plano de Saúde. Prazo de carência. Parto prematuro. Caso de urgência e emergência que autorizam a cobertura antes do término do período de carência. O entendimento da jurisprudência (Nadia de Araujo)	321
– Ação Civil Pública. Direito à educação <i>versus</i> direito de greve. Prevalência do primeiro, haja vista a prioridade do interesses de crianças e adolescentes (art. 227 da CF), aliado ao abuso no exercício da greve. (Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos)	331

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jurisprudência Criminal

- *Habeas corpus - Ministério Público - Oferecimento de denúncia - Desnecessidade de prévia instauração de inquérito policial - Existência de elementos mínimos de informação que possibilitam o imediato ajuizamento da ação penal - Inocorrência de situação de injusto constrangimento - Perdão indeferido.*

– O inquérito policial não constitui pressuposto legitimador da válida instauração, pelo Ministério Público, da *persecutio criminis in judicio*. Precedentes.

O Ministério Público, por isso mesmo, para oferecer denúncia, não depende de prévias investigações penais promovidas pela Polícia Judiciária, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, sob pena de o desempenho da gravíssima prerrogativa de acusar transformar-se em exercício irresponsável de poder, convertendo, o processo penal, em inaceitável instrumento de arbítrio estatal. Precedentes. (*Habeas corpus* 80.405-SP, Segunda Turma, RTJ 192, pp. 222/227) 345

- *Habeas corpus. Art. 12 da Lei 6.368/76. Falta de alegações preliminares. Nomeação ad hoc na audiência de instrução. Dependência toxicológica.* O Tribunal assentou o entendimento de que as alegações prévias não constituem peça essencial na instrução penal.

Não é obrigatória a presença do réu na audiência de instrução, o que pode apenas configurar nulidade relativa que depende de arguição em tempo oportuno com a demonstração do dano efetivamente sofrido (arts. 500 e 571, inciso II, do CPP).

Não é exigida do juiz a indagação acerca de eventual dependência toxicológica do réu se a defesa, em nenhum momento da instrução, levantou essa questão ou se não há qualquer indício nas provas coletadas de que, de fato, exista essa dependência.

Precedentes. Ordem denegada. (*Habeas corpus* 83.409-SP, Segunda Turma, RTJ 191, pp. 576/581) 351

- *Habeas corpus. Denegação do pedido de instauração de incidente de dependência toxicológica do paciente, denunciado por tráfico de entorpecentes. Alegação no sentido da obrigatoriedade do exame quando o réu afirma sua condição de dependente químico da droga.*

Cabe ao magistrado da instrução o juízo acerca da instauração ou não do incidente de dependência toxicológica. Precedentes. Tal juízo deve ser feito caso a caso e, principalmente, na hipótese de denegação do pedido, o juiz estará obrigado a declinar os motivos da recusa; que, a seu turno, deve ter lastro em dados concretos do caso analisado.

Constrangimento ilegal inexistente, havendo o douto magistrado observado tais parâmetros, declinando motivadamente as razões do indeferimento, após a detida apreciação do caso que o levou, inclusive, a asseverar o caráter protelatório da pretensão.

Habeas Corpus indeferido. (*Habeas corpus* 84.431-SP, Primeira Turma, RTJ 192, pp. 970/974)

357

– *Crimes contra a ordem tributária, quadrilha e falsidade ideológica.*

1. O aperfeiçoamento do delito de quadrilha ou bando não depende da prática ou da punibilidade dos crimes a cuja comissão se destinava a associação criminosa.

2. Por isso, a suspensão da punibilidade de crimes contra a ordem tributária imputados a membros da associação para delinquir, por força da adesão ao Refis II (Lei 10.684/03), não se estende ao de quadrilha.

3. O crime contra a ordem tributária absorve os de falsidade ideológica necessários à tipificação daqueles; não, porém, o *falsum* cometido na organização da quadrilha. (*Habeas corpus* 84.453-PB, Primeira Turma, RTJ 192, pp. 981/988)

362

Jurisprudência Cível

– *Agravo de Instrumento – Concurso Público – Exame psicotécnico – Exigência de rigor científico – Necessidade de um grau mínimo de objetividade – Direito do candidato de conhecer os critérios norteadores da elaboração e das conclusões resultantes dos testes psicológicos que lhe tenham sido desfavoráveis – Possibilidade de impugnação judicial de tais resultados – Princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos da administração pública – Recurso improvido.*

– *O exame psicotécnico, especialmente quando possuir natureza eliminatória, deve revestir-se de rigor científico, submetendo-se, em sua realização, à observância de critérios técnicos que propiciem base objetiva destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e das conclusões resultantes dos testes psicológicos, sob pena de frustrar-se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direito. Precedentes (Agravo regimental no agravo de instrumento 467.616-MG, Segunda Turma, RTJ 192, pp. 388/391)*

370

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência Criminal

– *EMENTA: Habeas corpus. Intimação para depor em procedimento administrativo. Inexistência de coação ou ameaça à liberdade de ir e vir. Não há ilegalidade na mera intimação feita pelo Ministério Público para a ouvida de testemunha em procedimento administrativo com o objetivo de esclarecer fatos que, em tese, configuram ilícito penal.*

- Habeas corpus* denegado. (*Habeas corpus* n° 30.683-MT (2003/0171967-2), Corte Especial, RSTJ n° 179, pp. 44/49, DJ de 08.03.2004) 375
- **EMENTA:** *Execução Penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Latrocínio. Crime hediondo. Trabalho externo. Impossibilidade.*
O trabalho externo é um benefício incompatível com o regime prisional dos crimes hediondos, qual seja, integralmente fechado (*precedentes do STJ*).
- Writ* denegado. (*Habeas Corpus* n. 35.003-DF (2004/0056008-7), Quinta Turma, RSTJ 181, pp. 411/415, DJ de 16.08.2004) 381
- **EMENTA:** *Habeas corpus quando coator membro do Ministério Público estadual. Competência.*
1. É do Tribunal de Justiça a competência para processar julgar, originariamente, tais *habeas corpus*, conforme a Constituição, art. 96, III (confirmam-se, também, os arts. 105, I, c e 108, I, a).
 2. Precedentes do STJ.
 3. Recurso ordinário provido. (**Recurso ordinário em Habeas Corpus** n. 16.153-SP (2004/0066431-6), Sexta Turma, RSTJ 181, pp. 489/495, DJ de 16.08.2004) 385
- **EMENTA:** *Recurso especial. Penal e Processo Penal. Comutação. Execução. Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Decreto n. 3.226/1999. Vedação legal expressa.*
“A comutação, espécie do gênero indulto, não pode ser concedida ao condenado por roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, ante a expressa vedação do art. 7º, inciso IV, do Decreto n. 3.226/1999.” (*Precedentes*).
- Recurso conhecido e provido. (**Recurso Especial** n° 521.847-RJ (2003/0059988-6), Quinta Turma, RSTJ 179, pp. 487/489, DJ de 15.09.2002) 392
- **Processual Penal. Recurso especial. Sursis processual (art. 89 da Lei n. 9.099/1995). Revogação.**
- I – A teor do art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995, se o acusado vier a ser processado por outro crime, impõe-se a revogação. O réu deixa de ser merecedor do benefício, que é norma excepcional, para ser normalmente processado com todas as garantias pertinentes. Não há, por igual, inobservância à presunção de não-culpado (*Precedentes*).
 - II – 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*).
- R e c u r s o p r o v i d o . (R e c u r s o Especial** n. 565.472-SP (2003/0108858-1), Quinta Turma, RSTJ 180, pp. 535/541, DJ de 1º.12.2003) 396

– EMENTA: *Resolução de contrato. Interesse de incapazes. Parecer do representante do Ministério Público pela improcedência da ação. Possibilidade. Art. 82, I, do CPC.*

– Não está obrigado o representante do Ministério Público a manifestar-se, sempre, em favor do litigante incapaz. Estando convencido de que a postulação do menor não apresenta nenhum fomento de juridicidade, é-lhe possível opinar pela sua improcedência.

Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial n. 135.744-SP, (1997/0040252-5), Quarta Turma, RSTJ 180, pp. 415/420, DJ de 22.09.2003)

403

– EMENTA: *Direito Civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA) em confronto com as demais provas produzidas. Conversão do julgamento em diligência.*

Diante do grau de precisão alcançado pelos métodos científicos de investigação de paternidade com fulcro na análise do DNA, a valoração da prova pericial com os demais meios de prova admitidos em direito deve observar os seguintes critérios: (a) se o exame de DNA contradiz as demais provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame; (b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais; e (c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas.

Recurso especial provido. (Recurso Especial n. 397.013-MG, (2001/0187498-9), Terceira Turma, RSTJ 179, pp. 290/294, DJ de 04.12.2003)

408

– EMENTA: *Recurso especial. Mandado de Segurança. Candidatura a membro do conselho tutelar. Lei Municipal exigência de escolaridade mínima. Inexistência de violação ao art. 133 do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

I – A Lei n. 620/1998, do Município de Duas Barras, Estado do Rio de Janeiro, ao exigir que os candidatos a Conselheiro do Conselho Tutelar possuíssem, pelo menos, o primeiro grau completo, apenas regulamentou a aplicação da Lei n. 8.069/1990, adequando a norma às suas peculiaridades, agindo, portanto, dentro da sua competência legislativa suplementar (art. 30 inciso II, da CF).

II – O art. 133 do ECA não é taxativo, vez que apenas estabeleceu requisitos mínimos para os candidatos a integrante do Conselho Tutelar, que é serviço público relevante, podendo, inclusive, ser remunerado.

III – Recurso especial provido. (Recurso Especial n. 402.155-RJ,

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Jurisprudência Criminal

– **EMENTA:** *Processo Penal. Sistema acusatório. Princípio do contraditório e da ampla defesa. Princípio da imparcialidade do juiz. Limites do juiz em relação à iniciativa probatória. Nulidade absoluta da ação penal de iniciativa pública. Reconhecimento.*

1. Tem-se presente nos autos que no termo do interrogatório da acusada fora lançado “Ausente O MP, justificadamente” e, ao final, “Que foi dada oportunidade às partes para se manifestarem na forma do art. 188 do CPP”. Por óbvio não poderia o órgão do Ministério Público ter se manifestado se estava ausente do ato processual.

2. Com a edição da Carta Republicana de 1988, adota-se o sistema acusatório afastando-se o vetusto modelo inquisitorial, assim, o Ministério Público, diante do art. 129, I da Carta Política, tem o monopólio da ação penal de iniciativa pública, bem como resguarda-se o princípio da igualdade das partes em relação ao devido processo legal, o juiz competente e imparcial. Diante do sistema acusatório limita-se o poder de intervenção de iniciativa probatória do juiz, que deixa de ser parte substitutiva do órgão do Ministério Público.

3. A iniciativa probatória do juiz só tem cabimento diante de prova já produzida, jamais se admitindo que o juiz substitua o Ministério Público, transformando-se em órgão acusador.

4. A realização de instrução criminal de ação penal pública, sem a presença do Ministério Público, acarreta nulidade absoluta, insanável por violação do sistema acusatório.

5. Nulidade absoluta da ação penal decretada a partir do interrogatório. (Apelação Criminal nº 1782/2005, Terceira Câmara Criminal)

415

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

– *Promotor Natural - Existência ou não do princípio no Processo Penal brasileiro?* (Marcellus Polastri Lima)

425

NOTICIÁRIO

– MP ganhará sede própria em Italva

445

– MP construirá sede própria em Belford Roxo

445

– Aposentadoria do ex-Procurador-Geral de Justiça *Antonio Vicente da Costa Junior*

446

– MP e PUC celebram protocolo para prestação de serviços em tecnologia da informação

447

– Ministério Público e Polícia Militar celebram convênio de cooperação mútua	448
– Eleição no CEPROJUS	448
– COOMPERJ elege seu Conselho Fiscal	450
– MP e Secretaria de Segurança criam CIAC	450
– Cessão de área em Três Rios	451
– I Encontro Nacional dos Corregedores-Gerais do MP	451
– Procurador-Geral de Justiça agraciado com “Medalha do Mérito” pela SSP-RJ.....	452
– União Federal e Estado do RJ assinam TAC com o MP para a construção de presídios no Rio de Janeiro	452
– PGJ assina contratos para a expansão física do MP no interior	453
– Inauguradas as novas instalações da Auditoria-Geral do MP	454
– Prefeitura de Laje do Muriaé cede terreno ao MP	455
– Natividade ganha nova sede	455
– Novos Procuradores tomam posse no Ministério Público Especial	456
– AMPERJ completa 60 anos	457
– Homenagem ao Procurador de Justiça <i>Celso Fernando de Barros</i>	465
– 19º Concurso - MP comemora 10 anos da posse	468
– MP realiza o 1º Congresso Virtual Nacional	469
– MP e SPP se reúnem para discutir CIAC	469
– Procuradores-Gerais defendem pacto federativo em reunião do CNPG no Rio de Janeiro	470
– Novos Procuradores de Justiça (Período 1º jan. a 30.jun.2006)	471
– Vitaliciamentos (Período 1º jan. a 30.jun.2006)	472
– Aposentadorias (Período 1º jan. a 30.jun.2006)	473
– Falecimentos (Período 1º jan. a 30.jun.2006)	473
– INTEGRANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ORIUNDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Em 30/06/2006)	474
– INTEGRANTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ORIUNDOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Em 30/06/2006)	474

A transição penal brasileira (art. 75 da Lei n.º 8.072/90): um deslindeamento legislativo e sua inserção no contexto das resoluções alternativas de justiça em matéria penal.¹

ANTÔNIO ANTONIO SOUZA²

Síntese

1. A transição alternativa dos crimes em matéria criminal, além de direito comparado.
2. A transição penal no contexto das medidas alternativas de justiça em matéria penal.
3. Deslindeamento legislativo de transição penal.
4. Análise de pertinência.
5. Novas partes.
6. O Ministério Público e a Justiça Alternativa.
7. Conclusões.

DOCTRINA

2. A TRANSIÇÃO ALTERNATIVA DOS CRIMES EM MATÉRIA CRIMINAL MATIZADA EM SENTIDO COMPARADO

Embora historicamente utilizada no campo civil, a modalidade alternativa de justiça vem ganhando força de realidade em matéria penal. Com efeito, é esse fato que aconteceu a Justiça criminal no último quarto de século. O Brasil é hoje um modelo bem sucedido. No cotidiano dos tribunais brasileiros, principalmente em relação a delitos que envolvem crimes locais, há práticas penalmente proteladas, ou mesmo em relação a situações de morte, a morte lenta e atenuada, podendo-se que a redução de custos, poderia melhorar sua economia ou a resolução dos problemas que surgem no âmbito dos conflitos penais. Tal prática não se constitui na única resposta aos crimes locais, a alternativa de justiça tradicional, mas trata-se de uma opção válida de ação.³

¹ O presente estudo insere-se no âmbito do "Primeiro Encontro sobre Justiça Alternativa" de junho de 2004, "Tercer de Encontro de Justiça Alternativa" de junho de 2004, no Instituto Brasileiro de Direito e Tecnologia em Justiça Alternativa, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional de Magistrados e do Conselho Nacional de Justiça em Brasília, Brasil.

² Doutor em Direito, mestre em Administração de Empresas, bacharel em Direito. Foi diretor de pesquisa do Instituto Brasileiro de Direito e Tecnologia em Justiça Alternativa.

A transação penal brasileira (art. 76 da Lei nº 9.099/95): seu delineamento legislativo e sua inserção no contexto das resoluções alternativas de litígios em matéria penal. (*)

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA (**)

SUMÁRIO:

1. A resolução alternativa dos conflitos em matéria criminal: dados de direito comparado.
2. A transação penal no contexto das resoluções alternativas de litígios em matéria penal.
3. Delineamento legislativo da transação penal.
 - 3.1. Âmbito de incidência.
 - 3.2. Natureza jurídica.
 - 3.3. O Ministério Público e a Iniciativa da proposta.
 - 3.4. Condições para o oferecimento da proposta de transação.
 - 3.5. A aceitação da proposta.
 - 3.6. A homologação do acordo.
 - 3.7. O descumprimento do acordo homologado.
4. CONCLUSÕES.

1. A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DOS CONFLITOS EM MATÉRIA CRIMINAL: DADOS DE DIREITO COMPARADO.

Embora habitualmente utilizada no campo cível, a resolução alternativa de litígios vem ganhando foros de realidade na seara penal. Com efeito, a crise pela qual atravessou a Justiça criminal na última quadra do século XX impôs a fuga aos modelos tradicionais. No evoluir dos sistemas jurídicos, principalmente em relação a delitos que afetam em menor escala bens jurídicos penalmente protegidos, ou mesmo em relação a infrações de potencialidade lesiva atenuada, percebeu-se que a adoção do consenso poderia tornar-se um recurso útil à resolução dos problemas que afligiam os Estados contemporâneos. Tal percepção não se consubstancia tão-somente em uma solução alternativa à Justiça tradicional, mas cuida-se de verdadeira evolução social ⁽¹⁾.

(*) O presente estudo obteve o 2º lugar no "Prêmio Jurídico Luiz Carlos Cáfaro" do ano de 2004. Trata-se de concurso coordenado pela FEMPERJ, tendo o apoio da REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, do CENTRO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA, da CAIXA DE ASSISTÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO e da ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

(1) Neste sentido, confira-se a observação de JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT: "*La médiation pénale ne représente pas une simple 'alternative à la justice', c'est un phénomène plus profond qui traduit non seulement*

Em alguns países, a existência de institutos baseados no acordo de vontades dos partícipes da relação jurídico-criminal configura tradição de longa data. Em outros, experiências têm sido realizadas recentemente, algumas inovadoras, outras importadas de modelos alienígenas. Neste último caso, a importação nem sempre tem sido realizada de maneira cuidadosa ou apropriada ⁽²⁾.

Os Estados Unidos da América, berço por excelência das resoluções alternativas de conflitos, em virtude de sua incontrastável hegemonia político-econômica, têm exercido considerável força de atração sobre outros ordenamentos jurídicos ⁽³⁾, principalmente no que diz respeito à adoção dos chamados *Alternative Dispute Resolution* (ADR), inclusive em matéria penal. Ressalte-se, contudo, que tal influência, por vezes excessiva, já vem encontrando certas resistências no plano doutrinário europeu ⁽⁴⁾ e latino-americano ⁽⁵⁾.

Não se pode negar, contudo, que institutos como o “*plea bargaining*” e o “*nolo contendere*”, encontraram naquele país solo fértil ao seu florescimento. Os motivos

une recomposition des rapports entre l'État et la société civile en matière de gestion des conflits, mais aussi une évolution de nos sociétés vers une plus grande complexité” (La médiation pénale en France et aux États-Unis, pág. 07, Droit et Société – Recherches et Travaux 3, L.G.D.J., Paris, 1998). Vide ainda, a respeito do ordenamento jurídico argentino, com boa coleta de dados estatísticos, o trabalho de MARIA PAULA SOZA intitulado “Estudio sobre la factibilidad de aplicación de los sistemas de resolución alternativa de conflictos en materia penal”, in *Resolución alternativa de conflictos penales – Mediación de conflicto, pena y consenso*, obra compilada por Gabriela Rodríguez Fernández, pp. 33/54, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

⁽²⁾ Bem advertem ALBERTO M. BINDER e JORGE OBANDO que “la discusión sobre la ‘ley importada’, en realidad esconde otra cuestión: se trata, antes bien, de que la recepción de la legislación extranjera se hizo con un gran descuido por las condiciones de aplicación, no tanto por las condiciones económicas y sociales – que habrían llevado a una aplicación progresiva –, sino por la falta de instituciones que la aplicarían, es decir, porque no estuvo acompañada de una profunda reforma judicial” (De las “Repúblicas Aéreas” al Estado de Derecho, pág. 116, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004). Vide, ainda a este respeito, por oportunas, as considerações sempre bem lançadas por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “A importação de modelos jurídicos”, in *Temas de Direito Processual*, Oitava Série, pp. 255/266, Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

⁽³⁾ Neste sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in *Temas de Direito Processual*, Oitava Série, p. 231, Editora Saraiva, São Paulo, 2004. Observa ainda o autor, com propriedade: “Raro é o povo – se algum existe – que permanece imune à influência dos padrões norte-americanos. Atua esse movimento em todos os setores da vida social, e o direito não faz exceção. Até ordenamentos secularmente filiados a tradições diversas sucumbem, de modo espontâneo ou sob a pressão de realidades concretas, à correnteza assimiladora”.

⁽⁴⁾ Neste ponto, e mais de perto no que diz respeito ao ordenamento jurídico italiano, oportunas as observações de ENNIO AMODIO: “Una sorta di anticultura della comparazione sta diffondendo nel nostro Paese lo stereotipo del ‘processo all’americana’ come meta obbligata nella riforma della giustizia penale. La stampa e gli altri mezzi di comunicazione di massa insistono ormai da qualche anno nel dipingere il futuro del processo penale italiano con i colori della bandiera americana, senza darsi carico di capire qual è la reale struttura del rito accusatorio messo a punto dal Parlamento con la legge 16 febbraio 1987 n. 81, che ha delegato il Governo a emanare il nuovo codice di procedura penale. E a questa suggestione non sembrano capaci di sottrarsi nemmeno alcuni operatori del diritto i quali pensano che l’abbandono del modello inquisitorio cui è improntato il codice vigente, si traduca sostanzialmente in una globale e meccanica trasposizione del sistema di giustizia d’oltre oceano nelle nostre aule giudiziarie” (ENNIO AMODIO, “Miti e realtà della giustizia nordamericana – Il modello accusatorio statunitense e il codice di procedura penale del 1989”, in *Processo Penale, diritto europeo e common law*, pp. 179/180, Giuffrè Editore, Milano, 2003).

⁽⁵⁾ Na doutrina latino-americana, vide, por todos, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “O processo penal norte-americano e sua influência”, in *Temas de Direito Processual*, Oitava Série, especialmente pp. 231/237, Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

são variados: seja por força da inexistência de um contrapeso eficiente à extensão acentuada das garantias constitucionais ⁽⁶⁾; seja ainda por motivos de duvidosa altivez, como por exemplo o dos juízes em se livrar da sobrecarga de trabalho, ou o dos *prosecutors* em conseguir um maior número de condenações com vistas a angariar a simpatia de seu eleitorado ⁽⁷⁾.

No sistema processual penal norte-americano, consoante as “*Federal Rules of Criminal Procedure*” de 2004, o imputado responde à acusação por intermédio de um ato denominado *plea*, que pode consistir em uma declaração de ser ele culpado (*guilty plea*), inocente (*plea of not guilty*), ou mesmo em não contestar a acusação (*nolo contendere*) ⁽⁸⁾. Na quase totalidade dos casos os acusados se declaram culpados, sendo pequeno o número de processos que chegam ao *trial* ⁽⁹⁾. Tal se deve à prática bastante difundida do *plea bargaining*, consistente em uma negociação entre o *prosecutor* e a defesa do imputado, mediante a qual se busca um consenso no tocante à pena que será aplicada ⁽¹⁰⁾. Neste caso, porém, assunção de culpa pode ser utilizada contra o imputado em posterior processo civil de responsabilidade pelos danos causados à vítima do crime ⁽¹¹⁾. Já por intermédio do *nolo contendere*, que se verifica com o consentimento da Corte, a qual deve levar em conta o interesse público na efetiva administração da justiça ⁽¹²⁾, o acusado, apesar de não admitir sua culpa, sofre uma condenação, podendo contar

⁽⁶⁾ Neste particular, bem assinalou LUIS MARÍA DíEZ-PICASSO: “Hay que tener presente que el extraordinario desarrollo de dichos mecanismos alternativos (*guilty plea*, *plea bargaining*) se debe, probablemente, a la necesidad de hallar un contrapeso de eficiencia a la formidable extensión de las garantías constitucionales, como señala S. P. Freccero, A Comparative Investigation into the American Practice of Plea Bargaining and the New Italian Criminal Procedure Code, memoria de LL.M., Instituto Universitario Europeo, Florencia, 1994” (El poder de acusar – Ministerio Fiscal y constitucionalismo, p. 79, Ariel Derecho, Barcelona, 2000).

⁽⁷⁾ A respeito destes últimos motivos, consulte-se JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 234, Editora Saraiva, São Paulo, 2001. Em outro ensaio, o mesmo autor anota: “Un ejemplo bien conocido es el *plea bargaining*, que además suministra al district attorney interesado en presentarse como candidato en las próximas elecciones una oportunidad de conquistar electores mencionando en sus discursos un número de condenas penales inmensamente superior a aquél que, de no ser así, él hubiiera podido conseguir, debido a la lentitud habitual de los procesos – la cual está lejos de constituir una característica exclusiva del tercer mundo” (“Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 2001).

⁽⁸⁾ Assim dispõe a Rule 11, a, 1: “In General. A defendant may plead not guilty, guilty, or (with the court’s consent) *nolo contendere*”.

⁽⁹⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 232, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

⁽¹⁰⁾ Referida prática vem regulamentada na Rule 11, c, 1, das “*Federal Rules of Criminal Procedure*” de 2004.

⁽¹¹⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 233, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

⁽¹²⁾ Estatui a Rule 11, a, 2: “Conditional plea. With the consent of the court and the government, a defendant may enter a conditional plea of guilty or *nolo contendere*, reserving in writing the right to have an appellate court review an adverse determination of a specified pretrial motion. A defendant who prevails on appeal may then withdraw the plea”. Já a Rule 11, a, 3, dispõe: “*Nolo contendere* plea. Before accepting a plea of *nolo contendere*, the court must consider the parties’ views and the public interest in the effective administration of justice”.

com a benevolência do juiz na aplicação da pena ⁽¹³⁾.

Remarque-se que o ideário da resolução alternativa de conflitos penais vem expandindo-se por diversos ordenamentos jurídicos. Em terreno europeu, por exemplo, a “*médiation penale*” já se tornara realidade na França por volta do ano de 1980, ainda que sem regulamentação, graças a iniciativas de membros do Ministério Público (*magistrats du Parquet*) e de responsáveis por movimentos associativos de ajuda a vítimas de crimes ⁽¹⁴⁾. A *médiation penale*, naquele país, todavia, só veio a ser implantada legalmente por intermédio da *loi du 4 janvier 1993* ⁽¹⁵⁾. Na Itália, com o advento do *Codice di Procedura Penale* em 1988, criou-se o instituto da “*applicazione della pena su richiesta di parti*” (art. 444) ⁽¹⁶⁾, também denominado *patteggiamento*, com o qual o Juiz aplica uma pena resultante de um acordado requerimento das partes, vale dizer, do imputado e do Ministério Público ⁽¹⁷⁾. Em Portugal, o Código de Processo Penal de 1987 instituiu a *suspensão provisória do processo* (artigos 281º e 282º) ⁽¹⁸⁾, a qual também se assenta na consensualidade ⁽¹⁹⁾. A título ainda exemplificativo, é de se notar que a resolução

⁽¹³⁾ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 235, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

⁽¹⁴⁾ JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT, *op. cit.*, p. 29.

⁽¹⁵⁾ Dispõe o *article 41* da *loi du 4 janvier 1993*: “Le procureur de la République peut enfin, préalablement à sa décision sur l’action publique et avec l’accord des parties décider de recourir à une médiation s’il lui apparaît qu’une telle mesure est susceptible d’assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l’infraction et de contribuer au reclassement de l’auteur de l’infraction”.

⁽¹⁶⁾ Dispõe o art. 444 do *Codice di Procedura penale italiano*: “1. L’imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l’applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria. 1-bis. Sono esclusi dall’applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui l’articolo 51, commi 3-bis e 3-quarter, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell’articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria (...)”.

⁽¹⁷⁾ PAOLO TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, pág. 339, Giuffrè Editore, Milano, 2003. Para um estudo detalhado acerca do *patteggiamento*, consulte-se ANDREA MONTAGNI, *Il patteggiamento della pena*, Maggioli Editore, Rimini, 2004.

⁽¹⁸⁾ Dispõe o artigo 281º do Código de Processo Penal português, com redação dada pela Lei nº 59/98: “Artigo 281º Suspensão provisória do processo. 1 - Se o crime for punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou com sanção diferente da prisão, pode o Ministério Público decidir-se, com a concordância do juiz de instrução, pela suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem os seguintes pressupostos: a) Concordância do arguido e do assistente; b) Ausência de antecedentes criminais do arguido; c) Não haver lugar a medida de segurança de internamento; d) Carácter diminuto da culpa; e e) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir. 2 - São oponíveis ao arguido as seguintes injunções e regras de conduta: a) Indemnizar o lesado; b) Dar ao lesado satisfação moral adequada; c) Entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia; d) Não exercer determinadas profissões; e) Não frequentar certos meios ou lugares; f) Não residir em certos lugares ou regiões; g) Não acompanhar, alugar ou receber certas pessoas; h) Não ter em seu poder determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime; i) qualquer outro comportamento especialmente exigível pelo caso. (...)”.

⁽¹⁹⁾ Como bem observa GERMANO MARQUES DA SILVA, “a suspensão provisória do processo assenta essencialmente na busca de soluções consensuais para a protecção dos bens jurídicos penalmente tutelados e a ressocialização dos delinquentes, quando seja diminuto o grau da culpa e em concreto,

alternativa de conflitos penais também foi adotada pela Espanha, no campo das infrações cometidas por menores, com a *Ley Orgánica 5/2000* ⁽²⁰⁾.

Já na América Latina, na última década do século XX, pulularam reformas que, em grande parte, tiveram por preocupação a implantação de medidas alternativas à Justiça penal tradicional ⁽²¹⁾. Neste particular, pôde-se constatar, de maneira genérica, a inserção, nos ordenamentos processuais penais latino-americanos: a) de institutos ligados ao princípio da oportunidade, tais como a “*suspensión condicional del proceso*”; b) dos denominados “*acuerdos reparatorios*”; c) do “*juicio abreviado*” ⁽²²⁾. Diante da elevada taxa de criminalidade que se observa nos países latino-americanos, e inclusive por razões econômicas, os legisladores se viram obrigados a oferecer aos usuários do direito tais soluções alternativas ⁽²³⁾.

Assim, a Argentina conta com a “*suspensión del proceso a prueba*” no art. 76bis (incorporado pela *ley 24.316, art. 3º*) de seu Código Penal e com o denominado “*juicio abreviado*” no art. 431bis (incorporado pela *ley 24.825*) do *Código Procesal Penal de la Nación*. O *Código Orgánico Procesal Penal* da Venezuela, de 1998, instituiu a *suspensión condicional del proceso* (artículos 37 a 42) ⁽²⁴⁾, os *acuerdos reparatorios* (artículos 34 a 36) ⁽²⁵⁾ e o *procedimiento por admisión de los*

seja possível atingir por meios mais benignos do que a pena criminal os fins que presidiram à incriminação, em abstracto, dos factos” (*Curso de processo penal*, III, pp. 109/110, Editorial Verbo, Lisboa, 1994).

⁽²⁰⁾ Dispõe o art. 19 da *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*: “*Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. 1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe (...)*”. Para maiores detalhes, na Espanha e na província da Catalunha, vide VALERIA ESTHER ZAYAT, “*El modelo catalán: un ejemplo de sistema penal abierto*”, in *Resolución alternativa de conflictos penales – Mediación de conflicto, pena y consenso*, obra compilada por Gabriela Rodríguez Fernández, pp. 193/235, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

⁽²¹⁾ Para um excelente apanhado a respeito da introdução de medidas alternativas ao sistema penal na América Latina, vide *Las reformas procesales penales en América Latina*, obra coordenada por JULIO B. J. MAIER, KAI AMBOS e JAN WOISCHNIK, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

⁽²²⁾ Assim, ADRIÁN MARCHISIO, *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina* (obra coordenada por JÖRG STIPPEL e ADRIÁN MARCHISIO), p. 535, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

⁽²³⁾ KAI AMBOS e FAUZI HASSAN CHOUKR, *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*, p. 265, Editora Método, São Paulo, 2001.

⁽²⁴⁾ Dispõem os artículos 37 e 38 do *Código Orgánico Procesal Penal* da Venezuela: “*Artículo 37. Requisitos. En los casos en que, por la pena establecida para el delito objeto del proceso, sea procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el imputado podrá solicitar al juez de control la suspensión condicional del proceso, siempre que admita el hecho que se le atribuye*”; “*Artículo 38. Procedimiento. A los efectos del otorgamiento de la medida, el juez oírà al fiscal, al imputado y a la víctima, que haya participado de cualquier manera en el proceso, y resolverà en la misma audiencia. La resolución fijarà las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso. Si la solicitud es denegada, la admisión de los hechos por parte del imputado no podrà considerarse como reconocimiento de su responsabilidad*”.

⁽²⁵⁾ Estatui o artículo 34 do *Código Orgánico Procesal Penal* da Venezuela: “*Cuando el hecho punible recaiga sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o cuando se trate de delitos culposos, el juez podrà, desde la fase preparatoria, aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurren al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. El cumplimiento del acuerdo reparatorio extinguirá la acción penal respecto del imputado que*

hechos (artículo 376) ⁽²⁶⁾. Já o Paraguai, por intermédio do Código Procesal Penal, também de 1998, regulamentou a *suspensión condicional del procedimiento* (artículos 21 a 23) ⁽²⁷⁾, contando ainda com o *procedimiento abreviado* (artículos 420 e 421) ⁽²⁸⁾ e com a *conciliación* (artículo 354) ⁽²⁹⁾.

O Código de Processo Penal boliviano de 1999 adotou a *suspensión condicional del proceso* (artículos 23° a 25°), o *procedimiento abreviado* (artículos 373° e 374°) ⁽³⁰⁾, e possibilitou, ainda, às partes, na audiência conclusiva, “*promover la conciliación proponiendo la reparación integral del daño*” (artículo 326°, 8). Na Colômbia, o Código de Procedimiento Penal de 2000 instituiu a *sentencia anticipada* (artículo 40) ⁽³¹⁾, a

hubiere intervenido en él. Cuando existan varios imputados o víctimas, el proceso continuará respecto de aquellos que no han concurrido al acuerdo”.

⁽²⁶⁾ O artículo 376 Código Orgánico Procesal Penal da Venezuela dispõe: “En la audiencia preliminar, el imputado, admitidos los hechos objeto del proceso, podrá solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. En estos casos, deberá el juez rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado. Sin embargo, si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, el juez sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta en un tercio”

⁽²⁷⁾ O artículo 21 do Código Procesal Penal do Paraguai dispõe: “Cuando sea posible la suspensión a prueba de la ejecución de la condena en las condiciones establecidas en el código penal, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del procedimiento. Si el imputado presta conformidad con la suspensión y admite los hechos que se le imputan, el juez dispondrá la suspensión condicional del procedimiento, siempre que el imputado haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación. La suspensión condicional del procedimiento no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales civiles. Cuando la solicitud sea promovida por el Ministerio Público o el querellante, deberán acreditar el consentimiento del imputado y señalar las reglas de conducta que requieran para el régimen de prueba. Esta solicitud se podrá presentar hasta el momento de la audiencia preliminar”.

⁽²⁸⁾ Estatuí o artículo 420 do Código Procesal Penal do Paraguai: “Hasta la audiencia preliminar, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando: 1) se trate de un hecho punible que tenga prevista una pena máxima inferior a cinco años, o una sanción no privativa de libertad; 2) el imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento; y, 3) el defensor acredite, con su firma, que el imputado ha prestado su consentimiento libremente. La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos”.

⁽²⁹⁾ O artículo 354 do Código Procesal Penal do Paraguai dispõe: “(...) El juez intentará la conciliación de todas las partes proponiendo la reparación integral del daño social o particular causado”.

⁽³⁰⁾ O artículo 373° do Código Procesal Penal da Bolívia preceitua: “Concluida la investigación, el fiscal encargado podrá solicitar al juez de la instrucción, en su requerimiento conclusivo, que se aplique el procedimiento abreviado. Para que sea procedente deberá contar con el acuerdo del imputado y su defensor, el que deberá estar fundado en la admisión del hecho y su participación en él. En caso de oposición fundada de la víctima o que el procedimiento común permita un mejor conocimiento de los hechos, el juez podrá negar la aplicación del procedimiento abreviado. La existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no impedirá la aplicación de estas reglas a alguno de ellos”.

⁽³¹⁾ Dispõe o artículo 41 do Código de Procedimiento Penal da Colômbia: “A partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, el procesado podrá solicitar, por una sola vez, que se dicte sentencia anticipada. (...) El juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad. También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que quede ejecutoriada la providencia que fija fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso la rebaja será de una octava (1/8) parte de la pena. Cuando las rebajas por confesión y sentencia anticipada concurren en la etapa de instrucción, la rebaja será de las dos quintas (2/5) partes y cuando concurren en la etapa de juzgamiento, será de una quinta (1/5) parte (...)”.

conciliación (artículo 41) ⁽³²⁾ e também a chamada indemnización integral (artículo 42) ⁽³³⁾. No Chile, com a reforma do ano de 2000, que introduziu um novo Código Procesal Penal, adotou-se a *suspensión condicional del procedimiento* (artículos 237 a 240) ⁽³⁴⁾ e também os *acuerdos reparatorios* (artículos 241 ⁽³⁵⁾ a 244) ⁽³⁶⁾.

Vê-se, destarte, que o ideário da resolução alternativa de litígios em matéria penal, apesar de recente, vem espalhando-se com rapidez pelos mais variados ordenamentos jurídicos. Como se poderá constatar adiante, o Brasil não ficou alheio a esta moderna tendência, inserindo e regulamentando, dentre outros, o instituto da transação penal.

2. A TRANSAÇÃO PENAL NO CONTEXTO DAS RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE LITÍGIOS EM MATÉRIA PENAL.

Relativamente a esta conjuntura, o ordenamento jurídico brasileiro também tomou partido na questão e cuidou de estabelecer os seus contornos. A Constituição da República de 1988 estatuiu que a União e os Estados criariam juizados especiais competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, permitindo, nas hipóteses previstas

⁽³²⁾ O artículo 41 do Código de Procedimiento Penal da Colômbia estatui: "La conciliación procede en aquellos delitos que admitan desistimiento o indemnización integral. (...) Obtenida la conciliación, el Fiscal General de la Nación o su delegado o el juez podrá suspender la actuación hasta por un término máximo de sesenta (60) días para el cumplimiento de lo acordado. No se admitirá prórroga del término para cumplir el acuerdo. Verificado el cumplimiento, se preferirá resolución inhibitoria, de preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento".

⁽³³⁾ Dispõe o artículo 42 do Código de Procedimiento Penal da Colômbia: "Indemnización integral. En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concorra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado (...)".

⁽³⁴⁾ Dispõe o artículo 237 do Código Procesal Penal do Chile: "El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento. El juez podrá requerir del ministerio público los antecedentes que estimare necesarios para resolver. La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse: a) Si la pena que pudiese imponerse al imputado, en evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad, y b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito (...)".

⁽³⁵⁾ Já o artículo 241 do Código Procesal Penal do Chile estatui: "El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos (...)".

⁽³⁶⁾ Como afirma MAURICIO DUCE J., "la regulación de estas instituciones constituye un mecanismo central para lograr que el nuevo proceso penal chileno tenga entre sus objetivos relevantes la búsqueda de soluciones satisfactorias a los conflictos sociales distintas a la respuesta punitiva tradicional" ("La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el nuevo Código Procesal Penal", in *Nuevo proceso penal*, p. 170, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2000).

em lei, a transação penal (art. 98, I). Somente em 1995, porém, foi editada a Lei nº 9.099/95, a qual, informada pelas concepções de Justiça consensual e de introdução de medidas despenalizadoras ⁽³⁷⁾, regulamentou a transação penal (art. 76), estabeleceu a possibilidade da composição civil dos danos resultantes da infração criminal (art. 74) e instituiu a suspensão condicional do processo (art. 89).

No que toca mais de perto à transação penal, reservada inicialmente às chamadas infrações de menor potencial ofensivo, a resolução se mostra alternativa não por trilhar caminho diverso do Judiciário, mas pelo fato de permitir a *consensualidade* na aplicação da pena. Com efeito, mesmo não tendo sido realizada a composição civil dos danos sofridos pelo ofendido (arts. 74 e 75 da Lei nº 9.099/95) ⁽³⁸⁾, seja na chamada audiência preliminar (art. 72), seja na audiência de instrução e julgamento (arts. 78 a 81), participam do acordo transacional o Ministério Público, o autor da infração e seu advogado, bem como o Juiz. O primeiro analisa a presença dos requisitos legais necessários à propositura da transação penal, a qual, se efetivada, alvitrará ao autor da infração a aceitação de imposição imediata de pena restritiva de direitos ou de multa. Ao autor do fato criminoso poderá ser vantajoso aderir à proposta, pois, sem assunção de culpa ⁽³⁹⁾, poderá submeter-se de imediato a uma pena que não importará privação de liberdade, não produzindo a condenação reincidência, tampouco surtindo efeitos civis. Com o assentimento do autor da infração e de seu defensor à proposta ministerial, o Juiz homologará o acordado por intermédio de sentença, jurisdicionando o negócio celebrado.

A transação penal, portanto, se baseia no consenso, na convergência de vontades. Interesses inicialmente antagônicos, pelo diálogo entre os interessados, pela confrontação de propósitos, resultam num acordo final ⁽⁴⁰⁾. A par da esfera

⁽³⁷⁾ É o que afirmam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, *Juízados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, pp. 37/38, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2002.

⁽³⁸⁾ Ressalve-se que em se tratando de crime cuja ação seja de iniciativa privada, ou pública condicionada à representação do ofendido, a homologação da composição civil dos danos acarretará a renúncia ao direito de queixa ou representação, em conformidade com o que dispõe o art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

⁽³⁹⁾ É assente, em doutrina, que a aceitação da proposta de transação penal pelo autor da infração não importa ter ele se declarado culpado. Neste sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, *op. cit.*, p. 153; ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *Processo penal constitucional*, p. 206, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 236, Editora Saraiva, São Paulo, 2001; FAUZI HASSAN CHOUKR, *Processo penal à luz da Constituição – Temas escolhidos*, Edipro, São Paulo, 1999; JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO, *Processo penal – Sistemas e princípios*, p. 85, Juruá Editora, Curitiba, 2003. Não assim na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “(...) O acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceita a proposta e, *ipso facto*, a culpa” (STJ, 6ª Turma, REsp 153195/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 28.02.2000, p. 127).

⁽⁴⁰⁾ AIRTON ZANATTA, *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*, p. 47, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001.

consensual, a transação possibilitaria ainda, *em tese*, a diminuição dos custos a cargo do Estado com a máquina judiciária, bem como a racionalização da Justiça criminal, permitindo que os agentes encarregados da persecução criminal se dediquem melhor ao combate à criminalidade mais grave. Advirta-se, porém, não se contar com dados estatísticos que permitam avaliar, após quase dez anos de implantação do instituto em questão, se estas potencialidades vêm tornando-se realidade ⁽⁴¹⁾.

3. DELINEAMENTO LEGISLATIVO DA TRANSAÇÃO PENAL.

Sem a pretensão de analisar exaustivamente todas as intrincadas questões atinentes à transação penal, selecionaram-se alguns temas relativos ao tratamento que a ela dispensou o legislador. Vinculam-se esses, em certa medida, à estruturação legislativa do instituto, bem como aos seus contornos ligados à Justiça consensual.

3.1. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA.

Inicialmente, a transação foi reservada às infrações de menor potencial ofensivo, de acordo com a conceituação trazida pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, vale dizer, às contravenções penais e aos crimes a que a lei comine pena privativa de liberdade máxima não superior ao patamar de 01 (um) ano, ressalvadas as hipóteses em que seja previsto procedimento especial. Posteriormente, a Lei nº 10.259/01, dispondo acerca da instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estatuiu no parágrafo único de seu art. 2º que se consideram “*infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa*”, sem fazer menção, ressalve-se, ao fato de os crimes contarem com procedimentos especiais. Com fundamento neste último preceito, e apesar da cláusula restritiva “*para os efeitos desta Lei*”, a doutrina ⁽⁴²⁾ e a jurisprudência dos Tribunais

⁽⁴¹⁾ Vale aqui transcrever, por sempre oportunas, as advertências de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “*Por lo que se refiere a los resultados concretos de la innovación, no disponemos hasta este momento de datos que nos permitan una valoración correcta, y no queremos sucumbir a la tentación de un cómodo pero muy poco científico ‘impresionismo’.* Es de desear que contribuyan para aclarar el asunto los estudios que se están llevando a cabo en S. Paulo y Río de Janeiro. Un día u otro podremos tal vez llegar a la conclusión de que a la transacción penal le está reservado en el funcionamiento de la Justicia brasileña un papel prácticamente tan importante como el desempeñado por el plea bargaining en los Estados Unidos – ojalá sin que sea necesario imitar ciertas deformaciones...” (“*La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano*”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, p. 237, Editora Saraiva, São Paulo, 2001).

⁽⁴²⁾ Neste sentido, *vide*, dentre tantos, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, *op. cit.*, p. 374; NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, “*Aplicação da Lei n. 10259/01 na justiça estadual*”, in *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, nº 4, pp. 125/137, CEIP, Porto Alegre, setembro/dezembro 2001; MARCELLUS POLASTRI LIMA, *Curso de processo penal*, Vol. 1, p. 334, 2ª edição, Editora Lumen Juris, 2003; EMERSON GARCIA, *Ministério Público – Organização, atribuições e regime jurídico*, p. 243, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004; CLÁUDIO CALO SOUSA, “*A incidência da Lei nº 10.259/2001 no Juizado Especial Criminal Estadual*”, in *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro* Vol. 7, nº 25, pp. 220/228, 2004.

Superiores ⁽⁴³⁾, sobretudo à luz do princípio constitucional da isonomia, passaram a considerar, de maneira predominante, que tal conceituação se estendeu ao âmbito dos Juízos Estaduais.

Todavia, no ano de 1997, o legislador já havia estendido expressamente o campo de incidência da transação penal a delitos praticados na direção de veículo automotor, determinando a sua aplicação aos crimes de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição automobilística não autorizada (art. 291, parágrafo único, da Lei nº 9.503/97). Note-se, porém, que mesmo com a nova conceituação sobre infrações de menor potencial ofensivo, advinda do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01, – crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa –, o delito de *embriaguez ao volante* (art. 306 da Lei nº 9.503/97) permite, *em tese*, a proposta de transação penal, embora a pena máxima a ele cominada (três anos) não se amolde àquele conceito legal. Porém, no que toca a este delito, parcela da doutrina vem entendendo ser ele inconciliável com o instituto da transação penal, por se tratar de crime de acentuada gravidade ⁽⁴⁴⁾, posicionamento que já contou com a adesão

⁽⁴³⁾ Assim já decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, consoante noticiado em seu Informativo: “A Turma indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia a concessão de *sursis* processual a denunciado por crime cuja pena mínima cominada fora superior a um ano de reclusão, sob a alegação de que a Lei 10.259/2001 teria alterado os requisitos exigidos pelo art. 89 da Lei 9.099/95, para os fins do benefício da suspensão condicional do processo. *Considerou-se que a Lei 10.259/2001, revogando o art. 61 da Lei 9.099/95, apenas ampliou a competência dos juizados especiais comuns para o julgamento de infrações de menor potencial ofensivo a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos*, não alterando o instituto da suspensão do processo prevista no mencionado art. 89, haja vista que tal dispositivo somente é aplicável aos crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano” (STF, 2ª Turma, HC 83.104/RJ, julgado em 21.10.2003, Rel. Min. Gilmar Mendes, *Informativo do STF* nº 326). No mesmo sentido vêm decidindo a 5ª e a 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça: “*Processual Penal. Habeas Corpus. Art. 10, caput, da Lei nº 9.437/97. Infração de Menor Potencial Ofensivo. Lei nº 10.259/01 e Lei nº 9.099/95. Transação Penal. Possibilidade. I – A Lei nº 10.259/01, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95. Assim, considerando que o delito pelo qual foi o paciente denunciado é apenado com detenção de 01 (um) a 02 (dois) anos, ou multa, está ele inserido no rol dos crimes de menor potencial ofensivo, razão pela qual deve ser analisada pelo Ministério Público a possibilidade de oferecimento ao acusado de proposta de transação penal. (Precedentes). II – A transação penal não pode ser oferecida por essa Corte. *Writ* parcialmente concedido” (STJ, 5ª Turma, HC 32.289/SP, Rel. Min. Félix Fischer, DJU de 01.07.2004, p. 232); “*Processual Penal e Penal. Uso Ilegal de Substância Entorpecente. Menor Potencial Ofensivo. Transação Penal. Possibilidade. Proposta. Titularidade. Ministério Público. A Lei nº 10.259/01, ao definir os delitos de menor potencial ofensivo, demarcando-os em função da pena, ampliou o âmbito de aplicação do conceito para os casos em que a pena máxima não ultrapasse 2 (dois) anos, ou multa, e alcança o disposto no artigo 61, da Lei nº 9.099/95. É prerrogativa exclusiva do Ministério Público a iniciativa para a proposta de transação penal, sendo descabida, em tese, a sua realização pelo Jugador. Ordem concedida para anular todos os atos processuais desde o recebimento da denúncia, inclusive, analisando-se, previamente, a possibilidade de oferecimento de proposta de transação penal por parte do Ministério Público” (STJ, 6ª Turma, HC 33.617/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJU 07.06.2004, p. 285).**

⁽⁴⁴⁾ Assim, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Crimes de trânsito*, pág. 41, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999; PAULO RANGEL, “A impossibilidade de transação penal nos delitos descritos nos arts. 303, 306 e 308 do Código Nacional de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23/09/97)”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 7, pp. 220/221, jan./jun. 1998. *Em sentido contrário*, admitindo a transação

do Superior Tribunal de Justiça ⁽⁴⁵⁾.

A Lei nº 9.605/1998, que dispôs a respeito das sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, determinou ser aplicável a transação penal aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, “desde que tenha havido prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade” (art. 27). Neste passo, logicamente deverá o membro do Ministério Público, autor da proposta de transação penal, atentar para o fato de que alguns crimes previstos na legislação ambiental (e. g., art. 32 da Lei nº 9.605/98) têm como sujeito passivo a própria coletividade, o que impossibilitará a efetivação da composição dos danos, não podendo esta condicionar a proposta de transação penal ⁽⁴⁶⁾.

Muito recentemente, veio a lume o chamado Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), o qual em seu art. 94 estatuiu: “aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 04 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal”. Embora tal dispositivo legal decididamente não tenha trazido nova conceituação de infrações de menor potencial ofensivo ⁽⁴⁷⁾, determinando apenas a aplicação do procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, resoaria nítida a falta de razoabilidade em permitir, naquelas hipóteses, a transação penal. Sem dúvida, a transação penal em delitos de acentuada gravidade se encontra em total

penal no crime de embriaguez ao volante, embora considerando não ser tal delito de menor potencial ofensivo, LUIZ FLÁVIO GOMES, “Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) - Parte criminal: Primeiras notas interpretativas”, in *Estudos de direito penal e processual penal*, p. 18, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999; JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, “Aspectos processuais penais do novo Código de Trânsito”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 10, p. 113, jul./dez. 1999; MARCELLUS POLASTRI LIMA, “Aspectos processuais dos crimes de trânsito”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 8, p. 236, jul./dez. 1998.

⁽⁴⁵⁾ Decidiu a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: “Recurso Especial. Crimes de Trânsito. Embriaguez ao Volante. Competência. Justiça Comum. Lei 10.259/01. Menor Potencial Ofensivo. Alteração do Limite da Pena Máxima Para Dois Anos. Impossibilidade de Transação Penal. Art. 291, Parágrafo Único, da Lei nº 9.503/97. 1. Com o advento da Lei nº 10.259/01, em obediência ao princípio da isonomia, o rol dos crimes de menor potencial ofensivo foi ampliado, porquanto o limite da pena máxima foi alterado para 02 anos. 2. Aplica-se o art. 291, parágrafo único, da Lei nº 9.503/97 quando for cabível o instituto ao caso concreto. In casu, não é aplicável a transação penal, pois o crime de embriaguez ao volante não é considerado crime de menor potencial ofensivo, pois a sua pena máxima é três anos. 3. Recurso não conhecido” (STJ, 5ª Turma, REsp 356.301/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 05/04/2004, p. 304).

⁽⁴⁶⁾ Neste sentido MARCOS RAMAYANA BLUM DE MORAES, “A composição dos danos ambientais como requisito para a transação penal”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 17, p. 218, jan./jun. 2003.

⁽⁴⁷⁾ Em conformidade com o texto, DAMÁSIO E. DE JESUS, “Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso”, artigo disponível na Internet, no site www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm, consultado em 18.11.2003; RENATO FLÁVIO MARCÃO, “Infração penal de menor potencial ofensivo: o artigo 94 da Lei 10.741/03 não determinou nova definição do conceito”, artigo disponível na Internet, no site <http://www.amperj.org.br>, consultado em 02.07.2004; CLAUDIO CALO SOUSA, “Estatuto do Idoso, o poder investigatório do Parquet e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo - Brevíssimas considerações”, artigo disponível na Internet, no site <http://www.amperj.org.br/>, consultado em 02.07.2004.

descompasso com o intuito do constituinte de 1988 ⁽⁴⁸⁾. Este, ao fazer inserir no texto constitucional o art. 98, I, prevendo a possibilidade de transação penal, não emitiu um cheque em branco em favor do legislador ordinário, a fim de que este regulamentasse a seu bel prazer as hipóteses de cabimento da transação. Configuraria patente contradição lógica ter o referido Diploma Legal imposto tratamento penal mais rigoroso aos crimes praticados contra os idosos e admitir, ao mesmo tempo, a transação penal ⁽⁴⁹⁾. A cláusula “no que couber”, constante do referido art. 94 da Lei nº 10.741/2003, permite asseverar que referido dispositivo pretendeu tão-somente imprimir à ação penal por crimes contra o idoso o procedimento da Lei nº 9.099/95, conferindo maior celeridade à marcha processual ⁽⁵⁰⁾.

Menos razoável ainda é a invocação do princípio da isonomia para, com base no mencionado art. 94 da Lei nº 10.741/03, admitir a ampliação genérica da conceituação das infrações de menor potencial ofensivo para os crimes punidos com pena máxima não superior a quatro anos ⁽⁵¹⁾. Remarque-se, aqui, não ter o dispositivo legal em comento trazido nova conceituação de infração de menor potencial ofensivo. Não há, tampouco, situações equiparáveis que mereçam tratamento equânime: os crimes praticados contra os idosos cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos são de considerável gravidade, o que refoge à potencialidade atenuada a que se referiu o art. 98, I da Constituição da República.

Sob outro aspecto, apesar de o legislador, no art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95, ter-se referido aos crimes de *ação penal pública incondicionada*, muito ainda se questiona acerca da possibilidade da transação penal nos delitos cuja ação seja privativa do ofendido. Argumenta-se, com propriedade, ser o instituto da transação penal incompatível com a ação de iniciativa privada ⁽⁵²⁾, pois neste

⁽⁴⁸⁾ Pondera DAMÁSIO E. DE JESUS, referindo-se aos delitos de trânsito, “permitir a transação penal em fatos criminosos graves, em que o episódio pode terminar até com uma simples multa, não cremos que estivesse nas pretensões do legislador. Essa ampliação do rol dos delitos de menor potencial ofensivo é, na palavra de René Ariel Dotti, inconstitucional, uma vez que o legislador da Carta Magna não propôs a renúncia do magistério punitivo a infrações que ofendem duramente determinados bens jurídicos que pretende proteger” (*Crimes de trânsito*, p. 44, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999)..

⁽⁴⁹⁾ DAMÁSIO E. DE JESUS, “Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso”. Disponível no site http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm, consultado em 18/11/2003. No mesmo sentido, RENATO FLÁVIO MARCÃO, “Infração penal de menor potencial ofensivo: o artigo 94 da Lei 10.741/03 não determinou nova definição do conceito”. Disponível no site <http://www.amperj.org.br/>, consultado em 02.07.2004.

⁽⁵⁰⁾ DAMÁSIO E. DE JESUS, “Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso”. Disponível no site http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm, consultado em 18/11/2003.

⁽⁵¹⁾ Com este entendimento, que não nos parece correto, ALEXANDRE COUTO JOFFERT, “Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso)”, artigo disponível na Internet, no site <http://www.amperj.org.br/artigos>, consultado em 02.07.2004.

⁽⁵²⁾ De acordo com o texto, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, p. 78, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1997; JULIO FABBRINI MIRABETE, *op. cit.*, pp. 137/138; AIRTON ZANATTA, *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*, p. 109, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001; MARCELLUS POLASTRI LIMA, *Novas leis criminais especiais comentadas por artigos*, pp.

âmbito outras possibilidades há de despenalização ligadas ao princípio da oportunidade (*v. g.*, a renúncia e a decadência do direito de queixa) ou ao princípio da disponibilidade (*e. g.*, o perdão aceito e a perempção). Em sede jurisprudencial, todavia, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo sem maiores considerações ser possível a transação penal em ações de iniciativa privada ⁽⁵³⁾. Mesmo não comungando deste entendimento, aceitável fosse a transação em querelas privadas, não seria o Ministério Público o responsável pela efetivação da proposta, mas sim o querelante. Sim, pois a este foi transferido o *ius perseguendi in iudicio*, cabendo-lhe, se assim entender, abdicar do seu direito ao processo ⁽⁵⁴⁾. Acrescente-se, neste passo, que não seria legítimo ao *Parquet* empecer ao desiderato do querelante de continuar com a ação por ele exercida, com vistas à consecução da condenação e, portanto, de título executável no juízo cível.

Cabe ressaltar, finalmente, encontrar-se a transação penal excluída do âmbito da Justiça Militar, por força do art. 90-A ⁽⁵⁵⁾, acrescentado à Lei nº 9.099/95 pela Lei nº 9.839, de 27 de setembro de 1999. Portanto, *a partir da entrada em vigor desta Lei*, seja na Justiça Militar Federal, seja nas Justiças Militares dos Estados-membros, não será possível a adoção de conceituação de infração de menor potencial ofensivo, tampouco formulação de proposta de transação penal ⁽⁵⁶⁾.

63/64, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001; ROMEU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR, *Inquérito policial e ação penal*, p. 375, 7ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1998.

⁽⁵³⁾ Confira-se a ementa do seguinte acórdão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Lei nº 9.099/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. Recurso provido para anular o feito desde o recebimento da queixa-crime, a fim de que seja observado o procedimento da Lei nº 9.099/95" (STJ, 5ª Turma, RHC 8480/SP, Rel.Min. Gilson Dipp, DJU de 22.11.1999, p. 164).

⁽⁵⁴⁾ Admitindo a transação penal em ações de iniciativa privada, *vide* ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *Processo penal constitucional*, p. 211, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

⁽⁵⁵⁾ Dispõe o referido art. 90-A da Lei nº 9.099/95: "As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar".

⁽⁵⁶⁾ Ressalve-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal, anteriormente ao advento da Lei nº 9.839, de 27 de setembro de 1999, entendia aplicável à Justiça Militar as medidas despenalizadoras introduzidas pela Lei nº 9.099/95. Todavia, com a entrada em vigor da Lei nº 9.839/99, passou aquela Corte a decidir que este último Diploma Legal somente se aplica aos fatos criminosos praticados posteriormente à sua entrada em vigor. Confira-se consoante a seguinte transcrição: "1. A jurisprudência deste Tribunal entendeu aplicável à Justiça Militar as disposições da Lei nº 9.099/95 e, assim, a necessidade de representação, no caso de lesão leve ou culposa (artigos 88 e 91), e a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo, quando a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. Entretanto, esta orientação jurisprudencial ficou superada com o advento da Lei nº 9.839/99, que afastou a incidência da Lei nº 9.099/95 do âmbito da Justiça Militar. 2. Fatos ocorridos em 1998, portanto, na vigência da Lei nº 9.099/95 e antes do advento da Lei nº 9.839/99. 3. Conflito de leis no tempo que se resolve à luz do que dispõe o artigo 5º, XL, da Constituição (a lei penal não retroagirá, senão para beneficiar o réu), ou seja, sendo a nova disposição *lex gravior*, não pode alcançar fatos pretéritos, que continuam regidos pelo regramento anterior (*lex mitior*). Esse assento constitucional afasta, no caso, a incidência do artigo 2º do CPP, que prevê a incidência imediata da lei processual nova (...)" (STF, 2ª Turma, HC 79.988/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 28/04/2000, p. 74); "Este Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, não obstante a entrada em vigor da Lei nº 9.839, de 27.09.1999, que colocou o processo penal militar

3.2. NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL.

Antes de adentrar no tratamento dispensado pelo legislador ao instituto da transação (art. 76 da Lei nº 9.099/95), cumpre tecer algumas considerações que tocam diretamente com a teoria geral do processo. A primeira delas se refere à natureza jurídica da transação penal. Diversas opiniões já vieram a lume a respeito do tema. Alguns doutrinadores asseveram cuidar-se de verdadeiro direito subjetivo público do infrator ⁽⁵⁷⁾. Outros asseveram tratar-se de simples *medida despenalizadora*, pois aquele que cometeu a infração de menor potencial ofensivo aceita a aplicação de pena menos grave ⁽⁵⁸⁾. Sustenta-se também ser a proposta de transação penal uma faculdade discricionária do Ministério Público, a qual se submete aos ditames legais ⁽⁵⁹⁾. Há finalmente quem encare o instituto como *ato de jurisdição voluntária*, havendo verdadeiro negócio jurídico bilateral entre o autor do fato e o *Parquet*, condicionado, todavia, à chancela judicial, onde *não* se faria presente o exercício de atividade estritamente *jurisdicional* ⁽⁶⁰⁾.

Com as devidas vênias, o entendimento preferível, e que parece guardar maior coerência com a técnica processual penal, assevera cuidar-se a transação penal de uma espécie de exercício de ação penal ⁽⁶¹⁾, na qual o Ministério Público imputaria ao autor da infração de menor potencial ofensivo uma conduta revestida de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, além de formular um pedido de condenação às penas restritiva de direitos ou multa. Assim agindo, o órgão

a salvo das regras da Lei nº 9.099/95, esta continuou a regular os processos relativos a fatos ocorridos anteriormente à vigência daquele primeiro diploma (HC nº 81.302, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001 e HC nº 80.573, Min. Nelson Jobim, DJ 14.06.2002)” (STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 19.11.2002, p. 92).

⁽⁵⁷⁾ Neste sentido, *vide* WEBER MARTINS BATISTA, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo*, p. 322, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996 e PAULO RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 149, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

⁽⁵⁸⁾ Neste sentido, dentre outros, DAMÁSIO E. DE JESUS, *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, p. 75, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1997; ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, *op. cit.*, p. 46; ROMEU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR, *op. cit.*, p. 374.

⁽⁵⁹⁾ MARINO PAZZAGLINI FILHO, ALEXANDRE DE MORAES, GIANPAOLO POGGIO SMANIO e LUIZ FERNANDO VAGGIONE, *Juizados Especiais Criminais – Aspectos práticos da Lei nº 9.099/95*, p. 49, 3ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999; FERNANDO CAPEZ, *Curso de processo penal*, p. 568, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

⁽⁶⁰⁾ ROGÉRIO PACHECO ALVES, “A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 11, pp. 242, 243 e 247, jan./jun. 2000.

⁽⁶¹⁾ Assim, AFRANIO SILVA JARDIM, *Direito Processual Penal*, p. 351, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997. “Achamos até, dentro dessa perspectiva mais sistemática, que, ao propor a *transação penal*, o Ministério Público, de certa maneira, está exercitando um tipo de ação diferente. Porque, quando propõe a *transação penal*, ele tem de fazer uma imputação. Tem de atribuir ao autor do fato, para usar a expressão da lei, ao réu, uma conduta; fazer um juízo de tipicidade, até para saber se é uma infração de menor potencial ofensivo e tem de sugerir a aplicação de uma pena. De certa forma, é uma ação penal”. No mesmo sentido, AIRTON ZANATTA, *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*, p. 107, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001; HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, *A introdução do instituto da transação penal no direito brasileiro e as questões daí decorrentes*, p. 35, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998; e ANDRÉ LUIZ NICOLITTI, *Juizados Especiais Criminais – Temas controvertidos*, p. 18, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

do *Parquet*, de maneira privativa, estaria deduzindo a pretensão punitiva. O próprio legislador utilizou a expressão “*não sendo caso de arquivamento*” (art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95), a demonstrar deverem fazer-se presentes as condições para o regular exercício do direito de ação, a fim de que seja ofertada a proposta de transação penal.

3.3. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A INICIATIVA DA PROPOSTA.

Um outro questionamento umbilicalmente ligado ao anterior diz respeito a ser, ou não, a iniciativa da proposta de transação penal exclusiva do Ministério Público. Como conseqüência a esta indagação surge uma outra: poderia o Juiz *ex officio* realizar a proposta de transação penal? As possíveis respostas se vinculam, em certa medida, ao entendimento acerca da natureza do referido instituto. Os que sustentam cuidar-se a transação penal de *direito subjetivo* do autor do fato entendem possível ao Juiz efetivar a proposta, por sua própria iniciativa ou instado pela defesa, quando não o fizesse o Ministério Público ⁽⁶²⁾.

Não obstante, vem firmando-se o entendimento, que parece correto, no sentido de somente o Ministério Público ostentar a titularidade privativa da propositura da transação penal ⁽⁶³⁾, sendo uma faculdade sua, em virtude de ser o *dominus litis* da ação penal pública. Aliás, o próprio art. 76 da Lei nº 9.099/95, em sua redação, somente se refere ao Ministério Público, o qual “*poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta*”. Não cabe ao Juiz, destarte, propor ao autor do fato o benefício, sob pena de afronta ao sistema acusatório e ao princípio da inércia jurisdicional. Neste passo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com aplausos de parcela da doutrina ⁽⁶⁴⁾, vêm decidindo que o Juiz, discordando do não-oferecimento da proposta de transação pelo Ministério Público, deve remeter os autos ao Procurador-Geral, aplicando o artigo 28 do Código de Processo Penal por analogia ⁽⁶⁵⁾.

Questionamento interessante, neste ponto, consistiria em saber se à vítima seria possível habilitar-se como assistente nos termos do art. 268 do Código de

⁽⁶²⁾ Assim, WEBER MARTINS BATISTA, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo*, p. 322, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*, p. 96, Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

⁽⁶³⁾ No sentido do texto, AIRTON ZANATTA, *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*, p. 103, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001; EMERSON GARCIA, *op. cit.*, p. 243.

⁽⁶⁴⁾ Assim, *v. g.*, FERNANDO CAPEZ, *op. cit.*, p. 570.

⁽⁶⁵⁾ Confira-se, nesta linha, a seguinte ementa de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça: “(...) 2. É vedado ao Juiz oferecer a proposta de transação penal *ex officio* ou a requerimento da parte, uma vez que tal prerrogativa é exclusiva do Ministério Público. Precedentes. 3. Havendo divergência entre Juiz e Ministério Público acerca do oferecimento da benesse legal, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, por analogia ao disposto no art. 28 do CPP” (STJ, 5ª Turma, REsp 556898/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 15.12.2003, p. 329). Em julgado noticiado no Informativo nº 250 do Supremo Tribunal Federal, esta Corte reafirmou competir “exclusivamente ao Ministério Público, titular da ação penal pública, a iniciativa para propor a transação penal prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95” (STF, 2ª Turma, RE 296.185/RS, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 20.11.2001).

Processo Penal, e, por conseguinte, intervir de alguma maneira no acordo proposto pelo Ministério Público. Encarando a transação penal como uma espécie de ação penal de natureza pública, como já afirmado, vislumbra-se possível, nesta sede, a habilitação do ofendido como assistente⁽⁶⁶⁾. Este, porém, não poderá opor qualquer interferência na tentativa de transação penal, pois o legislador, nos §§ 4º e 5º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, considerou expressamente apenas a vontade do Ministério Público (o titular do exercício do direito de ação penal pública) e a do autor do fato⁽⁶⁷⁾. Não caberá, da mesma maneira, ao assistente, tampouco ao ofendido que ainda não se tenha habilitado, interpor, nos termos do art. 598 do Código de Processo Penal, recurso de apelação em face da decisão homologatória da transação penal⁽⁶⁸⁾.

3.4. CONDIÇÕES PARA O OFERECIMENTO DA PROPOSTA DE TRANSAÇÃO.

Em primeiro lugar, condiciona-se a propositura da transação penal pelo *Parquet* ao fato de não ser caso de arquivamento do termo circunstanciado (Lei nº 9.099/95, art. 76, *caput*). Portanto, devem estar presentes as condições para o regular exercício do direito de ação, dentre as quais a chamada justa causa⁽⁶⁹⁾. Somente assim, vale dizer, havendo um mínimo de elementos que atestem ter o agente praticado uma infração de menor potencial ofensivo, poderá o Ministério Público exercitar tal mister.

Depende ainda a proposta de transação penal de não ter sido o autor do fato condenado, pela prática de *crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva* (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 2º, I). Destarte, uma condenação, mesmo definitiva, mas relativa a uma contravenção penal, ou mesmo a um crime na qual tenha sido imposta a pena de multa, não impedirão a efetivação da propositura da transação penal⁽⁷⁰⁾.

Um terceiro condicionamento diz respeito a não ter sido o autor do fato beneficiado anteriormente, pelo prazo de *cinco anos*, por outra transação penal (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 2º, II). Tal prazo encontra paralelo no art. 64, I, do Código Penal, o qual determina não prevalecer condenação anterior, para efeito de reincidência, "*se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos*". A condição em análise visa a impedir a impunidade de infratores renitentes, que se já tenham beneficiado de aceitações anteriores de propostas de transação penal.

⁽⁶⁶⁾ Em sentido contrário ao do texto, inadmitindo a assistência em sede de transação penal, JULIO FABBRINI MIRABETE, *Juizados Especiais Criminais*, p. 160, 5ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2002.

⁽⁶⁷⁾ Neste sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, *op. cit.*, p. 154.

⁽⁶⁸⁾ Assim, JULIO FABBRINI MIRABETE, *op. cit.*, p. 160.

⁽⁶⁹⁾ AFRANCO SILVA JARDIM, *op. cit.*, p. 349; AIRTON ZANATTA, *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*, p. 107, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001.

⁽⁷⁰⁾ Em sentido aproximado ao do texto, MARCELLUS POLASTRI LIMA, *Novas leis criminais especiais comentadas por artigos*, p. 69, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

Finalmente, condiciona-se a proposta ao fato de indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor da infração, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 2º, III). São estes últimos os chamados requisitos de índole *subjetiva*, os quais, advirta-se, constam de fórmula aberta, de modo a possibilitar ao Ministério Público se esquivar da efetivação da proposta. Caso isto venha a ocorrer, caberá, então, ao Juiz examinar os fundamentos da recusa ministerial ⁽⁷¹⁾ (que sempre deverá ser fundamentada) ⁽⁷²⁾, aplicando, caso haja discordância, o art. 28 do Código de Processo Penal por analogia.

3.5. A ACEITAÇÃO DA PROPOSTA.

Na órbita da consensualidade, à proposta efetivada pelo Ministério Público poderá aquiescer, ou não, o autor da infração penal. Caso este não venha a aceitar a proposta efetivada pelo Ministério Público na audiência preliminar (art. 72), ou mesmo no início da audiência de instrução e julgamento (art. 79), a denúncia será oferecida, no primeiro caso (art. 77), passando-se ao juízo sobre a admissibilidade da acusação, na última hipótese (art. 81). Poderá o infrator, ao contrário, aderir à propositura ministerial. Se assim o fizer, o art. 76, § 3º, da Lei nº 9.099/95, faz depender a homologação judicial da proposta de transação penal da aceitação “*pelo autor da infração e seu defensor*”, tendo o legislador exigido o mesmo no tocante à aceitação do benefício da suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/95). O assentimento, portanto, deverá ser *dúplice*: do autor da infração e de seu acusado. Diante desta assertiva, salta aos olhos uma indagação: no caso de divergência de vontades entre a defesa técnica e o autor do fato criminoso, quanto à anuência ao acordo proposto, qual daquelas deve prevalecer?

Em temáticas outras, como por exemplo no tocante à interposição de recursos, vem afirmando-se, com inteira propriedade, deva prevalecer a vontade da defesa técnica, quando esta externe pretensão recursal e o acusado deseje não se utilizar da via recursal ⁽⁷³⁾. Não obstante, em sede de Justiça consensual, parece correto o entendimento de que, na hipótese de colidência de vontades quanto à

⁽⁷¹⁾ ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, *op. cit.*, p. 152.

⁽⁷²⁾ A necessidade de fundamentação da recusa decorre do disposto no art. 43, III, da Lei nº 8.625/93: “São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal”.

⁽⁷³⁾ Precisa, neste particular, a pena ilustre de SERGIO DEMORO HAMILTON: “Portanto, sempre que não for possível obter-se a desejável interação da autodefesa com a defesa técnica em matéria de interposição do apelo, há que prevalecer o caminho traçado pelo *expert* em favor do recurso, sem dúvida mais benéfico ao réu, bem como por atender ele, dentro da melhor técnica, aos princípios que tutelam o direito de defesa no campo da lei processual penal e, principalmente, perante a Constituição Federal” (“O apelo contra a vontade do réu”, in *Temas de processo penal*, p. 128, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998).

acquiescência à proposta de transação penal, deve prevalecer a vontade do autor da infração ⁽⁷⁴⁾. Sim, pois, só a este caberá a última palavra no tocante à preferência pela imediata submissão à pena restritiva de direitos ou à multa. Por outro lado, a aceitação da proposta de transação penal pelo autor da infração lhe acarretará uma série de conseqüências que necessitam ser esclarecidas, tais como a de não importar aceitação de culpa, a de não gerar efeitos civis ou mesmo a impossibilidade de se obter nova transação nos próximos cinco anos ⁽⁷⁵⁾. Neste passo, a defesa técnica é indispensável, ainda que sua vontade não se ajuste à do autor do fato criminoso. Assim, pode-se afirmar prevalente a vontade do autor da infração, na hipótese de divergir de seu defensor no tocante à aceitação do acordo, desde que conte com o suporte da defesa técnica.

Portanto, também no âmbito da consensualidade, a defesa técnica se mostra fundamental, seja para esclarecer as conseqüências que suportará o autor do fato ao aceitar a proposta de transação penal (ou mesmo as condições a que se submeterá o acusado, na suspensão condicional do processo), seja ainda evitando que os acordos se convertam em imposições estatais.

3.6. A HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO.

Outro enfoque ligado à teoria geral do processo diz respeito à natureza da sentença homologatória da transação penal. A literatura jurídica, em sua maioria, afirma possuir natureza *condenatória*, consubstanciando verdadeira sentença de mérito, com possibilidade de *adquirir autoridade de coisa julgada material*. Este entendimento vem sendo sustentado por diversos doutrinadores ⁽⁷⁶⁾ e acolhido, em sede jurisprudencial, pelo Superior Tribunal de Justiça ⁽⁷⁷⁾.

Sem dúvidas, o Juiz, a despeito de referendar o acordado, *condena* o infrator. Contudo, a referida essência condenatória da decisão assume caráter especial,

⁽⁷⁴⁾ Neste sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, *op. cit.*, p. 153. *Contra*, sustentando ser necessária sempre a aceitação dúplce, do autor da infração e da defesa técnica, JULIO FABBRINI MIRABETE, *op. cit.*, p. 147.

⁽⁷⁵⁾ De acordo, BERENICE MARIA GIANNELLA, *Assistência jurídica no processo penal – Garantia para a efetividade do direito de defesa*, p. 190. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁽⁷⁶⁾ Assim, dentre muitos, AFRANIO SILVA JARDIM, *op. cit.*, p. 351; JULIO FABBRINI MIRABETE, *op. cit.*, p. 152; MARCELLUS POLASTRI LIMA, *Novas leis criminais especiais comentadas por artigos*, p. 72, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001; MARINO PAZZAGLINI FILHO, ALEXANDRE DE MORAES, GIANPAOLO POGGIO SMANIO e LUIZ FERNANDO VAGGIONE, *Juizados Especiais Criminais – Aspectos práticos da Lei nº 9.099/95*, p. 59, 3ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999; MARIA LÚCIA KARAM, *Juizados Especiais Criminais – A concretização antecipada do poder de punir*, pp. 98/99, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004; HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, *op. cit.*, p. 35; GERALDO PRADO, *Sistema acusatório*, p. 240, 2ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001. Em sentido contrário, LUIS WANDERLEY GAZOTO, *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública*, p. 129, Editora Manole, São Paulo, 2003.

⁽⁷⁷⁾ “A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal” (STJ, 6ª Turma, REsp 203583/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 11.12.2000, p. 247).

pois não importará reincidência (excepcionando assim a regra do art. 63 do Código Penal), tampouco constará de certidão de antecedentes criminais, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos (art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei nº 9.099/95). Outra peculiaridade, é o fato de não gerar efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo civil (art. 76, § 6º, da Lei nº 9.099/95), o que faz exceção à regra constante do art. 63 do Código de Processo Penal. Não consubstancia, assim, a sentença condenatória relativa à transação penal, título executivo judicial apto a ser executado no juízo cível nos termos do art. 584, II, do Código de Processo Civil.

Homologado o acordo por intermédio de sentença, esta desafiará o recurso de apelação, consoante a previsão do § 5º do art. 76 da Lei nº 9.099/95. Não assim, porém, a decisão que recusa a homologação consentida entre o Ministério Público e o autor do fato, a qual não poderá ser impugnada pelo recurso de apelação, seja por falta de previsão no mencionado art. 76, § 5º, seja por não se cuidar de “decisão definitiva ou com força de definitiva”, consoante disposto no art. 593, II, do Código de Processo Penal ⁽⁷⁸⁾. Apesar de interlocutória a decisão, tampouco será manejável em face desta o recurso em sentido estrito, por não se adequar às hipóteses elencadas no art. 581 do Código de Processo Penal. Restará ao interessado, nesta hipótese, socorrer-se do mandado de segurança contra o ato jurisdicional que não homologou a transação, ou mesmo impetrar *habeas corpus* ⁽⁷⁹⁾. Poder-se-ia vislumbrar ainda a admissão da correição parcial ou reclamação, quando tais medidas forem previstas na legislação estadual ⁽⁸⁰⁾. De qualquer maneira, em relação à decisão homologatória, uma vez preclusas as vias recursais, sem que qualquer das partes tenha interposto o recurso mencionado, ou ainda se inadmitido definitivamente aquele porventura interposto, ter-se-á a formação de autoridade de coisa julgada material, não sendo possível revogação ulterior do acordo homologado ⁽⁸¹⁾. Cuidando-se, como já afirmado, de sentença condenatória, vislumbra-se possível ao autor do fato ajuizar a revisão criminal, nos termos do art. 621 do Código de Processo Penal, com vistas a rescindir o acordo trânsito em julgado.

3.7. O DESCUMPRIMENTO DO ACORDO HOMOLOGADO.

Aceita e homologada a proposta de transação penal, que impôs ao autor da infração uma pena de multa ou restritiva de direitos, fica aquele com o dever

⁽⁷⁸⁾ *Contra*, admitindo nesta hipótese o recurso de apelação, JULIO FABBRINI MIRABETE, *op. cit.*, pp. 154/155.

⁽⁷⁹⁾ De acordo, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, *op. cit.*, pp. 161/162.

⁽⁸⁰⁾ Assim, JULIO FABBRINI MIRABETE, *op. cit.*, p. 155; ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, *op. cit.*, p. 162.

⁽⁸¹⁾ No sentido do texto, JULIO FABBRINI MIRABETE, *op. cit.*, p. 178: “Homologada a transação e transitada em julgado a decisão, não é possível a revogação, quando esta foi aceita livremente pelo acusado, sem irregularidade ou vício de consentimento”.

processual de cumprir o acordado. Se o infrator não efetivar o pagamento da sanção pecuniária acordada, não poderá esta ser convertida em pena privativa de liberdade. Isto por força da redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei nº 9.268/1996, que converteu a pena de multa em dívida de valor, “*aplicando-se-lhe as normas da legislação relativas à dívida ativa da Fazenda Pública*”⁽⁸²⁾. Encontra-se, por conseguinte, derrogado o art. 85 da Lei nº 9.099/1995⁽⁸³⁾, sendo ainda impossível a conversão da pena de multa em pena restritiva de direitos⁽⁸⁴⁾. Caberá tão-somente a promoção da execução fiscal por parte da Fazenda.

Questão que carece de maior cuidado diz respeito ao descumprimento da penalidade restritiva de direitos imposta na sentença que homologou a transação penal. Seria possível a conversão daquela sanção em pena privativa de liberdade, na hipótese de descumprimento? Não há unanimidade de vozes na doutrina e na jurisprudência, havendo mesmo quem sustente que “*o legislador, não prevendo a hipótese, criou uma situação sem solução contra o autor do fato*”⁽⁸⁵⁾. Sem a menor sombra de dúvida, não parece este último ser o melhor posicionamento diante da questão. O intérprete, na ausência de regulamentação legal, deverá socorrer-se de interpretação sistemática visando a descobrir a *ratio* que inspirou a regulamentação do benefício, ou, diante da impossibilidade, buscar amparo na integração analógica ou nos princípios gerais de direito.

Há quem entenda admissível a conversão⁽⁸⁶⁾, pois o próprio legislador estatuiu que a execução das penas restritivas de direito será processada perante

⁽⁸²⁾ Decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Se o réu não paga a multa aplicada em virtude da transação penal, esta deve ser cobrada em execução penal, nos moldes do art. 51 do Código Penal, não sendo admissível o oferecimento de denúncia” (STJ, 5ª Turma, REsp 222061/SP, Rel. Min. Félix Fischer, DJU de 20.08.01, p. 512); “*Criminal. HC. Nulidade. Lei 9.099/95. Descumprimento de Acordo Firmado e Homologado em Transação Penal. Oferecimento de Denúncia. Impossibilidade. Sentença Homologatória. Coisa Julgada Material e Formal. Execução da Multa pelas vias próprias. Recurso Provido. I - A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado. II - No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei nº 9.099/95 e o 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada. III - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal” (STJ, 5ª Turma, HC 33487/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 01.07.2004, p. 237).*

⁽⁸³⁾ Assim, JULIO FABBRINI MIRABETE, *Juizados Especiais Criminais*, p. 164, 5ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2002.

⁽⁸⁴⁾ Neste sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, *op. cit.*, p. 204.

⁽⁸⁵⁾ DAMÁSIO E. DE JESUS, “Transação penal: efeito do descumprimento da pena restritiva de direitos”, in *Temas de direito criminal*, 2ª série, p. 215, Editora Saraiva, São Paulo, 2001. Em sentido semelhante assevera MARIA LÚCIA KARAM: “Já na hipótese de aplicação de penas restritivas, inexistindo, seja na Lei 9.099/95, seja no Código Penal, previsão de mecanismos que, em moldes semelhantes aos que viabilizam a execução de obrigações de fazer, pudessem constranger o condenado a cumpri-las, o descumprimento nada poderá acarretar. A lacuna da lei há de levar a esta imperativa conclusão” (*Juizados Especiais Criminais - A concretização antecipada do poder de punir*, pp. 105/106, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004).

⁽⁸⁶⁾ Em doutrina, neste sentido, *vide* JULIO FABBRINI MIRABETE, *op. cit.*, pp. 164/165; HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, *op. cit.*, p. 36.

o órgão competente, nos termos da lei (art. 86 da Lei nº 9.099/95), determinando ainda a aplicação subsidiária das disposições do Código Penal (art. 92 da Lei nº 9.099/95). E o art. 44, § 4º, do Código Penal é de clareza solar ao asseverar que “a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado”⁽⁸⁷⁾. Advirta-se, porém, não ser este o entendimento esposado por parcela da doutrina⁽⁸⁸⁾; tampouco é o que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, o qual tem acolhido a tese no sentido de que a referida conversão constitui afronta ao princípio do devido processo legal, alvitando o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público como solução ao descumprimento⁽⁸⁹⁾. Decerto, neste caso, à diferença da hipótese tratada na regra do art. 44 do Código Penal, não há substituição da pena privativa de liberdade, mas sim aplicação imediata de pena restritiva de direitos⁽⁹⁰⁾, o que traria dificuldades práticas no tocante à conversão em pena privativa de liberdade, sobretudo no tocante à duração desta última sanção. Não obstante, consubstanciando-se a proposta de transação no exercício de uma espécie de ação penal pública, não seria razoável tornar possível novo exercício do direito de ação, – após o trânsito em julgado da decisão que resolvera o conflito –, agora por intermédio de denúncia. Tampouco se vislumbra afronta ao devido processo

⁽⁸⁷⁾ Assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por mais de uma vez: “A transação penal, prevista no art. 76, da Lei nº 9.099/95, distingue-se da suspensão do processo (art. 89), porquanto, na primeira hipótese faz-se mister a efetiva concordância quanto à pena alternativa a ser fixada e, na segunda, há apenas uma proposta do *Parquet* no sentido de o acusado submeter-se não a uma pena, mas ao cumprimento de algumas condições. Deste modo, a sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como maus antecedentes, no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução, que pode – legitimamente – desaguar na conversão em pena restritiva de liberdade, sem maltrato ao princípio do devido processo legal. É que o acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceitou a proposta e, *ipso facto*, a culpa” (STJ, 6ª Turma, RHC 8.198/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 01.07.1999, p. 211); “Penal. Transação. Lei nº 9.099/95, art. 76. Imposição de pena restritiva de direitos. Descumprimento. Conversão em pena privativa de liberdade. Possibilidade. 1 – Não fere o devido processo legal a conversão de pena restritiva de direitos, imposta no bojo de transação penal (art. 76, da Lei nº 9.099/95), por privativa de liberdade. Precedente desta Corte. 2 – Ordem denegada” (STJ, 6ª Turma, HC 14.666/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 02.04.2001, p. 341).

⁽⁸⁸⁾ Assim, FÁBIO RAMAZZINI BECHARA & PAULO HENRIQUE ABUJABRA PEIXOTO: “Se a transação somente é cabível quando não for hipótese de arquivamento, ou seja, quando o autor do fato, ao aceitar a proposta respectiva, opta por não ser processado. Somente não será processado se cumprir o acordo. O acordo substitui a escolha de não ser processado. Em assim sendo, caso não cumpra o acordo fica restabelecida a situação anterior, qual seja, o oferecimento de denúncia” (“Juizados Especiais Criminais – Lei n. 9.099/95 – Cinco anos de experiência”, in *Tratado temático de processo penal*, obra coordenada por Marco Antonio Marques da Silva, p. 195, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002). No mesmo sentido, FERNANDO CAPEZ, *op. cit.*, p. 571.

⁽⁸⁹⁾ “Transação – Juizados Especiais – Pena restritiva de direitos – Conversão – Pena privativa do exercício da liberdade – Descabimento. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia” (STF, 2ª Turma, HC 79572/GO, Rel. Min. Marco Aurélio).

⁽⁹⁰⁾ MARIA LÚCIA KARAN, *op. cit.*, p. 104.

legal com a conversão, pois, havendo o exercício do direito de ação e a aplicação de pena pelo Juiz, mediante atividade jurisdicional, está-se diante do *devido processo legal* instituído pelo legislador para a transação penal ⁽⁹¹⁾. Logo, a melhor solução, a par das dificuldades, parece ser a que admite a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, quando descumprida aquela.

Construção engenhosa consistiria em o Juiz ordenar que o autor do fato cumprisse a pena restritiva de direitos, sob pena de, em caso de relutância, incorrer em crime de desobediência ⁽⁹²⁾. Neste caso, porém, não seria a condenação resultante do acordo que teria o condão de obrigar o infrator ao cumprimento da sanção imposta, mas, sim, a ameaça de outra reprimenda penal.

4. CONCLUSÕES.

Procurou-se com o presente ensaio traçar um panorama do ideário das resoluções alternativas de litígios em matéria penal, uma moderna tendência que vem sendo adotada (e, por vezes importada) pelos mais diversos ordenamentos jurídicos. Também se teve por objetivo fazer inserir neste contexto de consensualidade a transação penal brasileira (art. 76 da Lei nº 9.099/95), a qual mereceu observações a respeito do tratamento a ela dispensado pelo legislador. Assim, podem ser alinhavadas, de maneira sintética, as idéias aqui apresentadas, da seguinte forma:

I - A crise pela qual atravessou a Justiça criminal na última quadra do século XX impôs a fuga aos modelos tradicionais, passando os mais diversos sistemas jurídicos, principalmente em relação a delitos que afetam em menor escala bens jurídicos penalmente protegidos, ou mesmo em relação a infrações de potencialidade lesiva atenuada, a adotar institutos baseados no consenso;

II - Os Estados Unidos da América, berço por excelência das resoluções alternativas de conflitos, em virtude de sua incontrastável hegemonia político-econômica, têm exercido considerável força de atração sobre outros ordenamentos jurídicos, principalmente no que diz respeito à adoção dos chamados *Alternative Dispute Resolution* (ADR), inclusive em matéria penal;

III - A resolução alternativa de conflitos penais vem expandindo-se por diversos ordenamentos jurídicos. Seja em terreno europeu

⁽⁹¹⁾ AFRANIO SILVA JARDIM, *op. cit.*, p. 351.

⁽⁹²⁾ A solução foi engendrada por ANDRÉ LUIZ NICOLITTI, *op. cit.*, p. 25.

(v. g., França, Itália, Portugal e Espanha), seja em solo latino-americano (e. g., Argentina, Bolívia, Chile, Venezuela, Colômbia, Paraguai), vários institutos processuais penais vêm sendo adotados com fulcro na consensualidade;

IV - O Brasil não ficou alheio a esta moderna tendência, inserindo e regulamentando, dentre outros, o instituto da transação penal (art. 98, I, da Constituição da República e art. 76 da Lei nº 9.099/95);

V - Na transação penal, a resolução se mostra alternativa não por trilhar caminho diverso do Judiciário, mas pelo fato de permitir o *consenso* na aplicação da pena, participando do acordo transacional o Ministério Público, o autor da infração e seu advogado, bem como o Juiz. A par da esfera consensual, a transação possibilitaria ainda, *em tese*, a diminuição dos custos a cargo do Estado com a máquina judiciária, bem como a racionalização da Justiça criminal, permitindo que os agentes encarregados da persecução criminal se dediquem melhor ao combate à criminalidade de maior gravidade;

VI - Quanto ao seu âmbito de incidência, a transação penal foi reservada inicialmente às infrações de menor potencial ofensivo, hoje conceituadas pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01: "*os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa*". À transação também fez alusão o art. 291, parágrafo único, da Lei nº 9.503/97, bem como o art. 27 da Lei nº 9.605/1998. Contudo, em relação ao chamado Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), a despeito da redação de seu art. 94, ressoaria nítida a *falta de razoabilidade* em permitir, nas hipóteses ali previstas, a transação penal. Ajunte-se ser a transação penal incompatível com a ação de iniciativa privada. Asseverese, ainda, encontrar-se a transação excluída do âmbito da Justiça Militar, por força do art. 90-A, acrescentado à Lei nº 9.099/95 pela Lei nº 9.839, de 27 de setembro de 1999;

VII - Cuida-se a transação penal de uma espécie de exercício de ação penal, na qual o Ministério Público imputa ao autor da infração de menor potencial ofensivo uma conduta revestida de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, além de formular um pedido de condenação às penas restritiva de direitos ou multa;

VIII - Somente o Ministério Público pode ostentar a titularidade privativa da propositura da transação penal, sendo uma faculdade

sua, em virtude de ser o *dominus litis* da ação penal pública. Não cabe ao Juiz propor ao autor do fato o benefício, sob pena de afronta ao sistema acusatório e ao princípio da inércia jurisdicional. Se o órgão jurisdicional discordar do não-oferecimento da proposta de transação pelo Ministério Público, deve remeter os autos ao Procurador-Geral, aplicando o artigo 28 do Código de Processo Penal por analogia;

IX - Encarando a transação penal como uma espécie de ação penal de natureza pública, vislumbra-se possível, nesta sede, a habilitação do ofendido como assistente. Este, porém, não poderá opor qualquer interferência na tentativa de transação penal, pois o legislador, nos §§ 4º e 5º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, considerou expressamente apenas a vontade do Ministério Público e a do autor do fato;

X - O art. 76, § 3º, da Lei nº 9.099/95, faz depender a homologação judicial da proposta de transação penal da aceitação "*pelo autor da infração e seu defensor*". O assentimento, portanto, deverá ser dúplice. Contudo, na hipótese de colidência de vontades quanto à aquiescência à proposta de transação penal, deve prevalecer o desejo do autor da infração, desde que conte com o suporte da defesa técnica;

XI - A sentença homologatória da transação penal possui natureza *condenatória*, consubstanciando verdadeira sentença de mérito, com possibilidade de *adquirir autoridade de coisa julgada material*. Contudo, a referida essência condenatória da decisão assume caráter especial, pois *não importará reincidência*, tampouco constará de certidão de antecedentes criminais, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos (art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei nº 9.099/95). Outra peculiaridade é o fato de não gerar efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo civil (art. 76, § 6º, da Lei nº 9.099/95);

XII - Aceita e homologada a proposta de transação penal, que impôs ao autor da infração uma pena de multa, se aquele não efetivar o pagamento da sanção pecuniária acordada, não poderá esta ser convertida em pena privativa de liberdade, diante da redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei nº 9.268/1996, que converteu a pena de multa em dívida de valor;

XIII - Na hipótese de descumprimento da penalidade restritiva de direitos imposta na sentença que homologou a transação penal,

a melhor solução, a par das dificuldades e críticas, parece ser a que admite a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rogério Pacheco, "A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária", *in Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 11, jan./jun. 2000.

AMBOS, Kai & CHOUKR, Fauzi Hassan, *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*, Editora Método, São Paulo, 2001.

AMODIO, Ennio, "Miti e realtà della giustizia nordamericana - Il modello accusatorio statunitense e il codice di procedura penale del 1989", *in Processo Penale, diritto europeo e common law*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

BATISTA, Weber Martins & FUX, Luiz, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996.

BECHARA, Fábio Ramazzini & PEIXOTO, Paulo Henrique Abujabra, "Juizados Especiais Criminais - Lei n. 9.099/95 - Cinco anos de experiência", *in Tratado temático de processo penal* (obra coordenada por Marco Antonio Marques da Silva), Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.

BINDER, Alberto M. & OBANDO, Jorge, *De las 'Repúblicas Aéreas' al Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, *La médiation pénale en France et aux États-Unis, Droit et Société - Recherches et Travaux* 3, L.G.D.J., Paris, 1998.

CAPEZ, Fernando, *Curso de processo penal*, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan, *Processo penal à luz da Constituição - Temas escolhidos*, Edipro, São Paulo, 1999.

DÍEZ-PICASSO, Luis María, *El poder de acusar - Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

DUCE J., Mauricio, "La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el nuevo Código Procesal Penal", in *Nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2000.

FAIRÉN-GUILLÉN, Víctor, "Tendencias actuales del derecho procesal penal", in *Tendencias actuales del derecho* (obra organizada por José Luis Soberanes Fernández), Universidad Nacional Autónoma de México - Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo penal constitucional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

FILHO, Marino Pazzagliani, MORAES, Alexandre de, SMANIO, Gianpaolo Poggio & VAGGIONE, Luiz Fernando, *Juizados Especiais Criminais - Aspectos práticos da Lei nº 9.099/95*, 3ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999.

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

GAZOTO, Luís Wanderley, *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública*, Editora Manole, São Paulo, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José, "Aplicação da Lei n. 10259/01 na justiça estadual", in *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, nº 4, CEIP, Porto Alegre, setembro/dezembro 2001.

GIANNELLA, Berenice Maria, *Assistência jurídica no processo penal - Garantia para a efetividade do direito de defesa*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Antonio, GUIJARRO, José J. Hernández, RUBIO, José Maria Paz, RAMOS, Luís Rodrigues & PAULE, José Tomé, *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado*, Editorial Colex, Madrid, 2001.

GOMES, Luiz Flávio, "Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) - Parte criminal: Primeiras notas interpretativas", in *Estudos de direito penal e processual penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FILHO, Antonio Magalhães Gomes, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES, Luiz Flávio, *Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2002.

HAMILTON, Sergio Demoro, “O apelo contra a vontade do réu”, in *Temas de processo penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

JARDIM, Afranio Silva, *Direito Processual Penal*, 6ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1997.

JESUS, Damásio E. de, *Crimes de trânsito*, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

_____. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

_____. “Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso”, artigo disponível na Internet, no site http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm, consultado em 18/11/2003.

_____. “Transação penal: efeito do descumprimento da pena restritiva de direitos”, in *Temas de direito criminal*, 2ª série, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

JOPPERT, Alexandre Couto, “Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso)”, artigo disponível na Internet, no site <http://www.amperj.org.br/artigos>, consultado em 02.07.2004.

KARAM, Maria Lúcia, *Juizados Especiais Criminais – A concretização antecipada do poder de punir*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

LIMA, Marcellus Polastri, “Aspectos processuais dos crimes de trânsito”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 8, jul./dez. 1998.

_____. *Curso de processo penal*, Vol. 1, 2ª edição, Editora Lumen Juris, 2003.

_____. *Novas leis criminais especiais comentadas por artigos*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

MAIER, Julio B. J., AMBOS, Kai & WOISCHNIK, Jan, *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

MARCÃO, Renato Flávio, "Infração penal de menor potencial ofensivo: o artigo 94 da Lei 10.741/03 não determinou nova definição do conceito", artigo disponível na *Internet*, no site <http://www.amperj.org.br/>, consultado em 02.07.2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Juizados Especiais Criminais*, 5ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2002.

MONTAGNI, Andrea, *Il patteggiamento della pena*, Maggioli Editore, Rimini, 2004.

MORAES, Marcos Ramayana Blum de, "A composição dos danos ambientais como requisito para a transação penal", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 17, jan./jun. 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, "A importação de modelos jurídicos", in *Temas de Direito Processual*, Oitava Série, Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

_____. "Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal", in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

_____. "La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano", in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, Editora Saraiva, São Paulo, 2001.

_____. "O processo penal norte-americano e sua influência", in *Temas de Direito Processual*, Oitava Série, Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

NETTO, José Laurindo de Souza, *Processo penal - Sistemas e princípios*, Juruá Editora, Curitiba, 2003.

NICOLITT, André Luiz, *Juizados Especiais Criminais - Temas controvertidos*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *A introdução do instituto da transação penal no direito brasileiro e as questões daí decorrentes*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

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

RANGEL, Paulo, "A impossibilidade de transação penal nos delitos descritos nos arts. 303, 306 e 308 do Código Nacional de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23/09/97)", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 7, jan./jun. 1998.

_____. *Direito Processual Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida, *Inquérito policial e ação penal*, Editora Saraiva, São Paulo, 1998.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, III, Editorial Verbo, Lisboa, 1994.

SOUSA, Cláudio Calo, "A incidência da Lei nº 10.259/2001 no Juizado Especial Criminal Estadual", in *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Vol 7, nº 25, 2004.

_____. "Estatuto do Idoso, o poder investigatório do *Parquet* e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo - Brevíssimas considerações", artigo disponível na *Internet*, no site <http://www.amperj.org.br/>, consultado em 02.07.2004.

SOUZA, José Barcelos de, "Aspectos processuais penais do novo Código de Trânsito", in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 10, jul./dez. 1999.

SOZA, María Paula, "Estudio sobre la factibilidad de aplicación de los sistemas de resolución alternativa de conflictos en materia penal", in *Resolución alternativa de conflictos penales - Mediación de conflicto, pena y consenso*, obra compilada por Gabriela Rodríguez Fernández, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

STIPPEL, Jörg & MARCHISIO, Adrián, *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

- TONINI, Paolo, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*, Editora Saraiva, São Paulo, 2000.
- ZANATTA, Airton, *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001.
- ZAYAT, Valeria Esther, "El modelo catalán: un exemplo de sistema penal abierto", in *Resolución alternativa de conflictos penales – Mediación de conflicto, pena y consenso* (obra compilada por Gabriela Rodríguez Fernández), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

^(*) ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA é Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

O Serviço Social no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e o Projeto Ético-Político e Profissional: Relato de Uma Experiência ^(Nota)

ANÁLIA DOS SANTOS SILVA e MÁRCIA NOGUEIRA DA SILVA ^(*)

“Revelar a riqueza sob a aparente pobreza do cotidiano, descobrir a profundidade sob a trivialidade, atingir o extraordinário do extraordinário, esse é o desafio.”

HENRI LEFEBVRE

Na atualidade, o desafio de implementar políticas eficazes no atendimento voltado para crianças e adolescentes no Brasil vem sendo enfrentado de diversas formas, num processo atravessado por lutas políticas e interesses contraditórios, mediados especialmente pelo contexto socioeconômico de retração do Estado e descontinuidade de ações públicas.

Outrossim, apesar das conquistas delineadas no final da década de 80 e início da década de 90 – que possibilitaram, especialmente, a aprovação do **Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA** (Lei 8069/90), é notório que a *“nova/velha política”* instaurada a partir desta lei complementar ainda é *“projeto e processo (...) engajado e comprometido com a realidade de onde ele brota (...) acompanhando as contradições da realidade concreta e de suas condições materiais”* ⁽¹⁾.

Dentro desse *projeto/processo*, indicamos a relevância do **Ministério Público**, caracterizado na Constituição Federal enquanto *“instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”* ⁽²⁾. Essa instituição – detentora da possibilidade de atuar diretamente no processo de efetivação dos ditames legais e de demandar decisões voltadas para o interesse coletivo e democrático – se constitui, então, enquanto espaço privilegiado no sentido da efetivação da política de atendimento delineada pelo ECA.

(Nota): Trabalho apresentado pela equipe de Serviço Social do 4º CAOPJIIJ no XI Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais. III Encontro Nacional de Serviço Social e Seguridade – O Serviço Social e a Esfera Pública no Brasil: o desafio de construir, afirmar e consolidar direitos. (17 a 22 de outubro de 2004 - Fortaleza).

⁽¹⁾ CUNHA, José Ricardo. “A nova política de atendimento no Estatuto da Criança e do Adolescente”. In: DINIZ, Andréa e CUNHA, José Ricardo (Org.). *Visualizando a política de atendimento à criança e ao adolescente*. Rio de Janeiro: KRART Editores, 1998, p. 47.

⁽²⁾ *Constituição Federal*. 1988, art.127, caput.

Não obstante, as **Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude** têm como atribuição específica *velar pela total observância dos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, promovendo e acompanhando ações civis, inquéritos, mandados, fiscalizações, recomendações e outros procedimentos jurídicos* ⁽³⁾. No Estado do Rio de Janeiro, estas são coordenadas pelo **Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude** e atuam em todos os municípios do Estado. Estes se subdividem – dentro da estrutura do **Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** – sob a coordenação de **11 (onze) Centros Regionais de Apoio Administrativo-Institucional**.

Nesse universo, a instituição conta, desde a década de 90, com alguns profissionais de nível superior, que têm atuação direcionada a instrumentalizar e subsidiar decisões no que tange aos procedimentos voltados para a garantia dos direitos de crianças e adolescentes. Em especial, profissionais de Serviço Social vêm, ao longo dos últimos anos, trabalhando no sentido de prestar assessoria técnica aos membros do Ministério Público.

A *assessoria técnica* em Serviço Social, em tal contexto, pode ser entendida como o processo de disponibilizar a outrem “... instrumentos que possibilitem o desvelamento do movimento da realidade social, ocultado pelo movimento cotidiano das relações sociais...” ⁽⁴⁾. Outrossim, na área em tela, o **Assistente Social** atua como agente facilitador na compreensão de fenômenos presentes nas demandas gerais e particulares emergentes, contribuindo significativamente no processo de análise e elaborando sugestões pertinentes, que fornecerão subsídios para o trabalho dos Promotores de Justiça.

É relevante destacar que a atuação dos profissionais de Serviço Social no atual **Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude (4º CAOPJIJ)** ⁽⁵⁾, iniciada no ano de 1994, sempre buscou efetivar essa proposta, preconizada no **artigo 151** do Estatuto da Criança e do Adolescente. A equipe de Serviço Social emerge, assim, como *facilitadora* no processo de constituição de um olhar atento às múltiplas determinações das demandas trazidas pelo público infanto-juvenil. Dentro deste contexto, os profissionais de Serviço Social vêm desenvolvendo atividades que têm relação direta com as seguintes *atribuições privativas* do Assistente Social, constantes no artigo 5º da **Lei de Regulamentação da Profissão de Serviço Social** ⁽⁶⁾:

“III - assessoria e consultoria a órgãos da administração pública direta e indireta, empresas privadas e outras entidades em matéria de Serviço Social;

⁽³⁾ Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8069/1990, artigos 200 a 205.

⁽⁴⁾ VASCONCELOS, Ana Maria de. “Relação teoria/prática: o processo de assessoria/consultoria e o Serviço Social”. In: *Serviço Social e Sociedade*. São Paulo: Cortez, n.º 56, março de 1998.

⁽⁵⁾ Antiga Coordenadoria das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude.

⁽⁶⁾ CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. Lei n.º 3852/57. Brasília, 7 de Junho de 1993.

IV - realizar vistorias, perícias técnicas, laudos periciais, informações e pareceres sobre a matéria de Serviço Social;
VI - treinamento, avaliação e supervisão direta de estagiários de Serviço Social(...)"

Como profissão inscrita na divisão sociotécnica do trabalho, o Serviço Social "... tem na questão social o elemento central do projeto da profissão, a qual se particulariza no dia-a-dia da intervenção, de variadas formas." ⁽⁷⁾ Durante o processo de consolidação do trabalho da equipe de Serviço Social do 4º CAOPJII, o surgimento de demandas diferenciadas e complexas deflagrou a criação de novas abordagens, ancoradas na ultrapassagem do sentido estritamente operacional das práticas profissionais, direcionadas para "... apanhar as determinações sociais desses problemas e traduzi-las em estratégias de ação" ⁽⁸⁾. Neste sentido, o projeto de atuação da equipe de Serviço Social junto às Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude tem os seguintes objetivos:

- Assessorar as Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude no sentido de garantir a qualidade do atendimento ao público infante-juvenil, de acordo com o disposto na legislação social brasileira, em especial, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90);
- Desenvolver atividades favoráveis ao intercâmbio com Universidades e Instituições que direta ou indiretamente sejam dedicadas ao estudo, à proteção dos interesses, ou ao atendimento à criança e ao adolescente;
- Promover a integração da formação acadêmica do corpo de estagiários com a futura atividade profissional de Serviço Social (supervisão de estágio).

No decorrer de 10 anos de inserção do Serviço Social no MPRJ, o "carro-chefe" da atuação dos profissionais no 4º CAOPJII foi a realização de visitas institucionais com fins de inspeção a entidades de atendimento à infância e juventude, por solicitação dos Promotores de Justiça. As mesmas têm como objetivo central avaliar o atendimento nas referidas entidades, no sentido da melhoria da qualidade do serviço prestado ao público em tela.

⁽⁷⁾ FAVERO, Eunice Teresinha. "O estudo social - fundamentos e particularidades de sua construção na Área Judiciária". In: *O Estudo social em perícias, laudos e pareceres técnicos: contribuição ao debate no judiciário, no penitenciário e na previdência social*. Conselho Federal de Serviço Social (org.). São Paulo: Cortez, 2003, p. 33.

⁽⁸⁾ ALMEIDA, Ney Luiz Teixeira. "Considerações para o exame do processo de trabalho do Serviço Social" In: *Serviço Social e Sociedade*. São Paulo: Cortez, n.º 52. Dezembro de 1996.

Tal frente, antes de representar uma resposta técnico-operativa às solicitações institucionais, construídas majoritariamente pela ótica dos mandatários (Promotores de Justiça), visa atender originalmente às demandas dos usuários do Serviço Social, tendo como fio condutor o referencial ético-político construído historicamente pela profissão, e expresso no atual Código de Ética Profissional. Este traz em seu bojo princípios que reforçam a materialização de uma conduta aliada não apenas a um projeto profissional, mas, sobretudo, a um *projeto societário anti-capitalista e anti-burguês*. Dentre tais princípios, frisamos a *defesa do aprofundamento da democracia, o posicionamento em favor da equidade e da justiça social, a ampliação e consolidação da cidadania e o compromisso com a qualidade dos serviços prestados*.

Assim, a partir dessa frente de trabalho, que possibilita o conhecimento dos serviços voltados para o público infanto-juvenil - bem como sua eventual ausência, os profissionais perceberam a necessidade de atuar para além da demanda institucional, construindo outras frentes de trabalho que incluem, atualmente, a **sugestão e acompanhamento à implementação de estratégias de articulação do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente**⁽⁹⁾. Este pressupõe a implantação de redes integradas de atendimento, que congregam tanto os serviços básicos e de proteção especial à infância e juventude, quanto os voltados para a família, com ênfase nas alternativas de geração de emprego e renda.

Dentre os resultados das atividades supracitadas⁽¹⁰⁾, destacamos :

- Sugestão e acompanhamento para a implantação da Rede de Atendimento⁽¹¹⁾ em regime de Abrigo no município de Nova Iguaçu - A experiência resultou também na criação do "Fórum Permanente Repensando os Abrigos", que congrega os trabalhadores de abrigo e os seguintes órgãos: Ministério Público, Vara de Justiça da Infância e da Juventude, Conselhos Tutelares e Secretarias Municipais (Educação, Promoção Social e Saúde);
- Sugestão e acompanhamento para a implantação do abrigo municipal em Sumidouro;
- Avaliação Social das unidades de atendimento do Departamento Geral de Ações Socioeducativas do Estado do Rio

⁽⁹⁾ Estas estratégias são discutidas e elaboradas com os Promotores de Justiça após a confecção dos relatórios de visita com fins de inspeção. Em alguns casos, a equipe assessora o Promotor de Justiça durante o processo de constituição da rede municipal de atendimento.

⁽¹⁰⁾ Atividades realizadas no triênio 2002-2004.

⁽¹¹⁾ O município de Nova Iguaçu já contava com 11 unidades de abrigo que, contudo, funcionavam desarticuladas de outros serviços fundamentais, tais como: Conselho Tutelar, Secretarias Municipais etc.

de Janeiro, apresentada pelo 4º CAOPJII à Secretaria de Estado da Infância e da Juventude;

– Assessoria aos Promotores de Justiça no processo de capacitação de Conselheiros Tutelares dos Direitos da Criança e do Adolescente, com ênfase na “Metodologia de Atendimento no Conselho Tutelar”;

– Avaliação de redes municipais de atendimento à criança e ao adolescente, com proposição de sugestões para o incremento das mesmas.

Não obstante, como nos coloca FÁVERO⁽¹²⁾, “... é no interior do projeto da profissão que se busca as respostas a essas demandas profissionais, não fora dele.” Outrossim, é fundamental percebermos que os direitos de crianças e adolescentes não representam apenas convenções legais nacionais e/ou transnacionais, mas são, sobretudo, fruto de determinações múltiplas que refletem a totalidade dos processos sociais. Neste âmbito, emergem as dimensões sócio-históricas, econômicas e culturais, que nos possibilitam entender que “... o direito não “é”, ele “vem a ser”⁽¹³⁾, perspectiva que denota a relevância de considerarmos que os direitos expressos no ECA se consolidam através da construção de sugestões e alternativas que confrontem as práticas autoritárias, punitivas, assistencialistas e descontínuas que caracterizam a trajetória histórica das ações voltadas para o atendimento de crianças e adolescentes no Brasil⁽¹⁴⁾.

Podemos ressaltar também, à luz das reflexões de DEMO (1997), que a construção das sugestões e alternativas supracitadas pressupõe atingir a questão social em sua estrutura. Este posicionamento exige a superação da “... expectativa funcionalista de tratar problemas estruturais com remédios conjunturais...” bem como da “...pretensão setorialista, como se pudessem ser efetivas⁽¹⁵⁾ sem base econômica ou desgarradas da cidadania emancipatória.”⁽¹⁶⁾, o que nos coloca os seguintes desafios:

1 - Efetivar o projeto ético-político e profissional enquanto aproximação de uma visão de Democracia radical⁽¹⁷⁾, que afete

⁽¹²⁾ FÁVERO, Eunice Teresinha. “O estudo social – fundamentos e particularidades de sua construção na Área Judiciária”. In: *O Estudo social em perícias, laudos e pareceres técnicos: contribuição ao debate no judiciário, no penitenciário e na previdência social*. Conselho Federal de Serviço Social (org.). São Paulo: Cortez, 2003, p. 42.

⁽¹³⁾ LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. (Coleção Primeiros Passos). 17ª edição. São Paulo: Braziliense, 2003, p. 82.

⁽¹⁴⁾ Sobre tal questão, consultar: DINIZ, Andréa e CUNHA, José Ricardo (Org.). *Visualizando a política de atendimento à criança e ao adolescente*. Rio de Janeiro: KRART Editores, 1998, p. 47.

⁽¹⁵⁾ O autor se refere às políticas sociais setoriais.

⁽¹⁶⁾ DEMO, Pedro. “Criança, prioridade absoluta”. In: *O Social em questão*. Volume 2, número 2, 1997. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Serviço Social, p. 61.

⁽¹⁷⁾ Sobre tal ponto, ATÍLIO BORÓN destaca, em seu texto “A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal”, que a democracia radical pressupõe 2 (duas) condições: a primeira é criar regras certas para obtenção

não somente a ordem política, mas aponte caminhos para outros acessos, que se estabelecem sobretudo a partir da organização coletiva, do controle social e da alteração concreta das relações políticas que desrespeitem a alteridade;

2 - Efetivar o projeto ético-político e profissional no sentido da consolidação de uma visão dialética do direito, contribuindo, assim, para a superação das lógicas “positiva” e “iurisnaturalista” que norteiam as práticas profissionais dos mandatários da instituição. Neste contexto, o direito deixa de ser a manifestação da ordem estabelecida ou um conjunto de princípios fixos e inalteráveis, surgindo então “... como uma conquista e possibilidade do ser humano, no sentido de que seja uma possibilidade múltipla a todos.” ⁽¹⁸⁾

3 - Efetivar o projeto ético-político e profissional no sentido da construção de uma contra-ideologia que questione os pilares de sustentação da ordem vigente – com ênfase nos princípios e valores evidenciados pelo neoliberalismo, e seja “... capaz de desvendar, desmascarar esse primeiro discurso ideológico, que, subrepticamente, perpassa todas as demais formas de discurso. E é nessa condição que o saber se torna então arma contra o poder.” ⁽¹⁹⁾

4 - Reafirmar cotidianamente a dimensão teleológica da prática profissional, sobretudo porque consolidar “um projeto profissional implica determinadas condições; deve atender a necessidades sociais, realizadas de determinadas formas, e produzir um resultado objetivo, com implicações sociais e desdobramentos éticos e políticos.” ⁽²⁰⁾

Logicamente, nosso cotidiano profissional nos mostra que responder a estes desafios nos impõe uma conduta competente, comprometida e, sobretudo, vigilante. Impõe-nos, também, criar uma forma de organização do processo de trabalho que possibilite a concretização de nosso projeto profissional através

de resultados incertos na arena política, e a segunda é a criação de caminhos que levem a uma boa sociedade (socialista). In: SADER, Emir & GENTILI, Pablo. (orgs.). *Pós-neoliberalismo – as políticas sociais e o estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

⁽¹⁸⁾ SPOSATI, Aldafza. “Conhecimento da verdade e o exercício do poder”. In: *O uno e o múltiplo nas relações entre as áreas do saber*. 2ª edição. São Paulo: Cortez, 1998, p. 75.

⁽¹⁹⁾ SEVERINO, Antônio Joaquim. “O poder da verdade e a verdade do saber”. In: *O uno e o múltiplo nas relações entre as áreas do saber*. 2ª edição. São Paulo: Cortez, 1998, p. 53.

⁽²⁰⁾ BARROCO, Maria Lúcia Silva. *Ética e Serviço Social - fundamentos ontológicos*. 2ª edição. São Paulo: Cortez, 2003, p. 65.

das atividades de Assessoria Técnica. Assim, ao concluirmos, citamos a reflexão de MARTINS ⁽²¹⁾, que destaca:

“Para enfrentar essa dificuldade é essencial reconhecer os ardis da sociedade contemporânea, os obscurecimentos de que ela se reveste para fazer do auto-engano um meio de sua persistência e reprodução.” (MARTINS, 2002:43).

⁽²¹⁾ MARTINS, José de Souza. *A sociedade vista do abismo: novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p. 43.

^(*) ANÁLIA DOS SANTOS SILVA é Assistente Social do MPRJ; MÁRCIA NOGUEIRA DA SILVA é Assistente Social do MPRJ, membro da Comissão Sociojurídica CRESS/7ª Região e Professora da UNISUAM.

A falta de competência dos Juizados Especiais Criminais para conhecer e julgar os crimes de abuso de autoridade e a impossibilidade de aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/1995. Uma proposta de jurisdição constitucional.

ANDRÉ LUIS CARDOSO (*)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Teoria do Bem Jurídico – Princípios Constitucionais e os Bens Jurídicos tutelados pela Lei 4.898 de 9 de dezembro de 1965. 2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – Proteção de Bens Jurídicos que se fundam na Dignidade da Pessoa Humana e que são inerentes aos Direitos e Garantias Fundamentais - Afronta a Direitos Individuais e Coletivos. 2.2. Princípios Constitucionais Informadores da Administração Pública – Afronta aos Princípios da Moralidade e da Legalidade. 3. Interpretação constitucional – Técnica de Decisão – A Declaração de Nulidade Parcial sem Redução de Texto em face da Inconstitucionalidade de se incluir o Crime de Abuso de Autoridade entre os de Menor Potencial Ofensivo. 4. Considerações Finais.

1) INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 98, inciso I determinou a criação, pela União, Distrito Federal, Territórios e Estados, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, competentes para julgamento das causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Para dar aplicabilidade ao comando constitucional, o legislador ordinário criou a Lei 9.099/95, que definiu no art. 3º, as causas cíveis de menor complexidade e, no art. 61, os crimes de menor potencial ofensivo. Contudo, a Lei 9.099/1995 ficou restrita à Justiça Estadual, havendo, assim, uma inconstitucionalidade por omissão, relativa, no que tange à não regulamentação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Jurisdição Federal⁽¹⁾.

Suprindo a inconstitucionalidade apontada, em boa hora, o legislador ordinário criou, no âmbito da Justiça Federal, com a Lei 10.259/2001, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, fixando, no parágrafo único do artigo 2º a

(1) Nesse sentido STRECK, Lenio Luiz. "Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional: A filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto".

competência para conhecer e julgar os crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, ou multa e, no art. 3º, a competência para o julgamento das causas cíveis até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

Observa-se que, não só no que tange às causas criminais, mas também no atinente às causas cíveis, o legislador infraconstitucional da Lei 9.099/1995 utilizou critério de definição de causas cíveis de menor complexidade e de crimes de menor potencial ofensivo, de questionável constitucionalidade.

No mesmo equívoco constitucional incorreu o legislador da Lei 10.259/2001, e mais, criando celeuma no mundo jurídico, haja vista a criação de crimes de menor potencial ofensivo nos diferentes âmbitos jurisdicionais, indo de encontro ao princípio constitucional da isonomia.

Tendo em vista o tema do presente trabalho, sendo certo que não pretendemos, aqui, escrever um tratado sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, mas tão somente uma abordagem sobre jurisdição constitucional em vista da falta de competência para julgamento dos crimes de abuso de autoridade pelos Juizados Especiais Criminais, é que deixaremos de fazer considerações atinentes aos Juizados Especiais Cíveis e aos critérios adotados pelo legislador para fixação de sua competência.

Com o advento da Lei 10.259/2001, e buscando-se uma interpretação do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/2001 compatível com os princípios constitucionais, mormente o da igualdade, a doutrina erigiu que houve a revogação do art. 61 da Lei 9.099/95, sendo, hoje, crime de menor potencial ofensivo, qualquer crime cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, ou multa. Como não houve, no parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01, qualquer restrição aos crimes que possuem procedimentos especiais, se entendeu que esses com a nova definição também estariam abrangidos pela competência dos Juizados, sendo a eles aplicáveis as medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95, quais sejam, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo ⁽²⁾.

Com isso, houve uma drástica ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo que, ao invés de atender aos apelos sociais, por uma política criminal realmente de ajuste aos ideais jurídico-penais modernos e de justiça, que sim, daria uma resposta eficaz à criminalidade de baixíssima potencialidade, criou um vasto rol de delitos que, não obstante ofenderem bens jurídicos de vasto interesse social, passaram a ser considerados de menor potencial ofensivo - à luz da Lei 10.259/01 - e, portanto, merecedores das medidas despenalizadoras previstas no art. 98 da CRFB/88 e na Lei 9.099/95.

Insta comentar, ainda, a triste redação e que, com certeza, dará ensejo a novas discussões acerca da ampliação do rol de crimes de menor potencial ofensivo,

⁽²⁾ Citamos a composição civil porque, conforme previsto no art. 74 da Lei 9.099/1995, tal instituto tem como característica a despenalização, uma vez que acarreta a renúncia ao direito de representação. Contudo, no caso de crimes de ação penal pública incondicionada, como o de abuso de autoridade, a eventual composição civil não surtiria o efeito de impedir a persecução criminal.

feita pelo legislador na novel Lei 10.741/03, o denominado Estatuto do Idoso. Em seu art. 94, menciona que aos crimes previstos naquela Lei, **cuja pena máxima não exorbite 4 (quatro) anos**, é aplicado o procedimento previsto na Lei 9.099/95⁽³⁾. Uma interpretação açodada e sem levar em conta os bens jurídicos protegidos pelo Estatuto do Idoso, certamente, levará ao cometimento de injustiças⁽⁴⁾.

Com isso, pretende-se demonstrar nesse trabalho que o legislador ordinário não tem o poder de definir o que seja crime de menor potencial ofensivo, jogando por terra a teoria do bem jurídico, e estabelecer como critério para aferição da potencialidade ofensiva, simplesmente, a quantidade de pena máxima aplicável.

Por ser o representante da vontade geral, não pode o Legislador, à toda evidência, criar leis que afrontem princípios constitucionais e desatendam o interesse social, deixando de lado a teoria do bem jurídico.

Assim, crimes como o de abuso de autoridade, que afrontam diretamente princípios constitucionais criados para proteção da dignidade e da própria pessoa humana, e princípios ligados ao primado da autoridade do Estado e da administração pública, não podem ser tidos como de menor potencial ofensivo.

Dessarte, a Jurisdição Constitucional existe para corrigir essas imperfeições criadas pelo Poder Legislativo, e para tanto, aplicam-se métodos de interpretação constitucional buscando a primazia da Constituição, que, como bem ensina CANOTILHO, é a lei fundamental e suprema de um Estado⁽⁵⁾.

2) A TEORIA DO BEM JURÍDICO - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELA LEI 4.898 DE 9 DE DEZEMBRO DE 1965

O escopo imediato e primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos que, segundo LUIZ RÉGIS PRADO, são essenciais ao indivíduo e à comunidade. Isso decorre da própria concepção de Estado de Direito democrático. A tutela penal, portanto, só é legítima quando socialmente necessária e imprescindível para a vida em sociedade⁽⁶⁾.

E ainda, segundo o citado autor, *“o bem jurídico, como bem do direito, conjuga o individual e o social (de natureza material ou espiritual) e possui suficiente importância para manter a livre convivência social. O conceito material de bem jurídico reside na*

⁽³⁾ Art. 94 da Lei 10.741/03: “Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código de Processo Penal.”

⁽⁴⁾ DAMÁSIO DE JESUS, em artigo jurídico que pode ser encontrado no site www.damasio.com.br, entende que o referido dispositivo do Estatuto do Idoso não promoveu nova ampliação do rol de crimes de menor potencial ofensivo, mas tão somente determinou a aplicação do procedimento previsto na Lei 9.099/95, mais célere, portanto, conferindo maior rapidez ao processo.

⁽⁵⁾ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

⁽⁶⁾ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro* - Parte Geral, p. 82.

realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário" (7).

Como se evidencia, o Constituinte Originário elevou à proteção constitucional determinados bens jurídicos, valorando cada um e tutelando-os de acordo com os princípios constitucionais, ou normas-princípio. Como escreveu PONTES DE MIRANDA, "os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos" (8), pelo que se pode concluir que a função do direito é dar valor às situações da vida e regulá-las, distribuindo-as entre os seus destinatários.

Os bens jurídicos, então, foram devidamente valorados pelo Constituinte Originário e protegidos mediante a criação de princípios constitucionais.

Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, "os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que "costuram" suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos" (9). Sendo assim, a partir da valoração do constituinte sobre determinadas realidades encontradas na sociedade, criando normas-princípio visando à proteção de determinados bens jurídicos, não pode o legislador ordinário, sob pena de infringir a harmonia do sistema constitucional, e a hierarquia existente, levando à inconstitucionalidade, adotar critérios outros para medir a ofensividade de determinado(s) delito(s) deixando de lado a observância ao bem jurídico.

É óbvio que a tutela do bem jurídico de relevância constitucional não fica a cargo apenas do constituinte. O legislador ordinário irá definir os tipos de injusto e proceder à cominação da pena em abstrato, prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, e ainda criar substitutivos penais e medidas despenalizadoras, mas para isso deverá fazer uma valoração dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Dessa forma, o legislador ordinário não está autorizado a estabelecer, sem qualquer limitação, o que seja crime de menor potencial ofensivo (10).

Nesse diapasão, o rompimento legislativo causado com a criação da Lei 9.099/95 e ampliado pela Lei 10.259/01, em relação à Teoria do Bem Jurídico, leva à conclusão de que a norma prevista no art. 61 da Lei 9.099/95, com a ampliação

(7) *Idem*, p. 83.

(8) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1954, T. 1, p. IX.

(9) BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Saraiva, pp. 150 e ss.

(10) Segundo LENIO LUIZ STRECK, criminalizar e descriminalizar condutas devem estar "umbilicalmente ligadas aos propósitos do núcleo político essencial da Constituição". Para o citado autor, o legislador não tem a liberdade para legislar da forma que detinha segundo o paradigma liberal-iluminista.

oriunda do art. 2º da Lei 10.259/01, no que se refere a alguns crimes previstos na legislação pátria, ente eles o de abuso de autoridade, é inconstitucional.

A Lei 4.898/65 tutela bens jurídicos não só de cunho individual, mas ligados diretamente à administração pública e à própria autoridade do Estado que cai no descrédito quando um de seus agentes pratica quaisquer das condutas previstas nos arts. 3º e 4º da mencionada lei.

Por esse prisma, editar normas que se contraponham ao comando existente nas normas-princípios, mormente as que se revelam existentes visando a tutelar a realização dos objetivos constitucionais do Estado, devem ser tidas como inconstitucionais.

Não é difícil apontar quais princípios constitucionais se estão afrontando, ao considerar de forma meramente nominativa, o crime de abuso de autoridade como de menor potencial ofensivo. São eles: o princípio da dignidade da pessoa humana, e respectivamente o direito à liberdade, à proteção à propriedade, à intimidade, à liberdade de religião e de opinião, de associação e reunião, legados ao exercício do voto, à incolumidade física, e direito à liberdade de exercício de profissão. Em última análise, todos de cunho extremamente democráticos. A Constituição cidadã, inclusive, traz como sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, visto quão importante é o citado princípio para um povo que sofreu durante anos nas mãos de um Estado comandado por um regime ditatorial. Um Estado em que a polícia e a maioria dos Órgãos Públicos, mormente aqueles sem qualquer independência, estavam voltados não a serviço da sociedade, mas aos fins da ditadura militar.

De outra banda há também outros princípios constitucionais que foram, à toda evidência, burlados ao se nominar o crime de abuso de autoridade como de menor potencial ofensivo. Podemos aqui mencionar os princípios ligados à administração pública, mormente os da legalidade e da moralidade, pois não se pode olvidar que o crime de abuso de autoridade também viola bem jurídico que diz respeito ao exercício da autoridade do Estado, uma vez que leva ao descrédito a autoridade dos agentes do Estado quando atos de tal natureza são praticados.

Os bens jurídicos tutelados pela Lei de Abuso de Autoridade expressam um interesse público de alta significação, e não podem ser postos em pé de igualdade com outros bens jurídicos de expressão apenas individual.

Por esse mesmo motivo é que, nos crimes de abuso de autoridade, o preceito secundário não possui apenas um caráter penal, cominando abstratamente a pena restritiva de liberdade imposta pelo desatendimento do preceito primário, mas também administrativo. Basta a singela leitura do art. 6º § 5º da Lei 4.898/65, para se notar que cumulativamente à pena restritiva de liberdade, ou autonomamente, será imposta a sanção administrativa ali prevista, e isso caso não seja aplicada a pena prevista na letra c do § 3º do mesmo artigo, também de natureza administrativa, e que se traduz de maior gravidade.

A afronta direta, e a evidente inconstitucionalidade material, na aplicação da denominação “de menor potencial ofensivo” ao crime de abuso de autoridade é latente, visto que vai de encontro a princípios constitucionais fundamentais ao Estado e que são inerentes aos Direitos e Garantias individuais.

2.1) PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS QUE SE FUNDAM NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E QUE SÃO INERENTES AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS – AFRONTA A DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil é, como já assinalado princípio que detém força atrativa de todos os direitos e garantias fundamentais, ou seja, um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais ⁽¹¹⁾.

Nesse sentido, ALEXANDRE DE MORAES entendendo que “*Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*” ⁽¹²⁾.

A idéia que se pode retirar é a de que a dignidade da pessoa humana se fundamenta na proteção de valores individuais não apenas de cunho pessoal, mas que integram um bem jurídico de interesse social, uma vez que há importância social na proteção de valores como a liberdade, a intimidade, o direito de livre reunião e associação, a inviolabilidade da casa, a integridade física.

Para tanto basta nos colocarmos em lugar comum, qual seja, de qualquer do povo, para que possamos sentir a repulsa, como qualquer um sente, quando escutamos pelos meios de comunicação atos de autoridades públicas que ferem de morte os direitos fundamentais, mesmo que praticados contra uma única pessoa. O sentimento comum está ligado a esses valores que se encontram diluídos no seio social, por serem naturalmente inerentes aos seres humanos. De certo, a liberdade, aqui em sentido amplo, é inerente a qualquer ser humano, e num Estado de Direito democrático, apenas excepcionalmente, pode ser suprimida.

⁽¹¹⁾ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, p.109. O autor chama a atenção, ainda, citando CANOTILHO e VITAL MOREIRA, para o fato de que o sentido de dignidade da pessoa humana possui amplo sentido normativo-constitucional e não simplesmente uma idéia de homem, aprioristicamente falando, ou seja, a dignidade da pessoa humana não pode ser relativizada para, unicamente, se prestar à proteção de direitos pessoais tradicionais.

⁽¹²⁾ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Jurídica Atlas, p. 48.

Como base da existência da pessoa humana, a dignidade da pessoa humana agrega os direitos fundamentais encartados no art. 5º da Constituição Cidadã, que tutelam bens jurídicos que são, e não poderiam deixar de ser, também tutelados pela Legislação Penal infraconstitucional, qual seja a Lei 4.898/65, que em seus arts. 3º e 4º tipificam as diversas condutas que retratam abuso de autoridade.

Atentar contra o direito de livre locomoção, ínsito a qualquer ser humano, garantia constitucional abrigada pelo ordenamento constitucional, ínsita à tutela da liberdade, significa atuar em sentido contrário às conquistas democráticas e que hoje, também integram, por estarmos em um Estado de Direito democrático, os fundamentos do próprio poder público. O Estado, dessa forma, tem a obrigação de dar efetivo cumprimento ao comando constitucional e encetar medidas inerentes à tutela da liberdade. Portanto, não podem seus agentes, mandatários ou não, atentar contra a liberdade de locomoção.

O art. 5º, inciso XV declara a liberdade de locomoção e de circulação como sendo o direito de livre locomoção no território nacional, e direito de ir e vir de qualquer cidadão ou estrangeiro. Pode, portanto, a pessoa ir para onde quiser, a hora que quiser, não sendo obrigada a dar satisfação a qualquer agente público. Não obstante, deve ser frisado que essa liberdade não possui caráter absoluto, como qualquer princípio constitucional. É o caso, por exemplo, de pessoas que cumprem penas restritivas de direitos, ou se submetem a suspensão condicional da pena, que nestes casos não podem mudar suas residências sem prévia comunicação judicial, ou deixar a comarca por mais de 30 dias sem prévia autorização. Nestes casos, por transgressão às normas da Lei Penal, essas pessoas possuem restrições a sua liberdade de ir e vir. O mesmo se diga daquele indivíduo que se encontra preso, cautelarmente ou definitivamente. Nesses casos, a própria Constituição excepciona o princípio da liberdade, em nome da segurança pública, do pleno e harmonioso convívio social, uma vez que houve transgressão de uma norma de conduta penal – violação a outro bem jurídico constitucionalmente tutelado – conforme se infere dos incisos XLII, XLIII, XLV, XLVI, XLVIII, LIII, LIV, LXI todos do art. 5º da Constituição da República.

Atente-se, contudo, para o fato de que, não obstante não possuir caráter absoluto o direito de liberdade, este é tutelado de tal forma que apenas ao Poder Judiciário cabe a análise e decretação de medidas restritivas da liberdade, conforme os incisos LXI, LXII e LXV do art. 5º. ^(13 14)

⁽¹³⁾ No caso da prisão em flagrante, não obstante haver prisão sem mandado judicial, a aferição da legalidade e da necessidade da prisão cautelar é feita *a posteriori* pelo Juiz.

⁽¹⁴⁾ Exceção, contudo, quanto à prisão de caráter eminentemente militar, quando se tratar de punição por infração às regras administrativas castrenses, como se depreende do art. 142, § 2º da CRFB/88. Trata-se de ato administrativo emanado pela autoridade militar e, nesse caso, não cabe *habeas corpus* para cindir-lhe o mérito. Contudo, em homenagem ao princípio da razoabilidade, caberá a ação constitucional quando se tratar de questionamento não atinente ao mérito do ato, mas sim aos requisitos do mesmo, mormente quando a autoridade militar não for a competente para determinar a prisão.

E não pára por aí. Outros incisos previstos no art. 5º indiciam que o Legislador Constituinte deu grande valor à liberdade, reconhecendo, inclusive, o *habeas corpus* como sendo o remédio para sanar o abuso.

Constata-se que o Constituinte valorou como sendo de forma mais grave a violação a bens jurídicos inerentes à liberdade do cidadão, e isso, como já havíamos dito, deflui de uma experiência da vida real, e que, no Brasil, amargou-se durante décadas, quando estivemos subjugados pela força bruta inerente a uma ditadura militar.

Ninguém duvida de que o ato de um policial, oficial de justiça, membros do Judiciário ou do Ministério Público, ou qualquer outro agente público, exercendo mandato eletivo ou não, que afronta o direito de liberdade, constitucionalmente tutelado e valorado como fundamento da República, viola bem jurídico que expressa um interesse público de alta significação social ⁽¹⁵⁾, não podendo, dessa forma, o Legislador, conformá-lo como sendo de menor potencial ofensivo.

A casa também foi alvo de resguardo constitucional, sendo inviolável, conforme o inciso XI do art. 5º. A Lei de Abuso de Autoridade trata na alínea *b* do art. 3º do fato típico que é a violação do domicílio. O Constituinte Originário preferiu chamar de casa porque possui sentido mais amplo do que o domicílio civil do direito privado ⁽¹⁶⁾.

A valoração do constituinte em relação ao princípio da inviolabilidade domiciliar também foi feita de forma a ascendê-lo como sendo de interesse público e voltado a garantir a paz da pessoa no seu lar ou no ambiente de trabalho, tanto que fez previsão da cláusula de reserva jurisdicional (como ocorre na restrição da liberdade). Dessa forma, outras autoridades públicas, comissões parlamentares de inquérito, que não a autoridade judiciária não podem determinar a busca e apreensão domiciliar. Importante ressaltar que o princípio não é absoluto, guardando exceção no próprio inciso.

O sigilo de correspondência também encontra guarida no texto constitucional, havendo inclusive entendimentos de que é direito individual absoluto não podendo, de qualquer forma, ser violado. Não obstante, entendemos que não existe liberdade individual absoluta, e, portanto, dentro de uma ponderação de interesses, em que se revelará a aplicação da razoabilidade, se no caso concreto for necessário, é permitida a apreensão de correspondência e de comunicações telegráficas ^(17 18).

⁽¹⁵⁾ STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*

⁽¹⁶⁾ Conforme informa ALEXANDRE DE MORAES em sua obra *Direito Constitucional*, o STF “pacificou que domicílio, numa extensão conceitual mais larga, abrange até mesmo o local onde se exerce a profissão ou a atividade, desde que constitua um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público, como é o caso típico dos escritórios profissionais.”

⁽¹⁷⁾ Posição da 1ª Turma do STF, HC nº 70.814/SP – O Supremo Tribunal Federal entendeu no julgamento do mencionado *habeas corpus* que as liberdades públicas não podem ser utilizadas para salvaguardar atividades criminosas.

⁽¹⁸⁾ Sobre o tema da admissão das provas ilícitas no processo penal e da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, consultar importante trabalho da lavra do Professor SERGIO

De toda forma, é certo afirmar que o texto constitucional não fez qualquer exceção quanto ao sigilo de correspondência, e a quebra do sigilo só é aceita quando da análise do caso concreto, e se não for razoável manter-se o sigilo dentro de uma ponderação de interesses e frente às especificidades do caso. Assim, se a única possibilidade de afastamento do sigilo advém de decisão judicial e, somente se, da análise do caso concreto se constatar que a manutenção do sigilo afrontará princípios outros da Constituição, igualmente fundamentais e garantidores das liberdades públicas, não se diga que pode o Legislador Ordinário em descompasso aos interesses dos cidadãos que o elegeu, denominar de menor potencial ofensivo a conduta enquadrada na alínea c do art. 3º da Lei de Abuso de Autoridade ⁽¹⁹⁾.

É evidente a alta periculosidade desse tipo de conduta delituosa para a sociedade. Imagine-se o mal que um agente inescrupuloso pode causar à vida de uma pessoa de bem – ou até mesmo de um criminoso – se não fosse elevado a bem jurídico tutelado como liberdade pública, o sigilo de correspondência. Certamente o indivíduo estaria à mercê de chantagens, e de outra banda, o Poder Público estaria comprometido, pois certamente a investigação policial ou o processo criminal seriam utilizados para fins ilícitos, mormente para captação de vantagens indevidamente e de investigações obre a vida privada.

A proteção à liberdade de consciência e de crença (alíneas d e do art. 3º), a exemplo dos bens jurídicos acima mencionados, também encontra fundamento constitucional nos incisos IV, V, IX (liberdade de manifestação e de consciência) e VI (liberdade de consciência e crença religiosa). Sem qualquer sombra de dúvida, tais liberdades importam à sociedade como um todo, pois é inerente ao próprio ser humano o pensamento e a possibilidade de livre manifestação, bem como o de crer naquilo que quiser e ser adepto da religião que quiser. Ora, a violação de tais direitos, tais como a proibição de fiéis em manifestar sua devoção publicamente, é ato que deve ser repudiado, e encontra amparo para medidas efetivas na Lei de Abuso de Autoridade.

Também as liberdades de associação e de reunião, tipificadas nas alíneas f e h do já mencionado artigo de lei encontram tutela de liberdade pública nos incisos XVI (direito de reunião) e XVII, XVIII, XIX, XX (liberdade de associação), todos do art. 5º da CRFB/88.

A rigor da liberdade de reunião, verifica-se da simples leitura do inciso XVI que os indivíduos não necessitam de autorização da autoridade para se reunirem, mas tão somente devem comunicar previamente a reunião, a fim de evitar problemas à ordem, a única obrigação é a de que não impeçam reunião já previamente marcada para o mesmo local. Note-se que o texto constitucional se

DEMORO HAMILTON, intitulado "As Provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito", in *Processo Penal - Reflexões*, Ed. Lumen Juris.

⁽¹⁹⁾ A proteção jurídico-penal do art. 3º, letra c se estende também para o sigilo de dados e de comunicações telegráficas. Inclui-se também a situação do correio eletrônico, desde que se entenda que possui a natureza jurídica de correspondência.

refere apenas às hipóteses em que a reunião se dará em locais abertos ao público, excluindo a reunião em propriedade particular. Nesse último caso, por certo, salvo os casos de reunião para a prática de crimes, em nenhuma hipótese poderá ser frustrada.

Da mesma forma, o direito de associação que também mereceu guarida da Constituição da República, elevado a condição de liberdade pública, tem cunho social, visto que a violação do bem jurídico ali em questão atingirá inúmeras pessoas que, em um Estado de Direito democrático, querem, e podem, exercer a sua liberdade e se associarem. Há restrição apenas para os casos de associação para fins criminosos e de cunho paramilitar.

Mais uma vez vê-se que a tutela das liberdades públicas, agora atinente ao direito de associação, ganhou ampla valoração pelo constituinte que reservou ao Poder Judiciário, com a garantia do devido processo legal, o poder de extinguir ou suspender as atividades de uma associação. No primeiro caso exige-se, conforme o texto constitucional, o trânsito em julgado.

Quanto ao direito de voto, a fim de se manter a lisura das eleições, e para assegurar o princípio democrático, além das normas penais tipificadas no Código Eleitoral e em outras leis especiais, a Lei 4.898/65, na alínea g do art. 3º, fez previsão de tipo específico para os casos em que as autoridades públicas desrespeitarem os direitos e garantias legais do direito de voto.

A tutela constitucional do direito de voto encontra abrigo no art. 14 da Constituição da República, que também está entabulada no título II e, em sendo assim, também se traduz em um direito fundamental do cidadão. A soberania popular para escolha dos representantes do povo é realizada por um procedimento eleitoral, sendo assegurado a todos os cidadãos o livre direito de exercer o sufrágio universal, o que assegura a efetivação de um regime democrático, em que o povo pode escolher aqueles por quem será governado, e seus representantes nas casas políticas legislativas.

Nem de longe é de menor potencial ofensivo a conduta de uma autoridade que pretende violar o direito do cidadão ao voto, mormente o que se vê no interior do país, em regiões onde ainda impera o coronelismo.

A Constituição buscou assegurar a legitimidade do processo eleitoral, assegurando, como direito fundamental, o voto, sendo que o legislador infraconstitucional, mesmo que sem muito avanço, atendendo a Constituição, editou leis visando a coibir práticas que atentam contra a legitimidade do processo eleitoral e, em última análise, a própria democracia, sendo exemplos o próprio Código Eleitoral (Lei 4.737/65) recepcionado pela atual Constituição, a Lei Complementar nº 64 de 1990 (Lei das Inelegibilidades)⁽²⁰⁾, entre outros instrumentos legais para manter a lisura e a legitimidade das eleições. Vê-se que todos são instrumentos necessários ao Estado de Direito democrático.

⁽²⁰⁾ A Lei das Inelegibilidades, na visão de FÁVILA RIBEIRO, é importante instrumento de combate ao abuso de poder, sendo que não se limitou a reajustar as espécies de inelegibilidade; segundo o citado autor, "Não somente viabilizou a aplicação da ação implantada no art. 14, §§ 10 e 11, que abre

Nessa pegada, não pode o legislador infraconstitucional, por outro lado e na contramão das garantias fundamentais e das aspirações sociais, tratar como de menor potencial ofensivo o crime de atentar contra o livre direito ao exercício de voto, quando praticado por autoridade pública. É inerente ao máximo interesse social, e assim foi valorado pelo constituinte originário, que a liberdade de voto não seja, de qualquer forma, violada. A tutela desse tipo de liberdade visa a atender a própria idéia de poder que se encontra no parágrafo único do art.1º da Constituição da República.

Imagine-se em uma cidade interiorana, cuja população é formada em sua maioria por camponeses, que pouco conhecem as garantias e direitos que possuem e temem as autoridades constituídas e ainda aquelas pessoas que, por exercerem alguma função pública, a rigor do art. 5º da Lei 4.898/65 também são consideradas autoridades para os efeitos da lei, e nessa cidade, quando do processo eleitoral para Prefeito, determinados mesários coagiam os eleitores a votar em determinado candidato. Ora, evidente que a conduta se amolda à alínea g do art. 3º da Lei 4.898/65, e seria absurdo que tudo se resolvesse em prestação alternativa de cesta básica, e não fosse possível ao Juiz a aplicação das sanções administrativas previstas na Lei de Abuso de Autoridade.

A incolumidade física do indivíduo também foi alvo de tutela penal pela Lei de Abuso de Autoridade, uma vez que a Constituição, em seu art. 5º, inciso III foi incisiva ao proibir a tortura e qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante. À toda evidência não pode um policial militar, sob o argumento de ter sido desacatado por uma pessoa, desferir-lhe um tapa no rosto. Além de ser inerente ao agente público o respeito ao cidadão, criminosos ou não, estando no momento representando o Poder Público deve se pautar seguindo os princípios constitucionais informadores da administração pública, mormente os da moralidade e da legalidade.

A resposta penal deve ser adequada e, sendo assim, não pode o agente que, de forma violenta, humilhante e degradante, pratica abuso de autoridade ser punido com uma simples prestação de serviço como forma de prestação alternativa. Por certo, tratando-se de conduta inerente à tortura, não há qualquer discussão, até porque a quantidade de pena não permitiu ao legislador nominar tais crimes como de menor potencial ofensivo – até quando?

Por último, a alínea j do citado artigo prevê a tutela do bem jurídico inerente ao livre exercício profissional. A Constituição tem no trabalho e na livre iniciativa (inciso IV do art. 1º) um princípio fundamental. Agregue-se a isso o que consta do inciso XIII, direito da pessoa de exercer qualquer trabalho ou profissão, desde que, é claro, caso haja regulamentação legal essa seja atendida.

margem à investida judicial anulatória após efetivada a diplomação, pelo prazo de quinze dias, diante de provas de abuso de poder, corrupção ou fraude” – Abuso de Poder no Direito Eleitoral – Ed. Forense.

O art. 4º da Lei 4.898/65 define outros tipos de abuso de autoridade, levando em consideração especialmente a autoridade que os comete, mas tutelando os mesmos bens jurídicos já analisados nas linhas acima.

Como se vê, as condutas definidas como crimes na Lei 4.898/65 não são e nunca poderiam ser de menor potencial ofensivo, uma vez que afrontam a dignidade da pessoa humana e diversos direitos fundamentais tidos como liberdades públicas, sendo certo, ainda, afirmar que o exercício dessas liberdades e o respeito das autoridades constituídas a esse exercício é que caracterizam um Estado como sendo de Direito democrático.

Não paira dúvida de que o legislador infraconstitucional, portanto, não estava autorizado a isonomizar os crimes em que a pena máxima não seja superior a dois anos, denominando-os de menor potencial ofensivo, cabendo a realização de interpretação constitucional para corrigir essa imperfeição legislativa e resgatar a autoridade da Teoria do Bem Jurídico.

2.2) PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA LEGALIDADE

Não só a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana é evidente, mantendo-se a interpretação que hoje é conferida, no sentido de aplicação do art. 61 da Lei 9.099/95, modificado pelo art. 2º da Lei 10.259/01. Insta apontar que a aplicação dos citados dispositivos afronta os princípios que informam a administração pública, mormente os da moralidade e da legalidade e, em última análise, o primado da autoridade.

A moralidade administrativa, como bem salienta EMERSON GARCIA, “é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios (*rectius*: poderes jurídicos) previstos em lei para o cumprimento da função própria do Poder Público, a criação do bem comum, o que denota um tipo específico de moral fechada, sendo fruto dos valores de um círculo restrito ocupado pelos agentes públicos. Enquanto a moral comum direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distinguir o bem do mal, a moral administrativa o faz em sua conduta interna, a partir das idéias de boa administração e de função administrativa, conforme os princípios que regem a atividade administrativa”⁽²¹⁾.

Como se vê o Poder Público deve prover o bem comum, devendo seus agentes se pautar de forma condizente com os ditames administrativos, conduzindo-se, em seu atuar, sem a prática de condutas que afrontam os direitos fundamentais, pois, assim agindo, estarão faltando com o dever de proteção que tem o Poder Público para com o povo.

Devem os agentes observar os valores inerentes à atividade estatal, não perdendo de vista que seus atos defluem diretamente da lei, e não apenas de

⁽²¹⁾ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, p. 42.

suas vontades. Ainda com EMERSON GARCIA, “A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluem dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além de restringir o arbítrio, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso” (22).

Dessa forma, o Legislador também não está livre para a prática de atos legislativos destituídos da observância desses valores constitucionais, não podendo criar lei que entre em rota de colisão com o conteúdo material do texto constitucional, mormente que visa a resguardar a atuação dos agentes públicos. O atendimento ao princípio da moralidade é o que também se busca com a tutela penal da Lei de Abuso de Autoridade, pois se a conduta moral dos agentes visa de certa forma a atender o bem comum e a dignidade da pessoa humana, aquele que infringe a norma penal incriminadora deve receber resposta penal adequada.

O princípio da legalidade exige a adequação do ato à lei e, em casos de abuso de autoridade, a atividade dos agentes infratores encontra-se totalmente destituída de legalidade. A lei não permite a atividade atinente a infringir as liberdades individuais, pelo contrário, a Constituição determina que o Estado observe as garantias fundamentais.

Não pode ser de menor potencial ofensivo a conduta que afronta diretamente bens jurídicos que se encontram espelhados em princípios constitucionais informadores da administração pública e do atuar de seus agentes, e que, em última análise, servem para conduzir o Poder Público na busca do bem comum e assim atender ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

3) INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – TÉCNICA DE DECISÃO – A DECLARAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO EM FACE DA INCONSTITUCIONALIDADE DE SE INCLUIR O CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE ENTRE OS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Após tudo isso, é possível se chegar à conclusão de que a aplicação genérica do art. 2º da Lei 10.259/01 para todos os crimes em que for abstratamente cominada a pena máxima não superior a 2 anos, acarreta inquestionável inconstitucionalidade, frente à afronta de bens jurídicos que pertencem a princípios constitucionais que revelam vasto interesse social.

A questão, portanto, deve ser resolvida pelo controle de constitucionalidade, ou seja, procedendo-se a uma Jurisdição Constitucional.

(22) *Op. cit.*, pp. 44/45.

Entre as técnicas de controle de constitucionalidade existentes, ao caso presente atende a da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Ressalte-se que não se confunde com a interpretação conforme a Constituição. Nesta se realiza a interpretação da norma de acordo com a Constituição e assim uma lei é considerada constitucional apenas com aquela interpretação, desconsiderando-se todas as outras. Na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, contrariamente, mantém-se o texto, mas exclui-se determinada hipótese de aplicação ⁽²³⁾, ou seja, a lei é tida como constitucional, desde que não se aplique a determinada hipótese.

É o que ocorre no caso do presente estudo. O art. 2º da Lei 10.259/01 é constitucional, desde que não aplicado ao crime de abuso de autoridade ⁽²⁴⁾.

A declaração de nulidade parcial sem redução de texto caracteriza-se pela exclusão de determinada interpretação, algum sentido que se possa extrair da norma, ou alguma hipótese de aplicação. A lei continua vigendo sem qualquer alteração de sua expressão literal, mas algumas hipóteses de aplicação são tidas como inconstitucionais ⁽²⁵⁾.

A técnica da declaração de nulidade parcial sem redução de texto impede que se retire do texto da norma inquinada de inconstitucional alguma expressão, o que, aliás, seria impossível, uma vez que o texto perderia sentido literal ⁽²⁶⁾. O que se retira da norma é determinado sentido ou hipótese de aplicação.

Conforme ensina LENIO STRECK, as sentenças que aplicam o instituto da nulidade parcial sem redução de texto ou a interpretação conforme a Constituição são interpretativas porque *“se afastam do cânone tradicional da interpretação do direito”*. Ambas as decisões, a que adiciona sentido à norma e a que retira de sua interpretação determinado sentido são formas de correção da atividade legislativa e, conforme LENIO, *“são manifestações dos Tribunais que longe estão da clássica função de ‘legislador negativo’, pois se assim não fosse, bastaria expungir o texto normativo do sistema, declarando-se-o inconstitucional”*. ⁽²⁷⁾

Uma vez que a aplicação do art. 2º da Lei 10.259/01 aos casos de crimes de abuso de autoridade é inconstitucional, uma vez que estaria em rota de colisão

⁽²³⁾ Conforme ensina LENIO LUIZ STRECK, *“Muito embora a confusão que se possa fazer entre a declaração de nulidade sem redução de texto com a interpretação conforme a Constituição, deve ficar claro, com GILMAR FERREIRA MENDES, que, enquanto nesta se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, naquela ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal”*.

⁽²⁴⁾ O art. 2º da Lei 10.259/01 é inconstitucional também, se aplicado para outros tipos penais, que apenas deixamos de mencionar porque o objeto central desse estudo é o crime de abuso de autoridade.

⁽²⁵⁾ ANDRADE, André. *“Dimensões da Interpretação Conforme a Constituição”*, in *A Constitucionalização do Direito* - 2003, p. 121.

⁽²⁶⁾ De acordo com CELSO RIBEIRO BASTOS, citado por ANDRÉ ANDRADE (p. 121), a técnica é comumente utilizada *“quando a norma é redigida em linguagem ampla e que abrange várias hipóteses, sendo uma delas inconstitucional”*.

⁽²⁷⁾ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 480.

com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental, e que busca resguardar as liberdades públicas e, ainda, princípios inerentes à administração pública e ao Poder Público que, à toda evidência, resta maculado com o atuar criminoso de alguns agentes, cabe, enquanto não decidida a questão em sede de controle concentrado, que os Juízes singulares e os Tribunais decidam em controle difuso.

A aplicação da nulidade parcial sem redução de texto não é afeta apenas ao STF, podendo ser também levada a efeito pelos Tribunais e Juízes singulares, que fazem o controle difuso de constitucionalidade no julgamento do caso concreto. Isso decorre da interpretação que se deve dar ao parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868. Conforme ensina LENIO STRECK, *"ao estabelecer efeito vinculante às decisões decorrentes do controle abstrato de constitucionalidade, equiparou a declaração de inconstitucionalidade stricto sensu à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e até mesmo à interpretação conforme a Constituição. Isso significa dizer que, no caso específico, qualquer tribunal pode, além de declarar a inconstitucionalidade de uma lei – em sede de acolhimento total ou parcial quantitativa –, entender, por exemplo, que esta é somente parcialmente inconstitucional, permanecendo o dispositivo em sua literalidade"* (28).

No caso do delito de abuso de autoridade, o Juízo singular para o qual for distribuído determinado processo, realizando decisão interpretativa de nulidade parcial sem redução de texto, como razão de decidir manterá vigente o dispositivo do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01, mas o interpretará de forma a dar-lhe uma releitura constitucional, e não o considerará como de menor potencial ofensivo. Isso porque sua incidência aos crimes de abuso de autoridade, por entrar em conflito material com princípios constitucionais fundamentais, é inconstitucional.

Não há óbice, como foi visto, para que Juízes e Tribunais realizem a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, mormente porque se funda no controle difuso que, historicamente, é desenvolvido pelo Judiciário brasileiro (29), sendo certo ainda afirmar que tais formas de interpretação constitucional visam a manter no sistema determinadas leis em que se possa encontrar sentido constitucional, o que, aliás, facilita o trabalho legislativo. A própria Lei 9.868/99 permite que o judiciário corrija imperfeições nos textos aprovados pelo Legislativo.

4) CONSIDERAÇÕES FINAIS

A caracterização como crime de menor potencial ofensivo aos delitos de abuso de autoridade, levando-se em conta os bens jurídicos constitucionais que a Lei 4.898/65 visa a tutelar, deve ser tida como inconstitucional.

(28) *Ibidem*, p. 517.

(29) VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2ª ed. pp. 34/ 35.

Assim, cabe ao Juiz singular, exercendo função judicante perante o respectivo Juizado Especial Criminal, declinar de sua competência para o juízo criminal comum, em face da inconstitucionalidade já apontada, o que não permitiria a aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95, atendendo ao interesse social na reprimenda penal de tais crimes.

Para tanto, o Juiz deve utilizar a técnica de decisão interpretativa da nulidade parcial sem redução de texto para abduzir da norma do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01 a hipótese de sua incidência ao crime de abuso de autoridade que, efetivamente, não pode ser classificado como sendo de menor potencial ofensivo, pois transgredir bens jurídicos interligados com princípios fundamentais.

Ainda, o Órgão do Ministério Público que funciona perante o Juizado Especial Criminal, da mesma forma, deve declinar de sua atribuição para uma Promotoria Criminal ou de Investigação Penal ⁽⁹⁰⁾, uma vez que, se o delito não é de menor potencial ofensivo, não se poderá julgá-lo no JECrim e muito menos promover a aplicação das medidas previstas na Lei 9.099/95.

Tais proposições visam simplesmente à adequada aplicação do art. 2º da Lei 10.259/01, que ampliou o rol dos crimes de menor potencial ofensivo, demonstrando a incorreção de sua aplicação aos crimes de abuso de autoridade, hipótese de clara inconstitucionalidade, revitalizando a aplicação da Constituição e, para tanto, enfocando a importância da Jurisdição Constitucional na realização do controle de constitucionalidade, que, infelizmente, vem sendo esquecida pelos Tribunais.

⁽⁹⁰⁾ O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro criou, no seu âmbito, Promotorias de Investigação Penal e sua atribuição e das Promotorias Criminais está regulada na Resolução PGJ nº 786/97 com as modificações advindas das Resoluções 966/01, 971/01, 1.004/01 e 1.043/01.

⁽⁹¹⁾ ANDRÉ LUIS CARDOSO é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

A Empresa no Código Civil

ARNOLDO WALD (*)

1. A unificação do direito privado, abrangendo obrigações e contratos de direito civil e comercial, representou importante inovação do novo Código Civil, seguindo o exemplo do *Codice Civile* italiano e atendendo às aspirações dos meios jurídicos. Efetivamente, nas suas diretrizes constantes no plano previamente aprovado pelo Ministério da Justiça, em relação à elaboração do Código Civil, já foi determinado que se adotasse entre outros princípios o seguinte:

“a) Compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada nesse ponto desde o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 e reiterada no Projeto de 1965”.

2. A distinção tradicional entre as obrigações civis e comerciais já tinha perdido a sua razão de ser quando se unificou a competência para julgar as questões de direito civil entre particulares e os processos de caráter negocial existentes entre comerciantes. Por outro lado, nada impede que, num mesmo código, se possa tratar de institutos que tenham algumas regras próprias de interpretação e para os quais as normas costumeiras tenham maior importância, como ocorre no campo do direito comercial.

3. O próprio Código Comercial de 1850 determinou, no seu art. 121, que fossem aplicadas as normas de direito civil aos contratos em geral, com as modificações nele constantes. Por sua vez, o Código Civil de 1916, no seu art. 1.364, fez incidir subsidiariamente sobre as sociedades civis as regras das sociedades anônimas, desde que não contrariassem as disposições da legislação civil.

4. A vocação do nosso direito pela unificação do direito obrigacional data, aliás, do século XIX, tendo sido defendida por TEIXEIRA DE FREITAS, chegando a conclusões análogas, no início do século XX, INGLÊS DE SOUZA, quando, incumbido de elaborar um novo Código Comercial, fez a proposta de termos um Código de Direito Privado. Civilistas e comercialistas admitem, assim, uma certa superação

da distinção tradicional entre as duas matérias, negando a necessidade de códigos distintos para tratar de ambos os temas. Chegou-se, assim, a falar numa relativa “comercialização do direito civil” ao mesmo tempo em que se reconhecia a existência do “civilismo do direito comercial”.⁽¹⁾

5. Na realidade, distinções básicas que existiam, no passado, em relação a determinados bens, como os móveis e imóveis, perderam parte da sua importância com a securitização de créditos imobiliários, a chamada “comercialização” da hipoteca, a emissão de letras imobiliárias e a criação de fundos imobiliários no mercado de capitais. Por outro lado, empresas construtoras e incorporadoras, sob a forma de sociedades anônimas, passaram a também estar sob a regência do direito comercial.

6. Do mesmo modo, o subjetivismo que caracterizou, por muito tempo, o direito comercial, deixou de ter a sua razão de ser, não se admitindo mais que pudesse ser o direito especial de uma classe, com direitos e deveres distintos daqueles que são atribuídos às demais pessoas.

7. Finalmente, deixou de existir, em grande parte, a diferença de espírito que fazia do direito civil uma legislação rígida, formalista e essencialmente conservadora, opondo-se à flexibilidade do direito comercial e à ampla autonomia da vontade que se admite tradicionalmente nas operações mercantis. Aliás, é uma constante da evolução do direito, à qual se refere SAN TIAGO DANTAS, a oscilação entre uma legislação privada unificada e a ocorrência de uma espécie de bifurcação, ensejando a coexistência de um direito mais tradicional e de outro inovador. Foi o que aconteceu em Roma, com a criação, ao lado do *jus civile*, do direito pretoriano e do próprio *jus gentium*. O mesmo aconteceu com a relação entre o direito civil e o comercial, nos seus respectivos desenvolvimentos históricos.⁽²⁾ Na maioria dos casos, acaba havendo uma reunificação, com a absorção pelo direito tradicional de parte substancial das inovações e da própria flexibilidade do novo direito, que, por sua vez, se estratifica. Foi o que aconteceu em Roma, com a elaboração do *Corpus Juris Civilis* na época de Justiniano. É o que está ocorrendo, agora, no campo das obrigações, entre o direito civil e o direito comercial.

8. No Brasil, assistimos historicamente a uma certa inversão no grau de modernidade, na medida em que o Código Comercial é mais antigo, datado de 1850 e inspirado pela legislação francesa do início do século XIX, enquanto o Código Civil de 1916 constitui uma legislação mais recente, adotando a sistemática e alguns dos princípios que constam do Código Civil Alemão (BGB), que entrou em vigor no início do século XX, sendo, pois, em nosso país, o direito civil codificado vigente até 2002 mais atualizado do que o comercial, ao contrário do que acontece na maioria dos países.

9. Quando se cogitou da elaboração de um novo Código Civil em nosso país, o Código Comercial já estava obsoleto há muito tempo. Não havia mais

⁽¹⁾ RUBENS REQUIÃO, *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 29.

⁽²⁾ SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 1 a 3.

razão para manter um direito classista para os comerciantes e já estava ultrapassado o próprio conceito dos atos de comércio como caracterizando a condição de comerciante, quando praticados reiterada e profissionalmente.

10. Efetivamente, além de se ter dado ao ato de comércio, no campo jurídico, um sentido mais amplo do que o que tem na economia, que o considerou como abrangendo tão-somente a circulação dos bens – e não a sua produção –, a doutrina reconheceu que a sua definição importava verdadeiro círculo vicioso. Efetivamente, se, por um lado, caracteriza-se o comerciante pela natureza dos atos que pratica, por outro, a natureza desses atos depende de quem os pratica.⁽³⁾

11. Finalmente, foram sendo suscitadas, cada vez mais, dúvidas quanto ao regime dos atos mistos, praticados por um comerciante em relação a um não comerciante e também no tocante à legislação aplicável aos “atos de comércio” quando praticados por não comerciantes. A discriminação na matéria poderia até ser considerada inconstitucional e o problema se tornou mais grave na medida em que ocorreu a generalização de atos comerciais praticados por particulares.

12. Houve, pois, um consenso no sentido de considerar superado o critério constante no nosso Código Comercial de 1850, propondo-se uma nova conceituação de caráter objetivo para regular o que se passou a denominar a atividade negocial ou empresarial.

13. A referência à empresa já constava de alguns diplomas do século XIX, inclusive no Regulamento nº 737, assim como em numerosos diplomas posteriores, mas coube ao Código Civil dar tratamento sistemático e definitivo à matéria, inspirando-se inclusive nas disposições da Constituição de 1988.

14. Não há dúvida que a maior influência exercida sobre o nosso novo Código Civil foi a do *Codice Civile* e da doutrina italiana, do mesmo modo que, anteriormente, o BGB foi o modelo do nosso Código Civil anterior. É, pois, na lei e nos autores daquele país que devemos procurar as origens da concepção que adotamos.

15. A lei italiana define o empresário no seu art. 2082, nos seguintes termos:

“2082. Imprenditore – È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

16. Na realidade, a empresa é definida na legislação italiana, como exercendo uma atividade econômica organizada com vistas à produção ou à troca de bens e serviços, não se limitando ao campo da circulação, mas abrangendo a indústria, sob todas as suas formas.

17. A moderna doutrina italiana liderada por ALBERTO ASQUINI admite que a empresa é um fenômeno poliédrico abrangendo quatro facetas que são as seguintes: a) a subjetiva, equiparando-a ao empresário; b) a funcional, como

⁽³⁾ GEORGES RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, trata, nos nºs 6, 7 e 8 da sua obra, da concepção subjetiva e objetiva dos atos de comércio e da posição do Código Comercial francês.

atividade desenvolvida para alcançar determinadas finalidades; c) a patrimonial, ou seja, a empresa concebida como universalidade de bens, constituindo a chamada *azienda*; e finalmente d) como instituição, ensejando uma espécie de parceria entre empresários e seus colaboradores.⁽⁴⁾

18. As definições de ASQUINI foram complementadas para fazer da empresa um “ente complexo”, constituído por um conjunto de bens e uma união de pessoas, tendo finalidade própria a ser alcançada de modo dinâmico.

19. Trata-se pois de uma atividade organizada, para alcançar determinada finalidade, que pode ser exercida tanto por pessoa física (comerciante individual) como por determinados grupos sob a forma de sociedade.

20. Deve ser salientado que, como vimos, a empresa evoluiu nos seus aspectos estruturais e institucionais. Enquanto, na concepção do *Codice Civile*, o titular da empresa era sempre o empresário, no direito hodierno conhecemos empresas sem empresários, como acontece, por exemplo, nos casos em que a totalidade das ações pertence a fundos de pensão. Por outro lado, a empresa se caracterizava pela existência de um poder de mando, reconhecendo-se no empresário “o chefe da empresa” (art. 2.086 do *Codice Civile*). Tratava-se de uma estrutura quase monárquica, de inspiração medieval, que era compatível com o corporativismo da época, a *Carta del Lavoro* e até o *Führerprinzip* da legislação societária alemã. No Código Civil brasileiro, ao contrário, a empresa é instituição democrática e pluralista, tendo substituído a hierarquia de tipo militar, representada pela pirâmide, pela gestão organizada com base na cooperação em forma de rede.

21. Resumindo a evolução realizada no direito brasileiro, esclarece o Professor MIGUEL REALE que:

“Como se depreende do exposto, na empresa, no sentido jurídico deste termo, reúnem-se e compõem-se três fatores, em unidade indecomponível: a habitualidade no exercício de negócios, que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade.

Não será demais advertir, para dissipar dúvidas e ter-se melhor entendimento da matéria, que, na sistemática do Anteprojeto, empresa e estabelecimento são dois conceitos diversos, embora essencialmente vinculados, distinguindo-se ambos do empresário ou sociedade empresária que são ‘os titulares da empresa’.

⁽⁴⁾ ALBERTO ASQUINI, “Perfis da empresa” (tradução brasileira), in *Revista de Direito Mercantil*, n° 104, p. 110.

Em linhas gerais, pode dizer-se que a empresa é, consoante aceção dominante na doutrina, 'a unidade econômica de produção', ou 'atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de 'bens ou serviços'. A empresa, desse modo conceituada, abrange, para a consecução de seus fins, um ou mais 'estabelecimentos', os quais são complexos de bens ou 'bens coletivos' que se caracterizam por sua unidade de destinação, podendo, de *per si*, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos.

Dessarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de 'ato de comércio' é substituído pelo de 'empresa', assim como a categoria de 'fundo de comércio' cede lugar à de 'estabelecimento'. Consoante justa ponderação de RENÉ SAVATIER, a noção de 'fundo de comércio' é uma concepção jurídica envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, 'que é o corpo de um organismo vivo', 'todo o conjunto patrimonial organicamente grupado para a produção' (*La théorie des obligations*, Paris, 1967, p. 124)".⁽⁵⁾

22. O novo Código Civil trata do empresário nos seus artigos 966, 970 e 971, nos seguintes termos:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

.....
Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de

⁽⁵⁾ MIGUEL REALE, *O Projeto de Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 98-99.

Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.”

23. O legislador criou, pois, para o empresário rural, a faculdade de sujeitar-se ou não às normas de direito empresarial. A disposição se explica pela atual fase da economia agrícola brasileira caracterizada pelo desenvolvimento da agro-indústria e pela maior importância dada à comercialização dos produtos agrícolas.

24. Quanto aos profissionais liberais, é preciso salientar que muitos deles acabaram organizando-se sob a forma de empresa, razão que justifica a distinção feita no parágrafo único do art. 966.

25. Já o estabelecimento comercial, que tem sido amplamente estudado pela doutrina, tanto estrangeira quanto nacional, tem a definição que consta do art. 1.142 e cujo regime é definido no art. 1.143 e seguintes.

26. O art. 1.142 esclarece que:

“**Art. 1.142.** Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

27. Por sua vez, o art. 1.143 tem o seguinte teor:

“**Art. 1.143.** Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”.

28. Não há dúvida de que, no particular, houve não só uma mudança de terminologia, mas uma substancial modernização das regras legais aplicadas às empresas e ao empresariado. Atendeu-se à evolução tecnológica mas também à nova função atribuída à empresa, que passou a exercer importante função social.

29. De acordo com os princípios gerais que constam do Código Civil e conforme já previa a Lei nº 6.404, que rege as sociedades anônimas, tanto a empresa individual quanto a chamada sociedade empresária devem atender aos imperativos éticos e sociais.

30. Sendo a sociedade um contrato plurilateral, obedece ao disposto no art. 421 do Código Civil e sua sociabilidade significa tanto a democratização e a moralização do governo da empresa quanto a realização de uma conduta que deve corresponder aos superiores interesses do país e da sociedade.

31. Podemos afirmar, assim, que está ultrapassada uma fase do direito comercial que fazia prevalecer sempre a vontade e o interesse dos detentores do capital. Na nova fase, que se inicia com o Código Civil, institui-se uma verdadeira democracia empresarial que deve corresponder à democracia política, vigorante em nosso país, substituindo-se o poder arbitrário do dono da empresa por um

equilíbrio que deve passar a existir entre as diversas forças que cooperam para a realização das finalidades empresariais. Consolida-se, assim, uma nova conceituação da empresa como organização com fins lucrativos mas com estrutura e espírito de parceria entre todos aqueles que dela participam sob as formas mais diversas.

32. Podemos, pois, concluir, com MICHEL ALBERT, JEAN BOISSONNAT e MICHEL CAMDESSUS, reconhecendo que:

“... o legado mais temerário que o século XX deixou ao XXI é, nesse campo, a total incoerência entre um mercado cada vez mais globalizado e o imenso déficit do direito mundial, inclusive no que diz respeito aos direitos sociais. É esse déficit que deve ser combatido, notadamente pelo aprendizado do domínio desse processo histórico exclusivamente mecânico e fora do controle que é hoje a globalização”.⁽⁶⁾

⁽⁶⁾ MICHEL ALBERT, JEAN BOISSONNAT e MICHEL CAMDESSUS, *Notre foi dans ce siècle*, Arléa, 2002, p. 121.

A plena vigência do art. 12 do Estatuto do Desarmamento face a inconstitucionalidade de medida provisória em matéria penal

BRUNO CORRÊA GANGONI ⁽¹⁾

1. Introdução:

O sistema de divisão funcional dos Poderes do Estado adotado pela Constituição da República, em seu art. 2º, foi inspirado nas lições de MONTESQUIEU que, em sua clássica obra "*O Espírito das Leis*", correlacionou a divisão funcional a uma divisão orgânica. Assim, as funções estatais de legislação, administração e jurisdição deveriam ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exerceriam com exclusividade.

Atualmente, entretanto, afirma-se que os Poderes do Estado não exercem com exclusividade a respectiva função, mas sim, de forma predominante. Fala-se, modernamente, em **função típica e função atípica**.

Segundo leciona ALEXANDRE DE MORAES ⁽²⁾:

"Apesar de a clássica separação dos Poderes ter sido adotada pelo constituinte de 1988, no art. 2º, ao afirmar que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, foram consagradas pela Constituição Federal, como já visto anteriormente, em relação a todos os Poderes do Estado, funções típicas e atípicas, inexistindo, pois, exclusividade absoluta, no exercício dos misteres constitucionais."

A função típica do Poder Executivo consiste na prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração, podendo, entretanto, no exercício de sua função atípica, legislar através de Medidas Provisórias (art. 62 da Constituição da República), desde que presentes os pressupostos constitucionalmente exigidos.

⁽¹⁾ BRUNO CORRÊA GANGONI é Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

⁽²⁾ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, Edit. Atlas, 7ª Edição, p. 405.

Como próprio do *sistema de freios e contrapesos*, o Poder Legislativo, ante a fúria legisferante do Executivo manifestada através da edição de inúmeras Medidas Provisórias, alterou o art. 62 da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 32 de 11/09/2001) estabelecendo novas regras para o exercício desta função atípica, e expressamente estabelecendo vedações a que Medidas Provisórias tratassem de determinadas matérias.

Por tratar de tema tão relevante e que não poderia ficar ao arbítrio de uma só pessoa, ainda que esta seja o Presidente da República, quis o constituinte derivado vedar a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito penal e processual penal. Eis a nova redação do dispositivo constitucional:

“Art. 62 - Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar Medidas Provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

§ 1º - É vedada a edição de Medidas Provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

(...).

b) direito penal, processual penal e processual civil;”

2. A Medida Provisória nº 174 e a Lei nº 10.884/04

A Lei nº 10.826/03, em técnica legislativa muito melhor, prevê, em diferentes dispositivos, as condutas delituosas que na Lei nº 9.437/97 estavam concentradas no art. 10 e seus parágrafos.

Assim é que coube ao art. 12 da Lei nº 10.826/2003 tipificar a conduta de *posse irregular de arma de fogo de uso permitido*:

“Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”

O Governo Federal, objetivando reduzir os índices de criminalidade nas grandes cidades brasileiras, encetou campanha de desarmamento da população, incentivando a entrega das armas de fogo mediante o recebimento de certa indenização. Coube ao art. 32 tecer linhas gerais acerca de tal entrega, conforme dispositivo que ora se transcreve em sua redação original.

“Art. 32 - Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei:”

Segundo o entendimento amplamente majoritário que se formou sobre o tema ⁽³⁾, o art. 12 da Lei nº 10.826/03, face ao prazo que o indivíduo teria para entregar a sua arma de fogo de uso permitido à Polícia Federal e ainda receber indenização, não estaria em vigor. Durante o prazo estabelecido no art. 32, a conduta de *possuir irregularmente arma de fogo de uso permitido* deveria ser considerada **atípica**.

Pois bem, vendo que não conseguiria editar o decreto regulamentar dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias a que se refere o art. 32 do Estatuto do Desarmamento, e por questões de conveniência política que indicavam que seria de bom alvitre a continuidade da campanha de desarmamento da população, o Presidente da República, no exercício de **função atípica** legislativa editou a Medida Provisória nº 174, de 18/03/2004, alterando o termo inicial da contagem do prazo do art. 32 do Estatuto do Desarmamento, *verbis*:

“Art. 1º O termo inicial dos prazos previstos nos arts. 29, 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a fluir a partir da data de publicação do decreto que os regulamentar”.

A questão a ser enfrentada neste breve trabalho é: *Poderia esta alteração legislativa ter sido feita por Medida Provisória?*

Para se responder a tal indagação, é indispensável que se analise a natureza desta norma. Sim, porque se concluirmos que se trata de norma de direito penal ou processual penal, não poderia a alteração do prazo inicial do art. 32 da Lei nº 10.826/03 ter sido feita por medida provisória, por expressa vedação constitucional.

Não temos dúvida de que se trata de norma de natureza penal, eis que se prolongou o período de *vacatio legis* da norma penal incriminadora prevista no art. 12 da Lei nº 10.826/03. *Assim, padece de flagrante vício de inconstitucionalidade a alteração do termo a quo feita pela Medida Provisória nº 174, de 18/03/2004, eis que violadora do art. 62, § 1º, I, “b” da Constituição da República, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 32/01.*

⁽³⁾ Veja-se, a propósito, o artigo de MARCELO LESSA BASTOS, “Estatuto do Desarmamento - Não incidência, por ora, de seu art. 12 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido)”. Disponível em: www.amperj.org.br/artigos

A este respeito, colha-se a opinião do sempre citado DAMÁSIO E. DE JESUS ⁽⁴⁾:

"(...) Com o advento da Medida Provisória n. 174, alterando o *dies a quo* da contagem dos lapsos, foi adiada a data de vigência das normas definidoras dos tipos penais delitivos da Lei n. 10.826/2003, no que tange às matérias reguladas pelos mencionados dispositivos, pressupondo-se já vigente o decreto regulamentador (...).

A disposição contida em Medida Provisória a qual retarda a vigência de lei incriminadora, sendo de natureza penal, ainda que benéfica ao agente, encontra obstáculo, para nós intransponível, no art. 62 da CF, que determina:

§ 1º - *É vedada a edição de Medidas Provisórias sobre matéria:*

I - relativa a:

(...)

b) **direito penal, (...)**".

Em face da Emenda Constitucional n. 32, que tornou cláusula pétrea a proibição questionada, a Medida Provisória n. 174/2004 *é, pois, inconstitucional*".

Não resta dúvida, portanto, ser formalmente inconstitucional a dilação de prazo de *vacatio legis* do art. 12 da Lei nº 10.826/03, por ter sido feita através de medida provisória, violando, assim, a norma constitucional do art. 62, § 1º, I "b" da Carta Política de 1988.

Sabe-se que foi promulgada a Lei nº 10.884/04 que estabelece em seu art. 1º:

"**Art. 1º** O termo inicial dos prazos previstos nos arts. 29, 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, passa a fluir a partir da publicação do decreto que os regulamentar, não ultrapassando, para ter efeito, a data limite de 23 de junho de 2004".

Como se percebe, a parte final do art. 1º da Lei nº 10.884/04 é diferente do art. 1º da Medida Provisória nº 174, eis que estabeleceu a data limite de 23 de junho de 2004 para que os prazos dos artigos 29, 30 e 32 da Lei nº 10.826/03 começassem a fluir.

⁽⁴⁾ JESUS, Damásio de. "Estatuto do Desarmamento: Medida Provisória pode adiar o início de vigência de norma penal incriminadora?" São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, maio 2004. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>.

Indaga-se: em razão desta diferente redação legal, podemos concluir que a Medida Provisória nº 174 não foi convertida na Lei nº 10.884/04. Ou, em outras palavras, a Lei nº 10.884/04 é ou não fruto da conversão em lei da Medida Provisória nº 174?

Tal indagação faz-se necessária porque se concluirmos que a Lei nº 10.884/03 não possui qualquer relação de dependência com a Medida Provisória nº 174, esta norma será absolutamente constitucional e o prazo do artigo 32 do Estatuto do Desarmamento terá sido validamente alterado.

A nosso ver, a circunstância de se ter alterado a redação original da medida provisória *não desqualifica aquele projeto de lei como sendo um projeto oriundo daquela Medida Provisória*. O que ocorre apenas é que durante o período em que o projeto de lei, com a redação alterada, não for sancionado ou vetado pelo Presidente da República, continua em vigor a medida provisória que foi submetida a votação com sua redação original. Neste sentido, é clara a disposição do §12 do art. 62 da Constituição da República, no sentido de que a alteração da redação original da Medida Provisória no projeto de lei não retira a característica deste projeto de lei de ser oriundo de conversão de Medida Provisória, *verbis*:

“§ 12 - Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da Medida Provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto”

Portanto, pode-se afirmar que a Medida Provisória nº 174 foi convertida na Lei nº 10.884/04.

Fixada esta premissa, deve-se perquirir se o vício de inconstitucionalidade existente na Medida Provisória nº 174 foi sanado com a conversão deste diploma legal na Lei 10.884/04.

Evidentemente que não. Como se sabe, o direito constitucional brasileiro, no que tange ao controle de constitucionalidade, adota a Teoria das Nulidades, sendo considerado nulo o ato normativo contrário à Constituição. Em se tratando de ato nulo, o vício não convalesce.

O que temos, em face da relação de dependência entre as normas e do vício de inconstitucionalidade da medida provisória, é o que o renomado CLÊMERTON MERLIN CLÈVE⁽⁵⁾ conceitua como sendo uma *inconstitucionalidade conseqüente*:

“(...) A inconstitucionalidade conseqüente ou derivada decorre de um efeito reflexo de inconstitucionalidade antecedente ou imediata.

⁽⁵⁾ CLÈVE, Clémerton Merlin, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Edit. RT, 1995, pp. 44/45.

Assim, será *inconstitucional* (inconstitucionalidade derivada ou conseqüente) a *norma dependente de outra declarada inconstitucional* (inconstitucionalidade imediata ou antecedente) e *pertencente ao mesmo diploma legislativo (relação de dependência)*. Padecerá, igualmente, de vício de constitucionalidade ou derivado o ato normativo que encontra o seu fundamento de validade em outro ou mantém relação de dependência com um terceiro já declarado inconstitucional. É o caso do regulamento em relação à lei; da lei em relação à Medida Provisória (no caso de conversão) e da lei delegada em relação à lei de autorização (resolução do Congresso Nacional), etc.”.

Assim, se a Medida Provisória nº 174 é inconstitucional por violar o art. 62, § 1º, I, “b” da Constituição da República, **conseqüentemente a Lei de conversão nº 10.884/04**, também padecerá do vício de inconstitucionalidade que contaminava a norma originária. **Inconstitucional era a Medida Provisória nº 174, inconstitucional é a Lei nº 10.884/04.**

3. A Medida Provisória nº 229, de 17 de dezembro de 2004

Novamente, o Governo Federal, no exercício de sua função atípica legislativa, editou medida provisória alterando o *dies a quo* da contagem dos prazos dos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03. Eis a redação do art. 5º da Medida Provisória nº 229, de 17 de dezembro de 2004:

“Art. 5º Os prazos previstos nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, ficam prorrogados, tendo por termo final o dia 23 de junho de 2005”.

Assim como a Medida Provisória nº 174, esta nova medida provisória, neste dispositivo legal, também regula matéria de direito penal e, portanto, pelas mesmas razões acima expostas, é flagrantemente inconstitucional, como também será, conseqüentemente, eventual lei de conversão.

4. Conclusão

Padecendo a Medida Provisória nº 174, a Lei nº 10.884/04 e a Medida Provisória nº 229 de vício de inconstitucionalidade, não produzem tais normas qualquer efeito. Por conseguinte, o *dies a quo* da contagem do prazo do art. 32 do Estatuto do Desarmamento não foi alterado por tais diplomas legais, permanecendo o regulado originalmente pelo legislador da Lei nº 10.826/03,

sendo o início do cômputo do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que os possuidores de arma de fogo de uso permitido as entregasse a data da publicação da Lei 10.826/03, ou seja, o dia 22 de dezembro de 2003.

Portanto, desde o dia 23 de junho de 2004 (na contagem do período de *vacatio legis* deve-se excluir o dia do início e incluir o último dia), o art. 12 do Estatuto do Desarmamento está em plena vigência, sendo, a partir de então, novamente considerada típica a conduta de possuir irregularmente arma de fogo de uso permitido.

1 - BREVES HISTÓRICO SOBRE A CRIANÇA E O ADULTO COM O TÍTULO DE PORTADOR DE ARMA DE FOGO

Desde a formação do Estado Imperial Brasileiro (1822-1889) até o início da República Velha, possuíam armas a criança no Brasil pertencendo aos possuidores de bens e propriedades, no âmbito da polícia militar hipotética e pela responsabilidade penal (L. de Armas Criminal de 1890), pela identificação com "legítimos" – assim chamados os filhos de escravos, nascidos após o início da vigência da Lei de Ventos Livres¹⁰ – e pela identificação através da Lei ou abstratamente – que se dava em grande parte através das cartas de nascimento em instituições caritativas pela Igreja Católica, como o Hospital das Santas Casas de Misericórdias, que geralmente emitiam as cartilhas através das "cartas de nascimento".

No período da República Velha (1889-1930), as instituições vitorianas para a atuação em conjunto público-social – instituições de caráter beneficente de caráter – foram consideradas as principais da cidade, por serem filiais – das ruas da Capital Federal – Estava em vigor a Constituição Federal de 1890, que instituiu a responsabilidade penal e participativa sobre os filhos de mães legítimas, a fim de garantir a distribuição de crimes e responsabilidades das chamadas "classes sociais" de "patrimônio", incluindo as instituições de "patrimônio social e econômico". Assim, a política de publicação de cartilhas na República Velha, caracterizada pelo

¹⁰ Lei de Ventos Livres, Lei nº 100, de 28 de Setembro de 1828.
¹¹ História de Maria Lúcia, "A criança e o adulto com o título de portador de arma de fogo", 1978-1980, no Hospital das Santas Casas de Misericórdias, Rio de Janeiro, RJ, Brasil, 1978.
¹² Lei de Ventos Livres, Lei nº 100, de 28 de Setembro de 1828, no Brasil, RJ, Brasil, 1978.
¹³ Lei de Ventos Livres, Lei nº 100, de 28 de Setembro de 1828, no Brasil, RJ, Brasil, 1978.
¹⁴ Lei de Ventos Livres, Lei nº 100, de 28 de Setembro de 1828, no Brasil, RJ, Brasil, 1978.
¹⁵ Lei de Ventos Livres, Lei nº 100, de 28 de Setembro de 1828, no Brasil, RJ, Brasil, 1978.
¹⁶ Lei de Ventos Livres, Lei nº 100, de 28 de Setembro de 1828, no Brasil, RJ, Brasil, 1978.
¹⁷ Lei de Ventos Livres, Lei nº 100, de 28 de Setembro de 1828, no Brasil, RJ, Brasil, 1978.
¹⁸ Lei de Ventos Livres, Lei nº 100, de 28 de Setembro de 1828, no Brasil, RJ, Brasil, 1978.
¹⁹ Lei de Ventos Livres, Lei nº 100, de 28 de Setembro de 1828, no Brasil, RJ, Brasil, 1978.
²⁰ Lei de Ventos Livres, Lei nº 100, de 28 de Setembro de 1828, no Brasil, RJ, Brasil, 1978.

Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas.

CARLA CARVALHO LEITE (*)

I - BREVE HISTÓRICO SOBRE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO BRASIL DESDE O ESTADO IMPERIAL

Desde a formação do Estado Imperial Brasileiro (1822-1889) até o início da República Velha, os olhares sobre a criança no Brasil passaram por questões de saúde - preocupação liderada pela medicina higienista -, pela responsabilidade penal (Código Criminal de 1830), pela assistência aos "ingênuos" - assim chamados os filhos de escravas, nascidos após o início da vigência da Lei do Ventre Livre ⁽¹⁾ - e pela assistência à criança órfã ou abandonada - que se dava, em grande parte, através do seu acolhimento em instituições mantidas pela Igreja Católica, notadamente as Santas Casas de Misericórdia, que geralmente acolhiam as crianças através das "rodas de expostos" ⁽²⁾.

No período da República Velha (1889-1930), as atenções voltaram-se para a criança enquanto problema social ⁽³⁾, intensificando-se o recolhimento de "vadios" - assim consideradas as pessoas de qualquer sexo e idade - nas ruas da Capital Federal. Entrou em vigor o Código Penal de 1890, que instituiu a responsabilidade penal a partir dos nove anos de idade, legitimando, assim, a repressão e a internação de crianças e adolescentes nas chamadas *casas de correção* ou *reformatórios* - instituições destinadas a "menores delinquentes e abandonados". Enfim, a política de proteção à criança, na República Velha, caracterizou-se pelo

⁽¹⁾ A Lei do Ventre Livre entrou em vigor em 28/09/1871.

⁽²⁾ MARCILIO, Maria Luiza. "A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil. 1726-1950", em *História Social da Infância no Brasil*. DE FREITAS, Marcos Cezar (org.). São Paulo. Ed. Cortez, 2003. As "rodas de expostos" tiveram origem na Idade Média e foram utilizadas no Brasil desde o período colonial até a década de 1950. Consistiam em dispositivos de forma cilíndrica onde se colocavam bebês que se pretendiam abandonar. As rodas de expostos eram fixadas no muro ou na janela da instituição e tinham uma divisória no meio. Após depositar a criança na roda dos expostos, o expositor girava a roda, tocava um sino para avisar que um bebê acabava de ser abandonado e se retirava sem ser identificado.

⁽³⁾ ABREU, Martha e FROTA MARTINEZ, Alessandra. "Olhares sobre a Criança no Brasil: Perspectivas Históricas", em *Olhares sobre a Criança no Brasil - Séculos XIX e XX*. Org. Rizzini, Irene. Rio de Janeiro. Série Banco de Dados - 5, Ed. Universitária Santa Úrsula, 1997, pp. 26-27.

recolhimento em associações filantrópicas subvencionadas pelo Estado e em instituições oficiais.

Na década de 1920, houve importantes marcos referentes à questão infanto-juvenil. Em 1921, na cidade do Rio de Janeiro – que, à época, era o Distrito Federal –, foi criado o Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinqüente. Em 1923 foi instituído o Juízo de Menores no Distrito Federal e em 1927 entrou em vigor o primeiro Código de Menores do Brasil, conhecido como “Código Mello Mattos”, que consolidou normas de assistência e proteção aos menores, extrapolando a esfera do jurídico.

O Código de Menores de 1927 tinha forte caráter assistencialista, protecionista e controlador, consistindo num verdadeiro mecanismo de intervenção sobre a população pobre.

Ao tratar do Código Mello Mattos, RIZZINI sustenta que “o que o impulsionava era ‘resolver’ o problema dos menores, prevendo todos os possíveis detalhes e exercendo firme controle sobre os menores, por mecanismos de tutela, guarda, vigilância, reeducação, reabilitação, preservação, reforma e educação”.⁽⁴⁾

No Governo Vargas (1930-1945), principalmente a partir do pós-1937 (política estadonovista), época em que se pregava a imagem de um Estado neutro e se consideravam o trabalho e a família como os principais objetos de intervenção assistencial, pode-se dizer que a preocupação do Estado com a criança tinha forte cunho assistencialista. Através do Decreto-Lei n. 37.999, de 05 de novembro de 1941, criou-se o Serviço de Assistência a Menores (S.A.M.)⁽⁵⁾, “destinado a atuar junto aos menores desvalidos e delinqüentes”⁽⁶⁾.

Não foi necessário muito tempo para que inúmeras denúncias, advindas até mesmo de diretores do S.A.M., revelassem a violência cotidianamente praticada contra crianças e adolescentes institucionalizadas. Aliadas a mudanças no cenário político, tais circunstâncias fizeram desencadear o processo de extinção do S.A.M. e de criação de um novo sistema – a Política Nacional de Bem-Estar do Menor (PNBEM) – que tinha por função instituir o “Anti-SAM”⁽⁷⁾.

A PNBEM, criada no primeiro ano da ditadura militar, que durou 20 anos no Brasil, tinha como meta integrar o *menor* na comunidade e, como discurso, “internar em último caso”⁽⁸⁾. Sua configuração era centralizadora quanto ao planejamento de assistência ao *menor*, partindo as decisões do órgão federal (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM), o qual tinha autonomia financeira e administrativa⁽⁹⁾. Por outro lado, a execução da assistência

⁽⁴⁾ RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil*. Rio de Janeiro, 2000, Ed. USU, p. 28.

⁽⁵⁾ Nas palavras de MARTHA ABREU e de ALESSANDRA FROTA MARTINEZ, o S.A.M. é definido como “órgão cujas atribuições envolviam-se com a organização do atendimento, com a realização de estudos sobre os menores e com a racionalização das formas de tratamento”. Ob. cit., p. 30.

⁽⁶⁾ RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil*. Rio de Janeiro, 2000, Ed. USU, p. 47.

⁽⁷⁾ RIZZINI, Irene. *A Institucionalização de Crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Edições Loyola, 2004, pp. 33-35.

⁽⁸⁾ RIZZINI, Irene. Ob. cit., p. 36.

⁽⁹⁾ ABREU, Martha e FROTA MARTINEZ, Alessandra. Ob. cit., p. 31.

ao *menor* era descentralizada, cabendo tal função aos Estados da Federação, através das Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor (FEBEM's), que não tinham poder de decisão quanto ao planejamento das ações, nem autonomia financeira e administrativa – atributos específicos da FUNABEM.

Até o fim da década de 1970, não houve significativas alterações na *questão dos menores*, apesar de terem surgido algumas vozes que clamavam por mudanças nas políticas públicas relativas à infância e à adolescência ⁽¹⁰⁾. No entanto, na contramão dos anseios dos que clamavam por mudanças no olhar do poder público com relação ao tema, foi instituído, no ano de 1979, o novo Código de Menores, que adotou a Doutrina da Situação Irregular – cujos paradigmas serão adiante analisados – e teve curto período de vigência.

Depois de vinte anos de silêncio, o cenário de abertura democrática, iniciado nos anos 80, foi terreno fértil para o debate das múltiplas questões relativas aos direitos humanos, incluindo-se, como não poderia deixar de ser, os direitos da criança e do adolescente. Antecipando-se à Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança ⁽¹¹⁾, a Constituição da República de 1988 rompeu definitivamente os paradigmas da Doutrina da Situação Irregular, adotada pelo Código de Menores (Lei Federal nº 6.697/79), ao consagrar no ordenamento jurídico pátrio a Doutrina da Proteção Integral ⁽¹²⁾, que veio a ser posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90).

Analisando os pilares de sustentação do sistema vigente anteriormente ao advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se melhor compreender o que se pretendeu destruir, o que se pretendeu construir e o que ainda se pretende transformar, com o acolhimento da Doutrina da Proteção Integral.

II - CÓDIGO DE MENORES (LEI FEDERAL Nº 6.697/79). DOUTRINA DA SITUAÇÃO IRREGULAR E SEUS PARADIGMAS.

A Lei Federal nº 6.697/79 instituiu o novo Código de Menores, estabelecendo, no ordenamento jurídico brasileiro, a Doutrina da Situação Irregular, que tinha por destinatários crianças e adolescentes considerados em situação irregular, em conformidade com “*tipos abertos*” previstos naquela lei.

⁽¹⁰⁾ MARTHA ABREU e ALESSANDRA FROTA MARTINEZ, em artigo já mencionado, citam os seguintes marcos históricos daquela época: em 1975, a instituição de uma Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, com o objetivo de “*investigar as causas de tantos problemas entre as crianças carentes brasileiras*”; em 1978, a criação da Pastoral do Menor e do Movimento de Defesa do Menor.

⁽¹¹⁾ A Convenção da ONU sobre Direitos da Criança foi aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada no dia 05 de outubro de 1988.

⁽¹²⁾ A Doutrina da Proteção Integral encontra respaldo constitucional no art. 227, *caput*, da Constituição da República: “*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*”.

Para melhor compreensão acerca da Doutrina da Situação Irregular, convém transcrever os artigos 1º e 2º do Código de Menores de 1979:

“Art. 1º - Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

I - até 18 anos de idade, que se encontrem em situação irregular;

II - entre 18 e 21 anos, nos casos expressos em Lei.

Parágrafo único - As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação”.

O artigo 2º dispõe sobre a “*situação irregular*” mencionada no inciso I do artigo 1º, nos seguintes termos:

“Art. 2º - Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsáveis para provê-los;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - com desvio de conduta, em virtude de grave estado de inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único - Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial”.

Observa-se que a expressão “*situação irregular*”, nos termos da lei ora comentada, englobava os casos de delinquência, vitimização e pobreza das

crianças e dos adolescentes, além de outras hipóteses extremamente vagas, que autorizavam a atuação amplamente discricionária do Juiz de Menores. De fato, o Código de Menores instituiu tipos abertos para caracterizar situações irregulares que justificariam a intervenção do Estado, através do Juiz de Menores, na vida da criança ou do adolescente que estivesse “em perigo moral” ou “com desvio de conduta”. Menores autores de infração penal, menores “privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória”, menores vítimas de maus tratos, menores com “desvio de conduta”, menores em “perigo moral”, menores privados de representação ou assistência legal... Todos estavam em situação irregular.

Outro dado importante é o de que o Código de Menores não fazia qualquer distinção entre menor abandonado e menor delinqüente, considerando ambos em situação irregular e, portanto, passíveis de aplicação das mesmas medidas – geralmente, a de internação –, cujo cumprimento, em ambos os casos, se dava numa mesma unidade de atendimento. Apesar do discurso de internação “em último caso” pregado pela Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), instituída no primeiro ano do Golpe de 1964, na verdade, era expressivo o número de internações em decorrência da chamada “situação irregular”⁽¹³⁾. A respeito do assunto, cumpre destacar a lição de MARTHA ABREU e ALESSANDRA FROTA MARTINEZ, para quem o Código de Menores de 1979

“reafirmava a concepção de anormalidade dos ‘menores criminosos e delinqüentes’, ampliando seu leque de ações ao caracterizar uma série de situações chamadas de ‘risco’ (abandono, violência doméstica, pobreza, indigência, exploração do trabalho, criminalidade, vícios, orfandade, etc.) nas quais a intervenção do Estado – via judiciário – seria legítima e necessária”.⁽¹⁴⁾

A Doutrina da Situação Irregular, nas palavras de JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA, “é aquela em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social, assim definida legalmente (no revogado Código de Menores em seu art. 2º)”⁽¹⁵⁾.

Sob a vigência do Código de Menores, havia, portanto, uma clara distinção entre *criança* e *menor*, considerando-se *criança* o(a) filho(a) proveniente de família financeiramente abastada e *menor* o(a) filho(a) de família pobre, consistindo a assistência à infância, mais especificamente aos *menores* – assim considerados os que se encontravam no vasto conceito legal de “situação irregular” – na proteção da criança contra a ação ou a omissão de sua família, vista pelo Poder Público,

⁽¹³⁾ RIZZINI, Irene. Ob. cit., pp. 36-39.

⁽¹⁴⁾ Ob. cit., pp. 31-32.

⁽¹⁵⁾ SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil – Adolescente e Ato Infracional. Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*, Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2002, p. 14.

em suas três esferas (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), e, por vezes, pela própria família, como incapaz de educá-la.

Em interessante estudo sobre a história da institucionalização de crianças e adolescentes no Brasil, IRENE RIZZINI, com base em dados estatísticos e textos da FUNABEM, constata que as próprias famílias manejavam o sistema de internamento, buscando internar seus filhos em idade escolar, “*desejando um ‘local seguro onde os filhos estudam, comem e se tornam gente’.*”⁽¹⁶⁾ Por oportuno, convém transcrever trecho em que a citada autora, ao concluir sua análise sobre o tema, pontua crítica pertinente a respeito da Doutrina da Situação Irregular:

“A legislação menorista confirmava e reforçava a concepção da incapacidade das famílias pobres em educar os filhos. O novo Código de Menores, instaurado em 1979, criou a categoria de ‘menor em situação irregular’, que, não muito diferente da concepção vigente no antigo Código de 1927, expunha as famílias populares à intervenção do Estado, por sua condição de pobreza”.⁽¹⁷⁾

A partir de uma análise sistemática do Código de Menores de 1979 e das circunstâncias expostas, podem-se extrair as seguintes conclusões quanto à atuação do Poder Estatal sobre a infância e juventude sob a incidência da Doutrina da Situação Irregular: (i) uma vez constatada a “*situação irregular*”, o menor passava a ser *objeto* de tutela do Estado; e (ii) basicamente, toda e qualquer criança ou adolescente **pobre** era considerado “*menor em situação irregular*”, legitimando-se a intervenção do Estado, através da ação direta do Juiz de Menores e inclusão do menor no sistema de assistência adotado pela Política Nacional de Bem-Estar do Menor⁽¹⁸⁾.

Por fim, e nem por isso menos importante, ao se tratar da Doutrina da Situação Irregular e seus paradigmas, não se poderia deixar de tecer comentários a respeito do Juiz de Menores, autoridade a quem o Código de 1979 incumbia várias atribuições que ultrapassavam a função jurisdicional.

Sobre o tema, assim leciona EDSON SÊDA⁽¹⁹⁾:

“o Código ‘ampliou a função legislativa do magistrado, atribuindo-lhe o poder de determinar medidas de ordem geral à sociedade, através da instituição da chamada ‘portaria’; facultou a qualquer pessoa e encarregou as

⁽¹⁶⁾ RIZZINI, Irene, ob. cit., p. 40.

⁽¹⁷⁾ RIZZINI, Irene, *A Institucionalização de Crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Edições Loyola, 2004, p. 41.

⁽¹⁸⁾ Tratou-se da Política Nacional do Bem-Estar do Menor na parte introdutória deste trabalho.

⁽¹⁹⁾ SÊDA, Edson. *O novo direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Bloch, 1991, citado em RIZZINI, Irene. *A Criança e a Lei no Brasil*. Rio de Janeiro, 2000, Ed. USU, pp. 72-73.

autoridades administrativas (na prática, a polícia e o comissariado de menores) a conduzir ao magistrado os menores encontrados na referida situação irregular; deu ao magistrado amplos poderes para praticar atos 'ex officio', provenientes da caracterização do Juiz como autoridade que assume totalmente funções que pedagógica, funcional e democraticamente deveriam ser distribuídas entre vários estratos da sociedade e da administração pública; no caso dos infratores, fez do magistrado a autoridade que investigava os fatos, denunciava ou acusava, defendia, sentenciava e fiscalizava suas próprias decisões, ou seja, o novo Código instaurou o processo inquisitivo para aqueles a ele submetidos".

Observa-se que o Código de 1979 atribuía ao Juiz de Menores o exercício de função essencialmente legislativa, através do poder de editar portarias ⁽²⁰⁾, atos de natureza normativa, bem como a função de aplicar medidas de assistência, utilizando-se do sistema da PNBEM e nele interferindo diretamente, valendo lembrar que a FUNABEM era órgão do Poder Executivo Federal e a FEBEM, do Poder Executivo Estadual. Em relação aos *menores* que praticavam *infrações penais* ⁽²¹⁾, o Juiz de Menores também tinha amplos poderes para agir *ex officio*, aplicando a medida de internação independentemente de provocação por outro órgão ou agente, não se observando o "*princípio da inércia*", que constitui uma das características essenciais da função jurisdicional ⁽²²⁾.

Como já se mencionou, foi curto o período de vigência do Código de Menores de 1979. Diante de inúmeras denúncias apontando injustiças cometidas contra crianças e adolescentes internados, além de questões como a prostituição e o trabalho infanto-juvenil, emergiram debates sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, bem como críticas sobre os paradigmas do sistema então vigente, surgindo no cenário político vozes não isoladas que pregavam o fim do estigma decorrente da expressão "*menor*", claramente excludente e classista, e das situações (chamadas) de risco, pugnando pelo reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos ⁽²³⁾.

Os anseios de vários segmentos da sociedade acarretaram numa conquista sem precedentes na história brasileira, com a criação, na Assembléia Constituinte,

⁽²⁰⁾ Assim dispunha o art.8º da Lei nº 6.697/79: "A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder".

⁽²¹⁾ Note-se que estamos nos utilizando da terminologia adotada pelo Código de Menores de 1979, que, no inciso VI do artigo 2º, se refere ao (menor) "*autor de infração penal*".

⁽²²⁾ A doutrina processualista é pacífica ao consagrar o princípio da inércia como inerente à função jurisdicional. O processualista ALEXANDRE FREITAS CÂMARA trata do tema em *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, 1998, Ed. Freitas Bastos, p. 75.

⁽²³⁾ ABREU, Martha e FROTA MARTINEZ, Alessandra. Ob. cit.

da Comissão Nacional Criança e Constituinte, culminando com a inserção, na Constituição da República, de princípios da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) e, especialmente, com o acolhimento da Doutrina da Proteção Integral.

III - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E SEUS PARADIGMAS.

A Doutrina da Proteção Integral, instituída pela Constituição Cidadã e posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Federal nº 8.069/90 -, rompeu de vez os paradigmas que lhe antecederam: da "situação irregular", do "assistencialismo", da "estatalidade" e "centralização" das ações e das "funções anômalas" do Poder Judiciário.

No cenário legislativo internacional, a Doutrina da Proteção Integral veio a ser consagrada na Convenção da ONU sobre Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, observando-se, portanto, que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 05 de outubro de 1988, antecipou-se à Convenção da ONU a respeito dos direitos infanto-juvenis.

O Estatuto da Criança e do Adolescente esclarece logo em seu primeiro artigo que *"esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente"*.

No artigo 2º, expõe a definição legal de "criança" e de "adolescente", estabelecendo que *"considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade"*.

O Estatuto da Criança e do Adolescente atribui a *toda e qualquer criança e adolescente, sem distinção*, uma série de *direitos especiais*, reconhecendo a sua *"condição de pessoa em desenvolvimento"* (art. 6º)⁽²⁴⁾. Ao contrário do Código de Menores de 1979, que criou um verdadeiro estigma ao voltar a atenção do Estado para *"menores em situação irregular"*, o Estatuto não estabelece distinções entre "tipos" de crianças e de adolescentes. Na verdade, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que pode estar em *"situação irregular"* é o Estado ou a sociedade, jamais a criança ou o adolescente.

O Estatuto reconhece a *criança e o adolescente como sujeitos de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral* (art. 3º)⁽²⁵⁾ e do reconhecimento de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, impõe à família, à sociedade e ao Estado, na mesma linha da

(24) "Art. 6º - Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."

(25) "Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade".

Constituição da República (art. 227, *caput*), o dever de assegurar, com prioridade absoluta, a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (art. 4º, *caput*) e define o que se deve entender por “prioridade absoluta” (art. 4º, parágrafo único) ⁽²⁶⁾.

Com relação a atos infracionais ⁽²⁷⁾, houve uma significativa ruptura com o sistema anterior, notadamente no que diz respeito a direitos individuais e garantias processuais. A título de exemplo, note-se que, no sistema de Código de Menores de 1979, a apreensão e a internação de “menores”, incluindo-se, portanto, as crianças, constituíam a regra e se submetiam ao subjetivismo da autoridade competente – o Juiz de Menores. Já o Estatuto somente admite a apreensão de adolescentes (não admitindo a de crianças) em duas hipóteses: em caso de “*flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente*” (art. 106, *caput*) ⁽²⁸⁾. Por sua vez, a medida socioeducativa de internação somente pode ser aplicada nas hipóteses previstas taxativamente na lei (art. 122, incisos I a III) ⁽²⁹⁾, a qual também traça limites de ordem temporal para o seu cumprimento (art. 121, §§ 2º a 5º) ⁽³⁰⁾, inclusive para o caso de internação provisória (“*antes da sentença*”), conforme se extrai do art. 108 ⁽³¹⁾.

Em meio a comentários sobre os paradigmas da Doutrina da Proteção Integral, JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA ressalta o seguinte:

⁽²⁶⁾ “Art. 4º – É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único – A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

⁽²⁷⁾ É importante ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece três sistemas de garantia: o sistema primário, referente às políticas públicas de atendimento a crianças e adolescentes (arts. 4º e 87), o sistema secundário, que se volta a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, que merecem a aplicação de medidas de proteção (arts. 98 e 101) e o sistema terciário, que diz respeito às medidas socioeducativas, aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei.

⁽²⁸⁾ “Art. 106 – Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.

⁽²⁹⁾ “Art. 122 – A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”.

⁽³⁰⁾ “Art. 121 – A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º – omissis.

§ 2º – A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada 6 (seis) meses.

§ 3º – Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a 3 (três) anos.

§ 4º – Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º – A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade”.

⁽³¹⁾ “Art. 108 – A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias”.

"a ideologia que norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, rompendo, definitivamente, com a idéia até então vigente de que os Juizados de Menores seriam uma justiça para os pobres, posto que, analisada a doutrina da situação irregular se constatava que para os bem-nascidos, a legislação baseada naquele primado lhes era absolutamente indiferente". ⁽³²⁾

Além de tais aspectos mais diretamente ligados a crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos, insta ressaltar que o Estatuto também "redistribuiu" os papéis entre "velhos atores" – Poder Executivo e Poder Judiciário –, definindo suas atribuições, restringindo as funções do Juízo da Infância e da Juventude (que se limitam àquelas previstas nos arts. 148 ⁽³³⁾ e 149 ⁽³⁴⁾), determinando a municipalização do atendimento (art. 88, inc. I) ⁽³⁵⁾ e prevendo a responsabilização

⁽³²⁾ Ob. cit., p. 16.

⁽³³⁾ "Art. 148 – A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: I – conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis; II – conceder remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo; III – conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes; IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209; V – conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis; VI – aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção a crianças ou adolescentes; VII – conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis. **Parágrafo único** – Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: a) conhecer de pedidos de guarda e tutela; b) conhecer de ações de destituição do pátrio poder, perda ou modificação da tutela ou guarda; c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento; d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do pátrio poder; e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais; f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente; g) conhecer de ações de alimentos; h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito".

⁽³⁴⁾ "Art. 149 – Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: I – a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em: a) estádio, ginásio e campo desportivo; b) bailes ou promoções dançantes; c) boate ou congêneres; d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas; e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão; II – a participação de criança e adolescente em: a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza. § 1º – Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores: a) os princípios desta Lei; b) as peculiaridades locais; c) a existência de instalações adequadas; d) o tipo de frequência habitual ao local; e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes; f) a natureza do espetáculo. § 2º – As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral".

⁽³⁵⁾ "Art. 88 – São diretrizes da política de atendimento: I – municipalização do atendimento; II a VI – omissis".

do Poder Público ⁽³⁶⁾ por omissão ou oferta irregular de todos os serviços exemplificativamente elencados no art. 208 ⁽³⁷⁾ .

Por outro lado, também coloca em cena novos atores, como o Conselho Tutelar (arts. 131 a 140), o Conselho de Direitos (art. 88, inc. II e art. 89) e a sociedade civil, além de atribuir ao Ministério Público (arts. 200 a 205) funções compatíveis com o seu perfil institucional estabelecido pela Constituição da República.

Numa linha completamente diversa da concepção “menorista”, que incumbia somente ao Poder Estatal o dever de promover ações dirigidas aos estigmatizados “menores”, o Estatuto chama a sociedade civil para promover ações de atendimento (art. 86) ⁽³⁸⁾ e, com base na democracia participativa imposta pela Constituição da República (art. 204, inc. II, c/c art. 227, § 7º), a convoca para participar da formulação das políticas e do controle das ações em todos os níveis (art. 88, inc. II) ⁽³⁹⁾ , o que se faz através dos Conselhos de Direitos.

Abolindo os paradigmas da centralização das decisões na esfera federal – decisões que emanavam da FUNABEM, de acordo com a Política Nacional de Bem-Estar do Menor – e da promoção de políticas sociais através do Juízo de Menores, o Estatuto determina a municipalização do atendimento – que decorre da descentralização político-administrativa imposta pelo art. 204, inc. I, da Constituição da República – como uma das diretrizes da política de atendimento

⁽³⁶⁾ Em razão da “municipalização do atendimento” (uma das diretrizes da política de atendimento previstas no art. 88 do E.C.A.), todos os serviços elencados no art. 208 são de atribuição do Município (BEZERRA, Adão Bomfim. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002, pp. 686-689.

⁽³⁷⁾ “**Art. 208** – Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

I – do ensino obrigatório;

II – de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV – de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V – de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI – de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII – de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII – de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei”.

⁽³⁸⁾ Ao tratar da política de atendimento, o Estatuto assim determina em seu art. 86: “A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

⁽³⁹⁾ “**Art. 88.** São diretrizes da política de atendimento:

I – omissis;

II – criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

III a VI – omissis”.

(art. 88, inc. I), significando que o Município deve “*assumir poderes até então privativos daquelas instâncias superiores da Federação brasileira*”.⁽⁴⁰⁾

Outra significativa mudança paradigmática consiste na nova feição dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao Ministério Público no trato da defesa dos interesses individuais e transindividuais de crianças e adolescentes, em consonância com o perfil institucional estabelecido pela Constituição da República de 1988.

Em capítulo que lhe é dedicado com exclusividade⁽⁴¹⁾, o Estatuto confere ao Ministério Público uma série de atribuições relativas à atuação extrajudicial e à deflagração de ações judiciais cuja legitimidade a citada lei lhe atribui (art. 201), além de determinar a sua intervenção em todos os processos e procedimentos em que não for parte (art. 202), sob pena de nulidade absoluta (art. 204). Determina, ainda, a sua intimação pessoal (art. 203), que se lhe dê vista dos autos depois das partes, faculta-lhe o requerimento de juntada de documentos e a realização de diligências (art. 202), determinando, outrossim, a fundamentação de suas promoções (art. 205).

No intuito de destacar a relevância alçada pelo Ministério Público no cenário da defesa dos direitos infanto-juvenis, cumpre mencionar, nesta oportunidade, as atribuições que lhe incumbe o Estatuto, ainda que sem tecer comentários específicos sobre cada uma delas, a fim de não se escapar do objeto deste trabalho.

O artigo 201 do ECA confere ao Ministério Público as seguintes atribuições: legitimação para promover ações em face de adolescentes pela prática de ato infracional e, inclusive, para lhes conceder remissão (incisos I e II); legitimação para promover e acompanhar ações de alimentos, de suspensão e destituição de poder familiar, de nomeação e de remoção de tutores, curadores e guardiães (inciso III)⁽⁴²⁾; oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude (inciso III); promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a especialização da hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipóteses do artigo 98 (inciso IV); promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência (inciso V); instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los, expedir notificações para colheita de depoimentos, requisitar condução coercitiva em caso de não comparecimento injustificado, requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais, federais, da administração direta ou indireta, requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas, além

⁽⁴⁰⁾ SEDA, Edson. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais*, Ed. Malheiros, 2002, p. 272.

⁽⁴¹⁾ O Capítulo V do Título VI do Livro II do Estatuto da Criança e do Adolescente é composto dos artigos 201 a 205, que tratam do Ministério Público.

⁽⁴²⁾ O dispositivo deve ser aplicado em consonância com o disposto no artigo 98 e no artigo 148, parágrafo único, ambos do ECA.

de promover inspeções e diligências investigatórias (inciso VI); instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude (inciso VII); zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis (inciso VIII); impetrar mandado de segurança, mandado de injunção e *habeas corpus* na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente (inciso IX); representar ao juízo visando à aplicação de penalidade por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível (inciso X); inspecionar as entidades (públicas e particulares) e os programas de atendimento, adotando as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas (inciso XI); requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições (inciso XII).

O Código de Menores de 1979 tratava do Ministério Público no Capítulo III do Título I ("Do Processo") do Livro II ("Parte Especial"), mais especificamente, nos artigos 90 a 92 ⁽⁴³⁾, os quais determinavam, basicamente, que as funções do Ministério Público seriam exercidas pelo Curador de Menores, o qual seria intimado pessoalmente nos processos e procedimentos regulados por aquela lei e teria livre acesso a qualquer local em que se encontrasse um menor. Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou novas e modernas atribuições do Ministério Público, condizentes com o perfil institucional delineado pela Constituição da República de 1988.

No entanto, não se pode deixar de destacar que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente ainda traz em seu texto alguns resquícios do chamado *sistema menorista*. No art. 149 ⁽⁴⁴⁾, permite que o Juiz da Infância e da Juventude edite portarias regulamentadoras (ou disciplinadoras), que, contudo, à luz da nova ordem constitucional, não têm caráter legiferante, ao contrário da portaria instituída pelo Código de Menores de 1979. No intuito de não se ultrapassar o objeto específico deste trabalho, deixa-se de aprofundar, nesta oportunidade, o debate sobre o instituto da portaria disciplinadora, fazendo-se breve menção ao entendimento dominante entre os pensadores da área do Direito da Criança e do Adolescente ⁽⁴⁵⁾ no sentido de que a portaria disciplinadora, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, configura ato judicial proferido em

⁽⁴³⁾ Lei nº 6.697/79 (Código de Menores): "Art. 90 - As funções do Ministério Público serão exercidas pelo Curador de Menores, ou quem suas vezes fizer, nos termos da legislação local". "Art. 91 - O representante do Ministério Público será intimado, pessoalmente, para qualquer despacho ou decisão proferida pela autoridade judiciária nos procedimentos e processos regulados por esta Lei". "Art. 92 - O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a todo local onde se encontre menor".

⁽⁴⁴⁾ O art. 149 do E.C.A. está transcrito na nota de rodapé nº 34.

⁽⁴⁵⁾ A respeito do assunto, remete-se o leitor a excelente artigo de autoria do Dr. MURILLO JOSÉ DIGIACOMO, membro do Ministério Público paranaense, intitulado "O Estatuto da Criança e do Adolescente e as portarias judiciais", publicado na página da internet do Ministério Público do Estado do Paraná, na

decorrência de prévia tramitação de procedimento jurisdicional no qual necessariamente deve intervir o Ministério Público, sob pena de nulidade.

Além de tal aspecto, também importa salientar que o Estatuto, ao contrário do Código de Menores, que autorizava ao Juiz de Menores determinar medidas de “*ordem geral*”, de acordo com seu “*prudente arbítrio*”, estabelece requisitos específicos e prevê hipóteses taxativas para a edição de portarias. Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente somente admite a edição de portarias que tenham por objeto a entrada e permanência de crianças e adolescentes nos estabelecimentos mencionados no inciso I do art. 149 e a participação de crianças e adolescentes nos eventos mencionados no inciso II do art. 149, estabelecendo, ainda, os limites previstos nos §§ 1º e 2º. Nesse particular, é importante ressaltar que abusos vêm sendo cometidos por grande parte dos Juízos da Infância e da Juventude, não sendo raros casos de instauração de portarias que extrapolam as matérias admitidas taxativamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Que dizer da observância da prévia instauração de procedimento com a intervenção do Ministério Público... Via de regra, edita-se a portaria e se dá posterior ciência de seus termos ao Ministério Público.

Adotando outro resquício do *menorismo*, o Estatuto permite a instauração de auto de infração “*por servidor efetivo ou voluntário credenciado*” (art. 194, *caput*)⁽⁴⁶⁾. O servidor efetivo – Comissário de Justiça da Infância e da Juventude – e o servidor voluntário credenciado – que, no Estado do Rio de Janeiro é o “*colaborador voluntário*” – pertencem aos quadros do Poder Judiciário, sendo lotados no Juízo da Infância e da Juventude. Ora, a instauração de auto de infração por servidor do Poder Judiciário parece contrária ao princípio da inércia, que caracteriza essencialmente a função jurisdicional.

Feitas essas considerações críticas que, por fugirem ao tema proposto neste trabalho, não devem ser analisadas, pelo menos nesta oportunidade, com a profundidade que merecem, resta concluir que o Estatuto da Criança e do Adolescente é fruto do desejo de que crianças e adolescentes – que, durante décadas, ficaram à margem da sociedade brasileira – nunca mais tenham seus direitos fundamentais violados. Infelizmente, ainda nos dias atuais, lêem-se nos jornais manchetes discriminatórias com relação a crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco por omissão do Estado, por omissão de seus pais ou em razão de sua conduta⁽⁴⁷⁾. Ainda são veiculadas matérias jornalísticas

parte do Centro de Apoio Operacional da Criança e do Adolescente (www.mp.pr.gov.br), acessado em 30 de junho de 2005.

⁽⁴⁶⁾ “Art. 194 – O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público, ou do Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por duas testemunhas, se possível”.

⁽⁴⁷⁾ Recentemente, foi publicada, em jornal de grande circulação nacional, a seguinte matéria: sobre a operação realizada no Município do Rio de Janeiro denominada “Operação Turismo Seguro: Turismo: 130 menores já estão de volta às ruas. Dos 188 detidos em 3 dias, só 17 continuavam em abrigos”.

- que, na verdade, refletem o pensamento corrente na sociedade - cujo discurso subjacente não muito difere daquelas manchetes de jornal, tão comuns na década de 80, que anunciavam "menor assalta criança"⁽⁴⁸⁾.

Parece que nosso pensar e nosso agir com relação às crianças e aos adolescentes que têm seus direitos fundamentais violados ainda estão profundamente enraizados nas bases da Doutrina da Situação Irregular. Parece também não ser o Estatuto da Criança e do Adolescente fruto de transformações já sedimentadas. Ao contrário, o Estatuto nos convoca a uma transformação de mentalidade, impondo um modelo que, com o esforço de quem nele acredita e por ele luta, vai, aos poucos, se tornando realidade.

Seria o Estatuto da Criança e do Adolescente uma lei utópica e, por isso, inalcançável o sistema por ele estabelecido? O Estatuto conteria normas praticamente inaplicáveis? Ultimamente, muitas vezes têm se levantado contra o Estatuto da Criança e do Adolescente, em tons de crítica quanto a um suposto excessivo favorecimento conferido aos sujeitos de direitos a quem dita lei se dirige. Certamente, o Estatuto não é uma lei perfeita, eis que, por princípio, qualquer fruto da atividade humana padece de imperfeições que, paradoxalmente, movem a atividade humana numa constante busca do que falta para se chegar ao perfeito, ao ideal... Contudo, antes de criticá-lo, deve-se refletir até que ponto se permitiu, ao longo desses quinze anos, a aplicação do sistema garantista e inovador imposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A quem queira refletir e porventura venha a fazer tais perguntas, responde-se com outra, juntamente com JORGE TRINDADE, para início de conversa: "Acaso estava equivocado Calderón de La Barca quando percebeu que *la vida es sueño*?"⁽⁴⁹⁾. Sem sonho, sem utopia, não há construção.

⁽⁴⁸⁾ SARAIVA, João Batista Costa. Ob. cit., p. 15.

⁽⁴⁹⁾ TRINDADE, Jorge. *Delinquência Juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 181.

^(*) CARLA CARVALHO LEITE é Promotora de Justiça Titular da Promotoria de Justiça de Família, Infância e Juventude de Nilópolis (RJ) e Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal Brasileiro

DAMÁSIO DE JESUS (*)

SUMÁRIO: 1. Conceito. 2. Origem do instituto no Brasil. 3. Previsão legal. 4. Valor probatório. 5. Voluntariedade x espontaneidade. 6. Traição de concorrentes por crimes diversos. 7. “Delação premiada” após o trânsito em julgado da sentença condenatória. 8. Conclusão.

1. Conceito

Delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). “Delação premiada” configura aquela incentivada pelo legislador, que *premia* o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando *etc.*).

A abrangência do instituto na legislação vigente indica que sua designação não corresponde perfeitamente ao seu conteúdo, pois há situações, como na Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98), nas quais se conferem prêmios a criminosos, ainda que não tenham delatado terceiros, mas conduzam a investigação à “localização de bens, direitos ou valores objetos do crime”.

2. Origem do instituto no Brasil

A origem da “delação premiada” no Direito brasileiro remonta às Ordenações Filipinas, cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830.

O Título VI do “Código Filipino”, que definia o crime de “Lesá Magestade” (*sic*), tratava da “delação premiada” no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica “Como se perdoará aos malfeitores que derem outros à prisão” e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios.

Em função de sua questionável ética, à medida que o legislador incentivava uma traição, acabou sendo abandonada em nosso Direito, reaparecendo em tempos recentes.

3. Previsão legal

Há uma série de diplomas, atualmente, cuidando da “delação premiada”: a) Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90, art. 8.º, par. ún.); b) Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034/95, art. 6.º); c) Código Penal (art. 159, 4.º - extorsão mediante seqüestro); d) Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98, arts. 1.º e 5.º); e) Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/99, arts. 13 e 14, f) Lei Antitóxicos (Lei n. 10.409/2002, art. 32, 2.º).

4. Valor probatório

A delação (não-premiada) de um concorrente do crime por outro, em sede policial ou em juízo, denominada “chamada de co-réu” ou “confissão delatória”, embora não tenha o condão de embasar, por si só, uma condenação, adquire força probante suficiente desde que harmônica com as outras provas produzidas sob o crivo do contraditório (STF, HC n. 75.226; STJ, HC n. 11.240 e n. 17.276). Esse entendimento, objetado por parte da doutrina, ganhou reforço após o advento da Lei n. 10.792/2003, a qual garantiu à acusação e à defesa a possibilidade de solicitar ao Juiz o esclarecimento de fatos não tratados no interrogatório, conferindo-lhe natureza contraditória e, conseqüentemente, maior valor e credibilidade (art. 188 do CPP). O mesmo raciocínio deve ser aplicado à “delação premiada”: não se pode dar a ela valor probatório absoluto, ainda que produzida em juízo. É mister que esteja em consonância com as outras provas existentes nos autos para lastrear uma condenação, de modo a se extrair do conjunto a convicção necessária para a imposição de uma pena.

5. Voluntariedade x espontaneidade

Voluntário é o ato produzido por vontade livre e consciente do sujeito, ainda que sugerido por terceiros, mas sem qualquer espécie de coação física ou psicológica. Ato espontâneo, por sua vez, constitui aquele resultante da mesma vontade livre e consciente, cuja iniciativa foi pessoal, isto é, sem qualquer tipo de sugestão por parte de outras pessoas.

Pergunta-se: a “delação premiada” deve ser decorrente de um ato voluntário ou espontâneo? Se a autoridade policial ou o órgão da acusação propuserem o benefício, ainda assim poderia o Juiz concedê-lo?

Depende. A legislação brasileira, lamentavelmente, não trata o assunto com uniformidade. Assim, enquanto a Lei do Crime Organizado, a Lei de Lavagem de Capitais e a Lei Antitóxicos expressamente exigem a *espontaneidade*, a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (aplicável a qualquer delito), contenta-se com a *voluntariedade* do ato ⁽¹⁾. Desse modo, não faria jus ao prêmio quem, sugerido

⁽¹⁾ No art. 159, 4.º, do CP, pela omissão da Lei, é indiferente seja o ato espontâneo ou voluntário. Exige-se, apenas, a *eficácia* da delação.

por terceiros (autoridades públicas ou não), delatasse seus comparsas em crimes praticados por organização criminosa ou lavagem de capitais. Ressalve-se, contudo, a possibilidade de aplicação subsidiária da Lei n. 9.807/99 a esses crimes, dado o seu caráter geral. Vale dizer: diante de uma colaboração voluntária, embora não espontânea, torna-se possível o perdão judicial ou a redução da pena para delitos tratados pelas Leis n. 9.034/95 e 9.613/98 somente com base na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, desde que preenchidos os requisitos de seus arts. 13 e 14.

6. Traição de concorrentes por crimes diversos

Suponha-se que uma pessoa que não integre bando ou quadrilha esteja sendo processada pela prática de determinado delito. Ao ser interrogada, delate quadrilheiros co-autores de outro crime, do qual não participara e que não se relaciona com o ilícito por ela praticado. Sendo eficaz a colaboração, pode ser beneficiada pela "delação premiada"?

Entendemos que não, uma vez que as normas relativas à matéria exigem que o sujeito ativo da delação seja participante do delito questionado (co-autor ou partícipe) ⁽²⁾. Em nosso ordenamento jurídico, essa possibilidade somente era possível quando da vigência das Ordenações Filipinas (título CXVI). Agora, não mais.

7. "Delação premiada" após o trânsito em julgado da sentença condenatória

A análise dos dispositivos referentes à "delação premiada" indica, em uma primeira análise, que o benefício somente poderia ser aplicado até a fase da sentença. Não se pode excluir, todavia, a possibilidade de concessão do prêmio após o trânsito em julgado, mediante *revisão criminal*. Uma das hipóteses de rescisão de coisa julgada no crime é a descoberta de nova prova de "inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena" (art. 621, III, do CPP). Parece-nos sustentável, portanto, que uma colaboração posterior ao trânsito em julgado seja beneficiada com os prêmios relativos à "delação premiada".

O argumento de que não seria cabível em fase de execução, por ser o momento de concessão dos benefícios (redução de pena, regime penitenciário brando, substituição de prisão por pena alternativa ou extinção da punibilidade) o da sentença, não nos convence. O art. 621 do CPP autoriza explicitamente desde a redução da pena até a absolvição do réu em sede de revisão criminal, de modo

⁽²⁾ Nesse sentido: JESUS, Damásio de. *Temas de direito criminal*. 2.ª série. Saraiva: São Paulo, 2002, pp. 30-31.

que este também deve ser considerado um dos momentos adequados para exame de benefícios aos autores de crimes, inclusive em relação ao instituto ora analisado. Exigir-se-á, evidentemente, o preenchimento de todos os requisitos legais, inclusive o de que o ato se refira à delação dos co-autores ou partícipes do(s) crime(s) objeto da sentença rescindenda. Será preciso, ademais, que esses concorrentes não tenham sido absolvidos definitivamente no processo originário, uma vez que, nessa hipótese, formada a coisa julgada material, a colaboração, ainda que sincera, jamais seria *eficaz*, diante da impossibilidade de revisão criminal *pro societate*.

8. Conclusão

A polêmica em torno da “delação premiada”, em razão de seu absurdo ético, nunca deixará de existir. Se, de um lado, representa importante mecanismo de combate à criminalidade organizada, de outro, parte traduz-se num incentivo legal à traição.

A nós, estudiosos e aplicadores do Direito, incumbe o dever de utilizá-la *cum grano salis*, notadamente em razão da ausência de uniformidade em seu regramento. Não se pode fazer dela um fim em si mesma, vale dizer, não podem as autoridades encarregadas da persecução penal contentarem-se com a “delação”, sem buscar outros meios probatórios tendentes a confirmá-la.

A falta de harmonia em seu regramento, ademais, pode gerar alguma dificuldade na sua aplicação. Questões como a incidência do benefício quando a “delação” é sugerida por autoridades públicas, a viabilidade de sua aplicação em sede de revisão criminal, entre outras, mereceriam um tratamento expresso em nosso Direito Positivo. Esses obstáculos poderiam ser ultrapassados mediante a elaboração de uma legislação específica, de modo a evitar discrepâncias normativas e suprir possíveis lacunas acerca do tema.

(*) DAMÁSIO DE JESUS é Ex-membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, Doutor *Honoris Causa* em Direito pela Universidade de Estudos de Salerno (Itália), Presidente e Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, Diretor-Geral e Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus e no Curso do Prof. Damásio *Via Satélite* (telepresencial). Conferencista no XI Congresso Mundial das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Penal (Bangcoc/2005).

Integração de Eficácia da Emenda Constitucional nº 45/2004 - A Iniciativa Legislativa na Regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público

EMERSON GARCIA (*)

Sumário: I - Introdução; II - Aspectos Gerais da Iniciativa Legislativa; III - A Iniciativa Legislativa nas Matérias Afetas ao Conselho Nacional do Ministério Público; Conclusão.

I - INTRODUÇÃO

Como epílogo de um intenso movimento orquestrado por forças vinculadas aos Poderes Executivo e Legislativo da União, foi promulgada, em 8 de dezembro de 2004, a Emenda Constitucional nº 45, diploma reformador que, dentre outras ambições, tinha por fim redimensionar e intensificar a fiscalização de atos concernentes à autonomia financeira e administrativa, inclusive sob a ótica disciplinar, do Ministério Público e do Poder Judiciário, nos níveis federal, estadual e distrital.

A fiscalização idealizada, nitidamente mais intensa que a promovida pelos mecanismos de controle externo então existentes (*v.g.*: os Tribunais de Contas), será da alçada de dois colegiados autônomos e independentes em relação às demais estruturas de poder contempladas na Constituição da República: o Conselho Nacional do Ministério Público ⁽¹⁾ e o Conselho Nacional de Justiça⁽²⁾.

Apesar de o texto constitucional não assegurar, de forma expressa, a autonomia desses colegiados, é plenamente factível a constatação de que esse atributo está ínsito no sistema. Autonomia, como se sabe, deriva da união das palavras gregas *auto*, que indica aquilo que é próprio, e *nomia*, que significa regra, norma. Em termos amplos, entende-se por autonomia a prerrogativa consentida de estabelecer as próprias normas a serem seguidas. COSTANTINO MORTATI ⁽³⁾, discorrendo sobre as características intrínsecas e a *ratio* da autonomia, afirma que “*tal termo, segundo o seu significado (do grego: autos - si próprio, nemein - governar), quer significar a liberdade de determinação consentida para um sujeito, traduzindo-se no poder de estabelecer para si a lei reguladora da própria ação, ou, mais compreensivamente, o poder de prover os interesses próprios e, portanto, de gozar e*

⁽¹⁾ Art. 130-A da CR/1988.

⁽²⁾ Art. 103-A da CR/1988.

⁽³⁾ *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, 9ª ed., Pádua: Cedam, 1976, p. 824.

dispor dos meios necessários para obter uma harmônica e coordenada satisfação dos mesmos interesses. A autonomia, portanto, pressupõe a independência quanto aos outros poderes e vale no âmbito em que esta se estende.” O núcleo essencial do princípio da divisão dos poderes indica que um deles não deve estar legitimado a controlar ou a subjugar os demais, daí a conclusão lógica de que a atividade de controle externo desenvolvida pelos referidos Conselhos é de todo incompatível com a ingerência de forças exógenas dominantes na sua organização e funcionamento. Fala-se em forças dominantes de modo a não excluir a concorrência de forças, mecanismo de *checks and balances* imprescindível à coexistência dos órgãos de soberania ⁽⁴⁾.

Reconhecida a autonomia dos Conselhos e, *ipso iure*, excluída a possibilidade de serem concebidos como meros órgãos administrativos vinculados a uma estrutura de poder que direcione e delimite a sua esfera de atuação, põe-se o problema, de todo relevante, de identificar o responsável pela deflagração do processo legislativo que culminará com a aprovação da normatização de regência de suas atividades.

Para o deslinde da questão, nos parece aconselhável o exame, ainda que perfunctório, das seguintes proposições: a) a razão de ser da iniciativa legislativa; b) o tratamento dispensado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao Conselho Nacional do Ministério Público; e c) a possível dicotomia de tratamento entre as fases de instalação e funcionamento do Conselho Nacional do Ministério Público.

Ao final, poderemos concluir pela regularidade ou não do Projeto de Lei nº 5.049/2005 e do anexo MMP-1/2005, subscritos pelo Procurador-Geral da República, na condição de Chefe do Ministério Público da União, que visa a regulamentar os critérios de escolha dos integrantes do Conselho Nacional do Ministério Público e a criar a estrutura material do órgão.

II - ASPECTOS GERAIS DA INICIATIVA LEGISLATIVA

A lei em sentido formal, concebida como o ato normativo decorrente da atividade finalística dos órgãos primordialmente incumbidos da função legislativa, é resultado de um procedimento complexo, lógica e cronologicamente concatenado ⁽⁵⁾ consoante as prescrições da Constituição da República, fundamento último de validade da ordem positiva estatal ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Como afirmou JELLINEK, discorrendo sobre a clássica teoria de MONTESQUIEU, “os poderes independentes formam entre si, ao mesmo tempo, uma rede que enlaça uns com os outros, fluindo-se mutuamente como reguladores” (*Allgemeine Staatslehre, Teoria general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 545). Sensível a essa realidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da composição híbrida do Conselho Nacional de Justiça, que congrega integrantes oriundos do Judiciário e do Ministério Público, bem como advogados e cidadãos, estes últimos indicados pelas Casas do Congresso Nacional (Pleno, ADI nº 3367, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 13/04/2005).

⁽⁵⁾ Cf. COSTANTINO MORTATI, *op. cit.*, p. 726.

⁽⁶⁾ Cf. HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre, Teoria Pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 246 e ss.

A partir de uma perspectiva de divisão orgânico-funcional do poder, a produção normativa (*rectius*: as fases de iniciativa, discussão, votação, aprovação e promulgação) deveria se principiar e ultimar no mesmo plano existencial, vale dizer, no âmbito do órgão legislativo competente para deliberar sobre a matéria versada, o qual goza de legitimidade para tanto ⁽⁷⁾.

Esse modelo, no entanto, tem sido suavizado em inúmeros Estados, permitindo que órgãos estranhos ao Legislativo deflagrem o respectivo processo, quer de forma privativa, ⁽⁸⁾ quer de modo concorrente ⁽¹⁰⁾, ingerência que se estende à possibilidade de outro órgão fazer parte do processo legislativo e obstar que as deliberações tomadas venham a ter o seu cunho normativo aperfeiçoado ⁽¹¹⁾ ou mesmo com o controle preventivo ⁽¹²⁾ ou repressivo ⁽¹³⁾ de

⁽⁷⁾ Para RUDOLF LAUN (*A Democracia, Ensaio Sociológico, Jurídico e de Filosofia Política*, trad. de Albino Camargo, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936, p. 220), "a proposição que afirma que o parlamento representa o povo, pode perfeitamente não aparecer na carta constitucional de uma república democrática mediata. É o caso, por exemplo, da lei constitucional francesa de 1875. A competência do parlamento poderia ser designada como um 'direito' do parlamento".

⁽⁸⁾ Na Inglaterra, mostra-se extremamente reduzido o âmbito de iniciativa legislativa dos membros do Parlamento, cabendo ao Governo, na maior parte dos casos, iniciar o processo legislativo. Cf. A. W. BRADLEY e K. D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, 13ª ed., Harlow: Pearson Education Limited, 2003, p. 185.

⁽⁹⁾ Em Portugal, a iniciativa das leis da República especificamente voltadas às regiões autónomas (Açores e Madeira) é privativa das respectivas assembleias legislativas regionais (art. 167, 1, *in fine*, da Constituição).

⁽¹⁰⁾ Consoante o art. 76, 1 da *Grundgesetz* alemã, o Governo Federal, os membros do *Bundestag* (integrado por 598 Deputados eleitos por sufrágio universal - art. 38) e do *Bundesrat* (composto por membros dos Governos dos *Länder* - Estados - art. 51, 1) têm iniciativa concorrente para apresentar projetos de lei no *Bundestag*. Cf. GERHARD ROBBERS, *Einführung in das deutsche Recht*, 3ª ed., Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, pp. 67/70. A Constituição Portuguesa, em seu art. 167, 1 assegura a iniciativa legislativa aos Deputados, aos grupos parlamentares, aos grupos de cidadãos eleitores e ao governo, embora consagre algumas restrições aos três primeiros (*v.g.*: não podem apresentar projetos de lei que envolvam, no exercício financeiro em curso, aumento das despesas ou diminuição das receitas do Estado previstas no orçamento - art. 167, 2). Em Portugal, denominam-se "*projectos de lei*" as iniciativas de cunho parlamentar (art. 167, 1, da Constituição) e "*proposta de lei*" a de natureza governamental, vale dizer, pertencente ao Governo (art. 167, 2, 4, 5 e 6; e art. 200, c, ambos da Constituição). Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 866. Na França, a iniciativa pertence concorrentemente ao Primeiro Ministro e ao Parlamento (art. 39, alínea 1, da Constituição): no primeiro caso, fala-se em "*projet de loi*", no segundo, em "*proposition de loi*". Cf. LOUIS FAVOREAU *et alii*, *Droit Constitutionnel*, 6ª ed., Paris: Dalloz: 2003, p. 711; e GEORGES BURDEAU *et alii*, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 27ª ed., Paris: L.C.D.J., 2001, p. 358. Na Espanha, o Governo, o Congresso de Deputados e o Senado detêm um poder de iniciativa plena (art. 87, 1, da Constituição), tendo as Assembleias das Comunidades Autónomas um poder restrito (art. 87, 2) e os cidadãos um poder cuja extensão e forma de exercício serão reguladas em lei orgânica (art. 87, 3). Cf. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN *et alii*, *Derecho Constitucional*, vol. II, 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 406.

⁽¹¹⁾ Nesse sentido, tem-se o poder de veto atribuído ao Presidente dos Estados Unidos pela Seção 7 da respectiva Constituição.

⁽¹²⁾ Na França, cabe ao Conselho Constitucional, órgão não-jurisdicional, se pronunciar, antes da respectiva promulgação, sobre a conformidade das leis orgânicas com a Constituição e, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma disposição, ela não poderá ser promulgada nem aplicada (arts. 61 e 62 da Constituição).

⁽¹³⁾ Na Espanha, cabe ao Tribunal Constitucional julgar a constitucionalidade das leis e demais

constitucionalidade, exercido ou não por órgãos jurisdicionais. Em verdade, trata-se de mais um mecanismo de controle do poder pelo próprio poder ("*le pouvoir arrête le pouvoir*"), evitando os efeitos deletérios que a concentração da produção normativa em um único órgão poderia gerar ⁽¹⁴⁾.

A primeira fase do *iter* procedimental de produção normativa situa-se na iniciativa legislativa, ato que confere o impulso necessário à atuação do órgão legislativo competente. Essa iniciativa pode assumir um contorno unitário ou pluralístico, conforme, respectivamente, esteja concentrada ou não em um único órgão ou agente. Face aos contornos assumidos pelo princípio democrático e às constantes mutações a que tem passado o princípio da divisão das funções estatais, têm sido frequentes a participação popular e a maior interação entre os órgãos de soberania, com a conseqüente ampliação dos legitimados a iniciar o processo legislativo.

Como se disse, a iniciativa legislativa tem a natureza jurídica de um *poder*, finalisticamente voltado à satisfação do interesse público e que deve manter-se adstrito às regras técnicas concernentes à formulação de projetos de lei ⁽¹⁵⁾ (v.g.: texto estruturado em artigos, elaboração de justificativa ao projeto *etc.*), quer previstas em lei, quer adotadas no âmbito dos órgãos legislativos. Esse poder, por sua vez, pode assumir a feição de um *direito-poder* ou de um *dever-poder*: no primeiro caso, confere-se aos legitimados uma faculdade de exercício, no segundo, uma obrigação, normalmente com a fixação de prazo ou a individualização de um fim específico a ser alcançado.

No Brasil, em regra ⁽¹⁶⁾, as Constituições Republicanas, em maior ou em menor extensão, sempre previram a possibilidade de agentes estranhos ao Legislativo iniciarem o processo de elaboração normativa. ⁽¹⁷⁾ Em comum, no entanto, apresentam os seguintes traços característicos: **a)** somente detém o poder de iniciativa legislativa os órgãos e agentes contemplados na Constituição; e **b)** o poder de iniciativa é qualitativamente variável, principiando por um espectro mais restrito, normalmente afeto às matérias estritamente relacionadas ao responsável pela iniciativa, até alcançar um âmbito quase universal, no qual

disposições normativas com força de lei (art. 161 da Constituição e art. 28.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional).

⁽¹⁴⁾ Cf. JOÃO BARBALHO, *Constituição Federal Brasileira - Commentários*, Rio de Janeiro: Briguiet, 1924, p. 71. Atualmente, como exceção, tem-se o processo legislativo das emendas constitucionais, que pode nascer e se desenvolver integralmente no âmbito do Congresso Nacional, isto porque aos seus membros é atribuída a respectiva iniciativa (art. 60, I, da CR/1988), sendo dispensável a sanção presidencial (art. 60, § 3º, da CR/1988).

⁽¹⁵⁾ Cf. GIUSEPPE DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Milão: CEDAM, 2001, p. 451.

⁽¹⁶⁾ A Constituição de 1891, embora tenha concentrado a iniciativa legislativa nos membros da Câmara e do Senado (art. 36), atribuiu às Assembléias Legislativas dos Estados a iniciativa concorrente para a reforma da Constituição, observada a sua subscrição por dois terços dos Estados (art. 90).

⁽¹⁷⁾ Distingue-se, ainda, entre iniciativa originária e iniciativa superveniente, conforme se tenha a abertura do processo legislativo ou a apresentação de proposta de alteração de um projeto já apresentado (JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 251; e J. J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 867).

somente estariam excluídas as matérias cuja iniciativa tenha sido privativamente atribuída a outro órgão ou agente.

Não fugindo à regra, dispõe o art. 61, *caput*, da Constituição de 1988 que “a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.”⁽¹⁸⁾ Os peremptórios termos desse preceito não deixam margem a dúvidas quanto a uma indefectível verdade: o poder de iniciativa não pode ser presumido, deve estar expresso na Constituição. Trata-se de enumeração taxativa, insuscetível de analogia ou interpretação extensiva. Acresça-se que o sistema brasileiro não contempla a possibilidade de o poder de iniciativa ser elástico por norma infraconstitucional, sendo cogente esteja ele contemplado no próprio texto que regula o processo legislativo.⁽¹⁹⁾

A partir de um singelo silogismo já é possível afirmar que o Conselho Superior do Ministério Público, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça, embora dotado de autonomia (inata, repita-se, não expressa), não detém o poder de iniciativa legislativa, ainda que em relação às matérias afetas à sua organização e esfera de atribuições.

Note-se que o sistema constitucional pátrio costuma atribuir às estruturas organizacionais dotadas de autonomia funcional, administrativa e financeira, de forma reservada ou concorrente, a iniciativa legislativa dos projetos de seu interesse específico. Com isto, busca-se prestigiar a autonomia dessas estruturas, evitando seja ela indiretamente afetada com a edição de um padrão normativo que termine por reduzir ou ampliar em demasia a esfera de atuação dos órgãos autônomos. Tal, no entanto, se não chega a configurar um dogma intangível, erige-se como requisito de coerência do sistema, o que permite concluir que o tratamento dispensado ao Conselho Nacional do Ministério Público importou em verdadeira ruptura, não sendo digno de encômios.

Identificados os detentores em potencial do poder de iniciativa, vale atentar para a parte final do preceito anteriormente transcrito: ele será exercido “na forma e nos casos previstos nesta Constituição.” Como se constata, o delineamento do exato alcance dessa regra exigirá seja ela integrada e compatibilizada com as demais normas constitucionais, desvendando o alcance desse poder e evitando

⁽¹⁸⁾ Ínsito no poder de iniciativa está o poder de retirada do projeto. Cf. COSTANTINO MORTATI, *op. cit.*, p. 734.

⁽¹⁹⁾ Em sentido algo diverso, a Constituição italiana contempla o poder de iniciativa de qualquer parlamentar, do governo, do eleitorado (art. 71), dos Conselhos Regionais (art. 121) e do Conselho Nacional da Economia e do Trabalho (art. 99), ressaltando, ainda, que a “*legge costituzionale*” pode estender essa iniciativa a outros sujeitos (art. 71, 1). Referida lei constitucional, a exemplo das emendas constitucionais brasileiras, pressupõe o tramitar de um processo legislativo mais complexo (art. 138 da Constituição italiana) e tanto pode visar à revisão da Constituição, modificando o seu texto, como à sua integração ou complementação.

o surgimento de zonas de tensão entre os distintos detentores do poder de iniciativa.

Em que pese à literalidade da regra, o sistema constitucional pátrio não agasalha a tese de que todas as pessoas e órgãos ali referidos detêm um poder de iniciativa concorrente para toda e qualquer matéria de competência das Casas do Congresso Nacional. Enquanto os membros e comissões das Casas Legislativas, os cidadãos e o Presidente da República possuem um poder de iniciativa geral, sendo igualmente assegurado ao último um campo de iniciativa reservada⁽²⁰⁾, o espectro de atuação do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Procurador-Geral da República é sensivelmente reduzido. Não possuem um poder de iniciativa geral, mas, tão-somente, uma iniciativa restrita às hipóteses contempladas na Constituição⁽²¹⁾.

O Supremo Tribunal Federal detém o poder de iniciativa da lei complementar que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura⁽²²⁾ e das leis de criação e extinção de cargos, de remuneração dos serviços auxiliares, e de fixação dos subsídios de seus membros⁽²³⁾.

Aos Tribunais Superiores cabe iniciar o processo legislativo tendente a alterar o número dos membros dos tribunais inferiores; a criação e a extinção de cargos e remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízes que lhes forem vinculados, bem como a fixação dos subsídios dos seus membros e dos tribunais inferiores; a criação ou a extinção dos tribunais inferiores; e a alteração da organização e da divisão judiciárias⁽²⁴⁾.

O Procurador-Geral da República, por sua vez, detém o poder de iniciativa concorrente, juntamente com o Presidente da República, para a lei complementar que estabelecerá as normas concernentes à organização, às atribuições e ao estatuto do Ministério Público da União⁽²⁵⁾. No que diz respeito à criação e à extinção dos cargos e serviços auxiliares da Instituição, a iniciativa, na condição de Chefe Institucional, é igualmente reservada a ele⁽²⁶⁾.

III - A INICIATIVA LEGISLATIVA NAS MATÉRIAS AFETAS AO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como concluímos ao tratar da autonomia do órgão, em harmonia com as razões que justificaram a criação do Conselho Nacional do Ministério Público,

⁽²⁰⁾ Vide art. 61, § 1º, da CR/1988.

⁽²¹⁾ Nesse sentido: JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 453.

⁽²²⁾ Vide art. 93, *caput*, da CR/1988.

⁽²³⁾ Vide art. 96, II, b, da CR/1988.

⁽²⁴⁾ Vide art. 96, II, a, b, c e d.

⁽²⁵⁾ Vide arts. 61, § 1º, II, d e 128, § 5º, da CR/1988. Sobre a aparente incompatibilidade entre esses preceitos, *vide*, de nossa autoria: *Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, Rio: Lumen Juris, 2004, p. 2.

⁽²⁶⁾ Vide art. 127, § 2º, da CR/1988 e art. 26, II, da Lei Complementar nº 75/1993.

desde a sua gênese concebido como um instrumento de controle externo, é possível afirmar que não se trata de órgão que integra o Ministério Público, quer da União, quer dos Estados. Do mesmo modo, não está inserido na estrutura dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, neste último caso quer no âmbito da administração direta, quer no da indireta, isto em razão da ausência de subordinação ou de qualquer espécie de tutela ou supervisão.

Trata-se de estrutura independente situada em patamar similar ao ocupado pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas no sistema constitucional pátrio: órgão constitucional autônomo dissociado dos Poderes do Estado. Diversamente do primeiro paradigma, não detém o poder de iniciativa legislativa, já que não incluído no rol do art. 61 da Constituição da República. A partir dessa constatação, *quid iuris?*

De logo, cabe afastar a aplicação da analogia nessa seara, não sendo possível estender tal poder aos órgãos que somente foram contemplados com um poder de iniciativa restrita: Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Procurador-Geral da República. Restaria, assim, a iniciativa geral assegurada aos membros e comissões das Casas do Congresso Nacional, aos cidadãos e ao Presidente da República.

Não obstante o aparente êxito dessa vertente argumentativa, vale mencionar que o art. 7º da Emenda Constitucional nº 45/2004 é expreso ao dispor 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”.

Essa regra, de meridiana clareza, restringe o poder de iniciativa dos projetos de lei voltados à regulamentação das matérias tratadas na Emenda Constitucional nº 45/2004, o que inclui aquelas afetas ao Conselho Nacional do Ministério Público, a uma comissão especial mista. Essa comissão, como deflui dos contornos semânticos da expressão, será integrada por membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o que lhe confere a necessária representatividade para o desempenho de tão relevante *munus*.

Exclui-se, assim, a possibilidade de o Presidente da República e os cidadãos apresentarem projetos de lei voltados à regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público. No entanto, influxos de ordem lógico-sistemática, alicerçados na constatação do caráter essencialmente temporário da comissão especial mista, indicam que, a partir da sua dissolução, aqueles irão readquirir o seu poder de iniciativa geral quanto à matéria.

De lege ferenda, melhor seria se ao próprio Conselho Nacional do Ministério Público fosse atribuído o poder de iniciativa legislativa, a exemplo, aliás, do que já se verifica em relação a outros órgãos colegiados autônomos, como é o caso do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.

CONCLUSÃO

Como desdobramento dessas breves considerações, já é possível concluir que o Ministério Público da União, apresentado pelo Procurador-Geral da República, não detém o poder de iniciativa legislativa para as leis destinadas à regulamentação dos critérios de escolha dos membros do Conselho Nacional do Ministério Público e para a criação da estrutura do órgão, o que é um claro indicativo do vício de iniciativa presente no Projeto de Lei nº 5.049/2005, ofertado pela referida Instituição à Câmara dos Deputados.

O vício de iniciativa, em apertada síntese, decorre dos seguintes fatores: a) o poder de iniciativa legislativa deve estar expresso na Constituição, não podendo ser presumido ou analogicamente estendido; b) a Constituição da República não confere ao Conselho Nacional do Ministério Público o poder de iniciativa legislativa; c) o Ministério Público da União é tão-somente representado no referido órgão colegiado, não o materializa; d) o poder de iniciativa do Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público da União, é restrito às matérias afetas à Instituição; e e) o art. 7º da Emenda Constitucional nº 45/2004 atribuiu a uma comissão mista, com exclusividade, o poder de iniciativa da lei destinada a regulamentar o Conselho Nacional do Ministério Público.

Rio de Janeiro, 18 de abril de 2005.

(*) EMERSON GARCIA é Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça, Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais e Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

Reforma do Poder Judiciário⁽¹⁾

HELICIO ALVES DE ASSUMPTÃO⁽²⁾

I. INTRODUÇÃO

1. Quero, inicialmente, manifestar aqui de público o prazer e a honra de participar deste simpósio, ao lado de Professores de alta nomeada, em evento no qual se procura comparar, principalmente sob o prisma da Justiça civil, a cultura brasileira e a multissecular cultura japonesa, com a qual, em tantos campos do conhecimento, temos nós tanto a aprender.

2. O tema sobre o qual sou chamado a falar diz respeito à reforma constitucional do Poder Judiciário. Mais especificamente: aos principais aspectos da reforma constitucional que se acha em curso no Brasil, e notadamente às suas projeções no campo do processo civil.

É assunto que não se pretende – nem se poderia – esgotar nos limites de uma palestra.

3. A Justiça se encontra disciplinada em grande parte na Constituição Federal de 1988.

É nela que se encontram definidos os órgãos que integram o Poder Judiciário e, nas suas linhas fundamentais, as áreas dentro das quais cada um deles exerce jurisdição.

É na Constituição Federal que se inscrevem os princípios fundamentais pelos quais se rege o processo: o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório e da ampla defesa, o da publicidade dos atos processuais, o da motivação das decisões judiciais, o da assistência jurídica aos necessitados e tantos outros.

É ainda na Constituição Federal que estão as linhas mestras do estatuto da magistratura.

⁽¹⁾ Exposição feita no III Simpósio Internacional Brasil-Japão, promovido pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro em setembro de 2005.

⁽²⁾ HELCIO ALVES DE ASSUMPTÃO é Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UERJ e Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Compreende-se, assim, até certo ponto, que, pretendendo alterar-se a Justiça, se tenha cogitado da reforma do texto constitucional.

A reforma constitucional tem origem, a rigor, em projeto apresentado em 1992 à Câmara dos Deputados – embora seja justo ressaltar que, da proposta originária, na sua longa tramitação, muito pouco se aproveitou; basta confrontar o projeto de 1992 com a Emenda Constitucional 45 num único ponto: aquele pura e simplesmente extinguiu a Justiça comum federal, enquanto esta não somente a mantém, como lhe reforça notavelmente a atuação.

O pano de fundo sob o qual declaradamente se move a reforma – curiosamente presente em vários Países com linhas bastante semelhantes – é a crise que nos últimos tempos se abateu sobre o funcionamento da Justiça, de quem se cobra, justificadamente o mais das vezes, mas em muitos casos sem conhecimento dos fenômenos judiciários, e em alguns de má-fé, uma atuação de maior amplitude, de efetividade mais vigorosa e, principalmente, celeridade, muita celeridade – uma celeridade que frequentemente se deseja obter a qualquer custo, e que, em certos momentos, se parece querer utopicamente emparelhar com a vertiginosa velocidade das informações no mundo moderno.

A reforma é apresentada com a finalidade declarada de melhorar esse estado de coisas.

É duvidoso, a meu ver, que o objetivo se alcance, assim como me parecem duvidosas certas premissas do ímpeto reformador que se colhem aqui e alhures, como o de que, por exemplo, existe um relacionamento inexorável e estreito, suscetível de ser quantificado, entre a velocidade de tramitação dos processos e o nível de crescimento e desenvolvimento econômico das nações. É dado que entre nós se chega a afirmar e a mensurar com o requinte de precisão absoluta, mas que a observação da realidade judiciária de países mais e menos prósperos parece desmentir.

Trata-se de reforma que não escapa à crítica que tem enfática e justamente endereçado às reformas processuais de um modo geral o Prof. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: alteram-se entre nós a Constituição e as leis sem um prévio levantamento empírico do problema que se quer resolver, com o inevitável resultado de não ser incomum que, além de não resolver-se o problema, outros terminem sendo criados, que se somam aos existentes, agravando, ao invés de melhorar, o estado das coisas. É fenômeno que se verifica nas sucessivas reformas por que têm passado o CPC e a legislação processual de um modo geral. É fenômeno igualmente presente na reforma constitucional do Poder Judiciário, malgrado haver tramitado pelo Congresso por mais de uma década.

Uma das etapas da reforma constitucional, como quer que seja, já se completou, e se traduziu na edição de emenda constitucional, de nº 45, promulgada e publicada em dezembro de 2004. Uma outra, que se desgarrou da primeira, ainda se acha em curso no Congresso Nacional (PEC 358, de 2005). O desmembramento da reforma se deve ao fato de que emendas constitucionais, para serem aprovadas, dependem da votação favorável, por *quorum* qualificado, em dois turnos, da proposta por cada uma das Casas do Congresso Nacional, e ao entendimento, que tem sido adotado, não sem conseqüências indesejáveis,

de que aprovado um projeto por uma das Casas, e enviado à outra, o que esta aprovar do texto original deve ser objeto de imediata promulgação, sem prejuízo de remeter-se à Casa de origem aquilo que tiver sido objeto de alteração. As modificações na Constituição Federal são assim feitas em etapas, ou em fatias, com prejuízo evidente para a preservação do caráter sistemático que eventualmente possuam.

Dito isso, passo à exposição, que pretendo limitar a alguns tópicos, na impossibilidade de cuidar de todos. Esclareço que dela deliberadamente excluo alterações atinentes ao regime jurídico da magistratura, que formam grande parte da Emenda Constitucional 45, por meio de regras que, em boa técnica, sequer mereceriam figurar em texto constitucional.

II. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

4. O primeiro ponto que pretendo abordar diz respeito à criação do Conselho Nacional de Justiça.

O Poder Judiciário tem entre nós estrutura complexa, que engloba o Supremo Tribunal Federal – que é órgão de cúpula do sistema, e cumpre as complexas e delicadas funções de guarda máxima da Constituição Federal, com outras, compatíveis com a posição que ocupa na estrutura judiciária –, e quatro grandes organismos judiciários: a Justiça militar, a Justiça eleitoral, a Justiça trabalhista e a Justiça comum, desdobrando-se esta última, por sua vez, em Justiça federal e em Justíças dos Estados e do DF. Em cada um desses organismos há juízos que atuam em primeiro grau, tribunais cuja competência primordial consiste em rever as decisões lá proferidas, e tribunais superiores⁽³⁾, de caráter nacional, com competência em todo o território do País. À Justiça comum federal e local (Estados e DF) está acoplado sistema de juizados especiais e de turmas recursais, competentes para causas de menor complexidade.

Parece conveniente aqui assinalar que, embora nosso direito processual tenha origem e continue a buscar ainda hoje inspiração predominante no direito continental europeu, a que certamente se filia, nossas instituições políticas, aí incluídas as judiciárias, tiveram como fonte, particularmente a partir da proclamação da República, os EUA, de onde transplantamos, não sem adaptações locais e sem certas rejeições tópicas, a noção de federação – que entre nós a história republicana se incumbiu de mitigar –, o princípio da separação de poderes, com os freios e contrapesos que o caracterizam, e o modelo judiciário, pelo menos em seus traços mais amplos, e nele, particularmente, a idéia de que o Poder Judiciário é um Poder político em tudo equiparado aos demais, ao qual incumbe o monopólio da função jurisdicional – com exceções discutíveis e de pequena monta –, estando investido, em limites e formas que variaram no tempo, do controle da atividade realizada pelo Poder Executivo e do controle, direto e indireto, da constitucionalidade das leis.

⁽³⁾ A exceção fica por conta da Justiça militar, em que não há tribunais intermediários.

A Emenda Constitucional 45 não produziu alteração de monta na estrutura do Poder Judiciário propriamente dito. Houve alterações de competência, que não chegaram a ser significativas, embora tenham suscitado algumas controvérsias ainda não inteiramente solvidas.

Mas nele se resolveu introduzir um órgão, em que se consubstancia dissimuladamente uma espécie de controle externo da magistratura, que mal se compadece, a meu ver, com o modelo implantado na República: o Conselho Nacional de Justiça.

É um dos pontos de destaque – e de polêmica – da Emenda Constitucional 45: a instituição de um mecanismo nacional de controle sobre a magistratura, a ser realizado por órgão de composição numerosa – 15 membros – e extremamente heterogênea, em que se juntam Ministros do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais superiores, membros da Justiça trabalhista e federal, das Justiças dos Estados e do DF, membros do Ministério Público, integrantes da advocacia, e dois cidadãos, estes últimos indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Pode dizer-se, aliás, que, além da criação de escolas de magistratura, constitui uma obsessão da Emenda Constitucional 45 a criação de conselhos: há um Conselho na Justiça federal e outro na Justiça trabalhista.

Trata-se de órgão, o Conselho Nacional de Justiça, que não desempenha qualquer função jurisdicional, mas se encontra inserido, apesar disso, entre os integrantes do Poder Judiciário, com tarefas que podem ser sintetizadas no exercício de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura, inclusive com a possibilidade de aplicação de penalidades.

5. A criação do Conselho Nacional de Justiça foi objeto de acirrada polêmica durante a tramitação do projeto e depois da promulgação da Emenda Constitucional. Contra a sua instituição justificadamente, a meu ver, se alegou que, por sua composição, configurava mecanismo suscetível de colocar em xeque, ou pelo menos comprometer, a independência do Poder Judiciário – no mínimo a independência externa, que entre nós, sem ser absoluta, porque sujeita a sistema delineado pela própria Carta Federal em sua feição originária, figura em cláusula pétrea, imune, portanto, a modificações oriundas do constituinte derivado.

Antes, aliás, da Emenda Constitucional 45, a propósito de iniciativas do gênero adotadas em alguns Estados, teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de pronunciar-se mais de uma vez. Em todas, invariavelmente, condenou a criação do órgão, com fundamentação na verdade extensível ao Conselho instituído pela Emenda Constitucional 45.

Foi o que se verificou, por exemplo, em decisão tomada por unanimidade de votos, no julgamento da ADIN 98, de que foi relator o eminente Min. Sepúlveda Pertence.

Vale a pena conhecer parte da ementa do acórdão, que põe em destaque convincente refutação à propriedade – e à legitimidade constitucional – de importar-se da Europa continental modelo de conselhos superiores da magistratura:

“1. Na formulação positiva do constitucionalismo republicano brasileiro, o autogoverno do Judiciário – além de espaços variáveis de autonomia financeira e orçamentária – reputa-se corolário da independência do Poder (ADIn 135-PB, Gallotti, 21.11.96): viola-o, pois, a instituição de órgão do chamado “controle externo”, com participação de agentes ou representantes dos outros Poderes do Estado.

2. A experiência da Europa continental não se pode transplantar sem traumas para o regime brasileiro de poderes: lá, os conselhos superiores da magistratura representaram um avanço significativo no sentido da independência do Judiciário, na medida em que nada lhe tomaram do poder de administrar-se, de que nunca antes dispuseram, mas, ao contrário, transferiram a colegiados onde a magistratura tem presença relevante, quando não majoritária, poderes de administração judicial e sobre os quadros da magistratura que historicamente eram reservados ao Executivo; a mesma instituição, contudo, traduziria retrocesso e violência constitucional, onde, como sucede no Brasil, a idéia da independência do Judiciário está extensamente imbricada com os predicados de autogoverno crescentemente outorgados aos Tribunais.”

No corpo do acórdão, ressaltou o ilustre Ministro dado igualmente relevante: a criação de conselhos da magistratura na Europa, em quase todos os casos em que se deu, não ocorreu em sistemas de unidade de jurisdição, como o nosso, onde o Poder Judiciário, em todos os níveis, tem a tarefa de examinar atos da Administração e, mais ainda, de efetuar a verificação da constitucionalidade das leis.

De tal modo se estratificou o entendimento do Supremo Tribunal Federal que este chegou a inserir na Súmula de sua jurisprudência um enunciado, de nº 649, de acordo com o qual ficou proclamada a inconstitucionalidade da criação, “por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades”.

Por esse motivo, antes mesmo da publicação da Emenda Constitucional 45, a AMB propôs ação direta de inconstitucionalidade (de nº 3367), sustentando que o Conselho Nacional de Justiça envolvia ofensa ao princípio da separação de Poderes e à federação.

Por maioria de votos, em sessão de abril do corrente ano, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido. A alegação de ofensa ao pacto federativo, que consistiria em haver-se criado órgão da União habilitado a imiscuir-se na Justiça dos Estados, foi descartada com base em que tem a Justiça brasileira caráter nacional, inclusive pelo relacionamento funcional que ordinariamente mantém o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais superiores

com a Justiça dos Estados. À afirmação de que o Conselho Nacional de Justiça, por sua composição híbrida e pelas competências que detêm, seria suscetível de comprometer, em um de seus aspectos, a independência do Poder Judiciário, contrapôs o eminente relator da ADIN, Min. Cezar Peluso, depois de salientar, com razão, que independência envolve necessariamente responsabilidade, que ao Conselho Nacional de Justiça não fora cometida qualquer parcela de função jurisdicional, nem qualquer outra atribuição capaz de comprometer o desempenho da função típica do Poder Judiciário. Assinalo que no julgamento ficou explicitado que ao Conselho Nacional de Justiça não estava submetido o Supremo Tribunal Federal – embora a conclusão não decorra da Constituição Federal, nem constitua consectário necessário de ter o Supremo Tribunal Federal competência para apreciar ações propostas contra os atos do Conselho Nacional de Justiça.

6. A questão está solvida. *Roma locuta, causa finita*. Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade são dotadas, pela Constituição Federal, de caráter vinculativo *erga omnes*, de modo que a controvérsia não poderá suscitar-se novamente para nenhum fim útil.

Isso não impede, contudo, que, sem desrespeito à decisão, e sem negar a consistência e erudição dos argumentos em que se fundou a maioria do Tribunal para repelir a inconstitucionalidade, se continue a entender – e sustentar doutrinariamente – que o vício estava presente, e não obsta a que se discuta a conveniência da iniciativa da Emenda Constitucional 45 (ponto que, aliás, justiça se lhe faça, o Relator não deixou de colocar em séria dúvida). É para mim difícil compreender que se considere imune o exercício da função jurisdicional a qualquer possibilidade de interferência quando os órgãos que a desempenham se encontram subordinados ao controle administrativo, financeiro e disciplinar de um Conselho para cuja composição concorrem o Poder Executivo, o Poder Legislativo, de mais de um modo, o Ministério Público e a OAB. É difícil conceber que o autogoverno dos Tribunais, que tinha limites traçados pela Constituição Federal, remanesça absolutamente incólume a uma supervisão que se lhe impõe no tocante à atividade administrativa e à atividade financeira. É difícil imaginar que o controle dos meios de que se vale o Poder Judiciário para desempenhar sua função seja absolutamente insuscetível de repercutir sobre os fins – que precisam ficar alheios a quaisquer injunções que não sejam fruto exclusivamente da lei e da consciência dos magistrados. Como já foi dito em várias oportunidades com maior autoridade, entre outros inconvenientes, a influência de órgãos eleitos sobre a atuação jurisdicional pode gerar o risco lamentável de que os juízes tenham de preocupar-se mais com a popularidade de suas decisões do que com a justiça que deve exclusivamente inspirá-las.

Se a constitucionalidade da instituição do Conselho Nacional de Justiça está definida, somente o futuro poderá permitir que se afirmem os efeitos que seu funcionamento será capaz de gerar sobre a independência do Poder Judiciário e sobre a imparcialidade de seus atos.

III. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: REPERCUSSÃO GERAL

7. Um segundo tópico a ser abordado diz com o fato de que a reforma constitucional em curso procura enfrentar problema de que se ocupam ordenamentos estrangeiros e de que já cuidou o direito brasileiro anterior a 1988, em fórmula que a Constituição Federal de 1988 descartou: a questão relativa à necessidade de estabelecer mecanismo de filtragem capaz de impedir que terminem tendo acesso ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais superiores, por meio de recursos, causas de menor expressão, que sobrecarregariam as cortes, em detrimento da qualidade dos seus julgamentos, quando não da própria viabilidade de seu funcionamento.

A solução, ou pelo menos uma tentativa de solução, estava presente no direito brasileiro anterior. A Carta de 1969 atribuía ao Supremo Tribunal Federal - cuja competência recursal abarcava então a apreciação de todas as questões de direito federal, constitucionais ou não - o poder de indicar, em relação às hipóteses mais utilizadas de interposição de recurso extraordinário, as causas nas quais o recurso seria admissível, consideradas, para esse fim, num primeiro momento, a respectiva natureza, espécie e valor, e, a partir de 1977, também a respectiva relevância.

O Supremo Tribunal Federal exerceu o poder que lhe foi outorgado em seu Regimento Interno, estabelecendo restrições ao cabimento ao recurso extraordinário, mediante a definição de casos nos quais o recurso seria incabível, a despeito de preencher os requisitos constitucionais de cabimento.

As restrições regimentais variaram - e aumentaram - ao longo do tempo, cumprindo observar, contudo, que a Corte delas sempre afastou a alegação de ofensa à Constituição Federal.

A partir de meados da década de setenta, o Regimento Interno passou a contemplar o reconhecimento da relevância da questão federal suscitada no recurso como causa suscetível de afastar os impedimentos regimentais. O cabimento ficava subordinado, assim, a, de um lado, o recurso atender às exigências delineadas na Constituição e, de outro, a não estar vedado no Regimento, ou, estando, a ser a matéria considerada relevante pelo Supremo Tribunal Federal.

Em modificação regimental ocorrida em 1985, chegou o Supremo Tribunal Federal a esboçar uma definição do que se deveria entender como relevante: "questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal (art. 327, § 1º).

A apreciação da relevância estava disciplinada no Regimento Interno, era suscitada em incidente que se processava em autos apartados dos autos principais e recebeu o nome de arguição de relevância.

As restrições regimentais ao cabimento do recurso provocavam insatisfações, e a arguição de relevância, além de constituir um fator adicional de complicação em recurso cuja interposição jamais foi simples, atraiu

respeitabilíssimas críticas doutrinárias, particularmente pelo fato de ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em sessão a que não tinham acesso as partes, e de ser decidida em ato não fundamentado, características que acompanharam o instituto durante toda sua existência, embora, a partir de certo momento, o Supremo Tribunal Federal tenha passado a divulgar as questões cuja relevância admitira.

Em 1988, com a vigência da Constituição Federal então editada, foi abandonada toda a construção que até então se erguera. A nova Carta suprimiu o poder que se conferira à Suprema Corte de estabelecer restrições ao cabimento do recurso extraordinário, e criou tribunal com o qual repartiu a competência recursal até então exclusiva do Supremo Tribunal Federal: com este permaneceu a tarefa de apreciar questões de ordem constitucional; questões infraconstitucionais em processos oriundos da Justiça comum passaram à competência do Superior Tribunal de Justiça.

Provavelmente por esse motivo – mas com inescusável ingenuidade –, supôs-se desnecessário a partir daí estabelecer qualquer filtro em relação aos recursos endereçados, quer ao Supremo Tribunal Federal, quer ao Superior Tribunal de Justiça, que passaram a ser cabíveis sempre, desde que presente questão de direito federal.

8. É a este equívoco, que em pouco tempo produziu efeitos alarmantes sobre o volume de trabalho do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que a Emenda Constitucional 45 e a PEC 358 procuram dar solução.

Não se trata, aliás, de soluções uniformes.

No caso do recurso especial, a PEC 358 prevê que a lei estabeleça casos de inadmissibilidade do recurso, sem fornecer qualquer pista a respeito do critério a ser adotado.

No do recurso extraordinário, a Emenda Constitucional 45, em regra que remete a disciplina legal e parece não ser auto-aplicável, indica ela própria os parâmetros a serem adotados. Parte de uma divisão das questões constitucionais: as que têm “repercussão geral”, e as que não a têm. Pode soar estranho que se concebam questões constitucionais sem “repercussão geral”; como se viu, sob o direito anterior, questões constitucionais sempre foram consideradas relevantes para fins de cabimento do recurso extraordinário; a hipótese se torna menos absurda se se leva em conta o casuísmo da Constituição Federal de 1988, que disciplina em pormenor muitas vezes incompatível com o que deveria nela figurar vários aspectos da vida social. De qualquer modo, só recursos cujo julgamento envolva “repercussão geral” merecerão apreciação, incumbindo ao recorrente demonstrar-lhe a ocorrência.

Prevê-se a necessidade de lei para que o dispositivo vigore. Não creio possua o legislador a incumbência de dizer o que envolve e o que não envolve “repercussão geral”. Mas vai caber-lhe certamente estabelecer a forma de arguição.

A Emenda Constitucional 45 desde logo prevê um *quorum* de rejeição: para que não se considere presente “repercussão geral”, é preciso que neste

sentido votem dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. É o que dispõe o § 3º do art. 102 ⁽⁴⁾.

Deixando de lado certa estranheza que provoca a expressão escolhida pelo constituinte, "repercussão geral", que parece traduzir a idéia de que recursos extraordinários, para serem admissíveis, devem versar sobre questões suscetíveis de influir em certo número, expressivo, de relações jurídicas, adotando, assim, literalmente, um critério quantitativo, quando a qualidade das questões - sua relevância - é que deveria considerar-se, não é impossível imaginar que o dispositivo talvez não alcance o efeito pretendido. A rejeição do recurso depende de *quorum* qualificado, além de ser insustentável perante a Constituição de 1988 qualquer possibilidade de a decisão tomar-se em sessão que não seja pública, ou deixar de ser fundamentada - com o que, possivelmente, será mais simples e mais rápido julgar-se o recurso do que avaliar-lhe, no ponto, a admissibilidade.

IV. DURAÇÃO DOS PROCESSOS

9. Passando a outro tópico, observo que a Emenda Constitucional 45 introduz, no elenco de direitos e garantias fundamentais previsto no art. 5º da Constituição Federal, dispositivo segundo o qual "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". O preceito é complementado pelo art. 93, XIII, segundo o qual "o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população".

Trata-se de princípio - o de dever ser razoável a duração do processo - que de certo modo já se podia considerar presente no direito brasileiro, quer como emanção do princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV), quer como decorrência do Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 1), incorporado à nossa ordem jurídica desde 1992.

A norma, de qualquer sorte, reforça o princípio e contempla uma aspiração generalizada, entre nós e alhures, traduzindo uma tendência, que não tem origem no direito brasileiro, de inscrever em textos normativos que o processo deve apresentar resultados dentro de limites de tempo razoáveis.

Cuida-se de um princípio, tomada a palavra no sentido que modernamente lhe atribui certo setor doutrinário: uma determinação de que, sem prejuízo da consideração de outros objetivos e outros valores, se procure realizar, no maior grau possível, a rápida tramitação dos feitos judiciais. A aplicação que dele se fizer não deve postergar a de outros, como o da imparcialidade do juiz, que envolve incidentes, o do contraditório, o da produção das provas necessárias é demonstração dos fatos relevantes para o processo, o do duplo grau de jurisdição *etc.*

⁽⁴⁾ § 3º No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros." (NR)

É princípio cuja formulação envolve conceito altamente indeterminado, impossível de ser explicitado em termos de contornos mais precisos, ainda que possa dizer-se que, na avaliação da razoabilidade, necessariamente precisam considerar-se, quando menos, a complexidade da causa e o comportamento das partes.

Não está claro no dispositivo constitucional a função que desempenha a alusão a que haja “meios que garantam a celeridade” da tramitação dos processos.

É claro que a inovação trazida pela Emenda Constitucional 45 não pode ser senão saudada.

Mas não pode evidentemente em sã consciência ser ingenuamente tomada como sinal de que por seu intermédio, por si só, se elimina ou se atenua o universal e multissecular problema da morosidade da Justiça, contra a qual tantos, em tantos lugares, ergueram e erguem suas vozes. A demora na conclusão dos processos tem causas, variadas e variáveis aliás, que não desaparecem nem diminuem pela simples manifestação de vontade do legislador – que, se tivesse esse poder mágico, melhor o empregaria dispondo que não houvesse conflitos entre as pessoas no convívio social, ou que, havendo, encontrassem elas por si mesmas as soluções mais adequadas para compô-los. Viveríamos no melhor dos mundos, embora privados do prazer que este encontro de hoje proporciona, já que se tornariam desnecessários o processo, o direito processual e os processualistas.

O dispositivo envolve, além disso, alguns riscos. Se nele se identificar um direito, suscetível de ser cobrado especificamente do Estado, ou de fundamentar ações nas quais se peça reparação de danos causados pela desarrazoada demora dos processos, terminará constituindo a norma fonte para instauração de novos processos, que se somarão aos demais, fazendo crescer o volume total dos feitos e acarretando – como se afirma haver ocorrido na Corte de Estrasburgo em relação a indenizações pleiteadas contra o Estado italiano – um fator a mais no vasto elenco de causas que contribuem para a morosidade da Justiça.

V. “SÚMULA VINCULANTE”

10. Uma última alteração de que se vai aqui tratar diz respeito à possibilidade, autorizada pela Emenda Constitucional 45, de o Supremo Tribunal Federal conferir, sob certas circunstâncias, caráter obrigatório ou vinculante às proposições que introduzir na Súmula de sua jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal mantém, como se sabe, desde 1963, uma Súmula de sua jurisprudência predominante, na qual se inserem, em enunciados sintéticos, as soluções a que reiteradamente chegou a Corte ao apreciar questões de direito no julgamento dos casos que lhe são submetidos.

A Súmula foi engendrada como mecanismo capaz, por um lado, de dar estabilidade – e divulgação – à jurisprudência assentada no Tribunal, com reflexos sobre a segurança jurídica, e, por outro, de facilitar a atividade dos magistrados

e, portanto, o funcionamento da Justiça, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Fundadas as teses nela contidas em decisões nas quais as questões teriam sido debatidas exaustivamente, com a análise dos vários ângulos sob os quais deveriam apreciar-se, dispensariam elas, nos casos semelhantes que viessem a apresentar-se a partir da inserção na Súmula, a reprodução dos termos da controvérsia, autorizadas as decisões futuras a basear-se na mera invocação da tese, com o número que lhe correspondesse na Súmula.

O expediente foi incorporado e ampliado pelo CPC de 1973, que autorizou os tribunais a editar, cada qual, a sua Súmula. E foi rápida e intensamente integrado à prática do Superior Tribunal de Justiça, a partir de seu funcionamento, em 1989.

Trata-se de mecanismo útil, mas de alcance limitado. Envolve uma estabilidade do entendimento professado pelos tribunais, revelando-se menos eficiente quando as decisões se tomam sem que as questões tenham atingido certo grau de amadurecimento, ou quando se adotam com base em majorias precárias, suscetíveis de desfazer-se. Uma Súmula cujo conteúdo varie freqüentemente termina por frustrar a sua finalidade, quando não constitui fator de insegurança jurídica. A inserção de enunciados em Súmula, além disso, precisa fazer-se com comedimento. Se as dezenas de tribunais de segundo grau existentes, os Tribunais superiores e o Supremo Tribunal Federal deliberarem inflar as Súmulas com proposições de menor importância terminarão por banalizar o expediente e gerarão o risco de somar às agruras de conhecer a extensíssima legislação brasileira a de tomar conhecimento das Súmulas, que se despirão do peso que deveriam ostentar. A Súmula pressupõe, ademais, uma certa estabilidade do direito positivo, e tende a tornar-se mais ou menos inócua quando, como é comuníssimo ocorrer nos tempos atuais, o legislador se deixa tomar por furores legisferantes, não hesitando em modificar freneticamente os pressupostos normativos sobre os quais assentam as teses incorporadas à Súmula.

Não deixa a doutrina, além disso, de imputar à Súmula o risco de inibir a evolução jurisprudencial em temas nos quais a imponha a alteração das condições culturais, sociais, políticas e econômicas pelas quais passa a sociedade, considerado que a aplicação do direito não constitui fenômeno que possa permanecer alheio ao ambiente sobre o qual se destina a operar, e que o legislador, embora seja extremamente volúvel em certos assuntos, em outros permanece na mais absoluta inércia, impondo aos tribunais, com os recursos hermenêuticos de que dispõem, que tomem a dianteira, adaptando o direito posto a necessidades sociais que emergem da realidade.

É certo que os textos que prevêem a inserção de teses na Súmula igualmente contemplam a possibilidade de seu cancelamento, por ato do tribunal que a edita. Nem sempre, porém, a providência se revela inteiramente capaz de obviar o inconveniente apontado. É mais do que previsível que os tribunais, assoberbados por um volume de trabalho cada vez maior, e no afã de fazer frente a ele, relutem em alterar posicionamentos firmados e reiteradamente aplicados, sendo intuitivo haver maior facilidade em inscrever-se na Súmula um enunciado do que, mais, adiante, em suprimi-lo.

11. Pois bem. É a proposições suscetíveis de inserção na Súmula do Supremo Tribunal Federal que a Emenda Constitucional 45 permite a atribuição de efeito vinculante ou obrigatório. Nos limites que serão assinalados, pelo menos em certa medida, deixará a jurisprudência de constituir entre nós fonte de expressão ou de conhecimento, para transformar-se em fonte formal do direito.

Cuida-se de efeito que se confere não propriamente a decisões judiciais – e nisto o sistema brasileiro continua diferindo dos precedentes vinculativos da *commom law* e das complexidades envolvidas no princípio do *stare decisis* –, mas a enunciados que, da reiteração de decisões judiciais num mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal estará habilitado a extrair. Não quaisquer enunciados: apenas aqueles que envolverem matéria constitucional. Não qualquer matéria constitucional: apenas aquelas que disserem respeito a “normas determinadas”, que suscitarem “controvérsia atual” entre órgãos do Poder Judiciário, ou entre estes e a Administração Pública, e que sejam capazes de, cumulativamente, acarretar “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos”. Presentes tais pressupostos, e por voto de pelo menos 8 de seus 11 Ministros, estará o Supremo Tribunal Federal autorizado a imprimir efeito vinculante aos enunciados que editar.

O caráter obrigatório pode vir a ser atribuído às proposições hoje já integrantes da Súmula, mas o fenômeno depende, para verificar-se, da satisfação de todos os pressupostos previstos na Constituição Federal, já que não seria razoável imaginar que o Supremo Tribunal Federal possa fazer no tocante ao passado o que não está legitimado a fazer no tocante ao futuro.

A inserção de proposição vinculante da Súmula está sujeita à satisfação simultânea de tais elementos. Mas se subordina, de igual modo, a um juízo de conveniência a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Não está claro na Emenda Constitucional 45 se a formulação de teses vinculantes depende da regulamentação do assunto em lei. Embora seja indubitosa apenas a necessidade de lei para disciplinar a respectiva revisão e cancelamento, que estão expressamente previstas, é mais do que lógico imaginar que o mesmo se dá quanto à edição: seria desarrazoado supor que a Corte estivesse habilitada a expedir proposição que não pudesse ela própria, por falta de lei, rever e cancelar, ainda que convencida de equívoco.

Editado e publicado oficialmente o enunciado, produzirá ele, diz a Emenda Constitucional 45, “efeito vinculante”. “Efeito vinculante” significa, segundo creio, exatamente o que se infere literalmente da expressão, que traduz a idéia de sujeição ou obrigatoriedade. Nada além. A propósito de expressão semelhante usada no texto constitucional sobre ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, tem-se procurado conferir à locução significado diverso. Afirma-se que efeito vinculante e efeito *erga omnes* são fenômenos distintos – o que é verdade, no sentido de que a segunda expressão define o âmbito subjetivo de aplicação da primeira, sem que daí seja lícito inferir que efeito vinculante equivalha a algo mais do que *verba sonant*, envolvendo, por exemplo, a idéia de que o efeito vinculante dissesse respeito, não ao

enunciado, mas a seus fundamentos, que adquiririam um caráter como que transcendente.

Trata-se, parece, de conseqüência que só pode conceber-se em face de todos, ou *erga omnes*. Se a lei (*lato sensu*) obriga a todos, se a sua aplicação está, em última análise, confiada ao Poder Judiciário, e se o Poder Judiciário está vinculado ao sentido que à lei dá o Supremo Tribunal Federal, das premissas se extrai que todos ficam vinculados ao entendimento da Suprema Corte.

É claro que a obrigatoriedade pressupõe a permanência dos dados normativos em que se tenham baseado as decisões que serviram de fundamento aos enunciados vinculantes, e que a existência destes não impede que o legislador constitucional ou infraconstitucional, modificando a legislação, termine por tornar inoperantes os enunciados do Supremo Tribunal Federal (ressalvadas proposições vinculantes atinentes a cláusulas pétreas).

Apesar disso, de modo curioso, o art. 103-A, *caput*, aparentemente restringe aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública a obrigatoriedade, o que se explica, sem justificar-se, pelo mecanismo engendrado pela Emenda Constitucional 45 para conferir efetividade ao que denominou de "súmula vinculante": desacatada que seja, instituiu-se meio processual próprio, enérgico, a reclamação, instaurável diretamente perante o Supremo Tribunal Federal e suscetível de provocar a eliminação do ato infringente, mediante a respectiva cassação ou anulação.

12. Analisado criticamente o instituto, não é impossível imaginar que sua utilização não renda os frutos que dele se esperam em matéria de aceleração dos processos e de diminuição da carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal.

Hoje, mesmo sem caráter vinculativo, a Súmula do Supremo Tribunal Federal já desempenha relevante papel no funcionamento da Justiça, quer porque a seus enunciados tendem a ajustar-se os demais tribunais, quer porque ela já é suscetível, mesmo não obrigatória, de produzir relevantes efeitos processuais. Não é de supor-se que a atribuição de efeito vinculante traga alteração de monta nesse quadro.

Não serão muitas, além disso, segundo me parece, as oportunidades em que a Suprema Corte terá oportunidade de editar enunciados vinculantes. A edição tem os pressupostos indicados, que estreitam a área em que pode manifestar-se; o Supremo Tribunal Federal tem uma respeitável tradição de prudência e comedimento no cenário nacional e provavelmente só exercitará sua prerrogativa - suscetível, sob outras circunstâncias, de resvalar para o autoritarismo - em situações raras e excepcionalíssimas.

VI. CONCLUSÃO

13. Encerrando a exposição, creio desnecessário a essa altura esclarecer que, no geral, não faço da Emenda Constitucional 45 uma avaliação positiva, não me inscrevendo no rol de seus ardorosos adeptos, alguns respeitáveis. Lamento a oportunidade, a meu ver perdida, de fazer-se uma reforma efetiva, que talvez,

porém, não careça de mudança constitucional. Temo que se frustrem os que, de boa-fé, esperam que da reforma empreendida surja um novo Poder Judiciário, capaz de atender, e atender prontamente, às necessidades e expectativas dos tempos atuais. A Emenda Constitucional 45 tem algumas qualidades. Méritos e defeitos não são, contudo, segundo me parece, o seu forte. Nela preponderam medidas inócuas para a consecução dos fins a que supostamente se voltam. Como quer que seja, tirando a criação do Conselho Nacional de Justiça, que envolve perigos que podem ser – e é justo esperar que sejam – evitados pela atuação de seus integrantes, parece razoável dizer que a mudança constitucional do Poder Judiciário não chega a constituir uma *reformatio in peius*, e que, nas circunstâncias, a ausência de vícios mais graves não deixa de constituir, em certa medida, uma virtude.

Direito da empresa em crise (a nova Lei de Recuperação da Empresa)

JORGE LOBO

1. A Lei nº 11.101, de 09.02.05

Após mais de onze anos de tramitação no Congresso Nacional, o Poder Executivo promulgou a Lei nº 11.101, de 09.02.05, “que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária” – “LRFE”, passando o Brasil a integrar seletivo grupo de países em que se prioriza a reestruturação, o saneamento, a recuperação e o desenvolvimento das empresas em crise econômica e financeiramente viáveis, ao invés da venda, em público leilão, a qualquer preço, dos bens que possuem para pagamento aos seus credores.

A incorporação, ao direito positivo brasileiro, do “Direito da Empresa em Crise” trará enormes benefícios para as micro, pequenas, médias e macro sociedades empresárias em momentâneas dificuldades econômico-financeiras e/ou estruturais e/ou administrativas e/ou operacionais e/ou societárias, que exploram atividades industriais, comerciais e de prestação de serviços no país, como diligenciarei demonstrar neste estudo ⁽¹⁾.

2. “Quem deve ganhar”

PLATÃO, ao discorrer sobre a questão fundamental da teoria do Estado, indagou: “Quem deve governar?” “A maioria, a minoria, as elites, os eleitos?” A resposta, que ressoa até hoje: os sábios, as elites, a aristocracia, daí a origem do governo aristocrático-absolutista.

ROUSSEAU, muitos séculos após, ao urdir a sua teoria da democracia, declarou que “quem deve governar” “é a vontade coletiva”, a maioria, as massas, e não a minoria, as elites.

MARX, ao enfrentar o tema, pregou, com ênfase, que a maioria (de proletários) e não a minoria (de capitalistas) deve governar.

⁽¹⁾ Observo, desde logo, que o estudo se limitará ao instituto da recuperação judicial.

Vê-se, portanto, que, ao longo da História da Filosofia, variaram, profundamente, as respostas à mesma pergunta, assim como, no decorrer da História do Direito Comercial, radicalmente diferentes e, por vezes, conflitantes foram as reações ao fenômeno patológico da falência e as respostas à questão: “insolvente o devedor, quem deve ganhar?”

No início da Civilização Romana, como, de resto, na de diversos povos da Antiguidade, o devedor, sujeito a uma execução privada de índole penal, ficava à mercê do credor, que podia dispor do seu corpo e da sua vida, eis que a obrigação era um vínculo estritamente pessoal, direito do credor contra e sobre a pessoa física do devedor.

Ao doutrinar sobre a execução dirigida pelo credor contra o devedor, ALFREDO BUZAID destacou: “... se o executado não satisfizesse o julgado e se ninguém comparecesse para afiançá-lo, o exeqüente o levava consigo, amarrando-o com uma corda, ou algemando-lhe os pés... Durante a prisão era levado a três feiras sucessivas e aí apregoado o crédito. Se ninguém o salvasse, era aplicada ao devedor a pena capital... Havendo pluralidade de credores, podia o executado na terceira feira ser retalhado”⁽²⁾.

O poder de vida e de morte do credor sobre o devedor insolvente desapareceu em 428 a.C. com a *lex poetelia papiria*, quando o patrimônio e não a pessoa do devedor passou a responder por suas dívidas, embora, encerrada a execução dos bens e não paga a totalidade das dívidas, o devedor fosse penalizado com a “nota de infâmia”.

A propósito desse estigma, SOARES DE FARIA ensinou: “... mesmo depois que desapareceram as penas corporais, e que uma legislação mais humana suavizou o regime rigoroso das primeiras leis romanas, a ‘nota de infâmia’ marcava, como ferro em brasa, o devedor: adería ao falido como a carne ao osso. Falência e falido sugeriam para logo a idéia de fraude. A falência cobria o devedor de desprezo e ridículo, e sobre sua cabeça caía o ódio do credor prejudicado”⁽³⁾.

Essa “nota” ou “pena de infâmia” acompanhou o devedor insolvente, comerciante e não-comerciante, até a Idade Média, pois, ao falido, nas categóricas palavras de RUBENS REQUIÃO, “se reservava toda a sorte de vexames, que o tornava um réprobo social”⁽⁴⁾, razão pela qual se diz amiúde que, na Itália, na França e na Inglaterra do Período Medieval, o Direito Falimentar se caracterizava pelo nítido objetivo de punir, com sanções humilhantes, o devedor impontual, conforme se depreende da célebre fórmula *fallite sunt fraudatores* e da conhecida e divulgada expressão *fallitui ergo fraudator* cunhada por BALBO.

Não obstante mitigado nas legislações modernas, prossegue o ilustre SOARES FARIA, “nem por isso perdeu o instituto da falência seu caráter repressivo: desaparecido o costume de estigmatizar o falido, expondo publicamente, com

⁽²⁾ *Do concurso de credores no Processo de Execução*. São Paulo, Saraiva, 1952, p. 43, n° 3.

⁽³⁾ *Da concordata preventiva da falência*, São Paulo, Saraiva, 1932, p. 10, n° 1.

⁽⁴⁾ *Curso de Direito Falimentar*. São Paulo, Saraiva, 1975, vol. I, p. 9.

sinais materiais e externos, o seu infortúnio, nem por isso desapareceu o caráter infamante que acompanha a falência, como a sombra o corpo, e não raro vemos manifestar-se, com acentuada insistência, o regresso à fórmula de BALBO, dominante na Idade Média, para a qual falência e fraude são expressões correlatas”⁽⁵⁾.

Aos poucos, todavia, e, particularmente, no auge da II Revolução Industrial, constatou-se que nem sempre, quiçá a maioria das vezes, a derrocada do devedor — já aí transformado em empresa, ainda que micro, pequena e média, em sua imensa maioria — não provinha de artifícios fraudulentos ou escusos, não tinha a finalidade de lesar ou prejudicar credores, não visava ao enriquecimento ou ao locupletamento indevido e ilegal do devedor, mas era decorrência natural de negócios arriscados, empreendidos por pessoas sérias, probas e trabalhadoras, porém sem experiência e capacidade, em um mercado incipiente e em constante e ininterrupta e frenética transformação.

Por isso, quase todos os países, diante do insolvente “sem culpa”, tão vítima dos fatos e das circunstâncias quanto seus credores, procuraram proteger e auxiliar o devedor honesto e de boa fé: de início, através da “moratória da falência” e da “adjudicação de bens”, e, depois, a partir da segunda metade do século XIX e, sobretudo, durante o século XX, através da “concordata preventiva da falência”, da “falência com continuação de negócios” e da “concordata suspensiva da falência”, quando, então, passaram a coexistir, em geral regulados no mesmo diploma legal, dois institutos diferentes, por sua natureza, fundamentos e objetivos, um — a falência ou quebra ou bancarrota —, com a finalidade única de proceder à arrecadação, avaliação e alienação dos bens do devedor para pagar aos seus credores; outro — a concordata, preventiva e suspensiva —, com o escopo exclusivo de conceder ao devedor maiores prazos de pagamento de suas dívidas ou o perdão parcial delas ou ambos, à revelia e até mesmo contra a vontade dos credores, que nada podiam fazer — e não podem, pois o modelo subsiste em inúmeros países —, eis que a concordata preventiva e também a suspensiva são “favores” ou “benefícios legais”, assegurados, por lei, aos devedores probos e bem intencionados, infelizes no desenvolvimento de seus negócios.

Na segunda metade do século XX, diversos países deram-se conta de que era imperioso e urgente implementar uma profunda e radical mudança na legislação falimentar, que privilegiasse a reestruturação, o saneamento e a recuperação das empresas econômica e financeiramente viáveis e/ou social, política e estrategicamente importantes, e, ao mesmo tempo, que garantisse os direitos e interesses de empregados e credores, por todos os modos e meios possíveis e não apenas mediante a concessão de maiores prazos e/ou perdão parcial de suas dívidas.

Quase quarenta anos após, constata-se que o Direito Concursal, moderna denominação do antigo Direito Falimentar, após sofrer profundas modificações,

⁽⁵⁾ Ob. cit., p. 11, nº 1.

está fundamentado em dois institutos, o da recuperação da empresa e o da falência.

O instituto da falência ou quebra ou bancarrota busca, em todos os sistemas jurídicos, exclusivamente, **(a)** arrecadar os bens do devedor; **(b)** avaliá-los; **(c)** vendê-los e **(d)** pagar credores.

O instituto da recuperação ou reorganização ou reestruturação é tratado de formas diferentes nas diversas legislações contemporâneas, podendo-se agrupá-las, a grosso modo, em quatro sistemas:

(1º) sistema clássico: privilegia o devedor, concedendo-lhe o favor ou benefício legal da concordata preventiva ou suspensiva, aquela, para evitar a falência, esta, para fazê-la cessar, ambas favorecendo o insolvente, ainda que irrecuperável, com dilação dos prazos de pagamento das suas dívidas e/ou o perdão parcial, desde que preenchidos poucos pressupostos formais;

(2º) sistemas americano e alemão, recentemente adotados pelos portugueses: priorizam o crédito, pois visam, fundamentalmente, à satisfação dos credores (Código de Bancarrota americano, título XI, capítulo XI; Lei de Insolvência alemã de 1994, § 1, e Código Português, art. 1º);

(3º) sistema francês: objetiva alcançar a reestruturação da empresa, com a finalidade de mantê-la em ativa operação e salvaguardar os empregos dos trabalhadores e, se possível, atender aos direitos e interesses dos credores (Lei 85-98, art. 1º);

(4º) sistema escandinavo: colima a reorganização, o saneamento e a salvação da empresa com a participação direta e essencial dos credores, com o objetivo de recuperar a empresa, manter em pleno funcionamento os postos de trabalho e garantir a realização dos créditos de financiadores e fornecedores de mão-de-obra e de materiais.

A “Lei de Recuperação e Falência do Empresário e da Sociedade Empresária” recém-promulgada filia-se ao quarto sistema e tem por escopo propiciar condições objetivas para que as empresas, seus sócios ou acionistas, seus empregados, seus credores, seus clientes, a comunidade, a sociedade e o Estado ganhem, daí a resposta à questão formulada de início: com a novel legislação brasileira sobre recuperação da empresa, **todos devem ganhar.**

3. Natureza, fundamentos e princípios do “Direito da Empresa em Crise”

É ponto pacífico, aceito e consagrado universalmente, que o legislador deve

inspirar-se, na elaboração das novas regras do Direito Concursal, em normas de Direito Público, pôr de lado o caráter privatístico que sempre o dominou e abandonar a idéia de que, insolvente o devedor, cumpre executar e liquidar o seu patrimônio, para satisfazer os direitos e interesses dos credores.

Ao dar-se ênfase ao manifesto interesse público do processo de reerguimento da empresa econômica e financeiramente viável, impõe-se, como consequência inelutável:

(1º) observar à risca os preceitos constitucionais em matéria de: (a) direito do trabalho, (b) direitos sociais, (c) princípios gerais da atividade e da organização econômica e (d) função social da propriedade e da empresa;

(2º) fortalecer os poderes e aumentar as atribuições do juiz e

(3º) fortalecer os poderes e aumentar as atribuições do Ministério Público.

Em 1988, GIUSEPPE BAVETA, Professor Associado na Universidade de Palermo, no excelente estudo "*Il Diritto dell'Impresa in Crisi*", publicado na revista *Il Diritto Fallimentare* ⁽⁶⁾, advertiu aos amantes do milenar Direito Falimentar que, da pena criativa e ousada dos doutos, apesar de extraordinários percalços e incompreensões, começava a despontar uma complexa e desafiadora disciplina jurídica, diversa, por inúmeras razões, do arcaico Direito de Quebra, cuja denominação, propôs, poderia ser "Direito da Empresa em Crise", inspirado, nas palavras sábias de ANGEL ROJO FERNANDES-RIO, numa "nova filosofia do Direito Concursal", que pretende garantir não apenas: (a) os direitos e interesses do devedor; (b) os direitos e interesses dos credores, mas também, quiçá sobretudo, (c) os superiores direitos e interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades societárias, econômicas, financeiras, administrativas, gerenciais, técnicas e tecnológicas da empresa não atingem somente ao devedor e a seus credores, porém, por igual, ao Poder Público e à coletividade, sendo certo que, além e acima do interesse privado de composição dos conflitos entre devedor e seus credores, há o interesse público e social da reorganização, saneamento, preservação e desenvolvimento da empresa, na esteira, aliás, do pensamento do proficiente MASSAGUER FUENTES, segundo o qual o "Direito da Insolvência", que, nos primórdios, era destinado apenas a salvaguardar os interesses dos credores e, depois, os interesses da economia nacional, tem, hoje, sem dúvida, por finalidade precípua proteger, por todos os modos e meios possíveis, os interesses sociais, daí concluir-se que o "Direito da Empresa em Crise" tem natureza publicística e por fundamentos preceitos de

⁽⁶⁾ Milão, Casa Editrice Dott, vol. LXIII, pp. 351-364.

ordem constitucional e legal, que visam salvaguardar a empresa, os postos de trabalho e os direitos dos credores.

Por isso, como tenho acentuado há mais de quinze anos, para salvar a empresa em estado de crise econômica, é mister observar os seguintes princípios básicos:

(1º) lei especial, diferente, por sua natureza, fundamentos, pressupostos, conteúdo e finalidades, da lei de falências, deve prever um processo judicial de reorganização e um procedimento extrajudicial de reorganização;

(2º) para liderar a reorganização judicial, deve-se preparar uma "magistratura econômica", proba e capaz, consciente de seus deveres e responsabilidades, e, para assessorá-la, criar órgãos de supervisão do processo judicial, formados por credores (comitê de credores) e por empregados (comitê de empregados); na reorganização extrajudicial, o procedimento deve ser capitaneado por uma "empresa saneadora", assistida pelos comitês de credores e de empregados;

(3º) a reorganização econômica, financeira, técnica, tecnológica e gerencial da empresa deve gozar de prioridade absoluta;

(4º) as soluções para os problemas da empresa devem ser presididas por razões de ordem econômica e social e não jurídico-processual;

(5º) a lei especial de reorganização deve fixar, como meios de recuperação, os comuns ao Direito comercial, e, ainda, medidas diversas de administração pública da economia;

(6º) as normas reguladoras da reorganização devem orientar-se em cânones da Justiça Distributiva e do Direito Público.

A Lei nº 11.101, de 09.02.2005, inspirou-se, em parte, nesses fundamentos e princípios, como passo a demonstrar.

4. Noções gerais sobre a LRFE

4.1. Estrutura e sistemática interna

O processo legislativo de elaboração das leis "reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As conseqüências da imprevisão e da imperícia... quase sempre só

de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis”⁽⁷⁾.

Para evitar esses males e perigos, as leis devem primar pela clareza e precisão, notabilizar-se pela disposição ordenada das matérias e esmerar-se na busca da coerência lógica e harmonia interna de suas normas, no que se convencionou chamar de estrutura e de sistemática interna, aquela encarregada do exame da estrutura básica da lei, esta, de evitar a configuração de antinomias.

Quanto à estrutura, a LRFE, divide-se, adequadamente, em capítulos e seções, consoante o revogado DL nº 7661/45.

Quanto à sistemática interna, a LRFE, nos capítulos I a III, é, por vezes, obscura e tautológica, além de conter antinomias de ordem lógica, teleológica, valorativa e de avaliação⁽⁸⁾.

4.2. Inovação

A LRFE, ao disciplinar o instituto da reorganização do empresário e da sociedade empresária⁽⁹⁾ produtora ou distribuidora de bens ou de serviços e inserir o país no movimento universal de discussão e aplicação do “Direito da Crise Econômica da Empresa” ou “Direito da Empresa em Crise”⁽¹⁰⁾, o faz com espírito inovador.

Com efeito, ao estabelecer, como *objeto* da recuperação judicial, o saneamento “da situação de crise econômico-financeira” da empresa e, como *fins*, na esteira do sistema escandinavo, garantir “a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores” (art. 47), dá um passo à frente em relação aos modelos americano e germânico, que privilegiam, exclusivamente, os interesses dos credores, e, também, ao francês⁽¹¹⁾, que busca a preservação apenas da empresa e do emprego, preocupando-se, tão só, com o “levantamento do passivo”, pondo em segundo plano o pagamento aos credores, o que é nefasto,

⁽⁷⁾ VICTOR NUNES LEAL, *apud* GILMAR MENDES, “Questões Fundamentais da Técnica Legislativa”, *Boletim ADV*, v. 02/92, p. 46.

⁽⁸⁾ Sobre a “antinomia de avaliação”, leia-se NORBERTO BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. Polis, 1ª ed., pp. 90/91.

⁽⁹⁾ Creio que a expressão “reorganização da empresa” é mais adequada do que “recuperação da empresa”, eis que alguns dos meios especificados no art. 50, p. ex., inciso II, levam à “reorganização” (nos casos de cisão total, incorporação e fusão, nos quais a empresa se extingue) e não à “recuperação” da empresa. Por oportuno, advirto que, nos comentários que se seguem, usarei, de preferência, a palavra “empresa”, como sinônimo e abreviatura de “sociedade empresária”, e, vez por outra, “devedor”, pois, em virtude do elevado custo e da complexidade da ação de recuperação judicial, o novel instituto dificilmente será utilizado pelo empresário.

⁽¹⁰⁾ Sobre as tendências do Direito Concursal contemporâneo, leia-se o meu “Parecer sobre o Anteprojeto Legislativo de Concordatas e Falências”, *ADV-COAD, Seleções Jurídicas* – agosto 1992, item VII.

⁽¹¹⁾ A Lei francesa 85-98, no art. 1º, não visa à proteção dos credores, mas ao “levantamento do passivo”, e à “salvaguarda da empresa e manutenção da atividade e do emprego”, razão pela qual considero

como demonstra a experiência, pois a reestruturação e superação da empresa em crise dependem, primordialmente, dos credores ⁽¹²⁾.

4.3. Lei de ordem pública

A LRFE é uma lei de ordem pública, composta por normas cogentes ou imperativas, inderrogáveis pela vontade das partes ⁽¹³⁾.

4.4. Caráter publicístico

O Capítulo III, da LRFE, fundamenta-se em princípios constitucionais e legais em matéria de: **(a)** atividade e organização econômica; **(b)** função social da propriedade e da empresa e **(c)** direito do trabalho ⁽¹⁴⁾.

4.5. Equilíbrio entre o Direito e a Economia

O Capítulo III, da LRFE, elenca preceitos de conteúdo jurídico, *v.g.*, regras procedimentais; direitos, deveres e responsabilidades dos órgãos da recuperação judicial, etc., e econômico, ao dispor sobre os meios para reorganizar e reerguer a empresa em estado de crise econômico-financeira, etc ⁽¹⁵⁾.

4.6. Judicialidade

O devedor pode empreender sua recuperação através: **(a)** de ação judicial, com observância do procedimento comum previsto nos arts. 47 e segs., ou **(b)** de

a lei brasileira integrante do sistema adotado na Suécia e Noruega, sobrelevando notar que a LRFE vai até mesmo além, ao procurar viabilizar a realização da função social da empresa.

⁽¹²⁾ Sobre os diversos sistemas contemporâneos, leia-se o excelente livro "*Il fallimento nel Mondo*", CEDAM, Padova, 1988, do Prof. PIERO PAJARDI.

⁽¹³⁾ CAJO MÁRIO ensina, ao tratar de normas de Direito Público e de Direito Privado, que, "sem atentado à distinção das normas jurídicas nas duas categorias aqui mencionadas, uma classificação mais rigorosa não pode omitir os chamados princípios de ordem pública, da maior repercussão na vida social. Não chegam a constituir direito público, por faltar a participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, *princípios de direito privado*. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, *princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo*. Seu campo de ação é o direito privado, porque instituem a normação das relações entre pessoas singulares; mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha imprime-lhes *fundamental analogia com o direito público*. Por isso se denominam leis ou princípios de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia" (*Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, 20ª ed., vol. I, p. 18).

⁽¹⁴⁾ A propósito dos princípios constitucionais fundamentais aplicáveis à matéria, consulte-se o meu estudo "Soluções para a crise da empresa e a Constituição Econômica do Brasil", *Revista dos Tribunais*, 1994, v. 699, pp. 15-22.

⁽¹⁵⁾ No estudo "A crise da empresa: a busca de soluções", *Revista dos Tribunais*, 1991, v. 668, pp. 35-46, desenvolvi o tema com ênfase para as considerações de ordem econômica.

acordo extrajudicial, contemplado nos arts. 161 e segs., aquela distribuída e processada (arts. 47 a 69) e este homologado no juízo “uno, indivisível” da recuperação judicial, que é aquele em cuja jurisdição o devedor tenha situado o seu principal estabelecimento (art. 3º), havendo a LRFE instituído um “procedimento especial de recuperação judicial de microempresa e empresa de pequeno porte” (arts. 70 a 72), a exemplo (a) do direito francês, que prevê duas modalidades: uma, qualificada de simplificada, para empresas com até cinqüenta empregados, a imensa maioria em França; outra, para as demais, denominada principal ou geral ou comum; (b) do “Anteprojeto de Lei de Reorganização da Empresa”, que elaborei e encaminhei, em 1991, ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, o qual, nos arts. 5º a 95, disciplina o “procedimento comum”, e, nos arts. 96 a 106, o “procedimento sumário”⁽¹⁶⁾.

4.7. Procedimentos preliminar, preparatório e de execução

A ação de recuperação judicial divide-se em três fases procedimentais, uma, preliminar; outra, preparatória, e, por último, de execução.

O procedimento preliminar tem início com o ajuizamento da petição inicial da ação de recuperação e termina com o seu deferimento ou indeferimento (arts. 51 e 52, da LRFE).

O procedimento preparatório (arts. 6º, § 4º, 52 a 58) destina-se à análise, aprovação e homologação judicial do plano de recuperação, não podendo exceder 180 (cento e oitenta) dias, iniciando-se “o processamento da recuperação judicial” com o deferimento da petição inicial (art. 52, *caput*) e terminando quando o juiz, considerando preenchidos os requisitos formais e substanciais da ação de recuperação judicial, profere sentença definitiva, de caráter constitutivo (arts. 58 e 59), deferindo a recuperação judicial e, em conseqüência, modificando ou extinguindo as situações jurídicas até então existentes entre a empresa e seus credores.

O procedimento de execução (art. 61) visa pôr em prática as medidas propostas no plano, começando com a sentença constitutiva que homologa o plano de recuperação, aprovado pela assembléia geral de credores ou não impugnado (art. 58), e encerrando-se com a decisão judicial prevista no art. 63, *caput*.

4.8. Objetos e fins da ação de recuperação judicial

A ação de recuperação judicial tem por *objeto* “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira” da empresa e por *fins* “permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores” e promover “a preservação da empresa, sua função social e o

⁽¹⁶⁾ O texto do “Anteprojeto” forma o “Apêndice B”, do livro *Direito Concursal*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, 3ª ed., pp. 331 a 370.

estímulo à atividade econômica" (art. 47), devendo a assembléia geral de credores, convocada e instalada na forma da lei, fazer uma acurada ponderação dos interesses da empresa, dos empregados e dos credores (arts. 35 e segs.), quando deliberar sobre o plano de recuperação, aprovando-o, aditando-o ou modificando-o.

4.9. Órgãos da ação de recuperação judicial

Atuam, obrigatoriamente, na ação de recuperação judicial: (a) o juiz; (b) o representante do Ministério Público e (c) o administrador judicial.

Podem vir a integrar a ação de recuperação judicial dependendo das circunstâncias: (a) a assembléia geral de credores, quando constituída, dividida por classes de credores (1) trabalhistas, (2) com direitos reais de garantia e (3) quirografários ou com privilégios especiais ou com privilégios gerais ou subordinados (art. 41, I a III); (b) o comitê de credores, quando formado por deliberação da assembléia geral de credores com representantes (1) dos empregados com dois suplentes, (2) dos credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais com dois suplentes, e (3) dos credores quirografários ou com privilégios gerais com dois suplentes (art. 26, I a III); (c) o gestor judicial, nomeado pelo juiz para exercer as funções de gestor e representante da empresa em crise, quando da destituição de seus administradores (art. 65).

4.9.1. O juiz

O juiz, na ação de recuperação judicial, tal qual no processo civil comum, exerce: (a) poderes "de caráter jurisdicional"; (b) "de feição instrumental", e (c) poderes administrativos ⁽¹⁷⁾.

Na ação de recuperação judicial, ao exercer os poderes de caráter jurisdicional, instrumental ou administrativo, o juiz não fica refém das deliberações da assembléia geral ou do comitê de credores ou das decisões do administrador judicial, pois, ao ordenar o processamento da ação, presidir o processo de recuperação, proferir despachos, decisões e sentenças e superintender a administração da empresa em crise, deve fazê-lo com tirocínio, competência e plena liberdade, formando sua convicção, seu livre convencimento, de acordo com as provas dos autos, ciente de que seus atos estão sujeitos a recurso (*cfr.*, p. ex., art. 59, § 2º) ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Vide primorosa lição do emérito J. C. BARBOSA MOREIRA, "Reformas Processuais e Poderes do Juiz", *Revista da EMERJ*, v. 22, pp. 59 a 69, sobre os poderes do juiz no processo civil comum.

⁽¹⁸⁾ Sobre as atribuições e poderes do juiz na ação de recuperação judicial, *vide* Comentários ao art. 58, do livro *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, coord. por Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 152 e segs.

4.9.2. O Ministério Público

O Ministério Público, como órgão da lei e fiscal de sua fiel execução, atua, na tutela do interesse público e na defesa dos superiores interesses da Justiça, em todas as fases da ação de recuperação judicial, inclusive antes do despacho de processamento, independentemente de requerimento da empresa, credores, administrador judicial ou qualquer interessado, com ampla e irrestrita legitimidade para recorrer, em primeiro e segundo grau de jurisdição.

4.9.3. A assembléia geral de credores

A assembléia geral de credores tem amplas atribuições (art. 35, inc. I, alíneas a a f), destacando-se a deliberação sobre: “aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor” (alínea a, do inc. I, do art. 35); “a constituição do comitê de credores, a escolha de seus membros e sua substituição” (alínea b); “nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor” (alínea e).

A forma de convocação, instalação e deliberação da assembléia geral está regulada nos arts. 36 a 45, da LRF.

A LRF prevê, taxativamente, que a decisão da assembléia geral, convocada, instalada e realizada de acordo com as prescrições legais, obriga a todos os credores sujeitos à ação de recuperação judicial, inclusive aos que não compareceram ao conclave, aos que, embora presentes, se abstiveram de votar e aos dissidentes.

Entre os principais efeitos da deliberação da assembléia geral, poderão estar, dependendo do plano de reestruturação aprovado pelos credores: (a) perdão parcial e/ou concessão de condições especiais e/ou dilação de prazos de pagamentos de dívidas da empresa em crise; (b) cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral ou cessão de cotas ou ações; (c) alienação do poder de controle; (d) substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos de gestão; (e) concessão aos credores de direito de eleição em separado de membros do conselho de administração e da diretoria e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; (f) aumento do capital social; (g) trespasse ou arrendamento de estabelecimentos; (h) redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; (i) dação em pagamento e novação de dívidas; (j) constituição de sociedade de credores; (l) venda parcial de bens do devedor; (m) equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza; (n) usufruto da empresa; (o) administração compartilhada; (p) emissão de valores mobiliários; (q) constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor; *etc.*

Como explicar-se que tantas e tão graves conseqüências possam afetar os direitos e interesses dos credores contra a sua expressa manifestação de vontade ou sem a sua formal aquiescência?

Como justificar, por exemplo, a autêntica e notória “desapropriação” dos direitos dos credores no caso de perdão parcial de dívidas? E a frustração de suas legítimas expectativas de receberem o que lhes é devido no prazo contratado ou terem alteradas, à sua revelia, as condições pactuadas originalmente? E o risco de a devedora ser cindida, incorporada, fundida ou transformada em sociedade diversa? E a imposição de pagamento através de dação, sem os credores haverem concordado, expressamente, em receber bem diverso do contratado e/ou de novação modificativa do objeto ou do sujeito passivo da obrigação? E a constituição de sociedade de credores em flagrante violação do art. 5º, XVII, da CF, que garante ao indivíduo o direito fundamental de só participar de qualquer tipo de sociedade quando quiser e bem entender? E a venda de bens do devedor, inclusive de seu principal estabelecimento, em detrimento das garantias dos credores representadas por bens imóveis, móveis e semoventes, que compõem o seu ativo permanente e realizável?

A explicação e a justificativa estão na teoria do esforço compartilhado (para salvar a empresa em estado de crise econômico-financeira).

A teoria do esforço compartilhado aplica-se àquelas situações que reclamam e impõem a revisão das obrigações pecuniárias em pleno vigor, decorrentes de atos jurídicos perfeitos e acabados, que fazem “lei entre as partes” desde os romanos, em virtude de finalidades que determinam a intervenção do Estado no domínio dos contratos privados, por razões de ordem política, social, econômica, financeira, administrativa, cambial, etc.

5. Ponderação de fins e de princípios

Como reiteradamente acentuado, a nova LRFE tem por objeto sanear o estado de crise econômico-financeira da empresa e por finalidades salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos com fundamento nos princípios (a) da conservação e da função social da empresa; (b) da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e (c) da segurança jurídica e da efetividade do Direito.

Para bem aplicá-la e dela extrair todas as virtudes que contém, explícitas e implícitas, os operadores de Direito serão obrigados a realizar criteriosa “ponderação de fins e ponderação de princípios”.

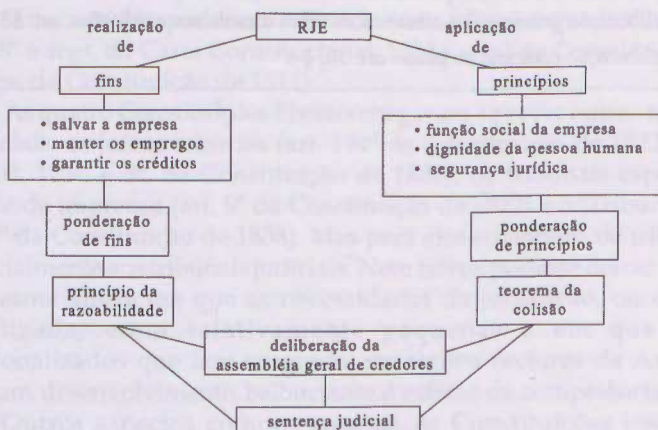
Juridicamente, ponderação – de bens, de valores, de interesses, de fins, de princípios – significa “atribuir pesos a elementos que se entrelaçam” com o escopo de “solucionar conflitos normativos” (HUMBERTO ÁVILA), sendo certo, como ensina DANIEL SARMENTO, que “a solução do conflito terá de ser casuística” e estará “condicionada pelas alternativas pragmáticas para o equacionamento do problema”.

No caso da ação de recuperação judicial da empresa, a assembléia geral de credores, primeiro, depois, o Ministério Público e, por derradeiro, o juiz da causa deverão sopesar a realização dos fins – salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos –, através do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade,

quando, então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o “sacrifício” de determinado fim se indispensável para o saneamento da empresa ou o “sacrifício” parcial do interesse da empresa em benefício de empregados e credores, *etc.*, pois, como ressaltam os franceses, os procedimentos coletivos são “procedimentos de sacrifício” que limitam os poderes do devedor e restringem os direitos dos credores ⁽¹⁹⁾.

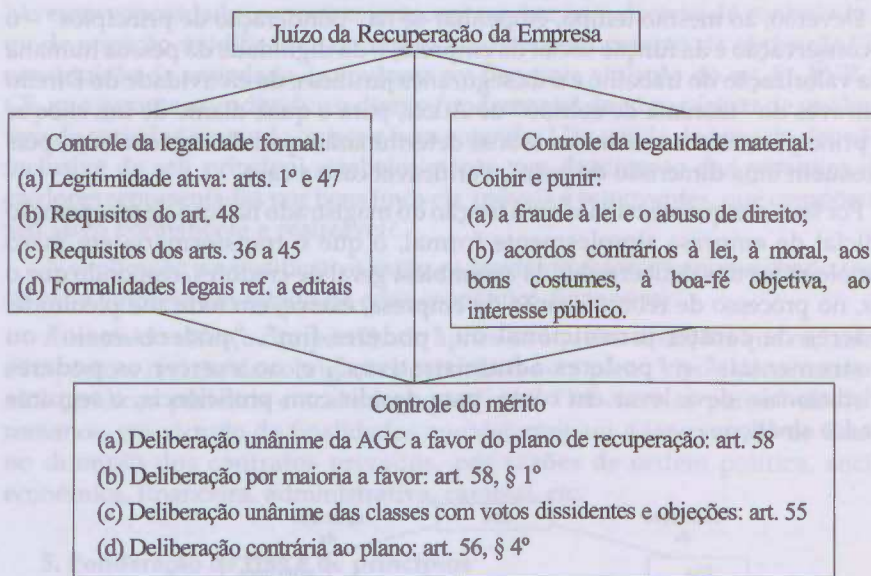
Deverão, ao mesmo tempo, empenhar-se na “ponderação de princípios” – o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e o da segurança jurídica e da efetividade do Direito –, através do “teorema de colisão” de ALEXY, para o qual, diante de um choque de princípios, as circunstâncias fáticas determinarão qual deve prevalecer, pois “possuem uma dimensão de peso”, verificável caso a caso.

Por isso, aos que sustentam ser a função do magistrado na ação de recuperação judicial de empresa simplesmente formal, o que o transformaria em mero homologador das deliberações da assembléia geral de credores, respondo que o juiz, no processo de reorganização da empresa, exerce, em toda sua plenitude, poderes de caráter jurisdicional ou “poderes-fim”, “poderes-meio” ou “instrumentais” e “poderes administrativos”, e, ao exercer os poderes jurisdicionais, deve levar em conta, para decidir com proficiência, o seguinte quadro sinótico:



⁽¹⁹⁾ YVES GUYON, *Droit des affaires*, Paris: Economica, 1991, Tome 2, 3^e éd., p. 113.

E, ao proferir sentença concessiva da recuperação judicial, deve levar a cabo (a) o controle da legalidade formal, (b) o controle da legalidade material e (c) o controle do mérito, consoante o seguinte quadro sinótico:



O sistema judiciário português (*)

JORGE MIRANDA (**)

1. Um relance histórico-comparativo mostra que os tribunais não formam ou não têm formado, na quase totalidade dos países, uma unidade homogênea à face das Constituições e das leis, que há ou tem havido diferentes categorias em razão quer da especialização material e do âmbito territorial quer da impregnação de pré-compreensões e de factores exógenos.

O caso português é, como se sabe, dos mais elucidativos a este respeito. Vale a pena releembrá-lo, por mais de um motivo.

2. A tradição portuguesa, mantida até à Constituição de 1933, foi sempre de considerar que tribunais verdadeiros e próprios eram os tribunais judiciais ou tribunais comuns de jurisdição ordinária, os quais formavam o Poder Judicial ou Judiciário, um dos poderes do Estado (arts. 176º e segs. da Constituição de 1822, 118º e segs. da Carta Constitucional, 123º e segs. da Constituição de 1838 e 56º e segs. da Constituição de 1911).

As quatro Constituições liberais chegaram a prever outros tribunais além dos judiciais: os juízos arbitrais (art. 194º da Constituição de 1822, art. 127º da Carta, art. 123º, § 3º, da Constituição de 1838), os tribunais especiais para a liberdade de imprensa (art. 8º da Constituição de 1822) e o Tribunal de Contas (art. 135º da Constituição de 1838). Mas para elas o conceito de tribunal ligava-se essencialmente aos tribunais judiciais. Nem talvez pudesse deixar de ser doutro modo, numa altura em que as necessidades de jurisdição, ou de jurisdição especializada, eram relativamente pequenas e em que os órgãos jurisdicionalizados que iam surgindo em alguns sectores da Administração tinham um desenvolvimento balbuciante e esferas de competência restritas.

Outros aspectos comuns conexos às Constituições liberais eram a consideração de três graus de jurisdição (arts. 179º, 190º, 191º e 192º da Constituição de 1822, arts. 120º, 125º, 130º e 131º da Carta, arts. 123º, 125º e 126º da Constituição de 1838 e art. 56º da Constituição de 1911); a existência de jurados (arts. 177º e 178º da Constituição de 1822, art. 119º da Carta, art. 123º da Constituição de 1838 e arts. 58º e 59º da Constituição de 1911); e o estabelecimento de garantias dos juízes (art. 183º da Constituição de 1822, arts. 120º e 122º da Carta, art. 127º da Constituição de 1838 e arts. 57º e 60º da Constituição de 1911).

(*) Texto em português europeu.

A Constituição de 1822 já proclamava o princípio da reserva de jurisdição dos juízes (art. 176º), a Carta a sua independência (art. 118º) e a Constituição de 1911 a coadjuvação de outras autoridades na execução das decisões judiciais (art. 62º). A Constituição de 1822 consagrava a regra da antiguidade na promoção na carreira (art. 186º) e preocupava-se com a suficiência dos ordenados dos juízes e dos oficiais de justiça (art. 200º). A Carta previa acção popular em caso de suborno, peita, peculato e concessão (art. 124º) ⁽¹⁾.

3. O art. 115º (depois 116º) da Constituição de 1933, ao substituir a expressão "Poder Judicial" pela expressão "Função Judicial", abriu caminho paradoxalmente a um conceito mais amplo e também mais rigoroso. Dizendo "a função judicial é exercida por tribunais ordinários e especiais", explicitava que todos os órgãos incumbidos do desempenho de determinada função do Estado materialmente definida a função judicial ou jurisdicional eram tribunais, mesmo quando não estavam subordinados ao Supremo Tribunal de Justiça e não podiam, só por esta razão, ser chamados tribunais judiciais.

Havia a distinção entre tribunais ordinários e tribunais especiais, mas esta distinção, como resultava dos arts. 118º e 113º, apenas se reportava a certas garantias: a inamovibilidade e a vitaliciedade que eram conferidas aos juízes dos primeiros e não aos juízes dos segundos tribunais, sem se lhe poder atribuir mais fundo significado constitucional. Todos os demais preceitos da Constituição relativos a tribunais no texto de 1971, arts. 93º, alínea b), 1ª parte, 118º, 120º, 121º e 123º eram aplicáveis tanto aos tribunais ordinários como aos tribunais especiais ⁽²⁾.

Tribunais ordinários eram os tribunais judiciais enumerados na 2ª parte do art. 116º: o Supremo Tribunal de Justiça e tribunais de 1ª e 2ª instâncias. Por exclusão de partes, todos os outros eram tribunais especiais, por mais arbitrário que fosse integrá-los todos na mesma categoria. Eram tribunais especiais, nomeadamente os tribunais não judiciais, explícita ou implicitamente, admitidos no próprio texto da Constituição tribunais administrativos (arts. 8º, nº 21, após 1971, e 109º, nº 4), de trabalho (art 38º) e de Contas (art. 91º, nº 3) e os tribunais criados directamente por lei: tribunais fiscais, aduaneiros, militares, de géneros alimentícios, de trabalho, etc.

A Constituição não permitia a criação de tribunais especiais com competência exclusiva para o julgamento de determinada ou determinadas categorias de crimes, excepto sendo estes fiscais, sociais ou contra a segurança do Estado (art. 116) ⁽³⁾. E, formalmente, apresentavam-se tão só (depois de 1945)

⁽¹⁾ Sobre os tribunais nas Constituições liberais, v. LOPES PRAÇA, *Estudos sobre a Carta Constitucional*, 2ª parte, I, Lisboa, 1879, págs. 307 e segs.; MARNOCO E SOUSA, *Direito Político - Poderes do Estado*, Coimbra, 1910, págs. 769 e segs., e *Constituição Política da República Portuguesa - Comentário*, Coimbra, 1913, págs. 566 e segs.

⁽²⁾ Cfr. PAULO CUNHA, parecer subsidiário da secção de justiça da Câmara Corporativa sobre o art. 116º da Constituição (in *Diário da Assembleia Nacional*, 1945, suplemento ao nº 176, págs. 642(14) e 642(15); CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, policopiado, Lisboa, 1971-1972, I, págs. 238 e segs.; MARCELO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, II, 6ª ed., 1972, págs. 663 e segs.; FRANCISCO JOSÉ VELOSO, "No Campo da justiça: intromissões do Poder Executivo", in *Scientia Juridica*, 1972, págs. 260 e 279 e segs.

⁽³⁾ O que inconstitucionalizava os tribunais militares ou os deslocava para a esfera da Administração.

como modos de organização e funcionamento dos tribunais criminais de Lisboa e Porto, os “plenários dos tribunais criminais”, constituídos para julgamento de certas categorias de crimes, nomeadamente crimes contra a segurança externa e interna do Estado (cf., por último, base XIV da Lei nº 2113, de 11 de Abril de 1962, e art. 30º do Estatuto Judiciário). Na prática, as especialidades de composição e de competência e as condições anómalas de funcionamento colocavam-nos num lugar à parte como tribunais políticos (que, por isso, viriam a ser extintos logo pelo Programa do Movimento das Forças Armadas em 25 de Abril de 1974).

Pulverização dos tribunais, pulverização das magistraturas, inserção no âmbito de diferentes ministérios⁽⁴⁾, dispersão das normas legais aplicáveis, assim como interdição do acesso das mulheres e designação directa ou indirecta dos membros do Conselho Superior Judiciário pelo Governo⁽⁵⁾ caracterizavam a situação no período do constitucionalismo autoritário. E o regime não quis ou não pôde responder às propostas de reforma por que, antes de mais, se bateram grandes advogados como ADELINO DA PALMA CARLOS, FRANCISCO SALGADO ZENHA e FRANCISCO SÁ CARNEIRO⁽⁶⁾.

4. A doutrina da época discutia o problema da qualificação dos tribunais administrativos se deviam enquadrar-se no âmbito dos órgãos da função judicial ou se deviam, diferentemente, recortar-se entre os órgãos da Administração ou do poder administrativo. Durante largos anos tinha prevalecido esta última tese, apoiada nas concepções do sistema administrativo de tipo francês transplantado para Portugal no século XIX; todavia, ela encontrava cada vez maior resistência quer na escola de Coimbra quer na de Lisboa.

O entendimento tradicional abonava-se em duas razões principais: 1ª) a separação histórica entre Poder Judicial e Poder executivo ou administrativo, vinda desde a Revolução Francesa e as reformas napoleónicas; e 2ª) a necessidade de os órgãos competentes para anularem os actos administrativos ilegais pertencerem à Administração, por só assim a Administração activa estar disposta a executar as suas decisões. Além disso, sublinhava-se a unidade do processo administrativo, de tal sorte que os tribunais do contencioso administrativo não eram senão órgãos administrativos para os quais se “recorria” de decisões ou deliberações doutros órgãos do mesmo Poder⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ Ministérios da Justiça, das Finanças, das Corporações, e até Presidência do Conselho de Ministros.

⁽⁵⁾ Cf. A. LÚCIO VIDAL, “Conselho Superior judiciário”, in *Dicionário jurídico da Administração Pública*, II, Coimbra, 1972, págs. 621 e segs.

⁽⁶⁾ Recorde-se, entre tantas intervenções, as conferências proferidas, na Ordem dos Advogados em Março de 1972 e depois publicadas: de ADELINO DA PALAMA CARLOS, “Alguns problemas de organização judiciária”, Lisboa, 1972; de FRANCISCO SALGADO ZENHA, “A organização judiciária como guardiã constitucional da liberdade individual”, Porto, 1973; e de FRANCISCO SÁ CARNEIRO, “A proposta de lei sobre organização judiciária”, Porto, 1973.

⁽⁷⁾ O autor mais identificado com esta tese, MARCELLO CAETANO, conjugava-a com uma interpretação muito particular da noção de função judicial dada pelo art. 116º da Constituição: não em sentido material, mas sim em sentido orgânico-formal – ou seja, a função judicial como função dos tribunais judiciais. V., por último, *Manual...*, cit., págs. 663 e segs., e *Manual de Direito Administrativo*, I, 10ª ed., 1973, págs. 36 e segs., e II, 9ª ed., 1972, págs. 1184 e segs.

Ao invés, outros Autores sustentavam que os tribunais administrativos eram verdadeiros tribunais, órgãos da função judicial em sentido substancial, porquanto: 1º) a actividade específica dos tribunais administrativos resolver litígios suscitados pela actividade administrativa era claramente jurisdicional; 2º) se separação havia a fazer era entre órgãos de administração activa e órgãos de contencioso, encarregados estes de garantir a legalidade dos actos daquele; 3º) a especialidade dos tribunais administrativos não ficava prejudicada por não pertencerem ao Poder administrativo, só o ficaria se a sua competência passasse para os tribunais judiciais comuns; 4º) a admitir-se a noção orgânico-formal de função judicial, haveria na Constituição dois conceitos de tribunal, um genérico, válido para todos os tribunais, e outro restrito aos tribunais judiciais ⁽⁸⁾.

Era esta segunda tese a que eu próprio perfilhava ⁽⁹⁾.

5. Logo após a revolução de 25 de Abril de 1974, a lei constitucional provisória, a Lei nº 3/74, de 14 de Maio, veio dispor no seu art. 18º:

1. As funções jurisdicionais serão exercidas exclusivamente por tribunais integrados no Poder Judicial.

2. Não é permitida a existência de tribunais com competência específica para o julgamento de crimes contra a segurança do Estado.

3. Exceptuam-se do disposto no nº 1 os tribunais militares ⁽¹⁰⁾.

Qual o alcance deste preceito? Afigura-se que tinha de ser unicamente este: que todos os órgãos jurisdicionais eram considerados tribunais e que entre todos os tribunais existia a unidade decorrente de exercerem todos a mesma função do Estado ou integrarem o mesmo aparelho de poder.

Corroborava-se, assim, a melhor interpretação do art. 116º da Constituição de 1933. Só os tribunais exerciam a função jurisdicional ou judicial; nenhum outro órgão de soberania a devia poder exercer; havia um nexo indissolúvel entre tribunais e função judicial; os tribunais existiam para exercê-la e ela apenas podia ser exercida através deles; a função jurisdicional, por natureza, exigia órgãos com características precisas, os tribunais. Ia-se, pois, do elemento material a função jurisdicional para o elemento orgânico os tribunais.

Porém, a nova regra de 1974 não era a mera reprodução da velha regra de 1933. Não se limitava a prescrever que a função jurisdicional incumbia aos

⁽⁸⁾ Cfr. JOSÉ CARLOS MOREIRA, "O Princípio da legalidade na Administração", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXV, 1949, págs. 398-399, nota; MIGUEL GALVÃO TELES, *Direito Constitucional Português Vigente - Sumários Desenvolvidos*, policopiados, 1971, pág. 61; RUI MACHETE, "Contencioso Administrativo", in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, II, págs. 775 e segs.

⁽⁹⁾ V. *Ciência Política e Direito Constitucional*, policopiado, Lisboa, 1972-73, II, págs. 385 e segs.

⁽¹⁰⁾ Cfr. o nosso estudo, *A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional*, Lisboa, 1975, págs. 87 e segs.

tribunais; prescrevia ainda que os tribunais tinham de estar integrados no “Poder Judicial”. Não bastava que um órgão se denominasse tribunal ou revestisse mesmo certas características de tribunal;urgia que esse órgão possuísse as características específicas do “Poder Judicial” ou fizesse parte do sistema de órgãos em que este consistia.

O sentido útil do art. 18º não se esgotava no domínio conceitual, ultrapassava-o para se projectar no domínio das reformas legislativas a emprender. Se função judicial não competia senão aos tribunais e se os tribunais, salvo os militares, desempenhavam a mesma função e pertenciam ao mesmo Poder, então era patente não já a homogeneidade dos actos que praticavam, mas desde logo a unidade fundamental que os ligava. Tomado como aparelho de órgãos estaduais, o Poder Judicial era unitário e, mais do que unitário, uno.

Donde, uma importante consequência: que todos os tribunais a partir de então poderiam ou deveriam ser tribunais judiciais. Ou, doutro ângulo: que todos os tribunais deveriam encontrar-se, pelo menos, nas mesmas condições em que se encontravam os tribunais ordinários, os tribunais comuns de jurisdição ordinária da Constituição de 1933; e que os seus juízes deveriam ter a plenitude das garantias da magistratura, sem embargo de eventuais especializações.

Foi a partir destes dados constitucionais que os Governos provisórios puderam decretar as medidas legislativas destinadas a repôr as instituições judiciárias em consonância com as aspirações de muitos anos de luta pelos direitos fundamentais. E por isso, graves distorções ocorridas à sua margem (mas, felizmente, muito efémeras) como o Tribunal Militar Revolucionário, criado pela Lei nº 9/75, de 7 de Agosto, e com regras de processo que desrespeitavam elementares garantias de defesa dos arguidos, ou os pretensos “tribunais populares”, fruto de manipulação partidária pouco significado puderam assumir.

6. O art. 18º da Lei nº 3/74 viria a ser a principal fonte inspiradora do título da Constituição de 1976 dedicado aos tribunais, embora não tenha sido totalmente seguido pela Assembleia Constituinte (apesar das intervenções que eu próprio - permita-se-me que o lembre - aí proferi).

A leitura dos arts. 205º e 206º (hoje 202º) da Lei Fundamental reforça a ideia de base da Lei nº 3/74: consiste na reserva de competência jurisdicional dos tribunais, ou seja, na impossibilidade de outros órgãos do Estado, das regiões autónomas e do poder local, políticos, legislativos ou administrativos exercerem tal competência. A função de administrar a justiça incumbe aos tribunais e os tribunais são os órgãos de soberania com competência para tal função ⁽¹¹⁾. Não se fala em “poder judicial”, porque também não se fala simetricamente em “poder legislativo” ou em “poder executivo” ⁽¹²⁾.

Se os tribunais se definem pela função jurisdicional e esta pelos tribunais, importa frisar o conceito de função jurisdicional. Apurá-lo trata-se duma *vexata*

⁽¹¹⁾ Veja-se a explicitação feita durante o debate na Assembleia Constituinte, in *Diário da Assembleia Constituinte*, nº 96, pág. 3109, e nº 97, pág. 3138.

⁽¹²⁾ A Constituição, como se sabe, proclama o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania (art. 114º) e não já o princípio da separação dos poderes como as Constituições liberais.

quaestio, extremamente controvertida na doutrina; a Constituição identifica-a com a “administração da justiça”, numa noção descritiva e eclética⁽¹³⁾, em que engloba a tríplice tarefa de defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, de reprimir a violação da legalidade democrática e de dirimir os conflitos de interesses públicos e privados⁽¹⁴⁾.

No entanto, o texto constitucional vai mostrar-se, sobretudo, inovador:

– por, na linha do art. 101 ° da Constituição italiana, proclamar que a justiça é administrada em nome do povo (art. 205°, n° 1, hoje 202°, n° 1) – querendo, com isso, simultaneamente, apelar à sensibilidade jurídico-comunitária dos juízes e conferir uma legitimidade democrática, ainda que indirecta ou institucional, aos tribunais como órgãos de soberania (art. 113°, hoje 110°);

– por não só retomar o instituto do júri mas também prever outras formas de participação popular na administração da justiça (art. 217°, hoje 207°);

– por constitucionalizar o órgão de gestão e disciplina dos juízes, embora só dos tribunais judiciais, o agora chamado Conselho Superior da Magistratura;

– por estabelecer uma separação vincada entre os tribunais e o Ministério Público, dotado este de estatuto próprio e, após 1989, de autonomia (art. 224°, hoje 219°);

– por, em sede de direitos fundamentais, garantir em geral o acesso à justiça como princípio objectivo e como direito, liberdade e garantia (art. 20°), beneficiando do inerente regime reforçado (arts. 18°, 19°, 21°, *etc.*);

– por declarar não poder a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos (ainda art. 20°, n° 1) e, portanto, consagrar também um verdadeiro direito social a par dos demais direitos económicos, sociais e culturais do título III da parte I.

Tudo isto no contexto de um Estado de Direito Democrático⁽¹⁵⁾ [preâmbulo e, após 1982, arts. 2° e 9°, alínea b)].

⁽¹³⁾ CASTRO MENDES, “Artigo 206° (Função Jurisdicional)”, in *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, I, Lisboa, 1977, pág. 396.

⁽¹⁴⁾ O debate na Assembleia Constituinte é pouco esclarecedor (*Diário da Assembleia Constituinte*, n° 96, págs. 3110-3113). O texto aprovado foi o da Comissão, tendo sido rejeitada uma proposta de emenda do Deputado Luís Catarino, a qual ligava a administração da justiça à “construção da sociedade socialista”.

⁽¹⁵⁾ Cfr. CUNHA RODRIGUES, *A Constituição e os tribunais*, Lisboa, 1977; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Orgânica judicial, responsabilidade dos juízes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1992; GOMES CANOTILHO e VITAL

7. Tal como na Lei nº 3/74, os tribunais militares – e ainda o Tribunal de Contas – ficam excluídos da ordem judicial (arts. 212º, nº 2, 218º e 219º, hoje 209º, 213º e 214º). E, pela primeira vez, a Constituição traça a competência dos tribunais militares, em termos simultaneamente restritivos e ampliativos. Se se reduz o seu âmbito de intervenção por só poderem julgar crimes essencialmente (e não subjectivamente) militares, em contrapartida permite-se a sua dilatação por a lei poder incluir na jurisdição dos tribunais militares crimes dolosos equiparáveis aos crimes essencialmente militares (art. 218º, nº 2).

Tribunal não judicial – e enquanto tribunal órgão de soberania – é ainda, na primeira fase da Constituição, a Comissão Constitucional, quando julga, no caso concreto, a questão de inconstitucionalidade em recurso, obrigatório para o Ministério Público, de decisões dos tribunais que se recusem a aplicar norma constante de lei, decreto-lei, decreto regulamentar, decreto regional ou diploma equiparável com fundamento em inconstitucionalidade (art. 282º, nº 1) e de decisões que apliquem uma norma anteriormente julgada inconstitucional pela própria Comissão (art. 282º, nº 2). A sua não referência no título dos tribunais deve-se apenas à dupla autonomização da garantia da Constituição e da Comissão como seu órgão específico (capítulo II do título I da parte IV).

Recuo importante em relação à Lei nº 3/74 verifica-se, porém, no concernente aos tribunais administrativos e fiscais, em consequência da sua colocação à parte no nº 3 do art. 212º. “Poderá haver tribunais administrativos e fiscais” não significa, obviamente, a possibilidade de especialização desses tribunais, redundante em face do art. 213º; mais do que isso, implica a sua consideração em categoria ou categorias diferenciadas da categoria dos tribunais judiciais ⁽¹⁶⁾. Observe-se, todavia, que não estão no mesmo plano dos tribunais militares, do Tribunal de Contas e da Comissão Constitucional – o legislador ordinário apenas recebe uma autorização, e não uma imposição como no nº 2 do art. 212º ou nos arts. 283º a 285º – e que já não teria qualquer cabimento um debate como o que antigamente havia sobre a natureza dos tribunais administrativos, por eles se encontrarem, sem equívocos, apresentados como tribunais.

Tirando a ordem judicial de tribunais – sempre com três graus [arts. 212º, nº 1, 214º e 215º, hoje 209º, nº 1, alínea a), e 210º] – por um lado, e, por outro lado, o Tribunal de Contas e a Comissão Constitucional, a Constituição vai, portanto, contemplar uma ordem de jurisdição – a militar – e admitir uma ordem

MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, págs. 790 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1998, págs. 573 e segs. E ainda LABORINHO LÚCIO, “O poder judicial na transição”, in *Portugal - O sistema político e constitucional - 1974-1987*, obra colectiva, Lisboa, 1989, págs. 737 e segs.; e PEDRO COUTINHO MAGALHÃES, “Democratização e independência judicial em Portugal”, in *Análise Social*, nº 130, 1995, págs. 51 e segs.

⁽¹⁶⁾ preceito do art. 212º, nº 3 não constava do texto da Comissão da Assembleia Constituinte; resultou de uma proposta dos deputados José Luís Nunes e Luís Filipe Madeira, e justificada sobretudo pela necessidade de não levantar graves problemas ao funcionamento dos tribunais existentes. V. *Diário*, nº 97, pág. 3143.

correspondente aos tribunais administrativos e aos tribunais fiscais ⁽¹⁷⁾. Cada ordem de jurisdição individualiza-se pela subordinação, através de uma ou mais instâncias, a um mesmo supremo tribunal e pela existência de estatuto e de carreira próprios dos respectivos magistrados ⁽¹⁸⁾. O princípio da unidade de magistratura só se encontra constitucionalmente afirmado no respeitante aos juízes dos tribunais judiciais (art. 220º, hoje 215º).

Na primeira instância, pode haver tribunais com competência específica e tribunais especializados para o julgamento de matérias determinadas (art. 213º, nº 1, hoje, 211º, nº 1), mas a Constituição não procede à enumeração desses tribunais ⁽¹⁹⁾. Os tribunais da Relação e o Supremo Tribunal de Justiça podem funcionar em secções especializadas (art. 213º, nº 2, hoje 211º, nº 2).

O relevo conferido aos tribunais judiciais não tem que ver apenas, como na Constituição de 1933 (pelo menos até à revisão de 1971), com uma questão de prerrogativas e imunidades dos seus juízes. Decorre, em medida não desprezível, do estabelecimento do seu âmbito material de competência, pois os tribunais de comarca são, em regra, os tribunais de primeira instância (art. 214º, nº 1), e são os tribunais judiciais que aplicam a lei criminal (arts. 27º, nº 2, 28º, nºs 1 e 3, 30º, nº 2, e 31º, nº 1) e que tomam, decisões que contudem com direitos, liberdades e garantias (arts. 34º, nº 2, 36º, nº 6, 37º, nº 3, 46º, nº 2; e hoje ainda arts. 33º, nº 2 e 86º, nº 2). Subsiste uma maior confiança nestes tribunais a que a Constituição não é insensível.

8. As revisões constitucionais de 1982, 1989 e 1997 (não a de 1992, por circunscrita à integração europeia) incidiriam largamente sobre a matéria dos tribunais, alterando a maior parte dos seus preceitos, com vista ao seu aperfeiçoamento (o que nem sempre terão conseguido).

Da primeira revisão resultariam:

– A criação do Tribunal Constitucional, substituindo o Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional e com várias outras funções para além do controlo da constitucionalidade a definir por lei [arts. 211º, nº 1, alínea a), e 213º do texto de 1982];

– A possibilidade de existência de tribunais marítimos e arbitrais (art. 212º, nº 2, hoje 209º, nº 2);

⁽¹⁷⁾ Outra ordem de jurisdição – por hipótese, de tribunais de trabalho – seria inconstitucional, independentemente da especialização admissível.

⁽¹⁸⁾ Regra comum a quaisquer categorias ou ordens – todos eles órgãos constitucionais – é pertencer ao domínio reservado da Assembleia da República a legislação sobre organização e competência dos tribunais, salvo os militares, e estatuto da magistratura [art. 167º, alínea j)].

⁽¹⁹⁾ A enumeração chegou a ser proposta por mim próprio e pelo Deputado Fernando Amaral, por se entender que era matéria constitucional e para se atalhar à multiplicação de tribunais pelo legislador ordinário. Previam-se tribunais de menores, do trabalho e marítimos e auditorias administrativas, estas com secções de contencioso administrativo e de contencioso tributário. A Assembleia Constituinte rejeitou a proposta, por a considerar demasiado ambiciosa e pouco realista. V. *Diário*, nº 97, págs. 3136 e segs.

– A previsão da constituição de tribunais de conflitos (art. 212º, nº 3, hoje 209º, nº 3);

– O estabelecimento de regras sobre o recrutamento dos juízes dos tribunais de 1ª e de 2ª instâncias e sobre o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça (art. 220º, nºs 2, 3 e 4, hoje 215º, nºs 2, 3 e 4);

– A previsão de regras relativas aos juízes dos tribunais não judiciais paralelas às respeitantes aos juízes dos tribunais judiciais (art. 222º, nº 2, hoje 217º, nº 3);

– A fixação da composição do Conselho Superior da Magistratura, com uma dupla maioria – de vogais juízes e de vogais designados pelos órgãos baseados no sufrágio universal, Presidente da República e Assembleia da República (art. 222º, hoje 218º) ⁽²⁰⁾.

A segunda revisão constitucional estabeleceria:

– A existência necessária dos tribunais administrativos e fiscais [art. 211º, hoje 209º, nº 1, alínea b)];

– Um maior rigor na definição dos tribunais judiciais como tribunais comuns em matéria civil e criminal e com jurisdição em todas as matérias não atribuídas a outras ordens jurisdicionais (art. 213º, nº 1, hoje 211º, nº 1);

– Um preceito novo sobre tribunais administrativos e fiscais, com definição de competência própria (art. 214º, hoje 212º);

– O alargamento a todos os juízes, e não só aos tribunais judiciais, da regra segundo a qual os juízes em exercício não podem ser nomeados para comissões estranhas à actividade dos tribunais sem autorização do conselho superior competente (art. 218º, nº 4, hoje 216º, nº 4);

⁽²⁰⁾ E ainda: ligeira alteração do art. 207º (hoje 204º), fundamentação das decisões dos tribunais nos casos e nos termos previstos na lei (art. 210º, nº 1); previsão da eleição do presidente do Supremo Tribunal de Justiça pelos seus juízes (art. 214º, nº 2, hoje 210º, nº 2), atribuição aos tribunais militares de competência para aplicação de medidas disciplinares (art. 218º, nº 3), possibilidade de os juízes em exercício desempenharem funções de docentes e de investigação científica não remuneradas (art. 221º, nº 3, hoje 216º, nº 3), possibilidade de inclusão de funcionários de justiça no Conselho Superior da Magistratura para tratar de questões a eles respeitantes (art. 223º, nº 2, hoje 218º, nº 3).

– A previsão de um conselho superior dos tribunais administrativos e fiscais paralelo ao Conselho Superior da Magistratura (art. 219º, nº 2, hoje 217º, nº 2);

– O tratamento do Tribunal Constitucional em título autónomo (arts. 223º e segs., hoje 221º e segs.) – abrangendo a sua jurisdição matérias de natureza jurídico-constitucional (as quais não se confinam ao controlo da constitucionalidade) – com certas alterações da sua composição, da sua organização e do seu funcionamento e com constitucionalização da sua competência como tribunal eleitoral ⁽²¹⁾.

Finalmente, a revisão de 1997 determinaria:

– A previsão dos procedimentos judiciais caracterizados pela prioridade e pela celeridade para tutela dos direitos, liberdades e garantias pessoais (art. 20º, nº 5);

– A fundamentação das decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente (art. 205º, nº 1);

– A supressão dos tribunais militares fora do estado de guerra (arts. 209º e 213º);

– A possibilidade de incompatibilidades legais com a função de juiz (art. 216º, nº 5);

– A eliminação da necessidade de um dos dois vogais do Conselho Superior da Magistratura nomeados pelo Presidente da República ser juiz [art. 218º, nº 1, alínea a)];

– A alteração de várias regras sobre o Tribunal Constitucional, designadamente alargamento para nove anos do mandato dos juízes, vedação de recondução para o mandato imediato e atribuição de competências relativamente a perda do mandato dos Deputados, eleições no âmbito da Assembleia da República

⁽²¹⁾ E ainda: a previsão de instrumentos e formas não jurisdicionais de composição de conflitos (art. 205º, nº 4, hoje 202º, nº 4), a substituição do termo “juízes populares” pelo termo “juízes sociais” e a especificação das questões sujeitas à sua intervenção (art. 210º, nº 2, hoje 207º, nº 2), a enumeração das competências e a possibilidade de existência de secções regionais do Tribunal de Contas (art. 216º), a eliminação da extensão das regras sobre incompatibilidades dos juízes a todos os membros do Conselho Superior da Magistratura (art. 220º, nº 2, hoje 218º, nº 2).

e das assembleias legislativas regionais e eleições e deliberações em partidos políticos (arts. 221º e segs.) ⁽²²⁾.

9. O relevo assumido pelo Conselho Superior da Magistratura e por órgãos idênticos e análogos noutros países – ainda há meses objecto de um importante colóquio comparativo em Aix-en-Provence, de que fui um dos relatores – justifica algumas notas, se bem que breves.

Parto de alguns pressupostos (como é natural, susceptíveis de discussão, mas que reputo bastante razoáveis):

1º) Que um conselho todo nomeado, directa ou indirectamente, pelo Executivo – como era o Conselho Superior Judiciário antes de 1974 – pode afectar as garantias dos juizes e não é compatível com o princípio da separação de poderes;

2º) Que um conselho todo eleito pelo Parlamento e reflectindo a sua composição ou a sua maioria pode politicizar a gestão da magistratura e introduzir o contraditório partidário;

3º) Que um conselho todo eleito (ou dominado) pelos juizes pode converte-se num órgão de tipo corporativo e sem visão de Estado;

4º) Que a solução mais adequada a um Estado de Direito democrático consiste, pois, em procurar uma articulação de diferentes princípios ou vectores ⁽²³⁾.

Por um lado, insisto, como os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça *em nome do povo* (art. 202º da Constituição, de novo), os juizes não podem deixar de ter uma ligação com a base dessa soberania através dos órgãos do Estado assentes no sufrágio universal – o Presidente da República e o Parlamento. Um puro autogoverno da magistratura – a qual não é electiva – seria inadmissível.

Mas, por outro lado, a Constituição afirma também o princípio da democracia participativa [art. 2º, *in fine*, e 9º, alínea c)] e aplica-o em variadíssimos domínios (arts. 54º, 92º, 267º, etc.). Logo, a participação dos juizes no conselho superior que conduz a sua gestão é imposta não só por razões de tradição e de eficácia técnica como por razões de congruência político-constitucional.

⁽²²⁾ E ainda: constitucionalização do segredo de justiça (art. 20º, nº 3), exclusão dos crimes de terrorismo e da criminalidade altamente organizada do âmbito de intervenção do júri (art. 207º, nº 1), aditamento da execução das penas ao âmbito de intervenção dos juizes sociais (art. 207º, nº 2), um artigo *ex professo* sobre patrocínio judiciário (art. 208º), fixação em quatro anos do mandato do presidente do Tribunal de Contas (art. 214º, nº 2), existência necessária de secções do Tribunal de Contas nas regiões autónomas (art. 214º, nº 4).

⁽²³⁾ Cfr. CUNHA RODRIGUES, "Modelos de governo do poder judicial alternativos", in *Revista do Ministério Público*, nº 58, Abril-Junho de 1994, págs. 23 e segs.; EDUARDO MAIA COSTA, *Tribunais: independência e*

Legitimidade e participação, racionalidade e pluralismo, equilíbrio e limitação recíproca – eis as ideias cardeais do sistema e com as quais estou, por conseguinte, de acordo no essencial.

10. A natureza do Conselho decorre da sua composição e das suas competências constitucionais e legais:

a) Ele não é um tribunal ou um órgão do poder judiciário – conquanto as suas funções sejam conexas ou instrumentais relativamente aos tribunais;

b) Não é um forum político ou uma comissão parlamentar – embora situado na organização do poder político e sob o influxo legitimador do princípio democrático;

c) Nem é um órgão de representação dos juízes, uma espécie de parlamento da magistratura – ainda que no seu seio haja, e tenha de haver, uma representação existencial dos juízes e das correntes judiciárias.

Ou, dizendo por fórmulas positivas:

a) O Conselho é um órgão de garantia constitucional – não só um órgão constitucional por causa da sua existência e do seu estatuto, mas sobretudo por causa da sua função de garantia do regular funcionamento das instituições judiciárias e do exercício da função jurisdicional;

b) É um órgão independente da Administração – por isso mesmo (porque, se as suas competências são materialmente administrativas, ele não está sujeito a nenhum poder do Governo, seja de direcção, de superintendência ou de tutela) ⁽²⁴⁾;

c) Logo, por isso mesmo, tem de ser um órgão sob controlo – porque em Estado de Direito todos os poderes aparecem limitados por outros poderes – e, assim, está sujeito quer a controlo contencioso (que deveria ser exercido pelo Supremo Tribunal

legalidade, ibidem, págs. 125 e segs.; FIGUEIREDO DIAS, “Nótula sobre temas de Direito Judiciário”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nºs 3849 e 3850, Abril e Maio de 1995, págs. 355 e segs. e 8 e segs., respectivamente; GOMES CANOTILHO, “A questão do autogoverno das magistraturas como questão politicamente incorrecta”, in *AB UNO AD OMNES - 75 anos da Coimbra Editora*, obra colectiva, Coimbra, 1998, págs. 247 e segs.

⁽²⁴⁾ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, Coimbra, 1997, págs. 37-38; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pág. 598.

Administrativo nos termos gerais do art. 212º, nº 3 da Constituição, e não pelo Supremo Tribunal de Justiça) quer a controlo político do Parlamento [art. 162º, alínea a)] ⁽²⁵⁾, quer ainda a controlo do Provedor de Justiça (art. 22º, nº 3, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril).

11. Julgo também conveniente, no âmbito desta exposição, deter-me na problemática do Tribunal Constitucional, por persistir alguma incompreensão acerca do seu papel e por haver quem preconize a transferência das suas competências para uma secção especializada do Supremo Tribunal de Justiça.

Aquilo a que eu tenho chamado a revolução copernicana do Direito público ou seja, a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatoris* a uma fase em que se aplicam (ou são susceptíveis de se aplicar) directamente nas situações da vida – não resultou só de mudanças do regime político ou da ideia de Constituição. Resultou, sobretudo, do aparecimento de uma justiça constitucional como tal estruturada e legitimada.

Não bastam proclamações como as do art. 1º, nº 3 da Constituição de Bona, do art. 18º, nº 1, da Constituição portuguesa, do art. 53º, nº 1 da Constituição espanhola ou do art. 5º, § 1º da Constituição brasileira para assegurar a força normativa dos preceitos constitucionais. Sem a justiça constitucional o princípio da constitucionalidade fica desprovido de tradução prática ⁽²⁶⁾.

Ora, a lição do Direito comparado afigura-se muito clara:

1º) Fiscalização jurisdicional difusa pode coexistir com diferentes sistemas jurídicos e (pelo menos, teoricamente) com diversos sistemas políticos e é sempre uma salvaguarda potencial da constitucionalidade;

2º) Todavia, só adquire total autenticidade e efectividade em sistemas judicialistas como os anglo-saxónicos (com forte autoridade social dos juízes, total adesão da comunidade à Constituição e mecanismos de harmonização de julgados);

3º) Mesmo aí verificam-se fenómenos próximos da concentração, por virtude da prevalência dos supremos tribunais e da sua especial ou dominante ocupação com questões de constitucionalidade;

4º) A fiscalização jurisdicional concentrada apenas faz sentido em regime político de divisão de poder, do qual se revela uma das peças mais importantes;

⁽²⁵⁾ Sendo de aplaudir a previsão na recém-apresentada proposta de lei de alteração do estatuto dos magistrados judiciais a previsão de um relatório anual do Conselho à Assembleia da República.

⁽²⁶⁾ Cfr. o nosso *Manual...*, II, 3ª ed., Coimbra, 1991, págs. 349 e segs.

5º) Na Europa, só um sistema de tribunal constitucional ou mecanismos jurisdicionalizados afins (como o Conselho Constitucional francês desde 1974) asseguram plenamente tal fiscalização concentrada.

Recordo também os seguintes dados da nossa experiência:

1º) Consagrada em 1911, a fiscalização judicial difusa sobreviveria na vigência da Constituição de 1933 (com modificações) e das leis revolucionárias de 1974-1976;

2º) A sua prática mostrar-se-ia entretanto, sempre muito escassa, por causas derivadas das situações políticas envolventes, pela deficiente força normativa das Constituições e pela timidez dos juízes;

3º) A proposta de criação de um tribunal constitucional apareceu ligada à construção da democracia e do Estado de Direito e, não por acaso, só foi concretizada num momento de institucionalização, coincidente com o afastamento dos intentos de ruptura (ou de revisão à margem das regras constitucionais) e com a extinção do Conselho da Revolução;

4º) O Tribunal Constitucional aparece, simultaneamente, como o órgão (único) de fiscalização abstracta e como tribunal de recurso na fiscalização concreta, mantendo-se nesta o poder de apreciação e de desaplicação das leis por todos os tribunais (o que confere ao modelo português um carácter misto sem paralelo na Europa);

5º) Em vez de congelar a fiscalização difusa, a fiscalização concreta, vinda desde 1976 com a Comissão Constitucional e desde 1982 com o Tribunal Constitucional, foi para ela um estímulo - como o mostram as centenas e centenas de decisões dos tribunais em contraste com o estado de coisas anterior;

6º) Aos tribunais em geral cabe a primeira palavra sobre inconstitucionalidade, mas a última pertence sempre ao Tribunal Constitucional - eis, em suma, a síntese do nosso regime de controlo;

7º) Na fiscalização preventiva de decretos parlamentares, pode a vontade legislativa, com maioria qualificada, prevalecer sobre a pronúncia pela inconstitucionalidade se forem confirmados por

maioria agravada e se o órgão de promulgação ou de assinatura os sancionar; mas na fiscalização sucessiva prevalece sempre a decisão do Tribunal e não se admite (salvo futura alteração da Lei Fundamental) reposição de norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral – e neste equilíbrio se encontra ainda a tensão inerente ao Estado de Direito democrático.

12. O Tribunal Constitucional tem a natureza de tribunal – pelo princípio do pedido, pelos critérios jurídicos de decisão, pelas regras de processo, pela força de caso julgado na fiscalização sucessiva, pelo estatuto dos juízes.

Não é, porém – tal como instituições idênticas que existem hoje por toda a Europa continental – um tribunal como qualquer outro, pela sua origem, porque administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional envolve problemas específicos e porque, para poder sobrepor-se a leis aprovadas por órgãos baseados no sufrágio universal, tem de receber uma legitimidade diferente ou mais densa do que a que possuem os restantes tribunais.

Por paradoxal que possa *prima facie* supor-se apenas um órgão jurisdicional com uma maioria de membros provenientes dos órgãos democraticamente legitimados adquire autoridade suficiente para declarar inconstitucionais com força obrigatória geral actos dimanados desses órgãos. E isto, tanto vale para o Tribunal Constitucional como para o Supremo Tribunal dos Estados Unidos ou para o Supremo Tribunal Federal do Brasil ⁽²⁷⁾.

Assim, no caso português, o que eu critico não é que o Tribunal Constitucional tenha juízes eleitos pelo Parlamento; o que eu critico é que só *tenha*, directa ou indirectamente, juízes por ele designados, em vez de – em coerência com o sistema político e para maior abertura ao pluralismo de correntes jurídicas – ter também juízes nomeados pelo Presidente da República e juízes eleitos pelo Conselho Superior da Magistratura ou pelos supremos tribunais.

⁽²⁷⁾ Cfr., por todos, a obra colectiva *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, 1995.

⁽²⁸⁾ JORGE MIRANDA é Professor das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

A Emenda Constitucional nº 45 e o processo (*)

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (**)

1. Introdução.

Característica marcante do processo civil brasileiro em nosso tempo é a sua progressiva constitucionalização. Não me refiro só à crescente atenção dada pela doutrina e pela jurisprudência contemporâneas aos vínculos entre o direito processual e a Constituição, e especialmente à necessidade de avaliar ou reavaliar à luz dela as soluções de problemas jurídicos relacionados com o processo. Aludo ao próprio ordenamento positivo.

Com efeito: a Carta da República de 1988 elevou ao patamar constitucional preceitos de ordem processual até então enunciados apenas em nível de legislação ordinária, ou quando muito, em Constituições anteriores, no tocante ao processo *penal*, para o qual elas se preocupavam em conferir à defesa certos direitos e garantias. Do processo civil cuidavam pouco, com ressalva de alguns instrumentos ordenados à proteção de direitos e interesses peculiares, como o mandado de segurança e a ação popular, ou à persecução de fins ligados à índole federativa da estrutura do Estado brasileiro, como o recurso extraordinário.

Em 1988, enriqueceu-se notavelmente o repertório de disposições concernentes *também* ao processo civil. Para começar, o acesso ao Poder Judiciário passou a ver-se assegurado não apenas em caso de alegada *lesão*, mas igualmente no de *ameaça* a direito (art. 5º, nº XXXV). Recebida a ação popular (art. 5º, nº LXXIII), colocaram-se-lhe ao lado novos instrumentos de tutela de direitos e interesses difusos e coletivos: a ação civil pública, que antes se situava no plano puramente legal (Lei nº 7.347, de 24.7.1985), revestiu-se de dignidade constitucional, mercê da referência expressa contida no art. 129, nº III; e criou-se modalidade coletiva do mandado de segurança (art. 5º, nº LXX). Forjaram-se outros instrumentos processuais específicos, quais o mandado de injunção (art. 5º, nº LXXI) e o *habeas data* (art. 5º, nº LXXII). E, em matéria de princípios, muito se ampliou o rol dos constitucionalmente consagrados: o do juiz natural (art. 5º,

(*) Texto de conferência pronunciada em 10.10.2005, em Brasília, nas VI Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, e em 13.10.2005, no Rio de Janeiro, no VII Congresso Nacional do Instituto de Direito. Acrescentaram-se as notas.

n^os XXXVII e LIII), o do “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5^o, n^o LV), o da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5^o, n^o LVI), o da publicidade dos atos processuais (art. 5^o, n^o LX, e 93, n^o IX), o da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais (art. 93, n^o IX), e - à guisa de cláusula de encerramento - o do “devido processo legal” (art. 5^o, n^o LIV), expressão pela primeira vez incorporada à terminologia de nosso direito positivo.

É forçoso reconhecer que a realidade do foro nem sempre vem refletindo com fidelidade esse vistoso panorama. A utilização prática de alguns institutos, como o mandado de injunção e o *habeas data*, ficou muito aquém do que se poderia esperar à luz dos textos. E, para ferir outro ponto, longe estamos de ver cumprido *in concreto* de maneira eficiente o preceito do art. 5^o, n^o LXXIV, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. São mazelas, no entanto, pelas quais não seria razoável culpar o legislador constituinte: elas nada fazem senão confirmar uma velha e triste noção, a da distância a que quase sempre ficam de realizar-se plenamente as expectativas suscitadas pelas mais belas promessas normativas.

2. A Emenda Constitucional n^o 45.

A generalizada insatisfação com o desempenho da máquina judiciária tem provocado uma série de reformas legislativas, que já modificaram em muitos pontos o Código de Processo Civil de 1973. Entendeu-se, todavia, que não bastavam novas regras no plano da legislação ordinária: era preciso alterar a própria Constituição. Exato ou inexato que fosse, tal entendimento levou à edição de uma Emenda Constitucional, de n^o 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004.

Cabe desde logo notar que, embora se haja tornado conhecida pela denominação de “Reforma do Poder Judiciário” ou “Reforma da Justiça”, a Emenda n^o 45 na verdade tratou de múltiplas e variadas matérias, aqui e ali estranhas ao âmbito delimitado por aquela designação. Assim é, por exemplo, que nela se deparam normas concernentes a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e à submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (§§ 3^o e 4^o, respectivamente, acrescentados ao art. 5^o da Carta da República), bem como ponderável número de disposições atinentes ao Ministério Público.

A fim de imprimir alguma sistematização ao conjunto heterogêneo de regras constantes da Emenda, parece adequado distribuir as mais relevantes em quatro grupos ou categorias: 1^o) modificações estruturais, do Poder Judiciário e do Ministério Público; 2^o) alterações de competência; 3^o) disposições sobre a disciplina jurídica da magistratura (ingresso na carreira, promoção, remoção, férias, número de juizes em cada unidade jurisdicional *etc.*: incisos do art. 93); 4^o) normas de caráter pura ou predominantemente processual, incluídas aí as referentes a aspectos do funcionamento dos órgãos judiciais. Deixarei de lado,

neste ensejo, as disposições do 1º e do 3º grupo, para cuidar apenas das principais alterações de competência e normas processuais, compreendidas entre estas as relativas à chamada “súmula vinculante”, sem embargo da relevância que assumem também na esfera administrativa.

3. Alterações de competência.

São quatro as mais importantes alterações de competência efetuadas pela Emenda:

- 1ª) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias passaram do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, nº I, í). Ao que se pode imaginar, a providência teve por objetivo aliviar a carga de trabalho da Corte Suprema, a expensas, porém, do Superior Tribunal de Justiça, não menos sobrecarregado; vem à mente a expressão popular “despir um santo para vestir outro”;
- 2ª) inclusão de mais um caso entre os de competência originária do Supremo Tribunal Federal: “ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público” (art. 102, nº I, r), órgãos criados pela própria Emenda;
- 3ª) acréscimo de uma hipótese, no art. 109, nº V-A, às de competência da Justiça Federal: “as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º” acrescentado ao mesmo artigo; aí se fala de “grave violação de direitos humanos” previstos em “tratados internacionais (...) dos quais o Brasil seja parte”, caso em que o Procurador-Geral da República “poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”. No que tange a esta, aumentando-lhe a carga de trabalho, a disposição, sem prejuízo de alguma justificativa que talvez encontre de outro ponto de vista, em nada contribuirá para acelerar-lhe o ritmo, já notoriamente muito lento em vários Estados da federação;
- 4ª) ampliação da competência da Justiça do Trabalho; mediante alteração do art. 114, com a introdução de vários incisos cujo entendimento tem dado margem a grandes divergências doutrinárias. Elas dizem respeito, sobretudo, à cláusula inicial (inciso I), que alude, genericamente, a “ações oriundas da relação de trabalho”, dicção abrangente, para alguns, de causas atinentes a contratos de atividade em geral. ⁽¹⁾ Outros dispositivos incluem na área da

⁽¹⁾ Assim, *v.g.*, ESTÊVÃO MALLET, “Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional 45”, no vol. col. *Reforma do Judiciário* (coord. André Ramos Tavares et alii), S. Paulo, 2005, pp. 357/9; AMAURI MASCARO NASCIMENTO, “Novas competências da Justiça do Trabalho”, no vol. col. *Reforma do Judiciário* (coord. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini), S. Paulo, 2005, pp. 200 e segs.; HUGO MELO FILHO, in FLÁVIO DINO et alii, *Reforma do Judiciário*, Niterói, 2005, pp. 17 e segs. Em sentido contrário, propugnando por interpretação restritiva da expressão

competência da Justiça do Trabalho as ações “sobre representação sindical” (inciso III), “de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes de relação de trabalho” (inciso VI), “relativas a penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho” (inciso VII) etc.

4. Normas de caráter propriamente processual.

Passemos às normas de índole propriamente processual. Nesse grupo, a primeira com que nos defrontamos é o novo inciso LXXVIII, aditado ao art. 5º, com o seguinte teor: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Não se trata de novidade absoluta no ordenamento brasileiro: o art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aprovada pelo Pacto de San José de Costa Rica, de que é signatário o nosso país, estabelece, na parte inicial, que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente”. Importa verificar que significa a elevação da norma ao nível constitucional. Para não relegá-la ao plano das simples normas “programáticas”, sem impacto direto na realidade, deve-se cogitar, ao meu ver, de pelo menos duas conseqüências primaciais: 1ª) será incompatível com a Carta da República, e portanto inválida, qualquer lei de cuja aplicação haja de decorrer claro detrimento à garantia instituída no texto; 2ª) a violação da norma, por parte do Poder Público, acarretará a responsabilidade deste pelos danos patrimoniais e morais ocorridos.⁽²⁾ Só haverá o risco de que, multiplicando-se os pleitos desse gênero, fiquem ainda mais congestionadas as vias judiciais e, com isso, mais se entorpeça o andamento dos processos...

Duas novas disposições visam a assegurar o funcionamento ininterrupto, sem soluções de continuidade, da máquina judiciária. Uma delas é a do novo inciso XII do art. 93, que proíbe férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau; outra é a do novo inciso XV, que faz obrigatória a “distribuição imediata de processos, em todos os graus de jurisdição”. Ambas merecem aplausos. A primeira, vazada infelizmente em linguagem censurável do ponto de vista

“relações de trabalho”, SERGIO BERMUDEZ, *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 81/2; JORGE TOSTA, “A nova competência da Justiça do Trabalho”, in *Rev. Dialét. de Dir. Proc.*, nº 30, pp. 53 e segs.

⁽²⁾ LEONARDO A. DE ANDRADE BARBOSA, in FLÁVIO DINO *et alii*, *Ref. do Jud.*, pág. 10, alude à “possibilidade de que o novo dispositivo estimule o ajuizamento de ações reclamando indenização pela demora de procedimentos judiciais cuja duração extrapole o razoável”. Admitem expressamente a responsabilização do ente público por descumprimento do novo inciso LXXVIII, entre outros, FLÁVIO LUIZ YARSHHELL, “A Reforma do Judiciário e a promessa de ‘duração razoável do processo’”, in *Rev. do Advogado*, nº 75, p. 33; ANTONIO DE PADUA NOTARIANO JUNIOR, “Garantia da razoável duração do processo”, no vol. col. *Reforma do Judiciário* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*), S. Paulo, 2005, p. 62, e JORGE DE OLIVEIRA VARGAS, “A garantia fundamental contra a demora no julgamento dos processos”, *ibid.*, p. 347.

gramatical (defeito aliás encontrado ao longo do texto da Emenda), atende à óbvia consideração de que o direito dos juizes ao gozo de férias não pode prejudicar o interesse dos jurisdicionados na continuidade dos trabalhos judiciais durante todo o ano. A dúvida cabível respeita ao motivo pelo qual se terá limitado o preceito aos órgãos "de segundo grau", com exclusão de todos os tribunais superiores. Quanto à obrigatoriedade da distribuição imediata, cuida-se de inovação destinada a coibir a abusiva prática do "represamento", adotada em alguns tribunais estaduais, onde os feitos têm demorado, às vezes, vários anos para ser distribuídos. Parece estranho, diga-se de passagem, que seja necessário inserir *no texto constitucional* disposição relativa a assunto tão miúdo: deveriam bastar normas de hierarquia inferior, insertas em leis processuais ou até em regimentos internos.

Outra modificação concerne ao âmbito de cabimento dos recursos especial e extraordinário. Nos termos do art. 105, n° III, *b*, da Constituição, tal como vigia, o recurso especial era o remédio próprio para impugnar decisões de tribunais que julgassem "válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal". A Emenda n° 45 dividiu ao meio esse campo: transferiu para o âmbito do recurso extraordinário a hipótese de julgamento de validade de *lei* local contestada em face de lei federal (art. 102, n° III, *d*), deixando remanescer na área do recurso especial a de julgamento de validade de *ato* de governo local contestado em face de lei federal (art. 105, n° III, *b*). Pode entender-se a inovação como medida consentânea com o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal: com efeito, ao menos em regra, eventuais conflitos entre leis locais e leis federais resolvem-se em questões de invasão da competência legislativa da União por Estados ou Municípios. Ora, essas são questões de ordem *constitucional*,⁽³⁾ e por isso é natural que se haja considerado mais próprio atribuir competência para o julgamento do recurso ao Supremo Tribunal Federal, ao qual incumbe, "precipuaente, a guarda da Constituição" (art. 102, *caput*).

Mais uma novidade atinente ao recurso extraordinário aparece no § 3° acrescentado ao art. 102: "o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros". A norma, de clara inspiração norte-americana, encontra um antecedente no próprio direito brasileiro: tempo houve, sob outro regime constitucional, em que a admissibilidade do recurso extraordinário se subordinava, em certas hipóteses, à demonstração da então

⁽³⁾ Já o notava, sob o regime anterior à Emenda n° 45, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 9ª ed., S. Paulo, 1992, p. 490. Cf., agora, FREDIE DIDIER JR., "Reforma constitucional do Poder Judiciário: observações sobre duas novas regras de competência", in *Ref. do Jud.* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*), p. 257; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, "Súmula vinculante e a EC n° 45/2004", *ibid.*, p. 710; OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA, "Competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na Emenda Constitucional 45/2004", in *Ref. do Jud.* (coord. André Ramos Tavares *et alii*), pp. 204/5; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "A repercussão geral no recurso extraordinário", *ibid.*, p. 210; FLÁVIO DINO, in Flávio Dino *et alii*, *Ref. do Jud.*, p. 71.

denominada “relevância da questão federal”. A idéia é a mesma, se bem que consagrada agora sob forma algo diversa. O que se pretende é evitar que o Supremo Tribunal Federal tenha de ocupar-se de questões de interesse visto como restrito à esfera jurídica das partes do processo, em ordem a poder reservar sua atenção e seu tempo para matérias de mais vasta dimensão, para grandes problemas cuja solução deva influir com maior intensidade na vida econômica, social, política do país.

O texto do novo § 3º – e, como se verá, não é o único – faz vaga menção a uma futura lei, em cujos termos o recorrente precisará demonstrar a “repercussão geral” das questões discutidas. Não fica esclarecido se a incidência da disposição inovadora depende do advento dessa lei, ⁽⁴⁾ e menos ainda que sentido e alcance ela terá: mais uma obscuridade, entre tantas que pontilham a Emenda.

5. A impropriamente chamada “súmula vinculante”.

Vale a pena abrir item especial para aquela que é talvez a mais propalada e ambiciosa inovação da Emenda Constitucional nº 45: a impropriamente chamada “súmula vinculante”. Digo impropriamente porque a palavra “súmula” sempre se empregou – em perfeita consonância com a etimologia e os dicionários – para designar o conjunto das proposições em que se resume a jurisprudência firme de cada tribunal, a começar pela Corte Suprema, onde ela foi criada, em 1963, sob a denominação correta de *Súmula da Jurisprudência Predominante* (no singular), com a qual se incorporou ao Regimento Interno. Agora, ela aparece no texto constitucional emendado com referência a *cada uma* daquelas proposições, consoante ressalta do teor do novo art. 103-A e também do art. 8º da Emenda, que alude às “atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal”.

Eis o texto do art. 103-A, *caput*, que consagra a inovação: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma da lei”. Estatui, por sua vez, o § 1º: “A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica

⁽⁴⁾ Inclina-se a maior parte da doutrina a reputar necessária a lei regulamentadora, negando auto-aplicabilidade ao parágrafo em foco: SERGIO BERMUDEZ, *ob. cit.*, p. 54; CANDIDO DINAMARCO, “O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário”, no vol. col. *Reforma do Judiciário* (coord. Sérgio Rabello Tamum Renault e Pierpaolo Bottini), S. Paulo, 2005, p. 301; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004, sobre o processo civil”, in *Rev. de Proc.*, nº 124, p. 30; ARRUDA ALVIM, “A EC nº 45 e o instituto da repercussão geral”, in *Ref. do Jud.* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*), p. 99 (com a ressalva de que a lei “deverá cingir-se à disciplina procedimental”).

e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. Adita o § 2º: “Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser proposta por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”. E o § 3º comina sanções para a inobservância da súmula, nos dois casos concebíveis: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. Impende notar, de passagem, que o uso do instrumento da reclamação poderá conviver com a interposição do recurso cabível segundo a lei processual contra a decisão reclamada: basta atentar em que, no julgamento da reclamação, a Corte Suprema terá de cingir-se à apuração da existência ou não de contrariedade à súmula, sem estender sua cognição a outros aspectos, como a ocorrência de *errores in procedendo* ou *in iudicando* estranhos àquele âmbito. Para pleitear, por exemplo, a anulação da decisão, por incompetência do órgão julgador, ou a respectiva reforma, por má apreciação da prova, o interessado precisará recorrer pelo meio legalmente previsto. A tramitação paralela do recurso e da reclamação será capaz, sem dúvida, de gerar problemas práticos, dos quais não é possível tratar aqui.

A redação dos textos em foco, escusado ressaltar, não chega a ser um primor de precisão e elegância: sem dificuldade alguma percebe-se, por exemplo, que na validade, interpretação e eficácia de normas não reside o “objetivo”, mas o “objeto” – coisa diferente – da “súmula vinculante”. Mais grave é nova alusão, um tanto enigmática, no *caput* e no § 2º, a futura lei cujo objeto (empreguemos o termo correto) ora se aponta na “forma” a ser observada na edição da súmula (*caput*), ora na disciplina da “aprovação, revisão ou cancelamento de súmula” (§ 2º). Indagação relevantíssima, a que a Emenda não dá resposta clara, é esta: fica a utilização de todo o mecanismo engendrado na dependência do advento dessa futura lei? Noutras palavras: só depois dela, e na *forma* que ela determinar, é que o Supremo Tribunal Federal poderá editar súmulas vinculantes? ⁽⁵⁾ Ou a lei só será necessária no tocante à revisão e ao cancelamento? ⁽⁶⁾

É possível entender assim a parte final do *caput* – impressão todavia desmentida, ao que parece, pela dicção do § 2º, onde a cláusula “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei” inequivocamente diz respeito aos três atos (aprovação, revisão e cancelamento). Limitar-se-á o § 2º à questão da legitimação

⁽⁵⁾ Nesse sentido: LUIZ FLÁVIO GOMES, “Eficácia e extensão das súmulas vinculantes”, in *Síntese*, nº 102, p. 6; SÉRGIO SEIJI SHIMURA, “Súmula vinculante”, in *Ref. do Jud.* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier), p. 764; ao que parece, também HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, art. cit., p. 35. Contra, pela aplicabilidade imediata do art. 103-A, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, “Repercussão geral e súmula vinculante”, in *Ref. do Jud.* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*), p. 389; RODRIGO JANSEN, “A súmula vinculante como norma jurídica”, in *Rev. For.*, vol. 380, p. 211.

⁽⁶⁾ Ao ver de SÉRGIO BERMUDEZ, ob. cit., p. 123, a cláusula da “forma prevista em lei” diz respeito, exclusivamente, “à revisão e à revogação da súmula”; mas por “lei” deve entender-se “a norma baixada pelo Legislativo, ou pelo STF, no regimento ou alhures, já que é ele o editor da súmula”.

para provocar qualquer dos atos, em ordem a alongar o elenco dos legitimados, já aumentado por força da nova redação dada pela própria Emenda aos incisos IV e V do art. 103? ⁷⁾

Adiante-se que raia pelo absurdo o entendimento segundo o qual estaria a Corte Suprema desde já, independentemente do advento da misteriosa lei, autorizada a editar súmulas – só a editá-las –, não porém a revê-las ou a cancelá-las. Não se afigura razoável que, se o Tribunal vier a convencer-se de haver errado na edição de uma súmula, fique impedido, na falta da lei, de revê-la ou cancelá-la. Até porque, em última análise, a proibição não seria difícil de contornar por meio da aprovação de nova súmula de teor diverso ou mesmo oposto ao da anterior...

Complica-se o problema da lei anunciada à vista do disposto na primeira parte do art. 7º da Emenda, assim redigido: “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”. Antes de mais nada, o texto deixa de pé as dúvidas sobre onde a Emenda depende e onde não depende de regulamentação: que é exatamente que, na “matéria nela tratada”, incide desde logo, ou se subordina ao advento da lei regulamentadora? Ademais, já se esgotaram os 180 dias fixados para a elaboração dos mencionados projetos, sem que se tenha notícia do funcionamento da comissão especial mista incumbida de elaborá-los. E nada assegura, à luz do que se está passando há meses no Congresso Nacional, que o assunto venha a ocupar tão cedo a atenção dos nossos parlamentares. A lei regulamentadora bem poderá ter a mesma sorte de tantas outras anunciadas pela Constituição, desde 1988, e jamais concretizadas. Tudo isso justifica dúvidas sobre o destino que afinal espera, em tais circunstâncias, a súmula vinculante.

6. O panorama global e algumas observações críticas.

Que conclusão se há de extrair da visão panorâmica da Emenda nº 45, no que tange à sua possível contribuição para o aprimoramento da Justiça brasileira?

A quem passe em revista as principais inovações, decerto não escapará que a atenção do legislador se concentrou, acima de tudo, no aspecto da duração dos processos, vista como excessiva. Não são numerosas as medidas destinadas a melhorar a *qualidade* da prestação jurisdicional: um dos poucos exemplos é a nova redação do art. 93, nº IV, mais explícita que a anterior na “previsão de

⁷⁾ À possibilidade de acréscimos no rol dos legitimados, em relação aos três casos, referem-se MARCELO LAMY e LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI, “Reflexões sobre as súmulas vinculantes”, in *Ref. do Jud.* (coord. André Ramos Tavares *et alii*), p. 311; GILMAR FERREIRA MENDES e SAMANTHA MEYER PFLUG, “Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional nº 45/2004”, in *Ref. do Jud.* (coord. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini), p. 346, parecem limitar a possibilidade aos casos de “cancelamento ou revogação” (haverá diferença?); FLÁVIO DINO, in Flávio Dino *et alii*, *Ref. do Jud.*, p. 81, unicamente à revisão.

cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados”, com a obrigatoriedade de “participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados”, como etapa do processo de vitaliciamento. O novel Conselho Nacional de Justiça poderia desempenhar papel importante na empresa, mas a leitura das atribuições que lhe são cometidas (art. 103-B, § 4º) não deixa dúvida de que a maior preocupação da Emenda diz com a repressão de eventuais ilegalidades e irregularidades praticadas por juízes no exercício de suas funções; trata-se, principalmente, de um órgão disciplinar: basta ver os incisos II, III, IV e V.

A lentidão da máquina judiciária inegavelmente constitui problema sério, que aliás nada tem de peculiar ao Brasil, senão que aflige até países do chamado primeiro mundo, alguns dos quais talvez não desfrutem, no particular, situação melhor que a nossa. Aqui, entretanto, cabem duas ou três observações de princípio. Uma delas é a de que não parece razoável sobrepor obsessivamente a tudo mais o açodamento em inventar soluções, às vezes simplistas, para debelar o mal. As que se vêm tentando padecem do pecado original da falta de base empírica: não dispendo de dados concretos, de estatísticas abrangentes e confiáveis, que revelem com alguma precisão os pontos de estrangulamento, as causas mais relevantes da disfunção,⁽⁶⁾ atira-se a esmo, com o grave risco de investir quixotesicamente moinhos de vento, deixando em paz e sossego os verdadeiros inimigos. Ao contrário do que se costuma apregoar, muito provavelmente nem sequer serão as leis as maiores vilãs da história: há um fator de que pouco se cuida, e no entanto pode estar influenciando negativamente, de modo mais intenso, no rendimento do aparelho judicial – a má gestão administrativa de juízos e tribunais. Por outro lado, é hora de aceitarmos, com suas inevitáveis conseqüências, uma verdade fundamental: a de que jamais se logrará construir um sistema de Justiça que concilie de maneira perfeita a rapidez do funcionamento com a preservação de garantias de que, no presente momento histórico, dificilmente se poderia abrir mão. Alguma concessão sempre se terá de fazer, e é mister boa dose de prudência para buscar o necessário equilíbrio entre valores não raro contrapostos.

Seja como for, assente que a aceleração do ritmo processual representou a prioridade da Emenda, impende verificar as estratégias de que ela se valeu para perseguir tal resultado. Voltemos os olhos, antes de mais nada, para o que se

⁽⁶⁾ Nem no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, nem nos relatórios do seminário “A Justiça em números” – um e outro acessíveis no sítio do Supremo Tribunal Federal (consultado em 4.9.2005) – se deparam elementos reveladores do tempo empregado na tramitação de feitos. De acordo com resolução do então Presidente da Corte (*Diário da Justiça da União*, de 24.3.2004, p. 1), no mencionado Banco de Dados deveriam figurar os chamados “indicadores judiciários”, entre os quais o “tempo médio para o julgamento final na instância, contado do recebimento do processo”, e o “tempo médio da data do julgamento até a publicação da sentença ou acórdão”. Pelo visto, decorrido ano e meio, a resolução ainda não passou de letra morta. Perfeitamente se aplicam a certas afirmações sobre reformas legislativas as palavras de RUSSEL HARDIN, *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*, Oxford, 2003, p. 123, a denunciar “the political tradition of making empirical arguments without empirical support”.

modificou na cúpula do Poder Judiciário, aparentemente privilegiada na reforma. Digo “aparentemente” porque, como procurarei demonstrar, a Emenda nº 45 não está isenta aí de certa ambigüidade. Atente-se no caso do Supremo Tribunal Federal, órgão a cujo respeito com freqüência se ouvem recomendações enfáticas de minorar-lhe a carga de trabalho. É certo que se deslocou para o Superior Tribunal de Justiça a atribuição de homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* a cartas rogatórias (art. 105, nº I, *i*); em compensação, porém, estendeu-se a duas novas hipóteses a competência originária da Corte Suprema: as das ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 102, nº I, *r*), e para ela também se transferiu parte dos antigos recursos especiais, agora extraordinários, interpostos contra decisões que julguem válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, nº III, *d*). Ajunte-se a fonte suplementar de encargos representada pela reclamação contra a inobservância da súmula vinculante (art. 103-A, § 3º).⁽⁹⁾ Isto é: subtraiu-se de um lado, somou-se de outro. Só o tempo – se nos resolvermos a apurar com métodos apropriados a repercussão prática das inovações – dirá se é positivo ou negativo o saldo.

Mencione-se aqui outra disposição que não deixará de influir nos trabalhos do Supremo Tribunal Federal: o art. 103-B, § 1º, *fine*, consoante o qual o Ministro da Corte Suprema que presidir o Conselho Nacional de Justiça ficará excluído da distribuição de processos naquela Corte. Se continua a ser matematicamente exato que a diminuição do divisor aumenta o quociente, semelhante providência sobrecarregará os restantes Ministros, e não é despropositado temer que lhes prejudique a produtividade.

Decerto se conta, como fator de alívio para o Supremo Tribunal Federal, com a exigência da “repercussão geral das questões discutidas” no recurso extraordinário (art. 102, § 3º). Raciocinemos, contudo, em perspectiva prática e com os pés firmes no chão. O recurso terá de submeter-se à apreciação do plenário do tribunal,⁽¹⁰⁾ visto que, para negar-lhe conhecimento, serão necessários os votos de, no mínimo, dois terços dos Ministros. Com isso já se introduz uma complicação no processamento, em confronto com o regime atual, em que a competência para julgar o recurso extraordinário cabe, em princípio, a qualquer das Turmas (Regimento Interno, art. 9º, nº III), e só por exceção sobe ele ao Tribunal Pleno. Adite-se que, à luz do art. 93, nº IX, da Carta da República, não

⁽⁹⁾ Perceptível em GILMAR FERREIRA MENDES e SAMANTHA MEYER PFLUG, *trab. cit.*, pp. 372/3, o receio de que a multiplicação de reclamações venha a constituir “nova e adicional sobrecarga de processos (...) para o Supremo Tribunal Federal”, como a “substituir a crise numérica ocasionada pelo recurso extraordinário”.

⁽¹⁰⁾ De acordo: CÂNDIDO DINAMARCO, *trab. cit.*, p. 301; ARRUDA ALVIM, *trab. cit.*, p. 99; RODRIGO BARIONI, “O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral”, in *Ref. do Jud.* (cord. Teresa Arruda Alvim Wambier), p. 726; igualmente, mas em termos explicitamente críticos, ANDRÉ RAMOS TAVARES, *trab. cit.*, pp. 217/8, a cujo ver se deveria conferir a cada uma das Turmas, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, a possibilidade de rejeitar o recurso, por falta do requisito da “repercussão geral”.

alterado pela Emenda, será, por força, pública e motivada a decisão sobre o cumprimento ou descumprimento do requisito da “repercussão geral”. Fica pois afastada a vantagem – se na verdade é lícito (ponto mais que duvidoso) chamar-lhe assim – de que goza, no particular, a *Supreme Court* norte-americana, onde é secreta e em regra sem motivação divulgada a deliberação sobre se a *petition for certiorari* será examinada no mérito. ⁽¹¹⁾ Em resumo: sempre que se mantiverem aquém do *quorum* especial os votos no sentido de não se conhecer do recurso, por falta do requisito da “repercussão geral”, a tramitação compreenderá dois julgamentos, em vez de um único – e ambos realizados em sessão pública e devidamente fundamentados: o do Plenário, de rejeição da preliminar, e, em princípio, o da Turma, sobre a restante matéria. Pelo menos no particular, portanto, não se afigura exagero de pessimismo vaticinar que aumentará o trabalho do Tribunal e demorará mais a solução do problema.

No concernente ao Judiciário, em geral, é certo que algumas inovações da Emenda podem exercer influência benéfica na duração dos pleitos. Assim, por exemplo, as medidas, já citadas, tendentes a evitar hiatos no exercício das funções de juízos e tribunais: proibição de férias coletivas (art. 93, n° XII), obrigatoriedade da distribuição imediata de processos, em todos os graus de jurisdição (art. 93, n° XV). Na mesma ordem de idéias, merece referência a disposição do art. 93, n° II, e, onde se nega a possibilidade de promoção ao juiz “que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal”, embora a eficiência prática de regras desse tipo costume sofrer a erosão da complacência tantas vezes manifestada pelos órgãos fiscalizadores.

Mas a maior aposta da Emenda n° 45, em tema de desobstrução dos canais judiciais, e por conseguinte de agilização processual, é sem sombra de dúvida a chamada “súmula vinculante”. Simples o raciocínio subjacente: convencendo-se os potenciais litigantes (ou melhor, seus advogados) de que não vale a pena postular em sentido contrário ao adotado na súmula, dada a enorme improbabilidade de vitória, muitas ações deixarão de ser propostas, e muitos recursos de ser interpostos. Consideravelmente aligeirada a carga de trabalho, juízes e tribunais poderão dar conta de suas tarefas com mais celeridade.

Oxalá se concretize essa rósea expectativa. Permitam-me entretanto, aqui também, alguns reparos, nos quais deixarei de lado questões teóricas importantes, como a relativa à própria idéia de vinculação uniformizadora, ⁽¹²⁾ para cingir-me aos aspectos práticos do assunto. Primeiro reparo: sucessivas reformas do Código de Processo Civil, em nível de legislação ordinária, já vêm atribuindo grande peso aos precedentes jurisprudenciais, tornando-os, em certos casos, pouco menos

⁽¹¹⁾ Sobre o procedimento observado na apreciação das *petitions for certiorari*, vide por todos STERN-GRESSMANN, *Supreme Court Practice*, 5ª ed., Washington, 1978, pp. 343 e segs.

⁽¹²⁾ Ao propósito, merecem leitura e reflexão as considerações de FÁBIO CARDOSO MACHADO, “Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às súmulas de jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sócio-cultural e político-jurídica”, in *Rev. de Proc.*, n° 124, p. 123 e segs.

que vinculativos: basta um rápido olhar aos arts. 120, parágrafo único, 544, § 3º, 557, *caput* e § 1º-A, do estatuto processual, na redação em vigor, bem como a mais de um dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. A influência por assim dizer decisiva da jurisprudência, notadamente dos Tribunais Superiores, exerce-se, por sinal, em âmbito mais vasto que o reservado à “súmula vinculante”: não se restringe a matéria constitucional, nem pressupõe deliberações cercadas das cautelas que o novo art. 103-A e seu § 1º requerem para a edição da “súmula vinculante” pelo Supremo Tribunal Federal. Os textos soem contentar-se com a alusão, um tanto vaga, à “jurisprudência dominante”, consagrada ou não em súmula.⁽¹³⁾ E, na mesma onda, os tribunais brasileiros, inclusive os superiores, mostram fortíssima tendência a limitar a motivação de suas decisões à pura e simples indicação de precedentes.

Nessa óptica, e levando em conta os condicionamentos da Emenda nº 45, não parece que ainda sobre espaço muito grande para a incidência das súmulas vinculantes. O principal efeito da respectiva edição poderá talvez consistir na obrigação, imposta aos órgãos da Administração Pública, de respeitá-las.⁽¹⁴⁾ Realmente, muitas queixas têm-se feito ouvir acerca da insistência de órgãos do Poder Executivo em sustentar teses divergentes das esposadas por decisões dos Tribunais Superiores, inclusive da Corte Suprema. Atribui-se a esse inconformismo boa parcela de responsabilidade pelo ingurgitamento das vias judiciais, conquanto nem sempre a imputação se acompanhe de dados objetivos capazes de ministrar-lhe a desejável base empírica. De qualquer sorte, não há negar a probabilidade de que venha a reduzir-se o vulto do contencioso com a Administração Pública, e com isso a diminuir em medida ponderável a massa dos pleitos.

Seria algo imprudente, ao meu ver, formular prognósticos categóricos. Muitos invocam o exemplo, que se diz animador, dos Estados Unidos. É notório que lá as teses jurídicas consagradas em decisões da *Supreme Court* devem ser, em princípio, observadas pelos outros órgãos do Poder Judiciário, independentemente de pressupostos especiais e formalidades como as previstas na Emenda nº 45.⁽¹⁵⁾ Há quem aponte nisso fator relevante de contenção da

⁽¹³⁾ Por tudo isso escrevemos em artigo que já data de mais de seis anos: “Emenda constitucional, para estabelecer que as Súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além, e ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?). O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite...” (BARBOSA MOREIRA, “Algumas inovações da Lei nº 9.756 em matéria de recursos civis”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, S. Paulo, 2001, p. 82).

⁽¹⁴⁾ Nesse sentido, CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, Rio de Janeiro, 2005, p. 179.

⁽¹⁵⁾ É vastíssima a literatura relativa ao sistema dos *binding precedents* nos países anglo-saxônicos. Especificamente sobre o direito norte-americano, resumida mas correta explanação no artigo de RE, “*Stare Decisis*”, trad. de Ellen Gracie Northfleet, in *Rev. de Proc.*, nº 73, pp. 47 e segs. O ordenamento

litigiosidade em níveis aceitáveis, dado o efeito dissuasório exercido sobre advogados e litigantes potenciais, que se absteriam de levar a juízo pretensões incompatíveis com qualquer dos *binding precedents*.

Registre-se, em todo caso, que nem todos subscrevem tal suposição. Dois cientistas políticos, SAUL BRENNER e HAROLD J. SPAETH, procederam a meticoloso levantamento da jurisprudência da Corte, e em particular de suas alterações, no período compreendido entre 1946 e 1992 – cerca de meio século. Apuraram que nada menos de 115 vezes ela repudiou (“*overruled*”) precedentes; e publicaram a pesquisa em livro a que deram o título *Stare Indecisis* ⁽¹⁶⁾ – ironizando, é óbvio, a expressão corrente *stare decisis*, habitualmente empregada para designar o apego aos precedentes. Ora, reflitamos: a Corte não atua de ofício, mas somente por provocação dos interessados. Por outro lado, não é crível que, dentre as tentativas de obter resultado contrário a algum precedente, hajam constituído maioria as bem sucedidas: consideravelmente superior deve ter sido o número das malogradas. Daí se infere, com boa dose de verossimilhança, que muito mais de 115 vezes, naquele período, se recorreu ao Judiciário *apesar da existência de precedente em sentido desfavorável ao demandante*. O efeito dissuasório não parece haver-se produzido com a intensidade que em geral se imagina. Pode ser que os advogados brasileiros venham a mostrar-se mais obsequiosos em relação às futuras súmulas vinculantes e se abstenham de desafiar-las com pleitos que delas se desviem. Mas com isso entramos no puro reino das conjecturas.

Em todo caso, ao menos uma previsão não se afigura temerária. Faltam-nos, repito, dados estatísticos abrangentes e confiáveis sobre duração de processos. Em regra, os juízos que se emitem não têm outra base senão as impressões colhidas, em hipótese otimística, na experiência pessoal de cada opinante – experiência, ocioso frisar, extremamente variável de caso a caso, além de sujeita a mil distorções impostas pelo filtro da subjetividade. Ainda que, daqui a algum tempo, se modifique o panorama, e passemos a contar com elementos de aferição menos aleatórios, muito dificilmente poderemos saber ao certo em que medida as inovações terão repercutido na prática do foro: toda comparação pressupõe o conhecimento das duas realidades confrontadas, e a nossa ignorância do que ocorre hoje não permitirá qualquer conclusão que aspire a um mínimo de seriedade científica. ⁽¹⁷⁾ Isso de maneira alguma impedirá, é claro, que muitos

inglês vem experimentando modificações importantes, de que não é possível dar conta aqui; vamos limitar-nos a advertir que as exposições atinentes à *House of Lords* não terão, em futuro próximo, senão interesse puramente histórico, pois o *Constitutional Reform Act* de 2005, em medida ainda por implementar-se, transferiu para uma *Supreme Court* agora criada as atribuições judiciais daquela Casa do Parlamento.

⁽¹⁶⁾ BRENNER-SPAETH, *Stare Indecisis - The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge, 1995.

⁽¹⁷⁾ Inteira razão assiste a RODRIGO JANSEN, art. cit., p. 218: “É impossível prever o sucesso ou insucesso desses mecanismos. Como sói acontecer, as reformas são feitas sem estudos prévios – especialmente estudos estatísticos – que sirvam de base a identificar onde de fato estão os problemas a serem resolvidos. Não se encontram, por exemplo, estudos estatísticos amplos sobre a utilização dos mecanismos que dão eficácia quase normativa às súmulas e jurisprudência dominante previstos no Código de Processo Civil; não se sabe qual a efetividade das súmulas não-vinculantes, isto é, não se

externem certezas tanto mais peremptórias quanto menos fundadas. Continuaremos provavelmente a patinhar, como sempre fizemos, no lodaçal dos “palpites”. E, antes que alguém me censure por abusar do direito de dar os meus próprios, creio chegado o momento de pôr um ponto final nestas considerações.

Outubro de 2005

têm dados sobre a quantidade de casos em que são descumpridas (o que responderia à questão de se as súmulas não-vinculantes já não poderiam fazer papel identico ao das novas súmulas vinculantes)”. Para quem há décadas insiste nesse ponto – em regra, com a desconfortável sensação de clamar no deserto –, é consolador verificar que tais idéias já ecoam no espírito de estudiosos mais jovens.

(**) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.

A evolução da avaliação processual das provas ilícitas

MARIA CRISTINA FARIA MAGALHÃES (*)

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elevou a proibição do ingresso no processo das provas ilícitas ao patamar de garantia constitucional expressa (art. 5º, inc. LVI, da CF).

Contudo, a inadmissibilidade no processo penal de determinados meios de prova não é um tema novo, pois o ordenamento jurídico já considerava inadmissível a correspondência particular interceptada ou obtida por meio criminoso ⁽¹⁾.

A questão da ilicitude da prova obtida e de sua correlação com a inadmissibilidade no processo resulta do conflito existente entre a exigência de tutela da pessoa humana, principalmente de sua intimidade e a exigência de tutela da comunidade, principalmente a segurança social. De um lado temos as garantias individuais da pessoa humana que devem ser observadas durante a atuação investigatória dos órgãos persecutórios e pelo particular, principalmente as relativas à intimidade, vida privada e imagem das pessoas (art. 5º, inc. X), de outro lado, temos a exigência de punição dos criminosos pautada na busca da verdade real no processo penal.

Novos instrumentos capazes de registrar e transmitir informações e movimentos foram sendo descobertos. Ante a possibilidade de uso de tais inventos na obtenção de provas, surgiu a necessidade de se alargar os meios de prova admitidos. Por outro lado, a utilização desses instrumentos eficazes na descoberta dos fatos resultava na invasão da esfera privada do homem, causando um choque entre a busca da verdade real e o direito à intimidade.

⁽¹⁾ O art. 233 do CPP dispõe: "As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo". Parágrafo único: "As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário". O Código de Processo Penal Militar determina no seu art. 375: "A correspondência particular, interceptada ou obtida por meios criminosos, não será admitida em juízo, devendo ser desentranhada dos autos se a estes tiver sido junta, para a restituição a seus donos. E o art. 376: "A correspondência de qualquer natureza poderá ser exibida em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa do seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário ou remetente". GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, p. 123.

Entretanto, antes de seu uso indiscriminado e a introdução no processo penal do material probatório alcançado com o emprego dessas novas técnicas, surgiu a necessidade de averiguar quais desses instrumentos são admissíveis no processo, tendo em vista os princípios constitucionais e quais estariam banidos, em razão de confrontarem com o ordenamento jurídico vigente, bem como o limite de admissibilidade no processo penal da prova obtida com violação de direitos fundamentais da personalidade. É o caso da interceptação telefônica, que será destaque da nossa análise.

Assim sendo, surgiu a necessidade de nortear a conduta do juiz, perante o qual as provas resultantes do emprego de tais instrumentos tecnológicos se apresentavam. Era indispensável apontar quais as provas que não poderiam embasar o provimento jurisdicional.

1 - PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

Primeiramente, urge diferenciar a prova que de *per si* é admissível no processo, porém deixa de sê-lo por ter sido obtida através de um ato ilegítimo (confissão mediante tortura), da prova cuja admissão em juízo é expressamente proibida em lei (prova testemunhal por parte de absolutamente incapaz).

A prova ilícita é aquela que contraria norma de direito material (por exemplo penal ou constitucional). Sua obtenção infringe vedação de natureza substancial, atinente à proteção das liberdades públicas, principalmente os direitos da personalidade. Já a prova ilegítima é aquela produzida em violação a norma processual que estipula vedação probatória, cuja existência visa garantir a lógica e finalidade do processo.

Além do critério da natureza da norma violada para se determinar se a prova é ilícita ou ilegítima, outro pode ser adotado: o momento da transgressão da norma jurídica. A violação da norma jurídica ocorre no momento da produção da prova na prova ilegítima, ao passo que a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, que pode ocorrer antes ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este ⁽²⁾.

O conceito de prova, no âmbito da prova ilícita, como já dito anteriormente, se identifica com o meio de prova. Na verdade, a prova de *per si*, o elemento de prova é lícito, mas é obtido através de meio ilícito. O instrumento empregado na obtenção dos elementos que venham a convencer o juiz do *thema probandum* são ilícitos ⁽³⁾.

Decerto que algumas provas ilícitas podem ser ao mesmo tempo ilegítimas. Exemplo desta hipótese se encontra no art. 233 do Código de Processo Penal e no art. 375 do Código Penal Militar que proíbe o ingresso no processo das cartas particulares interceptadas ou obtidas criminosamente ⁽⁴⁾. Neste caso, a

⁽²⁾ GRINOVER, A. P. Obra citada, p. 133.

⁽³⁾ Conforme AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Prova ilícitas*, pp. 39-40.

⁽⁴⁾ GRINOVER, A. P. Obra citada, pp. 128-129.

interceptação de cartas particulares viola preceito de ordem material e sua introdução no processo infringe norma processual prevista no dispositivo citado.

Entretanto, essa correspondência expressa não é a regra. Por esta razão, devemos enfrentar a questão da relação entre a ilegitimidade da prova e a antijuridicidade de sua obtenção, conhecendo as correntes doutrinárias sobre o tema, verificando como o ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência anterior à Constituição Federal de 1988 se posicionou frente ao problema, bem como as mudanças no panorama trazidas pela Atual Carta Magna e a jurisprudência atualizada.

2 - PROVA ILÍCITA X INADMISSIBILIDADE NO PROCESSO

Sobre o tema várias posições doutrinárias surgiram, sendo que duas teses se posicionaram de forma diametralmente oposta. A primeira sustenta que deve prevalecer o interesse da justiça no descobrimento da verdade, conferindo valor à prova obtida por meio de infração a norma jurídica, podendo esta influir no convencimento do juiz, independente das sanções que possam ser impostas ao infrator da norma. Contudo, nada há que impeça que sejam as mesmas introduzidas no processo, a menos que exista norma processual que proíba esse ingresso. Assim sendo, somente as provas cuja produção em juízo a norma processual veda expressamente é que não são admissíveis.

Sustentam os defensores dessa corrente ⁽⁵⁾ que não existe razão alguma para considerar que a colheita de prova com violação à norma de direito material, ainda que fundamental, implique nulidade de todos os atos praticados a partir dela. Separa-se o dever de colher a prova com observância dos ditames legais, com o fenômeno da sua admissibilidade em juízo.

A segunda corrente sustenta a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, ante a impossibilidade de se prestigiar um comportamento ilícito, ou permitir que o infrator tire proveito de sua infração, em prejuízo alheio.

Entre estas posições completamente antagônicas, há quem sustente que deve ser verificado o caso concreto, permitindo ao juiz que avalie os vários aspectos do caso, tais como: a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, dificuldade para o litigante demonstrar a verdade mediante procedimentos em consonância com o ordenamento jurídico, o vulto do dano causado, para decidir qual o princípio que deve preponderar. Em suma, deve o juiz verificar se a transgressão era estritamente necessária para a obtenção da prova e, portanto, tornou escusável o comportamento da parte, e se a violação da norma jurídica ocorreu nos limites do necessário, ou se a prova poderia ter sido obtida sem infração à norma jurídica, ocorrendo um dano maior do que o benefício trazido à instrução do processo. Seria a aplicação do princípio da proporcionalidade.

⁽⁵⁾ Um dos autores desta doutrina, ver CORDERO, *Prove illicite*, pp. 32-55; "Note sul procedimento probatorio", in *Jus XIV*, 1963, pp. 1-108; *Ideologie del processo penale*, pp. 75-86; *Procedura penale*, pp. 595 e ss.

3 - PROVA ILÍCITA NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1967/69

A Constituição brasileira de 1967/69 não previa a proibição de utilização de meios de prova obtidos com violação a suas normas, dispondo, unicamente, sobre a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 153, § 9º). Da mesma forma, as leis processuais silenciavam quanto à cominação da sanção de nulidade às provas produzidas com violação a normas de direito material. Caso o legislador tivesse previsto o impedimento genérico de produção de prova obtida com violação a normas de direito material e cominasse essa transgressão com a nulidade do ato, o problema teria sido solucionado pela própria lei processual.

Esta omissão levou parte da doutrina e da jurisprudência pátria, com base no ordenamento vigente à época, a considerar válida a prova produzida ilegalmente. A questão no plano material se resolveria pela punição do infrator pelo ilícito material cometido.

Embora o art. 332 do Código de Processo Civil já dispusesse, *a contrario sensu*, que todos os meios ilegais bem como os moralmente ilegítimos não são hábeis para provar a verdade dos fatos, norma aplicada subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º do Código de Processo Penal, não previu a nulidade dos mesmos.

No sentido da admissibilidade da prova obtida por meio ilícito, o Ministro Raphael de Barros Monteiro, em acórdão de 1951 ⁽⁶⁾, sustentou que:

“os Tribunais têm de julgar conforme as provas que lhes são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante. Essa investigação é estranha ao processo e o juiz que a fizer exorbitará de suas atribuições processuais.”

O eminente Prof. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, no julgamento do AG. Nº 7.111, admitiu que a prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

⁽⁶⁾ Diz a ementa do julgado: *‘Prova - Gravação de conversa telefônica - Captação por meio criminoso - Violação do sigilo da correspondência - Meio probatório não previsto em lei - Livre apreciação, todavia, pelo juiz’*; publicado in RT 194, pp. 157 e ss.

Contudo, os partidários da admissibilidade das provas ilícitas não reinavam absolutos. Os defensores da vedação probatória encontravam fundamentos nas normas da legislação processual que regulam a inadmissibilidade de certas provas. Exemplificamos com os artigos 207, 233, 240, § 1º, 243, 244 etc.

Entretanto, esse entendimento não ficou a salvo das críticas, posto que todas essas hipóteses não se referem à inadmissibilidade das provas ilícitas, mas da prova ilegítima, porque previstas na própria lei processual.

LUIZ A. THOMPSON FLORES LENZ sustentou a vedação das provas ilícitas com base numa interpretação analógica da disposição que prevê a inadmissibilidade das cartas criminosamente obtidas.

Outro argumento utilizado por parte da doutrina defensora do repúdio às provas ilícitas é o princípio contido no art. 332 do Código de Processo Civil, que condiciona que as provas sejam legais e morais.

FREDERICO MARQUES já lecionava que: "Inadmissível é, na Justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória".... "Igualmente condenáveis são os procedimentos desleais, como, por exemplo, a captação clandestina de telefonemas, e emprego de microfones dissimulados e do registro, em aparelhos eletrônicos, de conversações íntimas." ⁷⁾

Neste sentido foi o julgamento do RE. 85.439, tendo como relator o Ministro Xavier de Albuquerque, e que assim ficou ementado:

"Prova civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332 do Código de Processo Civil). Recurso extraordinário conhecido e provido." (RTJ 84/669)

Esposando o mesmo entendimento foi a decisão do RE 100.094-5, tendo por relator o Ministro Rafael Mayer, *in verbis*:

"Direito ao recato ou à intimidade. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Art. 153, § 9º, da Constituição. Art. 332 do Código de Processo Civil. Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o processo de captação da prova, mediante

⁷⁾ MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal* - vol. II, pp. 293/4.

interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser julgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte. Lesivo a direito individual, cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento dos autos, da gravação respectiva.” (RE. 100.094-5, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 110/798).

ADA PELLEGRINI GRINOVER, considerando inaceitável o ingresso no processo das provas ilícitas, desde época anterior à vigência da Constituição Federal de 1988, lançou base para um tendência evolutiva sobre o tema, que a jurisprudência pátria procurou acompanhar.

Desde os idos de 1972, a ilustre processualista já sustentava que: “toda vez que uma prova for colhida em desrespeito aos princípios constitucionais, expressos ou implícitos, no que concerne à tutela do direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não poderá ser admitida no processo, por subsumir-se no conceito de inconstitucionalidade.”⁽⁸⁾

Sobre o tema, as Mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a coordenação da ilustre processualista ADA PELLEGRINI GRINOVER, tomaram posição sobre a matéria nas seguintes súmulas:

“Súmula 48 - Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material.

Súmula 49 - São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevante e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula 50 - Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”.

Indiscutivelmente, a atual perspectiva constitucional brasileira do fenômeno das provas ilícitas deve-se ao trabalho de ADA PELLEGRINI GRINOVER.

⁽⁸⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Das Liberdades Públicas e Processo Penal - As Interceptações telefônicas*, 2ª ed., p. 151.

3.1 - PROVA ILÍCITA DERIVADA

Em relação às provas lícitas obtidas através de informações colhidas por meio da prova ilícita, defendendo a sua admissibilidade, o eminente Prof. TORNAGHI ⁽⁹⁾ prelecionava que: “É preciso distinguir entre a admissão e a avaliação da prova; o Juiz não deve admitir prova que a lei proscreve.” “Se, por erro ou até por abuso, a prova for feita, o ato probatório não é levado em conta como tal; mas do fato podem decorrer efeitos que não dependem dos pressupostos do ato. Até mesmo a atitude das partes ou dos outros sujeitos do processo podem servir como argumento de prova que o Juiz leva em conta”, e mais adiante coloca a seguinte questão: “valem as provas legalmente obtidas seguindo-se as indicações dadas pelas ilegalmente conseguidas?” A esta pergunta responde positivamente.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 63.834-1-SP, não se posicionou de forma clara sobre a admissibilidade ou não das provas derivadas das ilícitas, embora o relator, Ministro Aldir Passarinho, em seu voto, tenha se posicionado, claramente, sobre o tema. Afirmou o insigne magistrado que “há de se distinguir entre a prova em si mesma obtida por meio ilícito, e os fatos - que podem constituir-se em provas. Uma confissão, por exemplo, conseguida por meio ilícito, é absolutamente imprestável. Entretanto, se, em face dela, forem obtidas outras provas insuscetíveis de dúvidas, estas não devem ser desprezadas.”

3.2 - PROVA OBTIDA ATRAVÉS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Em relação à admissibilidade da prova obtida através da interceptação telefônica ilícita, a questão ganha novo contorno em virtude da Constituição anterior prever em seu corpo vedação expressa. Porém, antes de chegarmos ao cerne do problema, urge verificar a natureza da proibição inserida no texto constitucional.

O sigilo da comunicação telegráfica e telefônica só passou a merecer proteção expressa a partir da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda 1, de 17.10.69. Até então, este era abraçado pelo sigilo da correspondência, cuja interpretação era feita de modo abrangente.

O texto constitucional anterior dispunha no seu art. 153, § 9º, que: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”, e a ação transgressora do preceito constitucional era sancionada pela pena imposta no art. 151 do Código Penal.

A Constituição de 1969 (art. 153, § 9º) aparentemente assegurava o sigilo das comunicações telefônicas de modo absoluto, eis que não indicava qualquer exceção à regra geral. Entretanto, o Código Brasileiro de Telecomunicações - Lei 4.117/62, no seu art. 57, admitia a interceptação telefônica com base em autorização judicial, *in verbis*:

⁽⁹⁾ TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal*, vol. 3, Ed. Saraiva, 1978.

“Não constitui violação de telecomunicação:

I - a recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - o conhecimento dado:

a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;

b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;

c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;

d) aos fiscais do governo junto aos concessionários ou permissionários;

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta Lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública.”

O Ministro Sepúlveda Pertence chegou a afirmar que:

“o que o Código, no preceito lembrado, erigiu em excludente da criminalidade foi a transmissão ao Juiz competente do resultado de interceptação já efetivada, o que pressupunha obviamente a licitude da escuta, que, no regime de 1946 e nos subsequentes, se cingia, em princípio, às hipóteses do estado de sítio e similares” ... ⁽¹⁰⁾

O Código Penal, por sua vez, *a contrario sensu*, exclui do âmbito da ilicitude a conduta de quem divulga, transmite ou utiliza comunicação telegráfica, radioelétrica dirigida a terceiro ou conversação telefônica entre outras pessoas, desde que não ocorra indevidamente (art. 151, § 1º, inc. II).

Criou-se, então, à época, a discussão a respeito da natureza da garantia do sigilo da comunicação telefônica previsto, aparentemente, de forma absoluta, na Constituição anterior.

⁽¹⁰⁾ Cf. HC 69912-0-RS, RBCrim n. 7, p.178.

A emérita processualista ADA PELLEGRINI GRINOVER, em sua obra *Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas*, Saraiva, SP, 1976, reconheceu a natureza relativa do direito ao sigilo das comunicações telefônicas, previsto na Carta Magna de 1967/69. Fundamentou tal conclusão na idéia de que nenhum direito é absoluto, e mesmo não havendo nenhuma exceção expressa, como na Constituição de 1969, os limites constitucionais não-escritos ou imanentes autorizavam a interceptação telefônica com autorização judicial, com base no art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Como explicou ADA PELLEGRINI GRINOVER ⁽¹¹⁾, durante a vigência da Constituição de 1969, “as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias”, e que “têm sempre feito e finalidades éticas, não podendo proteger abusos nem acobertar violações”.

No mesmo sentido, o processualista JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ⁽¹²⁾ ensinou que:

“é, como qualquer outro, limitado, e não pode sobrepor-se de maneira absoluta a todos os restantes interesses dignos de tutela jurídica, por mais relevantes que se mostrem. Aqui tem igualmente lugar a valoração comparativa dos interesses em conflito e a aplicação do princípio da proporcionalidade”.

Nota-se que a natureza relativa do direito ao sigilo das comunicações telefônicas impõe a aplicação do princípio da proporcionalidade na solução do conflito instaurado entre direitos constitucionalmente previstos. O ponto de partida para a solução do conflito será uma ordenação dos valores em jogo, por parte do julgador.

DAMÁSIO E. DE JESUS também defendeu a relatividade das garantias individuais previstas na Carta Magna, inclusive a relatividade da garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas, mesmo não havendo restrições previstas ao exercício da mesma (Constituição Federal de 1969), se aliando ao posicionamento adotado por ADA PELLEGRINI GRINOVER e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, entre outros.

No que se refere ao sigilo das comunicações telefônicas, na vigência da Constituição Federal anterior, o festejado penalista indica a permissão da interceptação telefônica prevista no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27-8-1962), desde que autorizada por juiz competente.

⁽¹¹⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. Obra citada, p. 251.

⁽¹²⁾ Voto proferido no AgI 7.111, da 5ª Câm. do TJRJ, em 7-11-1983, RF 286:272.

Sustenta que da mesma forma que o legislador ordinário definiu o crime de violação de telecomunicação no art. 151, § 1º, II, do Código Penal, isto é, determinou a ilicitude da conduta de quem *indevidamente*, divulga, transmite ou utiliza abusivamente conversação telefônica entre outras pessoas, previu a atipicidade da conduta desde que não tenha sido indevida. A conduta carecerá de tipicidade quando a violação da telecomunicação ocorrer com a observância dos requisitos previstos no Código Brasileiro de Telecomunicações: exigência de ordem judicial, autorização emitida por juiz competente, escuta realizada por serviços fiscais das estações e postos oficiais, motivação. Neste caso, o elemento normativo do tipo – indevidamente – não estará presente.⁽¹³⁾

Decerto que a tese do caráter relativo das garantias previstas no art. 153, § 9º, da Constituição de 1969 não reinou absoluta. Autores de renome como José CELSO DE MELLO FILHO e TOURINHO FILHO sustentavam que o citado dispositivo legal consistia em norma dotada de eficácia plena e irrestringível, não deixando “campo ao legislador ordinário para traçar normas quanto à possibilidade de ser violado”⁽¹⁴⁾.

Contudo, o entendimento que nos parece mais acertado e condizente com a finalidade das normas é o esposado pela corrente capitaneada pela Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, cuja lição serviu de fundamento ao voto do Ministro Aldir Passarinho, no RHC 63.834, de São Paulo, julgado pela Segunda Turma em 18 de dezembro de 1986.

Destarte, o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, antes da Constituição de 1988, exceção legal à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, vinha sendo aplicado pelos tribunais do país e pelo Supremo Tribunal Federal, sem violar a Constituição vigente.

A interceptação telefônica que fosse realizada com observância dos requisitos inculpidos no Código Brasileiro de Telecomunicações era lícita, sendo admissível a utilização no processo do conteúdo da comunicação interceptada.

Contudo, caso a interceptação não se enquadrasse no permissivo legal, o preceito constitucional ficaria violado, sendo inadmissível a utilização, como prova, do resultado do ato inconstitucional.

4. PROVA ILÍCITA NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO ATUAL

O constituinte originário, ao elaborar a atual Carta Magna, seguindo a evolução da tutela do direito da personalidade, proibiu expressamente o ingresso no processo das provas ilícitas, ou seja, aquelas cuja colheita foi realizada com violação a direitos materiais.

O dispositivo constitucional possui a seguinte redação: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (inc. LVI, art. 5º).

⁽¹³⁾ JESUS, D. E. de. *Novas questões criminais*, pp.63-67.

⁽¹⁴⁾ FILHO, Tourinho. *Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1986, v.3, p. 319, n.10.

Embora o direito à prova esteja consagrado na Constituição Federal através dos direitos de ação, defesa e contraditório, não é o mesmo absoluto. Apesar da busca da verdade real ser o objetivo principal do processo, não pode ser alcançada com a violação de direitos e garantias previstos constitucionalmente. Tanto o direito à produção da prova, quanto os demais direitos de ordem constitucional, como o direito à personalidade, à intimidade, devem conviver harmonicamente.

Embora o teor da norma faça crer a inexistência de exceções ou atenuações, verificou-se desde logo, a necessidade de se atenuar o rigorismo da norma, por existir casos da necessidade imperiosa de violar a norma jurídica. Que juiz será capaz de condenar um réu que logrou provar sua inocência com base em prova ilícita? A doutrina, com base em jurisprudência norte americana ponderou que o direito de provar a inocência deve prevalecer sobre o interesse de proteção que inspira a norma proibitiva.

Fica em evidência o caráter relativo do princípio da inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas, permitindo que uma construção jurisprudencial, que leve em conta as circunstâncias apresentadas, impeça a aplicação automática e indiscriminada do princípio. É imperioso a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade frente às circunstâncias do caso concreto, haja vista que não pode prevalecer indiscriminadamente o direito à intimidade de uma pessoa que violou ou está prestes a violar a norma jurídica, ante o direito à prova, corolário do direito de levar à apreciação ao judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (Constituição, art. 5º, inc. XXXV), sob pena de se chegar a soluções injustas.

No mesmo sentido, ressaltando o caráter relativo do princípio, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, de 5-3-1996, no *Habeas Corpus* nº 4.138, rejeitou a alegação da inadmissibilidade da prova obtida através de escuta telefônica ilícita feita por policiais, realizada no presídio onde se achavam recolhidos os impetrantes. O relator, Ministro Adhemar Maciel, em seu voto, salientou a relatividade dos direitos conflitantes, direito de privacidade dos impetrantes e interesse público na segurança e obtenção da verdade real, ante a própria necessidade de harmonização, o que impende a uma limitação dos mesmos.

Em princípio, a violação ao art. 5º, inc. LVI, implica na ineficácia da prova produzida, levando a nulidade da sentença baseada exclusivamente nesta prova. Posto, se a decisão se baseou em outras provas além da prova ilícita, não sendo esta nem a única, nem a determinante para a condenação do réu, a sentença será válida. Impõe-se, no caso, que eventual exclusão da prova posteriormente considerada ilícita não altere o resultado final. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou mais de uma vez : *Habeas Corpus* nº 69.079, em 17-3-1992, no *Habeas Corpus* nº 69.209, de 31-3-1992.

4.1 - PROVA ILÍCITA DERIVADA PÓS CONSTITUIÇÃO/88

No campo das provas ilícitas por derivação, a Constituição Federal deixou a questão em aberto, com bem afirmou ADA GRINOVER⁽¹⁵⁾. Há inclusive quem sustente a sua admissibilidade, como MIRABETE⁽¹⁶⁾, que, em sua obra, afirmou “como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a da que dela deriva”.

O entendimento pela inadmissibilidade da prova ilícita por derivação é adotado, dentre outros autores, por GRINOVER, SCARANCA FERNANDES e GOMES FILHO que afirmam: “Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são assim igualmente banidas do processo”.⁽¹⁷⁾

Interessante julgamento que abordou o tema das provas ilícitas por derivação foi o realizado pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo o Ex-Presidente Fernando Collor (HC 69.912-0-RS). Nesse julgamento, os Ministros Sepúlveda Pertence, Francisco Resek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello defenderam a tese de que a teoria dos frutos da árvore envenenada é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, porque de nada adiantaria vedar a própria interceptação e admitir que as informações nela colhidas pudessem ser aproveitadas, sendo esta tese se tornado vencedora, num apertado escore de 5x5. Restando empatado o julgamento, a ordem de *Habeas Corpus* foi concedida (DJU, 25/03/94).

Com o ingresso do Ministro Maurício Correa, em virtude da aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, houve o julgamento do HC 72.558/PB, tendo como relator o novo Ministro, prevalecendo a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.⁽¹⁸⁾

Nova questão a respeito do tema foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal, através do HC 73.351/SP, em 1996, tendo esta corte confirmado sua posição pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, pela escassa maioria de um voto.

No julgamento do *Habeas Corpus* 73.510-0-SP, sendo relator o Min. Marco Aurélio, assentou-se: “*Prova ilícita - Contaminação* - Decorrendo as demais provas do que levantado via prova ilícita, tem-se a contaminação daquelas, motivo pelo qual não subsistem”.

⁽¹⁵⁾ GRINOVER, A. P. Obra citada, p. 327.

⁽¹⁶⁾ MIRABETE, Júlio Fabbrini. “As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, 1989, v. 5, pp. 173-174.

⁽¹⁷⁾ *As nulidades no processo penal*, p. 114.

⁽¹⁸⁾ *Informativo do STF*, Brasília, 10 a 14 de junho de 1996, nº 35.

Contudo, caso haja a coexistência no processo de uma prova ilícita e de uma prova lícita, nascida de fonte autônoma, fora da linha de desdobramento das informações colhidas com a prova ilícita, poderá o juiz, com base nestas últimas, fundamentar seu decreto condenatório. É a chamada teoria da “fonte independente da prova”. Entretanto, essa independência deve se apresentar de forma clara e inquestionável, pois, se houver dúvida, esta se resolve a favor do réu, aplicando-se a doutrina da prova derivada inadmissível. Nesse sentido temos os seguintes julgados: RHC 5779/SP, 6ª Turma, STJ, DJ 01/12/1997; RHC 7579/RJ, 5ª Turma, DJ 28/09/1998; HC 9128/RO - STJ, 6ª Turma, DJ 02/08/1999; HC 9144/PA, 5ª Turma, DJ 14/08/2000 .

4.2 - PROVA ILÍCITA OBTIDA ATRAVÉS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PÓS-CONSTITUIÇÃO/88

Procurando amenizar a vedação insculpida no inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, o inc. XII deste mesmo artigo, ao regular a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, prevê uma exceção à inviolabilidade do sigilo desta última.

Os órgãos incumbidos das atividades investigatórias vinham esbarrando com as garantias dos indivíduos, principalmente, com os direitos relativos à intimidade, vida privada e imagem das pessoas (art. 5º, inc. X). Embora houvesse limites implícitos no gozo desses direitos, impedindo que o exercício das liberdades públicas por um importasse em detrimento das liberdades alheias ou de ordem pública, com a aplicação do princípio da proporcionalidade (1), a sociedade necessitava de um regramento expresso, que viesse a equilibrar o binômio segurança social - liberdade individual. Estes fatores levaram o legislador constituinte originário a prever expressamente a interceptação telefônica e de dados como meio de prova, resultando a degravação como prova lícita, desde que atendidos os pressupostos legais.

A previsão constitucional da licitude da interceptação telefônica e de dados, se realizada de acordo com os pressupostos legais, foi o primeiro passo para o preenchimento de odiosa lacuna.

Dispõe o art. 5º, inc. XII da CF/88 que: 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.”

O entendimento preconizado, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, antes do advento da Lei 9.296/96, no sentido da ilicitude da prova produzida através de interceptação telefônica, face a ausência de lei reguladora desta exceção a garantia constitucional, não era pacífica. No período entre 1988 e 1996, enquanto muitos projetos tramitaram pelo Congresso Nacional com o fim de regulamentar o inc. XII, do art. 5º da Constituição Federal, ainda havia juiz que autorizava a

interceptação telefônica com base no art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações.

O Supremo Tribunal Federal sustentou tal posicionamento pela primeira vez no julgamento do *Habeas Corpus* 69.912-0-RS, que teve por relator o Ministro Sepúlveda Pertence, verdadeiro *leading case* no tema. Devido à sua importância, transcrevemos a ementa do acórdão :

“Constitucional. Penal. Prova ilícita. “Degravação” de escutas telefônicas. C.F., art. 5º, XII. Lei n. 4.117, de 1962, art. 57, II, “e”, “Habeas Corpus”: Exame da prova.

I - O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei processual penal estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (C.F., art. 5º, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou (Grifou-se) o art. 57, II, “e”, da Lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado a juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição, no inciso XII do art. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.

II - No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na “degravação” das escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de “*habeas corpus*”, descer ao exame da prova.

III - H.C. indeferido.

(Acórdão por maioria, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, de 30/6/1993, no HC- 69912-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, in RBCrim, n. 7, p. 178).

Outra decisão no mesmo sentido foi proferida no julgamento do HC-73351/SP.⁽¹⁹⁾

O Supremo Tribunal Federal adotou o mesmo posicionamento no julgamento da Ação Penal nº 307 (anexo 16), ocorrido em 7-12-1994, tendo como réus o ex-Presidente Fernando Collor de Melo e Paulo César Farias. O relator, Ministro Ilmar Galvão, sustentou em seu voto a inadmissibilidade da gravação de conversa telefônica, feita por uma das testemunhas, sem o conhecimento dos demais interlocutores, entre eles Paulo César Faria, bem como, os registros da memória

⁽¹⁹⁾ (Acórdão por maioria, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido no HC-73351/SP, rel. Ministro Ilmar Galvão, in RTJ -155/508).

do computador da empresa Verax, que foram apreendidos sem ordem judicial. Em relação à gravação de conversa telefônica, sustentou o relator que, inexistindo lei reguladora das hipóteses e forma de interceptação, nenhum juiz poderia ter autorizado, caso tivesse sido requerido, o que não foi o caso.

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal impulsionou o Legislativo a elaborar a regulamentação do inc. XII da Constituição Federal, sendo por fim editada a Lei 9.296/96.

BIBLIOGRAFIA

1. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
2. *Boletim IBCCrim* n. 9, p. 24
3. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Escutas Telefônicas e prova penal”, *O Estado de São Paulo*, 26 de abril, 1987, p. 58, n. 5.
4. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Das Liberdades Públicas no Processo Penal – Interceptação Telefônica*, 2ª ed., p. 151.
5. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 1993.
6. JESUS, Dámasio Evangelista de. *Novas questões criminais*, São Paulo: Saraiva, pp. 63-67, 1993.
7. MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 2, pp. 293/294.
8. MIRABETE, Júlio Fabbrini. “As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, 1989, v. 5, pp. 173-174.
9. NUOVOLONE, Pietro. “Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino”. In *Riv. de Dir. Processuale*, vol. 21, 1966. Cedam, Padova.
10. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Saraiva, vol. 3, 1978.
11. TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1993.

¹⁾ MARIA CRISTINA FARIA MAGALHÃES é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Extensão da inviolabilidade do segredo funcional no âmbito da Corregedoria-Geral do Ministério Público diante do poder de requisição para fins de instrução de inquérito penal e civil ou processo criminal.

ORLANDO CARLOS NEVES BELÉM (*)

I - Introdução

A inviolabilidade do segredo profissional e funcional protegida pelas incriminações dos artigos 154 e 325 do Código Penal não tem caráter absoluto, sendo descaracterizada quando a revelação do fato sigiloso tenha fundamento em justa causa ou no cumprimento de dever legal.

No tocante ao tema, dentre outros análogos e inseridos na legislação pátria, incumbe à Corregedoria-Geral do Ministério Público o dever de comunicar à autoridade competente, *verbi gratia*, o Procurador-Geral de Justiça ou a membro do Ministério Público o crime de ação penal pública, de que teve conhecimento no exercício de seu mister, desde que a eventual ação penal não dependa de representação (artigo 66, I, do Decreto-Lei nº 3.688/41).

Verifica-se, assim, que, dentro desses limites, a Corregedora deve proporcionar ao responsável pela *persecutio criminis in judicio* os elementos de prova material de crimes de ação penal pública.

A restrição aplicada à publicidade dos procedimentos administrativos disciplinares, contida no artigo 26, inciso VI, da Lei Federal nº 8.625/93 e reproduzida na Lei Complementar Estadual nº 106/2003, deve ser mitigada sempre que correlata à apuração de fato configurador, em tese, de ilícito penal e cuja investigação se encontre no âmbito da atribuição privativa do Procurador-Geral de Justiça, em obediência ao previsto no artigo 129, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Outrossim, o fornecimento de informações acerca de processos administrativos disciplinares está submetido ao criterioso e indispensável balizamento dos artigos, I, inciso III e 5º, inciso X, XII, XIV, XXXIII e XXXIV, letra "b", com os artigos 37, *caput*, e 129, inciso I, III e VI, todos da Carta Magna, bem como o disposto no artigo 26, inciso VI e 40, inciso VI, da Lei Nacional nº 8.625/93.

Sigilo funcional reconhecido como um corolário lógico do Direito Fundamental à preservação da intimidade, mesmo em sede administrativa, não sendo possível à Corregedoria franquear o conhecimento de informações, sob pena de responsabilidade civil e criminal, ressalvado o direito à obtenção de certidões pelo próprio interessado.

II - Da análise do tema.

A controvérsia que é objeto de análise diz respeito ao poder de requisição formulado para fins de instrução criminal e de investigação criminal e civil (inquérito civil), no intuito de ser procedida a obtenção de elementos probatórios relativos à folha funcional, bem como dos procedimentos que tenham tramitado ou estejam em tramitação na Corregedoria, versando acerca de fatos envolvendo membro do Ministério Público.

Ante a relevância da matéria discutida neste trabalho, mister se faz o exame prévio da questão na ótica de uma Corregedoria quanto ao fornecimento das informações solicitadas e/ou requisitadas por órgãos de investigação na esfera do Ministério Público ou pelo Poder Judiciário acerca das punições disciplinares aplicadas a membro do Ministério Público.

De plano, cabe questionar a possibilidade da Corregedoria conferir admissibilidade a solicitação formulada ou, então, ponderar sobre a necessidade de manutenção do sigilo funcional ou institucional, reservando-se a dar acolhida apenas às exigências, nesse sentido, quando advindas da Autoridade Judiciária competente e em determinadas situações.

A hipótese, sem dúvida nenhuma, é extremamente complexa à medida em que envolve toda uma discussão cujos termos ultrapassa o âmbito e a esfera dos quadrantes estritamente jurídicos sobre os limites do segredo funcional.

Abrindo mão, momentaneamente, das controvérsias doutrinárias que, no caso em tela, não proporcionam o devido equacionamento dos problemas enfrentados neste trabalho, afigura-se-nos conveniente fixar alguns pontos que, uma vez definidos, de fato, possibilitam um correto enquadramento do assunto gizado.

Inicialmente, é oportuno trazer à colação algumas ilações que podem ser retiradas acerca do tema *sub examine*.

A violação de segredo profissional prevista no artigo 154 do Código Penal decorre da ausência de observância do segredo profissional, neste passo, figurando como crime contra a liberdade individual, enquanto a violação de sigilo funcional, ou seja, a revelação de fato de que se tem ciência em razão do exercício de cargo público, no caso, inserida entre os crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, como definido no artigo 325 do *Codex* citado.

Obviamente, enquanto na primeira hipótese, a lei penal protege a esfera de segredo do indivíduo, na segunda, o bem jurídico tutelado é o interesse em manter segredo sobre fatos relacionados com a administração pública.

A importância do sigilo profissional e funcional é de tal monta que, no campo processual, o assunto está revestido de disciplinamento próprio, merecendo destaque o artigo 406, inciso II, combinado com o artigo 414, § 2º, ambos do Código de Processo Civil e, ainda, os artigos 207 e 214 do Código de Processo

Penal, que eximem a testemunha de depor sobre fatos a cujo respeito deva guardar segredo, em razão do ministério, ofício, profissão ou da função.

Como é possível deduzir, em todas as situações alvitradas, aparentemente, o dever do sigilo apresenta-se como absoluto e incondicionado.

Entretanto, o dever de sigilo encontra na legislação pátria, de fato, um certo abrandamento, *verbi gratia*, a hipótese do artigo 269 do Código Penal, que considera crime deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação seja havida como obrigatória.

No mesmo diapasão, em suma, é possível indicar o disposto no artigo 66, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 3.688/41, onde foi definida, como contravenção penal referente à Administração Pública, a ausência de comunicação à Autoridade Pública do delito que se tem conhecimento pelo simples atuar e exercício da função pública.

O enfrentamento visualizado, a rigor, é meramente aparente, entre normas que demandam o dever do sigilo e aquelas que obrigam à revelação ou quebra do segredo funcional ou profissional, como bem leciona NELSON HUNGRIA, ao estabelecer que o Juiz deve balancear os interesses em conflito e ter amplo arbítrio para aferir da necessidade de punição, *in Comentários ao Código Penal*, Rio, Forense, 1958, vol. VI, p. 288.

No caso em apreço, vislumbra-se um conflito aparente entre o interesse da investigação ao ser produzida nos inquéritos civis pelos membros do Ministério Público responsáveis pela efetivação da atividade investigatória e o contexto relativo à preservação do sigilo funcional, *in casu* resguardado pela Instituição (Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral do Ministério Público).

O conflito aparente a ser dirimido, aliás, coloca em discussão o balizamento entre os vários interesses em colisão, sendo certo, todavia, que a prevalência do sigilo funcional é a diretriz mais adequada ao caso concreto, ressalvadas as hipóteses que mitigam o segredo em questão.

Por isso mesmo, não seria plausível que o serviço público estivesse submetido ao sigilo funcional para acobertar eventual atividade ilícita, cujo conhecimento fosse revelado no curso de processo disciplinar, razão pela qual seria viável a exceção ao dever de manutenção do segredo, como bem sintetizado por HUNGRIA:

“O elemento subjetivo é a vontade consciente e livre de revelar a outrem, indevidamente, fato que deva permanecer secreto (seja qual for o setor da administração em geral a que pertença o agente). O animus defendendi (i.e., se a revelação corresponder à necessidade de defesa do agente em juízo ou perante a opinião pública) pode excluir o animus delinquendi. Ao funcionário não se pode exigir que se sacrifique ao interesse público: outrossim, não se poderá reconhecer o crime quando a revelação se fazia necessária ou útil à comprovação de um crime (de ação

pública). Em caso algum, pode o direito, a qualquer pretexto, proteger interesses ilegítimos." (Op. cit., p. 398)

As informações pretendidas, como se deduz do expediente em apreço, são extremamente reservadas, conhecidas pela Corregedoria-Geral do Ministério Público em caráter sigiloso e infensas à divulgação.

Com efeito, não havendo a ressalva apontada no magistério de NELSON HUNGRIA, a eventual divulgação pela Corregedoria-Geral do Ministério Público poderia ser representativa do enquadramento na tipicidade penal inscrita no artigo 325 do Código Penal.

Vê-se, claramente, que a possível entrega de informações pela Corregedoria, tendo em vista a constatação de crime de ação penal pública levado a efeito pelo Promotor de Justiça no bojo de procedimento administrativo sob a sua análise, em resumo, autorizaria a Corregedoria-Geral do *Parquet* ao encaminhamento de *notitia criminis* ao Procurador-Geral de Justiça.

A valoração a ser emprestada ao tema, o aspecto jurídico-penal e constitucional para equacionar a controvérsia se situa, definitivamente, na esfera de aplicabilidade do artigo 325 do Código Penal, onde o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, no caso em voga, representada na inviolabilidade de segredo funcional, oriundo do perene relacionamento que se estabelece entre a Corregedoria e o Promotor de Justiça investigado, cuja proteção tem as suas raízes na dogmática constitucional firmada pelo binômio direito à intimidade e sigilo funcional.

No artigo 325 do Código Penal verifica-se um delito contra a administração Pública, onde os bens e interesses mereceram a proteção jurídico-penal e constitucional, em virtude de se acharem vinculados às atividades do Estado, *in verbis*:

"Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação."

Sem dúvida, a Corregedoria-Geral do Ministério Público - Corregedor e auxiliares - sob pena de responsabilidade criminal ou de ofensa ao sacrossanto mandamento de ética funcional, tem o dever jurídico de proceder à guarda do segredo de que venha a ter conhecimento nos procedimentos disciplinares relativos aos membros do Ministério Público.

A incriminação penal constante do artigo 325 do *Codex* citado deixa evidente que a inviolabilidade decorrente do segredo funcional é uma circunstância intransponível, ressalvadas as exceções acima citadas, cuja revelação ou publicação, nesse caso, não poderia ficar à mercê da vontade de quem detém a informação confiada à Corregedoria, em face da sua índole disciplinar, sob pena de causar danos aos interesses individuais do Promotor de Justiça investigado

(artigo 5º, inciso X, da CF/88) e, ainda, ao contexto puramente institucional (artigo 26, inciso VI, da Lei nº 8.625/93).

O bem jurídico primordialmente tutelado na hipótese em curso, com efeito, é o segredo funcional, o qual orienta o proceder da Corregedoria do Ministério Público, fazendo imprescindível o sigilo acerca dos fatos atinentes à esfera de reserva pessoal dos membros do Ministério Público investigados.

O fundamento do sigilo funcional não tem apenas a sua razão de ser na imposição de sanção penal (artigo 325 do Código Penal), pois, além disso, tem igual reprodução e relevância no artigo 26, inciso VII, da Lei Nacional nº 8.625/93:

“Art. 26 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I a IV - ... *omissis*...;

VI - *dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;*”

Comentando a norma em apreço - artigo 26, inciso VI, da Lei nº 8.625/93 - o Professor PEDRO ROBERTO DECOMAIN assevera que:

“181. O inciso VI deste artigo determina deva o Ministério Público dar publicidade às suas atividades, especialmente aos procedimentos administrativos que instaurar, desde que não versem matéria disciplinar.

O inquérito civil e todos os demais procedimentos instaurados pelo Ministério Público no exercício de suas funções têm evidentemente caráter público, não apenas no sentido de atos emanados de autoridade pública (posto que também nesse), mas no sentido de atos aos quais deve ser dado conhecimento a todos os interessados. Noutras palavras, não se admitem procedimentos administrativos sigilosos no âmbito do Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, salvo naquelas hipóteses em que a própria lei imponha sigilo, ou quando este seja de rigor para que as providências da Instituição não percam eficácia. As atividades do Ministério Público devem, de regra, ser públicas, delas sendo dado conhecimento a todos os eventuais interessados. Apenas quando o segredo seja indispensável para evitar que futuras atividades do Ministério Público percam eficácia é que se admitem providências

sigilosas da Instituição. *Mutatis mutandis*, vale para as atividades do Ministério Público a mesma regra contida no artigo 20 do CPP, relativa ao inquérito policial: 'a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesses da sociedade'

Este inciso resguarda a desnecessidade de dar-se publicidade a procedimentos administrativos disciplinares instaurados no âmbito do Ministério Público. Os integrantes da carreira e também seus servidores auxiliares estão sujeitos a determinadas normas disciplinares que lhes impõem deveres e vedações. A respectiva violação acarreta a imposição de sanções, que deverá acontecer no âmbito e em conclusão de um procedimento administrativo disciplinar. Desses procedimentos, quer digam respeito a integrantes da carreira, quer a servidores auxiliares da Instituição, é que não se impõe publicidade. A razão de ser da norma é evidente. Ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O Princípio, insculpido no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, embora voltado para a Justiça Criminal, pode e deve ser estendido para o âmbito da disciplina administrativa, onde traduzirá inocência, em relação a faltas disciplinares, enquanto não se torne irreversível no âmbito administrativo decisão que haja reconhecido a infração e imposto a penalidade correspondente. Se é assim, a publicidade de procedimento administrativo disciplinar poderá trazer prejuízos àquele cuja infração se pretende apurar. De ser essa publicidade evitada. Aliás, tal é também uma decorrência do princípio do resguardo à imagem de cada um, insculpido no inciso X, do art. 5º da Constituição Federal." (*Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*, Obra Jurídica, 1996, 1ª ed., pp. 205/206).

O dever de resguardar a inviolabilidade dos segredos, nos termos em que se verifica a incumbência daqueles que tenham sido confidentes necessários, no caso *sub examine*, em razão do exercício do cargo público de Corregedor, malgrado não revestir-se de um caráter absoluto, pois o artigo 66, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 3.688/41 é representativa da mitigação dos efeitos da norma penal contida no artigo 325 do Código Penal.

Afora a circunstância prescrita e definida no artigo 66, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 3.688/41, com efeito, o sistema de inviolabilidade não infirma o sigilo ordenado pelo artigo 26, inciso VII, da Lei Nacional nº 8.625/93, o qual faz a réplica do artigo 5º, inciso X, da Lei Maior.

A sigilosidade imposta à Corregedoria-Geral do Ministério Público nos procedimentos disciplinares só admite o abrandamento acima mencionado, motivo pelo qual, fora daí, a mesma não pode ser afastada, nem mesmo quando a conduta do confidente esteja acobertada ou pautada em justa causa, porque diversamente do artigo 154 do Código Penal, onde a revelação de segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão pode ser objeto de exteriorização com supedâneo em justa causa, na hipótese do segredo funcional contida no artigo 325 do Código Penal, a única justificativa para a quebra do sigilo está descrita no artigo 66, inciso I e II, do Decreto-Lei nº 3.688/41.

Neste passo, o artigo 26, inciso VII, da Lei Nacional nº 8.625/93 inibe a possibilidade do segredo funcional confiado à Corregedoria-Geral do Ministério Público, a confidente, ser objeto de revelação.

Infere-se da legislação atinente ao *Parquet*, obviamente, que o próprio interessado tem pleno e total acesso às informações que digam respeito à sua pessoa, como bem definido no artigo 40, inciso VI, da Lei Nacional nº 8.625/93, ao estabelecer que os membros do Ministério Público têm assegurado o direito de acesso, retificação e complementação de dados e informações relativos à sua pessoa existentes nos órgãos da Instituição, na forma da Lei Orgânica.

O juízo sobre a ocorrência da justa causa – artigo 66, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 3.688/41 – excludente da antijuridicidade ou ilicitude da revelação de segredo funcional e, portanto, do delito previsto no artigo 325 do Código Penal, indubitavelmente, tem suporte em critérios éticos-administrativos/institucionais. A quebra de sigilo, então, de que o Corregedor é confidente necessário, como se vê, resulta de uma imposição legal.

Neste caso é que faz-se imprescindível a comparação dos interesses em conflito, pois, diante do contexto apresentado, se os motivos que levam a divulgação, *prima ictu oculi*, são aqueles constantes do artigo 66, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 3.688/41, os mesmos são dotados de tal relevância dentro de um padrão ético-institucional a ponto de suplantar o bem jurídico da preservação do segredo penalmente protegido à luz do art. 325 do Código Penal, ou seja, um corolário lógico das normas contidas no artigo 5º, inciso X, da CF/88 e no artigo 26, inciso VI, da Lei nº 8.625/93.

Fiel ao entendimento pacificamente adotado pela doutrina no sentido da inviolabilidade e preservação das informações sigilosas mantidas pela Corregedoria, verifica-se a orientação jurisprudencial contida do Superior Tribunal de Justiça:

“Acórdão

REsp 1799/RJ Recurso Especial 1989/0013042-0.

Fonte: *DJ* Data: 05/03/1990.

RSTJ vol. 00008, pg. 00502.

Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (1084).

EMENTA: *Magistrado – Sigilo.* O processo disciplinar corre em segredo de justiça. Terceiros não podem tomar conhecimento da fundamentação, provas e circunstâncias. Diferente, porém, quando se trata do interessado. O sigilo não o alcança. Direito público subjetivo ao conhecimento e respectivas certidões, constantes do *processo* administrativo ou de outros assentamentos.

Data da decisão: 07/02/1990. Órgão Julgador: T2 - Segunda Turma.

Decisão por unanimidade, não conhecer do recurso.

Acórdão

ROMS 424/RS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 1990/0004509-6.

Fonte: *DJ*.

Data: 01/10/1990, pg. 10437.

RJTJRS Vol. 00150, pg. 00027.

Relator: Ministro Ilmar Galvão (1023).

EMENTA: *Mandado de Segurança. Administrativo.*

Certidões requeridas por magistrado, punido com pena de disponibilidade, relativas à elaboração de atos normativos do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Alegada necessidade de demonstrar, em juízo, a ineficácia dos aludidos atos em relação ao **processo disciplinar** contra ele instaurado. Descabimento da recusa que, nas circunstâncias descritas, somente poderia fundar-se legitimamente em dever de **sigilo**, o que sequer foi alegado. Violação de direito subjetivo, líquido e certo, a justificar a reparação judicial. Recurso provido.

Data da decisão: 22/08/1990. Órgão Julgador: T2 - Segunda Turma.

Decisão por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Veja REsp 1799-RJ (STJ)

Acórdão

ROMS 552/RJ – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 1990/0007725-7.

Fonte: DJ.

Data: 29/04/1991, pg. 05248.

RSTJ vol. 00019, pg. 00290.

RDV vol. 00183, pg. 00091.

Relator: Ministro José de Jesus Filho (1040).

EMENTA: Constitucional. Mandado de Segurança.

Direito a certidão. O direito de obter certidão é um direito constitucional garantido a todos os cidadãos. Se se tratar de certidão requerida pelo representante, de peça contida em **processo disciplinar** contra magistrado, procedimento sigiloso por força de disposição de lei orgânica da magistratura, a certidão deve ser expedida com a ressalva de observar sua finalidade e o **sigilo** da Lei Complementar n. 35/79, sob pena de responsabilidade civil e criminal pela quebra do **sigilo**. Recurso parcialmente provido.

Data da decisão: 13/03/1991. Órgão Julgador T1 – Primeira Turma.

Acórdão

ROMS 1745/SP – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 1992/0012386-4

Fonte: DJ.

Data: 21/09/1998, pg. 000215.

RSTJ vol. 00116, pg. 00351.

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. (1106)

EMENTA: Recurso em Mandado de Segurança.

Administrativo. Magistrado. Afastamento de funções. Processo disciplinar. Segredo de Justiça. Impedimento e suspeição.

- Conforme precedentes, o **processo disciplinar** corre em segredo de justiça, não devendo ser do conhecimento de terceiros a sua fundamentação. Entretanto, o **sigilo** não alcança o Interessado, que tem o direito subjetivo de presenciar, participar e conhecer das certidões, assentamentos e demais documentos constantes do **processo**. Magistrados, réus em ação ordinária movida por Impetrante de mandado de segurança, estão impedidos e sob suspeição, em incidente sopesado, de participarem do julgamento desse *writ*. Arts. 134 e 135, CPC.

- Palavras desairosas, que não se coadunam com a deontologia forense, devem ser riscadas do recurso ora interposto.

- Recurso conhecido e provido.

Data da decisão: 01/09/1998. Órgão Julgador T5 - Quinta Turma."

Indiscutível, portanto, que a interpretação dos Tribunais com o advento da Carta Política de 1988, paulatinamente, sedimentou o compromisso constitucional da preservação da intimidade em todas as suas variantes e perspectivas a despeito da publicidade conferida aos atos da Administração.

A propósito, é oportuno trazer à colação os ensinamentos ministrados pelo Juiz de Direito da Corregedoria de Justiça paulista, o Dr. CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, os quais, sem dúvida nenhuma, guardam correlação com a hipótese em curso, considerando a absoluta identidade e semelhança entre os processos disciplinares que envolvam magistrados e membros do *Parquet*:

"De uma forma geral, todavia, impende realçar que esse sigilo é imposto, não a título de privilégio injustificadamente garantido ao magistrado, mas sim por imposição do interesse público e, assim, na exata esteira do permissivo do art. 93, IX, da CF. Afinal, procura-se assegurar, com a reserva, o próprio prestígio do serviço jurisdicional, sem o qual seu fim não se alcança. Como assentado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 'apuração administrativa contra magistrado. Em nome do interesse público, faz-se em sigilo, visando manter incólume a dignidade da justiça. Aqui, não está em jogo a pessoa do juiz, mas a própria Instituição, o Judiciário, em última análise, que há de ser preservado.' Repita-se, contudo, isso a bem da credibilidade de serviço que é público e essencial. Sem contar, quanto às penas mais graves, que o resultado da decisão que a impõe é, sim, publicado. Preservam-se, apenas, os detalhes fáticos que a determinaram."

(Corregedorias do Poder Judiciário, coordenador Vladimir Passos de Freitas, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 99)

No mesmo sentido, o Mestre HUGO NIGRO MAZZILLI:

"Tendo em vista o princípio da publicidade que norteia a administração, não pode ser arbitrária a deliberação de não-publicação. O sigilo deve ser considerado sob dois ângulos:

a) - sob o aspecto objetivo – ou seja, as matérias consideradas sigilosas por lei ou de cuja publicidade possa resultar prejuízo a investigações institucionais; b) - sob o aspecto subjetivo – ou seja, os casos em que as pessoas envolvidas têm direito à reserva ou de cuja divulgação possam decorrer danos à honra ou a direitos de terceiros.” (Regime Jurídico do Ministério Público, 3ª edição revista, ampliada e atualizada, 1996, São Paulo, p. 293).

Amparado nas premissas indicadas acima e na legislação acerca do Ministério Público, é fácil constatar que os artigos 240 e 241 da Lei Complementar nº 75/93, como também os artigos 127 a 134 da Lei Complementar Estadual nº 106/2003 estabelecem que o procedimento disciplinar está inteiramente submetido ao sigilo funcional, tanto que é um processo reservado e as decisões proferidas, com efeito, só podem ser publicadas com a omissão do nome do membro do Ministério Público e apenas com o extrato resumido da penalidade disciplinar eventualmente aplicada.

A ilação que se extrai, portanto, é que o sigilo e a reserva interessam e dizem respeito diretamente ao membro do *Parquet* e à Instituição, daí porque a publicidade do processo administrativo resultaria na preterição de direito concernente à intimidade e noutra perspectiva conciliável com a primeira, a integral preservação da vida funcional de agente político – Promotor de Justiça – mormente aquele que continua a exercer as suas funções no Ministério Público.

Qualquer requisição pretendida, neste passo, não pode ser acolhida, sob pena de responsabilidade funcional e criminal do membro do Ministério Público confidente, *in casu*, a Corregedora-Geral do Ministério Público, seus assessores e servidores, igualmente responsáveis pela guarda e preservação das informações contidas nos processos disciplinares.

Face às garantias constitucionais e institucionais que afirma a intimidade inviolável da pessoa, especificamente, com a manutenção do sigilo pessoal e do segredo funcional pelas normas jurídicas analisadas, como uma consequência evidente, lógica e plausível da preservação dos direitos inerentes à personalidade do membro do *Parquet*, entendo que a Corregedoria-Geral do Ministério Público, pelos fundamentos expostos, com efeito, não está autorizada a fornecer informações quanto às punições disciplinares sofridas por membros do Ministério Público e sobre a sua ficha funcional.

Assim sendo, sob o prisma, tão-somente, da segurança das relações jurídicas postas em debate, cabe à Corregedoria-Geral do Ministério Público reconhecer como indeclináveis os direitos e garantias conferidos aos membros do *Parquet*, não sendo possível a divulgação de segredo funcional acerca dos mesmos, considerando a tutela da intimidade emanada da Constituição e da legislação vigente.

Indiscutível, por isso mesmo, que a publicidade é indispensável à demonstração da transparência dos negócios jurídicos realizados pela

Administração Pública envolvendo interesses patrimoniais e sociais da coletividade como um todo e não às questões onde, por reserva legal, de fato, introduziu-se um contraponto ou mitigação à publicidade.

Os preceitos constitucionais – artigo 5º, inciso XXXIII e XXXIV da Carta Magna – não afastam o sigilo funcional oriundo de padrão ético-institucional concebido sob um aspecto objetivo, ou seja, a inviolabilidade das matérias consideradas sigilosas por lei, ou, então, nos casos em que as pessoas envolvidas têm direito à reserva ou de cuja divulgação possam decorrer danos à honra ou a direitos de terceiros.

III - Conclusão.

A partir da interpretação sistemática e do exame e balizamento dos diversos princípios insertos na Constituição da República Federativa do Brasil, como, também coerente e adstrita ao padrão ético-institucional que orienta o disciplinamento contido no artigo 26, inciso VII, da Lei Nacional nº 8.625/93, o qual reflete a diretriz jurídico-penal firmada no artigo 325 do Código Penal, entende não estar autorizada a proceder a divulgação das informações e dos documentos referentes às punições disciplinares sofridas pelos membros do Ministério Público.

(*) ORLANDO CARLOS NEVES BELÉM é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

ROGÉRIO PACHECO ALVES (**)

1. Medidas de Urgência no Plano Internacional: Revelação e fundamentos. 2. Tutela de Urgência no Âmbito da União Européia e as suas Dificuldades no Âmbito do Mercosul. 3. Ainda sobre as Dificuldades da Eficácia da Jurisdição Externa no Âmbito do Mercosul: A Postura do Supremo Tribunal Federal. 4. Problemas Específicos Relacionados à Tutela de Interesses Metaindividuais. 5. Conclusões.

1. MEDIDAS DE URGÊNCIA NO PLANO INTERNACIONAL: REVELAÇÃO E FUNDAMENTOS

O tema específico das medidas de urgência no plano internacional está inserido na problemática, mais ampla, da necessária reformulação e fixação de novos parâmetros no campo do chamado "Processo Internacional" ⁽¹⁾, de seus institutos clássicos (*v.g.*: a cooperação judiciária, a homologação de sentenças estrangeiras, as cartas rogatórias *etc.*), o que decorre da mudança da sociedade e do mundo, sobretudo em razão do surgimento do que alguns autores denominam de "sociedade de massas" e dos "conflitos de massa" que dela surgem naturalmente.

NORBERTO BOBBIO, tratando do que chama de "processo de especialização dos direitos" aponta uma "... *passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para*

(*) O presente estudo obteve o 3º lugar no "Prêmio Jurídico Luiz Carlos Cáfaro" de 2004. Trata-se de concurso coordenado pela FEMPERJ, tendo o apoio da Revista do Ministério Público, do Centro de Procuradores de Justiça, da Caixa de Assistência do Ministério Público e da Associação do Ministério Público.

(1) "O chamado Processo Civil Internacional tem por objeto as situações processuais civis com contatos internacionais. Trata desde a regulação dos conflitos internacionais de jurisdição - aí incluídas as questões de competência internacional e imunidade de execução - à determinação das condições para o reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras, bem como a realização, em uma jurisdição, de atos processuais do interesse de outra jurisdição. Estas duas últimas ações integram o que se chama de cooperação judiciária internacional, às quais se adiciona, dentro dessa modalidade, a informação do direito estrangeiro" (NADIA DE ARAUJO. *Direito Internacional Privado - Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193).

uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos (...) Assim, com relação ao abstrato sujeito 'homem', que já encontrara uma primeira especificação no 'cidadão' (no sentido de que podiam ser atribuídos ao cidadão novos direitos com relação ao homem em geral), fez-se valer a exigência de responder como nova especificação à seguinte questão: que homem, que cidadão?"⁽²⁾. Hoje, esse mundo cada vez mais complexo, fruto da modernidade que traz uma série de inseguranças, ao contrário da proposta inicial racionalista, vai gerando demandas cada vez mais novas, mais específicas, as quais, muitas vezes, demandam respostas prontas e urgentes. Por exemplo, atualmente se discute na Europa, sobretudo na França, o direito, ou não, de alunos de descendência muçulmana usarem suas vestimentas tradicionais. São demandas que tempos atrás, pelo menos na América Latina e, em especial, no Brasil, nunca se imaginou que pudessem surgir. E, na verdade, isso é fruto desse novo processo cultural e dos conflitos de massa que surgem por conta de um mundo também novo.

Então, a multiplicação e a internacionalização dos conflitos, a espantosa velocidade das comunicações e a própria globalização econômica vão demandar que os processualistas, os constitucionalistas, os juristas de um modo geral tenham uma postura diferente e repensem os institutos clássicos, sobretudo no plano do Processo Civil Internacional.

A abordagem das medidas de urgência no Processo Internacional, por outro lado, vincula-se ao tema da "cooperação judiciária internacional". Com efeito, não se pode conceber a cooperação entre órgãos jurisdicionais, ou mesmo entre órgãos administrativos (v.g.: polícias, ministérios públicos) sem se pensar em medidas expeditas. Nos dias atuais, a cooperação judiciária não se contenta mais com atos de mera comunicação, como se dá relativamente às cartas rogatórias de citação ou de intimação, demandando uma estruturação cada vez mais complexa de procedimentos de maior celeridade, que, no final das contas, buscam dar efetividade à jurisdição internacional⁽³⁾. Falar de medidas de urgência no plano internacional, enfim, nada mais representa que dar concreção ao princípio do acesso à justiça, um princípio de caráter universal.

⁽²⁾ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 62. O processo de especificação de direitos vai resultar em sua crescente multiplicação, o que se justifica: a) pelo aumento da quantidade de bens merecedores de tutela (direitos civis, políticos e sociais); b) pela extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem (família, minorias étnicas, animais etc); c) porque o homem não é mais um ente abstrato. Ele é agora visto como "criança", "idoso", "consumidor", "doente mental" etc, isto é, a partir de suas especificidades.

⁽³⁾ É bem de ver que a chamada tutela de urgência vai buscar fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado de um modo geral pelas constituições ocidentais. No Brasil, tal princípio encontra-se inscrito no art. 5º, XXXV, da Carta Política, o que desloca todas as discussões a seu respeito para um plano de considerável superioridade sistemática, permitindo ao operador o seu manejo, limitado pelo próprio sistema de garantias constitucionais, em busca da tutela jurisdicional adequada. Isso significa que a garantia de acesso ao Judiciário não se satisfaz, apenas, com a possibilidade de uso do processo de conhecimento (cognição exauriente), exigindo, antes, a utilização de novas técnicas capazes de garantir, mesmo que reflexamente, a satisfação do bem da vida.

A cooperação judiciária e o acesso à Justiça, dentro desse contexto de um mundo mais veloz, dos conflitos de massa, da sociedade de massas *etc.*, recebem, de ordinário, enfoques de matiz predominantemente econômico, comercial, ficando muitas vezes relegada a plano secundário a visão de que as medidas de urgência no plano internacional devem voltar-se, sobretudo, à tutela dos direitos fundamentais do homem. Realmente, a maioria dos tratados existentes, no âmbito do Mercosul ou mesmo no âmbito da Comunidade Européia, preocupam-se muito mais com a criação de instrumentos que tornem mais efetivas as demandas nas áreas contratuais (nos negócios, no comércio), do que com a efetivação dos direitos fundamentais. Tal enfoque precisa ser modificado. Há, é verdade, documentos internacionais que cuidam da cooperação judiciária em matéria de alimentos, de menores, de questões relacionadas ao direito de família de um modo geral, mas o que se verifica é uma assustadora profusão de tratados em matéria de direito comercial, o que não deixa de ser um reflexo da globalização econômica verificada no mundo atual.

De qualquer modo, a doutrina já começa a refletir sobre a necessidade de criação de medidas mais eficazes de cooperação internacional, não tanto sobre o ponto de vista da economia, mas também como necessidade da própria *cidadania*. BRUNO CAPPONI ⁽⁴⁾, dentre outros, ressalta esse aspecto ao afirmar que o *direito comunitário europeu* deve ser um direito do *cidadão europeu*, o que significa que a cooperação judiciária precisa ter instrumentos mais eficazes não apenas como exigência da economia globalizada, mas principalmente como exigência dos direitos humanos, dos direitos fundamentais individual ou coletivamente considerados ⁽⁵⁾.

MAURO CAPPELLETTI ⁽⁶⁾, em sua já consagrada abordagem sobre o tema, ressalta que o "acesso à justiça" é um *direito social fundamental*. Desse modo, as discussões sobre "cooperação judiciária" devem concentrar-se na criação de instrumentos mais adequados de *efetividade da jurisdição como direito social fundamental do homem*, e não como decorrências automáticas da economia, ou apenas como forma de facilitação do comércio, da circulação de valores. NADIA DE ARAUJO ⁽⁷⁾ também ressalta que a cooperação judiciária é uma decorrência dos direitos fundamentais, protegidos no âmbito das Constituições e dos tratados. Ao cuidar dos *fundamentos da cooperação judiciária*, referida autora ressalta que a cooperação não é um mero dever de reciprocidade entre os Estados mas também, e sobretudo, uma decorrência dos direitos fundamentais protegidos nos textos constitucionais.

⁽⁴⁾ CAPPONI, Bruno. "Attualità e prospettive della cooperazione giudiziaria civile nell'Unione Europea". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 1998, Ano LII, n.1, pp. 149/171.

⁽⁵⁾ No mesmo sentido, numa perspectiva mais ampla, ou seja, não relacionada apenas ao problema da cooperação judiciária internacional, confira-se SIEGFRIED MAGIERA in *The Emergence of a 'Europe of Citizens' in a Community without Frontiers*. Speyer Research Institute for Public Administration. Speyer, Alemanha, 1989.

⁽⁶⁾ CAPPELLETTI, Mauro e GRANT, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

⁽⁷⁾ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado - Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

2. TUTELA DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPÉIA E AS SUAS DIFICULDADES NO ÂMBITO DO MERCOSUL

A tutela de urgência, como não se ignora, abrange tanto as medidas de natureza cautelar como as medidas de natureza antecipatória. As cautelares, numa visão bastante singela, são medidas de apoio garantidoras da utilidade da sentença a ser prolatada no processo principal. Já as medidas de antecipação voltam-se a resguardar não propriamente o processo em si, mas sim o próprio direito material em discussão. Como principais traços distintivos entre as tutelas cautelar e antecipatória, aponta TEORI ALBINO ZAVASCKI ⁽⁸⁾ os seguintes: a) a cautelar, que pode ser antecedente ou incidental, é sempre postulada em ação autônoma, enquanto que a tutela antecipada é requerida na própria ação voltada à prestação jurisdicional definitiva; b) a urgência que determina a providência cautelar é informada pela necessidade de garantir uma futura certificação do direito ou futura ação de execução; já a tutela antecipatória se apresenta quando urgente é a própria satisfação da pretensão; c) na tutela antecipada há verdadeiro adiantamento de fruição do direito, o que não ocorre no âmbito cautelar; d) há na antecipação uma coincidência entre a decisão tomada *initio litis* e o direito material deduzido. Na cautelar, o conteúdo do provimento é autônomo em relação ao da tutela definitiva; e) o resultado prático da medida cautelar não guarda relação com a satisfação do direito, mas sim com sua garantia; f) a medida cautelar é sempre temporalmente limitada. Na antecipação, os efeitos do provimento judicial podem ser perpetuados no tempo pois a sentença de procedência, cujo conteúdo é a ela assemelhado, consolidará a situação fática criada pela decisão de antecipação. ⁽⁹⁾ Em resumo, com CANDIDO DINAMARCO pode-se dizer que “na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e sua concessão equivale, *mutatis mutandis*, à procedência da demanda inicial - com a diferença fundamental representada pela provisoriade”. ⁽¹⁰⁾

Na busca da efetividade da jurisdição, a partir da visão sempre lúcida de JOSÉ CARLOS BÁRBOSA MOREIRA, cinco postulados devem ser considerados, quais sejam: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) deve-se assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, permitindo que o convencimento do julgador corresponda, tanto

⁽⁸⁾ ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da Tutela*. 3ª edição. São Paulo Saraiva, 2000, p. 57.

⁽⁹⁾ “... se a medida antecipatória é a que adianta efeitos da tutela definitiva, os efeitos antecipáveis são os mesmos que o demandante quer ver consolidados definitivamente, isto é, por tempo maior que o da duração do processo” (autor e obra citados, p. 50).

⁽¹⁰⁾ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 139-140.

quanto possível, à realidade; d) o resultado do processo há de ser tal que assegure ao vitorioso o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) tal resultado deve ser alcançado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias. ⁽¹¹⁾ Dentro de tal perspectiva, como soa intuitivo, as medidas de urgência vão desempenhar um importantíssimo papel principalmente na implementação dos postulados a (“instrumentos adequados”) e d (“gozo pleno do direito”), garantindo, através de uma cognição sumária, a eficácia prática da jurisdição, possibilitando, assim, que o processo alcance todos os escopos (jurídicos, sociais e políticos) para os quais foi concebido.

Tanto as medidas cautelares quanto as antecipatórias apresentam como requisitos básicos e inafastáveis o *fumus boni iuris* (a fumaça do bom direito) – para que haja uma atuação jurisdicional de urgência, deve-se verificar, ainda que de forma superficial, a plausibilidade da alegação da parte – e o *periculum in mora* (o perigo da demora) – a constatação de que, sem uma intervenção rápida do Poder Judiciário, o processo corre o risco de tornar-se imprestável, a demora natural da prestação da jurisdição pode fazer com que a sentença futura, mesmo sendo uma sentença favorável, acabe não tendo a eficácia que se esperava.

As medidas de urgência recebem tratamento expreso por parte de alguns diplomas internacionais, e, particularmente, pela *Convenção de Bruxelas*, cujo art. 24 está assim redigido: “As medidas provisórias ou cautelares, previstas na lei de um Estado contratante, podem ser requeridas às autoridades judiciais desse Estado, mesmo que, por força da presente Convenção, um Tribunal de outro Estado contratante seja competente para conhecer da questão de fundo” .

Pelo que se depreende do dispositivo acima transcrito, adota-se em território europeu uma regra de dissociação entre o processo de fundo, o processo principal, e as medidas cautelares. Isso significa dizer que mesmo que se reconheça que a competência para o julgamento do processo principal é de um determinado Estado, nada impede que o Judiciário de um outro Estado venha a adotar providimentos emergenciais, desde que se demonstre que a competência desse segundo Estado é a mais eficaz para a preservação do direito da parte. Este é, sem dúvida, um grande avanço, representativo de um enfoque diferenciado que já se acolhe sem reservas no âmbito da Comunidade Européia, rompendo-se a regra processual clássica no sentido de que a competência para a adoção de medidas cautelares é a do juízo competente para julgamento do processo principal.

O cotejo entre essas potencialidades do processo de urgência europeu e as potencialidades do processo de urgência no âmbito do Mercosul demonstra que na América do Sul as dificuldades são muito maiores, isso porque a convivência entre o sistema internacional e os sistemas internos, ou seja, entre as normas internacionais e as internas, não se dá da mesma forma que no continente Europeu.

⁽¹¹⁾ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”, in *Temas de Direito Processual* – 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 27 e ss.

De fato, o que se verifica é que no âmbito da Comunidade Européia a celebração de tratados ou de convenções sobre temáticas processuais acaba gerando uma *sobreposição do Direito Internacional ao Direito Interno*, o que não se verifica no âmbito do Mercosul. Em solo europeu, quando um determinado tratado ou alguma convenção dispõem sobre um tema processual, há, em muitas hipóteses, a prevalência desta normativa internacional frente às regras internas, ou, no mínimo, como ressalta BRUNO CAPPONI, *a introdução de princípios comuns*, o que faz com que a aplicação das normas de Direito Internacional ganhem um ar de uniformidade. Do ponto de vista prático, isso significa que, mui provavelmente, a existência de uma convenção, na Europa, leva a que o magistrado italiano, o francês, o holandês *etc* resolvam problemas semelhantes da mesma forma, mesmo que eles se deparem com normas diferentes em seus ordenamentos internos.

Dentro de tal perspectiva, por óbvio, a temática da cooperação jurisdicional ganha dimensões muito diversas: Se o Direito Internacional se sobrepõe ao Direito Interno, a circulação de decisões e a própria eficácia das medidas de urgência acabam sendo muito maiores, porque os possíveis entraves do Direito Interno acabarão sucumbindo às regras previstas, mais amplamente, nas convenções e nos tratados internacionais.

No âmbito do Mercosul o mesmo já não ocorre. Aliás, já não ocorria antes mesmo da disciplina normativa atual, recorrendo o vetusto Código de Bustamante, como se sabe, a constantes remissões aos ordenamentos jurídicos internos. Ou seja, não obstante a existência de inúmeros tratados e acordos no âmbito do Mercosul, os juízes dos países signatários acabam muitas vezes dando prevalência e aplicando a sua normativa interna em detrimento das normas previstas nesses documentos internacionais, o que, realisticamente, impede que se fale na existência de um verdadeiro "Direito Internacional", de um "Processo Internacional Mercosulino". Impede-se também, como soa intuitivo, a formação de entendimentos comuns, de uma "jurisprudência comum" entre os Judiciários dos países signatários. Então, em resumo, o que se nota é a existência de dinâmicas muito diferentes numa análise comparativa entre a Comunidade Européia e o Mercosul, havendo, em solo sul-americano, uma resistência ainda muito forte à idéia de sobreposição do Direito Internacional ao Direito Interno.

BRUNO CAPPONI, no texto já referido, alude a uma decisão da Corte Européia de Justiça, do ano de 1990, que assevera que o Direito Comunitário deve ser interpretado no sentido de que o juiz nacional, chamado a dirimir uma controvérsia sobre o Direito Comunitário, deve deixar de aplicar a norma nacional que lhe impeça de deferir medidas cautelares. Dessa forma, se o juiz italiano é chamado a decidir uma questão que diga respeito ao Direito Comunitário, mesmo que ele encontre no Direito Italiano uma regra restritiva à concessão de medidas cautelares, deve ele deixar de aplicar essa regra restritiva interna e aplicar, por exemplo, a regra da Convenção de Bruxelas que admite amplamente os provimentos de urgência.

Uma questão que vale discutir é a possibilidade, ou não, de adoção desse modelo europeu de sobreposição da norma internacional no âmbito do Mercosul e, por óbvio, também no Brasil. Do que se depreende da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, há uma resistência muito grande e uma recorrente invocação do argumento da “prevalência da ordem pública” para negar, em muitos casos, a aplicação de normas previstas em tratados e convenções selados no Mercosul, como será visto adiante.

3. AINDA SOBRE AS DIFICULDADES DA EFICÁCIA DA JURISDIÇÃO EXTERNA NO ÂMBITO DO MERCOSUL: A POSTURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em pesquisa ao repertório de jurisprudência de nosso Supremo Tribunal Federal vamos encontrar, de modo a demonstrar a imensa dificuldade de adoção da praxe européia em nosso País, uma postura já consolidada no sentido de negar cumprimento às denominadas “cartas rogatórias de natureza executória”, que são, de um modo geral, as cartas rogatórias que têm como objeto medidas de urgência. Por exemplo, imaginemos que haja um litígio em França sobre a guarda de um menor, havendo decisão do Judiciário francês deferindo a sua guarda provisória ao pai. Nota-se, lá, a necessidade de expedição de uma carta rogatória ao Brasil, local em que o menor se encontra, sendo determinada a sua busca e apreensão para garantir a eficácia da guarda provisória deferida ao pai.

Outro exemplo: O Poder Judiciário uruguaio, em litígio acerca do direito de propriedade, determina a inscrição de uma penhora relativamente a bem imóvel situado no Brasil, expedindo carta rogatória para que o Judiciário brasileiro faça a inscrição do ato construtivo no respectivo registro imobiliário.

Um terceiro exemplo, agora na área do Processo Penal: Uma medida de interceptação telefônica determinada por um Juiz italiano em procedimento investigatório sobre crime organizado precisa ser ampliada a comunicações telefônicas levadas a cabo em território brasileiro. O Judiciário italiano expede, então, carta rogatória ao Judiciário brasileiro solicitando a cooperação no cumprimento dessa medida de urgência. O mesmo exemplo se aplicaria a uma medida de “quebra de sigilo bancário ou fiscal”, ou mesmo à coleta de um depoimento aqui no Brasil. ⁽¹²⁾

Qual tem sido, então, a postura de nosso País relativamente a essas hipóteses? O Supremo Tribunal Federal, em várias ocasiões, já recusou cumprimento a rogatórias dessa natureza, ditas “executórias”, sob o superficial argumento, *concessa maxima venia*, de que o Judiciário brasileiro não pode dar conseqüências práticas a medidas decretadas por Juízos estrangeiros antes da ocorrência do *trânsito em julgado* de tais decisões. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal entende que antes da existência de um *processo de homologação da sentença estrangeira* aqui

⁽¹²⁾ Sobre a cooperação jurídica na área penal, com diversos exemplos de cartas rogatórias de caráter executório, merece referência o trabalho de SOLANGE MENDES DE SOUZA: *Cooperação Jurídica Penal no Mercosul: Novas Possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

no Brasil (art. 102, I, "h", da Constituição Federal) ⁽¹³⁾, não se pode dar eficácia a decisões oriundas de Tribunais estrangeiros, muitas vezes adotadas ainda provisoriamente. O embasamento encampado pela Suprema Corte brasileira é, em linhas gerais, o seguinte: Se a Justiça brasileira conferisse eficácia prática a uma medida de urgência decretada por um Juiz estrangeiro, tornar-se-ia inócua ou desnecessária, por vias laterais, a homologação da futura e possível sentença estrangeira definitiva. Em resumo, de acordo com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, só haverá a possibilidade de concretização dessas medidas provisórias através do processo de homologação.

A Professora NADIA DE ARAUJO indica, no trabalho aqui já referido, talvez o primeiro precedente do STF nessa linha, vale dizer, a Carta Rogatória nº 2.963, de março de 1970, cujo relator foi o Ministro Antônio Néder. Na ocasião, o argumento utilizado foi o acima exposto, arrematado pela cláusula de barreira da "ordem pública" (art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil) ⁽¹⁴⁾, asseverando o Ministro Néder que "o deferimento da precatória em tal hipótese afastaria, por via oblíqua, a necessidade de prévia homologação". E desde a década de 70 o Supremo Tribunal Federal vem repetindo esse acórdão para negar o cumprimento de rogatórias de caráter executório.

Mas houve uma exceção. Numa hipótese de carta rogatória oriunda do Judiciário argentino, relativa à busca e apreensão de menor (Carta Rogatória nº 8.240/98), o STF admitiu o seu irrestrito cumprimento em solo brasileiro em razão das regras previstas no Protocolo de Ouro Preto ⁽¹⁵⁾, firmado no âmbito do Mercosul e que admite expressamente o cumprimento, pelo signatários, de cartas rogatórias com caráter executório.

Em resumo, o que se percebe é que por intermédio de uma argumentação de índole meramente procedimental, que diz respeito à sua competência para homologar sentenças estrangeiras⁽¹⁶⁾, o Supremo Tribunal Federal acaba negando o *princípio do acesso à justiça*, colocando em segundo plano o problema da *efetividade dos direitos fundamentais*, que, na verdade, como já visto no presente estudo, servem de pano de fundo a toda essa discussão a respeito da jurisdição externa. Quando, por exemplo, se discute a busca e apreensão de um menor, o direito à sua guarda, ou mesmo uma medida patrimonial, tem-se, na retaguarda, um direito fundamental, na prática solapado pela Corte Suprema em homenagem a

⁽¹³⁾ Constituição Federal, Art. 102: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente: (...) h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do exequatur às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente." Com a Emenda Constitucional nº 45/04, tal competência passou a ser do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, "i").

⁽¹⁴⁾ "Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes".

⁽¹⁵⁾ O Protocolo de Ouro Preto, assinado por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, dispõe sobre a estrutura institucional do Mercosul.

⁽¹⁶⁾ O reconhecimento de decisões estrangeiras só pode ser feito, segundo a lei brasileira, através do procedimento de homologação de sentença estrangeira e, de acordo com o art. 15, "c", da Lei de Introdução ao Código Civil, depende do trânsito em julgado no local de origem da decisão.

uma argumentação de natureza meramente formal. Trata-se de postura que se fecha aos reclames de efetividade da jurisdição, de acesso à justiça e dos próprios direitos da cidadania.

E se quisermos ampliar ainda mais essa discussão ao plano, por exemplo, da tutela coletiva dos interesses metaindividuais (meio ambiente, consumidor *etc*), vamos perceber, de modo ainda mais nítido, o embate entre os direitos fundamentais, de um lado, e a injustificável preservação de uma regra de competência que não pode ser interpretada como uma barreira de acesso à jurisdição adequada, direito fundamental, como visto.

Há também no Supremo Tribunal Federal uma grande resistência à possibilidade de outros órgãos jurisdicionais nacionais darem cumprimento a cartas rogatórias. Como não se ignora, de acordo com a redação anterior do art. 102, I, “h”, da Constituição Federal ⁽¹⁷⁾, cabia ao Supremo, com exclusividade, dar cumprimento a cartas rogatórias, competência que hoje é do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “i” da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04). Por outro lado, há alguns acordos internacionais que admitem o cumprimento de cartas rogatórias por juízes de primeiro grau nas hipóteses de comarcas fronteiriças – o Protocolo de Las Leñas ⁽¹⁸⁾, por exemplo. Imaginemos uma decisão proferida por um Magistrado uruguaio, ou mesmo uma ordem de citação que demande a expedição de rogatória para cumprimento em cidade fronteiriça do Estado do Rio Grande do Sul. Seria muito mais eficaz, mais rápido e econômico que tal rogatória fosse cumprida por um juiz de primeiro grau do Rio Grande do Sul, sem a necessidade de passar pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça. Pode até acontecer, quem sabe, de a sede do Juízo do Uruguai ser separada da sede do Juízo do Rio Grande do Sul apenas por uma rua, uma avenida, o que significa que seria muito mais prático que um serventuário do Judiciário uruguaio atravessasse a via pública e entregasse a carta rogatória ao Juízo brasileiro, e este último fizesse a citação aqui no território nacional, conforme autorizado, repita-se, pelo Protocolo de Las Leñas.

A mesma reflexão é aplicável às medidas de urgência, mas o fato é que nossa Corte Suprema vem negando validade a essas rogatórias em caso de comarcas fronteiriças, justamente em virtude da regra constitucional acima indicada. E o curioso, conforme anotado por NADIA DE ARAUJO, é que no Brasil, antes de 1847, era possível que os juízes de primeiro grau dessem cumprimento a cartas rogatórias. A regra prevendo que o cumprimento de cartas rogatórias compete ao STF, hoje ao STJ, surgiu com o Aviso Circular nº 1, de 1847 ⁽¹⁹⁾. Antes disso, as próprias partes entregavam ao juízo de primeiro grau as rogatórias e estes mandavam cumprilas sem nenhuma burocracia. É possível que tal disciplina

⁽¹⁷⁾ Constituição Federal, Art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente: (...) h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente.”

⁽¹⁸⁾ Protocolo de Las Leñas, ratificado pelo Brasil em 16.02.96, Art. 19.

⁽¹⁹⁾ Ob. cit., p. 244.

tenha causado, à época, alguma balbúrdia, algumas reclamações por falta de controle, mas o que hoje se verifica é o oposto, ou seja, o rigorismo excessivo impedindo o pleno gozo de direitos fundamentais.

4. PROBLEMAS ESPECÍFICOS RELACIONADOS À TUTELA DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS

Por fim, chamaríamos a atenção para a problemática específica da tutela dos interesses metaindividuais, da tutela coletiva, vale dizer, a tutela do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio público, enfim, a tutela de interesses que digam respeito não apenas à esfera individual, mas, antes, a toda a coletividade. Nesse campo, como resulta de óbvias constatações, a adoção de medidas de urgência mostra-se fundamental, o que se justifica em razão da natural *transitoriedade dos interesses metaindividuais no tempo e no espaço*. Sobre tal aspecto, ressalta RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO que *“No mais das vezes, esses interesses exsurgem a partir de situações contingenciais, repentinas, imprevisíveis: uma comunidade toma conhecimento, através de boatos, que logo se confirmam, de que a municipalidade está na iminência de aprovar licença para a construção de fábrica notoriamente poluidora (...) Em tais casos, verifica-se que é efêmera a duração do interesse difuso daí decorrente: deve ele ser tutelado prontamente, antes que se altere a situação de fato que o originou”*.⁽²⁰⁾ Realmente, a poluição industrial produzida num determinado rio, o desmatamento de vasta área de Mata Atlântica, a expedição de fuligem por uma determinada indústria, a veiculação de propaganda enganosa que acaba gerando contratações em massa *etc*, são hipóteses que vão demandar intervenções emergenciais por parte do Poder Judiciário de modo a fazer cessar a lesão ou a prevenir o dano que se mostre iminente.

O Professor BRUNO CAPPONI, aqui já várias vezes mencionado, dá notícia de que no âmbito da Comunidade Européia já existe um certo consenso quanto à viabilidade de medidas de urgência (cautelares, antecipatórias, inibitórias *etc*) principalmente no que diz respeito a danos, muitas vezes transnacionais, causados ao consumidor. Referido jurista nos fornece um interessante exemplo de medida de urgência admitida pelo Poder Judiciário de todos os países da Comunidade Européia, que é a inibição de propaganda enganosa capaz de atingir consumidores de vários países europeus, o que requer, inclusive, uma intensa cooperação jurisdicional entre os juízes dos países integrantes da Comunidade.

Outros exemplos que o Professor CAPPONI nos fornece são o de contratações à distância, feitas através da Internet, e o de publicidade de medicamentos de uso humano que possam se mostrar perigosos, que muitas vezes vão demandar medidas protetivas emergenciais sobre as quais já há um certo consenso no âmbito da Comunidade Européia.

⁽²⁰⁾ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 97.

Ressaltaria, como último tópico, ainda no âmbito da tutela de urgência dos interesses metaindividuais, a questão da legitimidade. CAPPONI, no trabalho desde o início referido, propõe uma questão muito interessante no que se refere à legitimidade das associações de defesa do consumidor, que é a possibilidade de atuarem mesmo fora dos países de sua sede. Imagine-se a comercialização de produtos, através da "TV sem fronteiras", uma propaganda enganosa produzida por uma empresa holandesa, mas que gere prejuízos a consumidores italianos. Estes, então, procuram uma associação de defesa do consumidor italiana, dando conta dessa lesão. O Professor CAPPONI defende que a associação italiana tem a sua legitimidade reconhecida para demandar a empresa holandesa perante o Judiciário holandês, o que, a depender do caso, pode ser o caminho mais adequado, mais célere, o que evita que a associação tenha que demandar perante o Judiciário italiano, o qual, a seu turno, precisaria expedir um ato de comunicação, uma carta rogatória ao Judiciário holandês para fazer valer as suas decisões.

Em conseqüência disso, referido jurista propõe que a legitimidade de tais associações seja conferida pelos Judiciários nacionais através da consulta a publicações periódicas, que seriam verdadeiros "documentos de certificação de legitimidade". Na prática, cada país informaria a um determinado órgão de comunicação com circulação em toda a Comunidade Européia quais são as suas associações acreditadas, aquelas devidamente constituídas de acordo com suas regras de direito interno, o que geraria uma publicação no âmbito da Comunidade capaz de levar um juiz holandês a legitimar, também na Holanda, uma sociedade de defesa do consumidor italiana. Trata-se, como já se vê, de uma perspectiva bem diferente das perspectivas clássicas da cooperação jurisdicional. A rigor, não haveria que se falar, sequer, em "cooperação jurisdicional" em razão da desnecessidade de o Poder Judiciário de um país solicitar qualquer tipo de "cooperação" ao Judiciário de outro país. O caso, a rigor, seria o de reconhecer legitimidade a um órgão de representação adequada para demandar sem nenhuma barreira territorial, o que significa um enfoque diverso do enfoque da cooperação, que somente se mostra necessária em razão das barreiras territoriais erigidas pelos Estados nacionais, fruto da já arcaica concepção de soberania.

Note-se que no exemplo citado a mudança de paradigma mostra-se radical pois o que se tem, a rigor, é uma entidade estrangeira demandando perante o Poder Judiciário de um outro país que, a seu turno, não atuará em defesa dos interesses de seus nacionais ou mesmo de estrangeiros residentes em seu território, ou seja, tutelará interesses que, em linha de princípio, não tocam o seu país (os interesses dos consumidores italianos residentes na Itália). Induvidosamente, a possibilidade de atuação desta natureza estará calcada no princípio da inafastabilidade da jurisdição, no princípio do acesso à justiça que, como visto, é um direito fundamental de caráter universal.

O mesmo exemplo poderia ser adaptado ao combate à corrupção transnacional e ao crime organizado. Recordemo-nos dos rumorosos casos de fraude à Previdência Social e do "rombo do TRT": Dentro da perspectiva sugerida,

seria possível que, em vez de o Ministério Público brasileiro requerer uma medida de urgência ao Juiz brasileiro (*v.g.*, uma medida de seqüestro ou de indisponibilidade de bens), expedindo-se morosa carta rogatória para cumprimento, tal requerimento se dirigisse, por exemplo, diretamente ao Judiciário americano, ao francês, admitindo-se ao Ministério Público brasileiro uma "legitimação transnacional". Se aceita tal legitimação, não haveria sequer a necessidade de o Ministério Público brasileiro servir-se do Ministério Público do país estrangeiro, provocando-o a postular, ele próprio, perante o seu Judiciário, o que, por evidente, não afasta a necessidade de uma maior integração entre os Ministérios Públicos de todo o mundo.

No âmbito da Comunidade Européia todas essas possibilidades são corroboradas pela idéia, já consagrada, de que a competência para a decretação de medidas de urgência é a do local de sua execução (Convenção de Bruxelas, Regulamento nº 44) ⁽²¹⁾. Em nossa região, também a Convenção Interamericana de Medidas Cautelares ⁽²²⁾ (Montevideu, 1979), que ainda não está em vigor no Brasil, prevê que as medidas cautelares podem ser ajuizadas no foro de sua execução, mesmo que isso represente violação a regras de competência internacional, ou seja, ainda que a autoridade judiciária não seja competente para a questão de fundo.

5. CONCLUSÕES

Do exposto, pode-se concluir que:

- a) o tema da tutela de urgência no plano internacional demanda a adoção de novas posturas e de novos mecanismos, o que decorre da multiplicação e da internacionalização dos conflitos;
- b) a abordagem das medidas de urgência no Processo Internacional apresenta intensa correlação com a questão da cooperação judiciária internacional, sendo decorrência do princípio do acesso à justiça, um princípio de caráter universal;
- c) as medidas de urgência no plano internacional voltam-se, sobretudo, à tutela dos direitos fundamentais do homem, dos direitos de cidadania;

⁽²¹⁾ Regulamento 44, Art. 22: "Têm competência exclusiva, qualquer que seja o domicílio: 5) em matéria de execução de decisões, os tribunais do Estado-Membro do lugar da execução."

⁽²²⁾ Convenção Interamericana de Medidas Cautelares, Art. 10: "As autoridades jurisdicionais dos Estados Partes nesta Convenção ordenarão e executarão, mediante pedido fundamentado de parte, todas as medidas conservatórias ou de urgência, que tenham caráter territorial e cuja finalidade seja assegurar o resultado de um litígio pendente ou eventual. Isso se aplicará qualquer que seja a jurisdição internacionalmente competente de algum dos Estados Partes para conhecer do fundo da questão e desde que o bem ou direito objeto da referida medida se encontre no território sujeito à jurisdição da autoridade a quem se solicitar a medida."

- d) no âmbito da União Européia, por força das regras adotadas pela Convenção de Bruxelas (art. 24), adota-se uma regra de dissociação entre a competência para o processo de fundo e a competência para a concessão de medidas de urgência. Isso significa dizer que mesmo que se reconheça que a competência para o julgamento do processo principal é de um determinado Estado, nada impede que o Judiciário de um outro Estado venha a adotar providimentos emergenciais, desde que se demonstre que a competência desse segundo Estado é a mais eficaz para a preservação do direito da parte;
- e) também se verifica no âmbito da Comunidade Européia um processo de sobreposição do Direito Internacional ao Direito Interno, o que dá lugar à existência de princípios comuns de direito processual;
- f) no Mercosul há imensa dificuldade ao desenvolvimento de um verdadeiro "Direito Processual Internacional" em razão da resistência à aplicação de normas internacionais em detrimento do direito interno;
- g) além da dificuldade acima apontada, verifica-se também por parte de nosso Supremo Tribunal Federal uma grande resistência ao cumprimento de cartas rogatórias ditas "executórias", ou seja, aquelas que buscam viabilizar, em território nacional, o cumprimento de medidas de urgência determinadas pelo Judiciário de outros países.
- h) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por razões meramente procedimentais calcadas em criticável interpretação do já revogado art. 102, I, "h", da Constituição Federal (atualmente, art. 105, I, "i") acaba por negar eficácia ao princípio do acesso à justiça e à própria efetividade dos direitos fundamentais;
- i) o Supremo Tribunal também vem negando a execução de cartas rogatórias por outros órgãos judiciários nacionais, inclusive nos casos de comarcas fronteiriças, o que também demanda novas reflexões;
- j) especificamente no campo da tutela dos interesses metaindividuais, em razão de sua transitoriedade no tempo e no espaço, mostra-se também imperiosa a adoção de medidas processuais de urgência no plano internacional, o que já vem sendo admitido em solo europeu, sobretudo na tutela do consumidor;
- l) a própria legitimidade para pleitear medidas de urgência no plano internacional precisa ser revisitada, admitindo-se, por exemplo, que o Ministério Público brasileiro requeira diretamente ao Judiciário de outros países o deferimento de medidas de combate ao crime organizado e à corrupção transnacional, abandonando-se, desta forma, o já ultrapassado

instituto da carta rogatória.

BIBLIOGRAFIA:

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992;

CAPPELLETTI, Mauro e GRANT, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998;

CAPPONI, Bruno. "Attualità e prospettive della coperazione giudiziaria civile nell'Unione Europea". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 1998, Ano LII, n.1;

DINARMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995;

MAGIERA, Siegfried. *The Emergence of a 'Europe of Citizens in a Community without Frontiers*. Speyer Research Institute for Public Administration. Speyer, Alemanha, 1989;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre o Problema da 'efetividade' do processo", in *Temas de Direito Processual – 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1994;

SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação Jurídica Penal no Mercosul: Novas Possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da Tutela*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

(*) ROGÉRIO PACHECO ALVES é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

1. A idéia de dedicar algumas linhas ao tema em exame decorreu do fato de que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por mais de uma de suas câmaras criminais, vem manifestando entendimento no sentido de indeferir diligências pretendidas pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia (art. 399 do CPP), sob a alegação de que o *Parquet* dispõe de poder de requisição direta das diligências que entender cabíveis para o bom desenvolvimento de sua atuação no processo. Com efeito, estabelece aquele dispositivo da nossa lei processual que tanto o Ministério Público como o querelante, ao ser oferecida a denúncia ou a queixa, e a defesa, esta obrando no prazo do art. 395 do CPP, poderão **requerer** as diligências que entenderem **convenientes** (os destaques não constam do texto). Averte-se, desde logo, que o art. 399 do CPP integra o Capítulo I, do Título I, do Livro II, que versa a respeito da instrução criminal do “Processo Comum”, encontrando complementação no art. 499, constante do Capítulo III, do mesmo Título, onde a lei volta a asseverar que o Ministério Público poderá **requerer** as diligências cuja **necessidade** ou **conveniência** se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (destaques meus). Refere-se o último texto legal a providências que não foram postuladas inicialmente mas que vieram, posteriormente, a ser necessárias (ou somente convenientes) em razão de fatos (ou de meras circunstâncias) que, somente, resultaram apurados no decorrer da instrução criminal probatória. É nessa fase, aliás, que, igualmente, podem ser reiteradas providências em relação a medidas oportunamente pretendidas, no prazo do art. 399 do CPP, mas que, ainda, não se viram atendidas.

Dessa forma, dúvida não pode haver que o Ministério Público pode **requerer** as diligências que lhe pareçam cabíveis para bem instruir o processo, sejam elas necessárias, sejam elas apenas convenientes.

Aliás, o próprio juiz não só pode como **deve** assim proceder, ainda quando o feito venha para a sua conclusão para o fim de sentenciar (art. 502 do CPP), objetivando não somente sanar nulidade como também suprir falta que possa vir a prejudicar o esclarecimento da verdade.

A parte final do dispositivo acima referido é mera decorrência do sistema da persuasão racional (art. 157 do CPP). Aliás, livre convencimento (sistema) e verdade real (princípio) são conceitos que se interpenetram.

Nesse ponto, a “Exposição de Motivos” do CPP desponha com uma clareza de ofuscar os olhos ao dizer:

“Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet* (item VII).”

Nesse ponto, a “Exposição de Motivos” do Código de Processo Penal faz entrever que o “poderá” da parte final do art. 156 da lei instrumental penal, na realidade e em consonância com o sistema adotado em matéria de prova, só admite uma compreensão: é dever do juiz assim proceder, esgotando todos os recursos para o alcance da verdade real.

Resulta do exposto a possibilidade de o juiz atuar de ofício na busca daquele princípio ⁽¹⁾.

É interessante observar que o nosso vetusto Código de Processo Penal já previa o poder de requisição direta do Ministério Público no decorrer da ação penal, na busca de “maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção” (art. 47, constante do Título III, do Livro I, Título aquele que se ocupa da ação penal).

Também na fase do inquérito policial alude, expressamente, a tal poder de requisição do *Parquet* (Título II, do Livro I). Podem ser consultados, à guisa de exemplo, o art. 5º, II e o art. 13, II, ambos do CPP. É posição inerente ao seu poder de investigação assegurado em lei.

Portanto, fica bem claro que a nossa lei processual penal previu, expressamente, a possibilidade quer da requisição quer do requerimento, deixando ao Ministério Público uma opção quanto ao seu atuar conforme entender mais conveniente para a persecução criminal.

Observe-se que, sob este aspecto, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 e as leis infraconstitucionais que a ela se seguiram nada acrescentaram, pois, muito antes, o Código de Processo Penal já previa o poder de requisição do Ministério Público ao lado da possibilidade do mero requerimento, conforme melhor lhe aprouvesse escolher uma via ou outra.

Em outras palavras: há mais de 60 anos requisição e requerimento convivem em nossa lei processual. Estranha-se, assim, porque, somente agora, o problema tenha aflorado.

Cabe indagar: por que o Ministério Público pode, segundo a lei processual, optar por uma medida ou por outra?

⁽¹⁾ Com o advento da Constituição Federal de 1988, que adotou, sem rebuços, o chamado sistema acusatório, tenho manifestado entendimento no sentido de que não mais incumbe ao juiz a iniciativa de provas *pro societate*, só lhe cabendo atuar *ex officio* em prol da defesa, em razão do princípio do *favor libertatis*. Dessa maneira, deu-se, ao meu juízo, certa mitigação ao entendimento que possa merecer o art. 156 do CPP, que cogita do ônus da prova no processo penal e mesmo em relação à peremptória indicação constante da “Exposição de Motivos” do CPP (item VII). Para um exame mais acurado do tema, o leitor interessado encontrará exposição mais ampla em meu estudo “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, in *Processo Penal – Reflexões*, pp. 127 e seguintes, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

Procurei esboçar uma razão para tal posição do legislador ordinário sob enfoque do exame relativo ao **direito à prova** que deve amparar o Ministério Público no processo ⁽²⁾. Sustentei, então, que, ao lado da requisição, o *Parquet* deve, igualmente, requerer as diligências que pretenda produzir. E o motivo é simples: caso sua requisição, não importa a razão, não seja atendida em tempo oportuno, restará ao Ministério Público a possibilidade de exigir a realização da diligência requerida ao juiz no prazo legal, evitando, com a providência, a ocorrência da preclusão. Dizendo melhor: enquanto em relação à primeira providência o juiz não estará obrigado a aguardar o ingresso nos autos do resultado das diligências requisitadas (privilegiando uma das partes), em relação ao requerimento, uma vez deferido, ele gera **direito à prova** em relação ao postulante, com todas as conseqüências processuais que tal direito enseja à parte que o ostenta.

Poder-se-ia objetar que o juiz pode indeferir a diligência pretendida. Porém, o magistrado, para que venha a desacolher o requerimento da parte, só poderá fazê-lo nas seguintes hipóteses:

a) caso a prova pretendida seja ilícita ou ilegítima (art. 5º, LVI, da CF);

b) caso a diligência ou a prova requerida seja **manifestamente** incabível no caso concreto.

Nunca, porém, em razão do poder de requisição de que é dotado o *Parquet*.

Acrescente-se, ainda, que, na dúvida, o magistrado deve acolher a prova ou a diligência solicitada pela parte, seja ela originária da acusação, seja ela advinda da defesa.

Portanto, não é pelo fato de o Ministério Público dispor do poder de requisição direta que a prova ou a diligência pretendida deva merecer indeferimento.

Some-se ao que ficou dito, ainda, que as providências instrutórias requeridas pelas partes (acusação ou defesa) não precisam ser necessárias, bastando, apenas, que elas possam surgir como convenientes para o deslinde da causa penal. É o que assinala a parte final do art. 399 do CPP. Ressalte-se, porém, que, em relação à mera conveniência da medida a ser tomada, o juiz gozará de maior discricão para o fim de deferi-la ou não. O mesmo não pode ser dito quando se cogite de prova ou diligência indispensável para o julgamento da causa penal. E isto, mais uma vez precisa ser dito, vale para ambas as partes.

Vê-se, pois, que o convívio das duas providências, longe de parecer absurdo, apresenta-se extremamente salutar para o processo.

⁽²⁾ Consulte-se a respeito meu estudo "Novas questões de Processo Penal", in *MPM em revista*, Revista Cultural da Associação do Ministério Público Militar, nº 2, outono de 2003, pp. 10 e seguintes.

2. Suponhamos, no entanto, que o magistrado, apesar de todas as ponderações acima expostas, venha a indeferir as medidas solicitadas pelo *Parquet* no prazo do art. 399 do CPP ou mesmo na fase de diligências (art. 499 do CPP); haverá recurso contra tal decisão?

A lei não previu recurso para esta modalidade de cerceamento de prova. Por tal motivo, a questão tem sido enfrentada, entre nós (RJ), pela via da Reclamação.

Na verdade, são suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte ou do órgão do Ministério Público, os despachos irrecorríveis proferidos pelo juiz, que importem em erro de ofício ou abuso de poder ou ainda aquelas manifestações jurisdicionais que acarretem inversão da ordem legal do processo (art. 219 do CODJERJ).

Nesse sentido, podem ser vistos julgados do nosso Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, acolhendo Reclamação do *Parquet*, entenderam ser perfeitamente possível ao Ministério Público requerer diligências no prazo do art. 399 do CPP, independentemente do seu poder de requisição, salientando ainda ser direito subjetivo processual do órgão ministerial assim proceder. Alinham-se com tal entendimento os seguintes pronunciamentos: Reclamação nº 2003.023.0002, da 1ª Câmara Criminal, rel. Des. Nildson Araújo da Cruz, julgada em 20-5-2003; Reclamação nº 2002.023.00073, da 8ª Câmara Criminal, rel. Des. Valmir Ribeiro, julgada em 23-1-2003. Do mesmo teor podem ser registradas decisões dos Tribunais de Justiça de São Paulo, de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, onde a matéria se viu, igualmente, ventilada. Vejam-se as seguintes manifestações jurisdicionais daqueles Tribunais: Correição Parcial nº 250.527.3, São Paulo, da 6ª Câmara Criminal, de 06-08-98; TJSP, RT 645/282, SP; TJMG, Proc. 10000.03.403466-0/000 (1), de 04-10-2004; TJMG, Proc. 10000.03.403041-1/000 (1), de 03-05-2004; TJMG, Proc. 10000.03.403791-1/000 (1), de 03-05-2004; TJRS, Correição Parcial, Proc. nº 70008563314, de 06-5-2004 ⁽³⁾.

Destaque-se, ainda, acórdão da 4ª Câmara Criminal do TJRJ, publicado na íntegra pela "*Revista do Ministério Público*", órgão cultural do *Parquet* do Estado do Rio de Janeiro, tendo como relatora a eminente Desembargadora Telma Musse Diuana, onde a matéria restou examinada por diversos aspectos e com riqueza de enfoques ⁽⁴⁾.

3. Não se põe em dúvida o poder de requisição do Ministério Público. É bom que fique claro. O que se aduz e se defende é que aquele direito do órgão da acusação pública não interfere nem prejudica o requerimento endereçado à autoridade judicial. E, como demonstrado, não se traduz em mero *bis in idem*.

Aquele poder exsurge nítido do Texto Magno (art. 129, VI, CR) e das leis orgânicas que regem o Ministério Público da União (art. 8º, II e IV da LC nº

⁽³⁾ Indicações extraídas do estudo do Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, CARDOSO, Francisco de Assis Machado, a ser publicado na "*Revista do Ministério Público - RJ*" de nº 21, 3ª fase, na seção "Jurisprudência Comentada".

⁽⁴⁾ "*Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*" - RJ, 3ª fase, nº 13, pp. 505/512, Reclamação nº 70/00, da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

75, de 20.5.93) e o *Parquet* estadual (Lei 8625/93, art. 26, I, "b" e LC 106/2003, art. 35, I, "b").

Até mesmo o nosso velho Código de Processo Penal, Decreto-Lei de 1941, já garantia tal direito ao Ministério Público no decurso da ação penal (art. 47), somando-se àqueles assegurados, como é natural, na fase de investigação preliminar (arts. 5º, II e 13, II).

4. As decisões que contrariam tal entendimento ferem, sem sombra de dúvidas, o princípio da isonomia (art. 5º da CF) que tem como corolário indiscutível, no campo do processo, o princípio da igualdade das partes.

O princípio da igualdade perante a Justiça faz nascer a impossibilidade de o juiz fazer distinção entre as partes, obrigando-o a conferir tratamento igual para ambos os contendores. A igualdade perante a lei, mera isonomia formal, se transformaria em quimera, caso ela não se fizesse presente no processo.

É certo, convém aditar, que o princípio da igualdade das partes no processo penal não se apresenta como um dogma, já que a própria lei se encarrega de mitigá-lo em nome de um valor maior – este sim absoluto! – consistente na liberdade individual. Em nome do princípio do *favor libertatis*, a lei (sempre ela!) assegura ao réu uma série de vantagens de que não se pode valer a acusação. Assim, entre outras benesses, sabe-se que somente a defesa goza do privilégio da revisão criminal, pois em nosso ordenamento jurídico a sentença absolutória, uma vez trânsita, torna-se imutável, mesmo que fundada em prova manifestamente falsa. Da mesma forma, o recurso de embargos infringentes e/ou de nulidade só pode ser interposto pelo réu (art. 609, parágrafo único, do CPP), embora no processo penal militar (art. 538 do CPPM) ambas as partes desfrutem do direito de embargar. Igualmente, o protesto por novo júri tem cabimento unicamente em favor do acusado (art. 607 do CPP) ⁽⁵⁾.

Portanto, como de fácil constatação, o princípio da igualdade das partes sofre mitigação em nossa lei processual penal em respeito ao enunciado do *favor rei*.

No caso sob vistas, estaríamos diante de nova atenuação beneficiando a defesa em detrimento da acusação?

Evidentemente que não. Em todas as hipóteses contempladas em que a isonomia formal das partes no processo sofre mutilação, é a própria lei que se encarrega de especificar a quebra do princípio geral em homenagem ao dogma do *favor innocentiae*.

Pois bem: na questão que ora se examina dá-se exatamente o contrário, pois a lei assegura ao Ministério Público as duas opções que, como visto, se justificam (requerer ou requisitar). A primeira indicada nos arts. 399 e 499 do CPP, ao passo que a última encontra guarida no art. 47 do mesmo Código, assim também na Constituição da República e em leis orgânicas que regem a Instituição (cf. nº 3, *supra*).

⁽⁵⁾ Caso haja interesse no exame da matéria, será possível encontrar-se estudo mais amplo sobre o tema em meu trabalho intitulado "A vassalagem ao direito de defesa", in *Doutrina*, nº 4, 1997, publicação do Instituto de Direito, pp. 112 e seguintes.

5. Assinale-se, em razão de tudo que ficou dito, que a ilustrada Defensoria Pública dispõe de igual poder de requisição assegurado pela Constituição de nosso Estado - RJ (art. 181, IV, "a") e, não obstante isso, nunca chegou ao meu conhecimento houvesse, da parte de nosso Tribunal de Justiça, tal procedimento em relação àquela nobre e maravilhosa Instituição, desde que lícita ou pertinente a medida pretendida. Dessa maneira, ela pode requerer ao juiz a providência desejada ou tomar a opção de requisitá-la diretamente. É, aqui também, questão de escolha por uma das vias.

Por que, então, adotar-se dois pesos e duas medidas?

Onde a base legal para o indeferimento?

6. Vedar ao Ministério Público o ato de requerer as provas e diligências que entenda necessárias ou convenientes nos prazos a que se refere a lei processual (arts. 399 e 499 do CPP), antes de ser uma violação ao direito codificado, importaria em ofender o princípio do contraditório, acarretando cerceamento da acusação, principalmente quando igual direito é concedido à defesa. A Constituição da República restaria afrontada nos seus exatos termos (art. 5º, LV), importando a providência arbitrária em violar o devido processo legal.

7. Outro dado a exigir meditação reside na aplicação do princípio da plena efetividade jurisdicional. Na verdade, o juiz, para bem decidir, não pode abrir mão da contribuição das partes no objetivo de bem instruir o processo, proporcionando-lhe, independentemente das providências que possa tomar de ofício, todos os adinículos que sirvam para a busca da verdade processual.

Estando em jogo direitos e valores indisponíveis no processo penal, não pode o magistrado comportar-se como um convidado de pedra, de braços cruzados, limitando-se a assistir ao desenrolar da lide penal.

As limitações à sua atuação serão, tão-somente, aquelas advindas da Constituição e das leis. No mais, deve buscar a verdade real. É dizer: verdade real, com efeito, somente o Padre Eterno, no Juízo Final, é que a proclamará. Na realidade, embora correntio o enunciado "verdade real", o que se tem como demonstrado, nos autos, é a "verdade processual", isto é, aquela "verdade" que se pôde trazer ao processo, a "verdade" possível, que, no mais das vezes, quero crer, coincide com os fatos que provavelmente ocorreram.

Daí que o juiz não pode nem deve desprezar qualquer contribuição que a parte, seja a acusação seja a defesa, possa, legitimamente, trazer ao feito que vai julgar, provendo à regularidade do processo (art. 251 do CPP) e evitando qualquer excesso que os postulantes venham a praticar, ao indeferir as providências ilegais ou manifestamente inoportunas (1, *supra*).

8. Merece destaque a interessante observação feita pelo Promotor de Justiça-RJ FRANCISCO DE ASSIS MACHADO CARDOSO no trabalho já mencionado (nº 3, das notas de rodapé), quando registra que o requerimento melhor conviria ao princípio da publicidade dos atos processuais, possibilitando, desde logo, pleno acesso à parte contrária e, até mesmo, a qualquer interessado aos atos e providências que estariam sendo realizados **dentro do processo**.

Com efeito, a publicidade dos atos processuais é assegurada na Lei Maior (art. 5º, LX), ao indicar que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Em conformidade com a Carta Política, a lei processual penal estabelece, como regra, que os atos processuais serão públicos (art. 792 do CPP), salvo no caso de escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, caso em que a audiência, a sessão ou ato processual terão a sua publicidade restrita (art. 792, §§ 1º e 2º).

É certo que, em havendo requisição por parte do órgão da acusação pública, as diligências que dela advierem, uma vez acostadas ao processo, serão, ao empós, submetidas ao contraditório diferido, uma vez que sobre elas a defesa terá que manifestar-se. A hipótese assemelha-se às chamadas “provas definitivas” (exame de corpo de delito e perícias em geral) levadas a efeito no decorrer do inquérito policial, uma vez que sobre elas a defesa, em regra, só irá manifestar-se em juízo, quando, muitas vezes ou quase sempre, já não mais poderão ser refeitas. Porém, sempre poderão ser contestadas pela defesa e, eventualmente, esclarecidas ou renovadas por ordem do juiz (art. 181 e seu único parágrafo do CPP).

Nem se ponha de lado o valor da requisição, uma vez que ela pode abreviar uma série de providências que o juízo, sempre atarefado, pode retardar. Aqui, no entanto, esbarra-se na questão mais relevante relacionada com o **direito à prova**. Para ser mais claro: a requisição levada a efeito pelo *Parquet* (parte no processo), na hipótese de ter seu atendimento retardado, não poderá acarretar a paralisação do processo, caso o juiz resolva decidir a causa sem que ela venha ao feito, com isto trazendo grave prejuízo para a sociedade. Ao revés, o requerimento, uma vez deferido, gera **direito à prova** para acusação, cabendo ao juiz aguardar seu ingresso nos autos coerente com o seu despacho de acolhimento da prova. E se ele assim não proceder? Haverá, não há negar, cerceamento para a acusação, pois os casos em que a diligência ou a prova requerida ensejam indeferimento são aqueles já examinados no início do presente estudo (1, *supra*).

9. Mas as observações a respeito da matéria não se esgotam no plano estritamente processual. A questão torna-se de fácil compreensão se analisada pelo ângulo do princípio de hermenêutica que impõe a interpretação das leis conforme a Constituição. À luz do princípio da supremacia da Constituição, que assume posição primacial, superando qualquer outro critério de interpretação da norma legal infraconstitucional, constata-se o equívoco das restrições à ampla busca da verdade processual por parte do Ministério Público. Sabe-se que a noção a respeito da supremacia formal da Constituição encontra sua raiz no famoso caso *Marbury Vs Madison*, ocorrido nos Estados Unidos há mais de dois séculos (1803). Aliás, antes da histórica decisão de Marshall, ALEXANDER HAMILTON já sustentava tal critério de interpretação das leis em seus artigos publicados no “*The Federalist*”⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ HAMILTON, Alexander, MADISON James e JAY John, “*The Federalist*”, *apud* JATAHY, Carlos Roberto de Castro, in “*Revista do Ministério Público*” – RJ – 3ª fase, nº 19, pp. 81 e seguintes, jan-jun-2004.

Não é aqui a sede adequada para o estudo do célebre caso, merecedor de ampla abordagem pelos reflexos que traria na interpretação das leis pelos juízes a partir de então, ao ponto de ficar conhecido como a "Doutrina Marshall" ⁷.

Colocada a questão nestes termos, constata-se que a Constituição Federal, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, estabelece que a ele compete promover, **privativamente**, a ação penal pública, na forma da lei. Esta, por seu turno, confere instrumentalidade ao preceito constitucional nos arts. 100, § 1º do CP e 24 do CPP, sem falar nos diversos dispositivos constantes das leis orgânicas que regulam o Ministério Público da União bem assim o *Parquet* estadual (3, *supra*).

O Texto Magno, voltado para a efetividade da atuação Ministerial, contem, ainda, norma genérica ou de encerramento ao assinalar que ao Ministério Público compete, ainda, "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade" (art. 129, IX).

Tudo, pois, a demonstrar que a atuação do *Parquet*, na busca da verdade processual, deve ser a mais ampla possível. Para tanto, pode e deve fazer uso dos direitos e das faculdades processuais que o Código lhe outorga.

Em tal contexto, vê-se que o requerimento e a requisição em busca de diligências ou provas que possam fazer aflorar a verdade real traduzem a melhor interpretação da lei conforme a Constituição, pois ambos, conforme determina a Lei Maior, são compatíveis com a finalidade de atuação do *Parquet* no processo.

10. Pensar de outro modo levaria o intérprete a negar efetividade ao tão decantado princípio da verdade processual, acarretando verdadeiro cerceamento ao exercício da atividade acusatória e, por via de consequência, impedindo a manifestação plena da própria atividade jurisdicional.

Os juízes que assim procedem estão profundamente equivocados em relação à atuação do Ministério Público no processo em geral. Esquecem-se que o Ministério Público e o Poder Judiciário, neste aspecto, integram uma mesma magistratura, que somente busca a realização de justiça. Nesse ponto, é possível dizer que somos operários do mesmo ofício. Isto resulta bem nítido dos termos da própria lei processual penal. Como parte formal, o *Parquet* pode requerer a absolvição do réu (art. 385 do CPP) e impetrar *habeas corpus* em favor do acusado ou do indiciado (art. 654 do CPP). Cabe-lhe ainda apelar em favor do réu, objetivando desconstituir uma sentença condenatória nula ou injusta. Note-se que, em tal apelo, não há falar em sucumbência por parte do Ministério Público mas em mero interesse em recorrer (art. 577, parágrafo único, do CPP). Qual interesse? O da realização de um processo **justo**. Outro não há.

Portanto, como limitar a atuação do *Parquet* em tais circunstâncias, ao mesmo tempo em que a parte ré goza de ambas as prerrogativas (requerer e requisitar), sabendo-se que esta defende interesse particular?

⁷ Para um estudo minucioso do célebre caso e da doutrina que ele engendrou, veja-se o excelente trabalho referido em o n° 6 destas notas, do Procurador de Justiça JATAHY, Carlos Roberto de Castro.

11. É chegada a hora de encerrar, alinhando algumas conclusões.

11.1. Requerimento e requisição podem e devem conviver no processo penal, conforme preceitua o Código de Processo Penal desde 01-1-1942 (art. 810);

11.2. Ambas as providências buscam a realização do princípio da verdade processual;

11.3. O requerimento assegura ao Ministério Público o **direito à prova**, o que não se dá com a requisição, pois desta o juiz não toma conhecimento, pelo menos inicialmente;

11.4. A diligência pretendida pelo *Parquet* só pode ser indeferida caso ela tenha em vista a produção de uma prova ilícita ou ilegítima ou ainda **manifestamente** incabível no caso concreto;

11.5. A diligência para merecer deferimento não precisa ser necessária, bastando, apenas, que ela seja **conveniente** para a instrução do processo;

11.6. Na dúvida, o juiz deve sempre deferir a prova pretendida pelas partes;

11.7. Cabe Reclamação do despacho que indeferir o requerimento de diligências fora dos casos indicados (11.4, *supra*);

11.8. A decisão que desacolhe a pretensão Ministerial fere, sem dúvida, o princípio da isonomia (art. 5º da CF) e a garantia da igualdade das partes no processo, tendo em conta o direito de igual providência assegurado à defesa pela Constituição Estadual (art. 181, IV, "a");

11.9. Sem prejuízo do poder de requisição de que é dotado o Ministério Público, o requerimento no curso do processo melhor atende ao princípio da publicidade dos atos processuais;

11.10. A diligência, uma vez deferida, assegura ao Ministério Público o direito à prova, evitando a ocorrência do fenômeno processual da preclusão;

11.11. O entendimento da lei processual aqui defendido é a interpretação que melhor se ajusta à luz do princípio da supremacia formal da Constituição;

11.12. O princípio da verdade processual só pode encontrar limitação nos casos previstos em lei por força da observância de um valor maior, qual seja o princípio do *favor rei*.

Inverno de 2005

(*) SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

O Princípio da Proporcionalidade como instrumento de proteção aos direitos fundamentais

VERÔNICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN (*)

1 - O Papel Desempenhado pelos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito

Os direitos fundamentais apresentam papel de destaque no mundo moderno, sendo a sua efetividade e respeito perseguidos pela humanidade, além de consubstanciarem medida para aferição da legitimidade do Estado.

Neste contexto, cabe evidenciar a íntima relação existente entre estes direitos e o Estado Democrático de Direito, abraçado com veemência pelo constituinte de 1988.

O Estado Democrático de Direito surge em contraposição ao denominado Estado de Polícia, que apresentava faceta autoritária e arbitrária⁽¹⁾. O Estado Democrático de Direito é, assim, sinônimo de respeito irrestrito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, de governo justo, transparente e controlado pela soberania popular, de consagração do princípio representativo e, de todos os princípios e valores derivados da nova ordem constitucional instaurada em 1988. A idéia do "Estado Democrático de Direito" reúne, pois, uma série de princípios e valores considerados indispensáveis ao alcance de uma ordem estatal capaz de assegurar os direitos inalienáveis do homem⁽²⁾.

(1) Em sintética explanação histórica, DALMO DE ABREU DALLARI ensina que a "idéia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores. A fixação desse ponto de partida é um dado de fundamental importância, pois as grandes transformações do Estado e os grandes debates sobre ele, nos dois últimos séculos, têm sido determinados pela crença naqueles postulados, podendo-se concluir que os sistemas políticos do século XIX e da primeira metade do século XX não foram mais do que tentativas de realizar as aspirações do século XVIII. A afirmação desse ponto de partida é indispensável para a compreensão dos conflitos sobre os objetivos do Estado e a participação popular, explicando também, em boa medida, a extrema dificuldade que se tem encontrado para ajustar a idéia de Estado Democrático às exigências da vida contemporânea". DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, 17ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 123.

(2) WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO enfatiza que a fórmula do Estado Democrático de Direito sintetiza uma série de princípios, "os quais se promovem mutuamente *in abstracto*, mas, necessariamente, irão muitas vezes conflitar-se *in concreto*". Em complemento, esclarece que "aquela fórmula representa, antes de mais nada, a intenção de conciliar da melhor forma possível, no presente e cada vez mais no futuro, aqueles princípios e valores que, ao serem reunidos para sua aplicação

“Ao utilizar a terminologia Estado Democrático de Direito, a Constituição reconheceu a República Federativa do Brasil como uma ordenação estatal justa, mantenedora dos direitos individuais e metaindividuais, garantindo os direitos adquiridos, a independência e a imparcialidade dos juízes e tribunais, a responsabilidade dos governantes para os governados, a prevalência do princípio representativo, segundo o qual todo poder emana do povo e, em nome dele, é exercido, por meio de representantes eleitos através do voto. Em realidade, a expressão Estado de Direito, sem o qualificativo democrático, é tradução literal do vocábulo alemão *Rechtsstaat*, empregada desde o começo do século XIX. Com o tempo, o termo incorporou-se ao vocábulo jurídico e político, significando o oposto de *Polizeistaat* – Estado de Polícia, o Estado da época do Absolutismo”⁽³⁾.

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO enfatiza o significado dos direitos fundamentais como “princípios básicos da ordem constitucional”, realçando que tais direitos operam como limite do poder e como diretriz para a sua ação, pois revelam e positivam um sistema de valores. Possuem, pois, uma “eficácia radiante”⁽⁴⁾.

Pode-se constatar que a efetividade e plena realização prática dos direitos fundamentais é indispensável ao bom desempenho do Estado Democrático de Direito⁽⁵⁾, já que este busca garantir e realizar um sistema autêntico destes direitos aos cidadãos. O Estado de Direito exige e implica a garantia dos direitos

conjuntamente, aumentam o seu alcance e potencializam-se, ao mesmo tempo em que impõem limites, uns aos outros, para impedir que a ênfase exagerada em um ou alguns deles perverta-os”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional”. *Revista de Processo*, ano 16, N. 62, Abril-Junho de 1991, pp. 122/140.

⁽³⁾ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 3ª. ed, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 45. Nesta mesma linha de entendimento, ressalta NORBERTO BOBBIO que “a antítese do estado absoluto é o estado democrático, ou mais exatamente o estado representativo, que através do progressivo alargamento dos direitos políticos até o sufrágio universal se transforma pouco a pouco em estado democrático”. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira, 5ª. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 121.

⁽⁴⁾ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 153 e 155.

⁽⁵⁾ A título de ilustração, ainda sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, valemo-nos da valiosa lição de CANOTILHO e VITAL MOREIRA, citados por CELSO RIBEIRO BASTOS (*Curso de Direito Constitucional*, 18ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 156), *in verbis*: “Este conceito é bastante complexo, e as suas duas componentes – ou seja, a componente do Estado de direito e do Estado democrático – não podem ser separadas uma da outra. O Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é Estado de direito. Esta ligação

fundamentais, enquanto estes exigem e implicam, para a sua realização, o Estado de Direito ⁽⁶⁾. Há, pois, uma relação incidível entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais.

JORGE MIRANDA adverte, acertadamente, que não basta, para que haja ou para que sejam garantidos os direitos fundamentais, que exista Estado. É necessário que o regime ou o sistema político lhes seja adequado; é necessário que a estrutura do poder seja compatível com a sua salvaguarda ⁽⁷⁾.

Modernamente, como bem assinala EDILSON PEREIRA DE FARIAS, os direitos fundamentais cumprem uma função primordial no panorama jurídico-político e consubstanciam-se em paradigma de legitimação de regimes políticos ⁽⁸⁾. Com efeito, o grau de consagração, proteção e efetividade conferidos a tais direitos por determinado Estado conferem ao mesmo maior ou menor prestígio na comunidade internacional. Os direitos fundamentais – sua efetividade e plena garantia – constituem elementos essenciais à democracia e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito.

Em complemento ao acima aduzido, podemos citar a observação de PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, para quem a legitimidade de determinado sistema político encontra-se condicionada à tutela e efetividade dos princípios e direitos fundamentais ⁽⁹⁾. Pode-se dizer que o Estado de Direito volta-se para a exigência

material das duas componentes não impede a consideração específica de cada uma delas, mas o sentido de uma não pode ficar condicionado e ser qualificado em função do sentido da outra”.

⁽⁶⁾ Observação de ANTONIO E. PEREZ LUÑO, *apud* MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO, no Artigo “Eficácia Constitucional: Uma Questão Hermenêutica”, publicado na obra *Hermenêutica Plural: Possibilidades Jusfilosóficas em Contextos Imperfeitos*, Organizadores: Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodrigues, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 373.

⁽⁷⁾ Em complemento, transcrevemos trecho da lição do consagrado jurista português, *in verbis*: “Se o que está em causa é a posição da pessoa perante o poder, torna-se ineliminável a conexão entre os sistemas de poder e o dos direitos fundamentais e um e outro e fazem parte de uma mesma Constituição, com a sua coerência própria. A concentração do poder não se compadece com as liberdades públicas e, no limite, até com as liberdades privadas. Apenas a divisão do poder as assegura ou assegura plenamente; e divisão do poder requer legitimação não autocrática e mecanismos de controle. Mais ainda: pode asseverar-se sem receio que, neste momento, somente a democracia – a democracia representativa e pluralista, com Estado de Direito – propicia um sistema completo e autêntico de direitos fundamentais; nenhum outro regime atual o consagra.(...). Não vou ao ponto de sustentar que a Declaração Universal imponha a democracia. No entanto, ela estabelece no preâmbulo, que é essencial a proteção dos direitos do homem, através de um regime de direito; e no art. 21, que toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do país, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, e que a vontade do povo deve exprimir-se através de eleições honestas a realizarem-se periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto”. MIRANDA, JORGE. “O Homem e o Estado – Direitos do Homem e Democracia”. Artigo publicado na *Revista Interesse Público*. São Paulo: Notadez, Ano I, n. 01, Janeiro/Março 1999, p. 80.

⁽⁸⁾ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos – A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação*, 2ª. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 82.

⁽⁹⁾ Observação extraída do Prólogo à obra *Derechos y Garantías – La Ley del Más Débil*, de LUIGI FERRAJOLI. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andréa Greppi, Coleção “Estructuras Y Procesos”, 2ª. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 11.

da legalidade, enquanto o princípio democrático encerra caráter de legitimidade. Ambos, um em complemento ao outro, formam o denominado Estado Democrático de Direito.

Concluimos assim que, no atual estágio do Estado de Direito, não se tem mais o primado absoluto da vontade do legislador. Hoje, o princípio da legalidade se submete ao princípio da constitucionalidade, sendo certo que os direitos fundamentais impõem limites à atuação do legislador. LUIGI FERRAJOLI assinala a existência de uma “segunda revolução” na natureza do direito, influenciando na formação de um novo paradigma ao positivismo clássico. A “primeira revolução”, segundo o jurista italiano, se deu com a afirmação da onipotência do legislador, ou seja, com a afirmação do princípio da legalidade formal como norma de reconhecimento da existência das normas. Já a “segunda revolução” se verifica na afirmação do princípio da legalidade substancial, o que significa dizer que a lei não deve estar unicamente adstrita a vínculos formais. A lei deve estar subordinada também a vínculos substanciais, impostos pelos princípios e direitos fundamentais contidos na Constituição. FERRAJOLI observa, ainda, que a afirmação do princípio da legalidade substancial rompe com a presunção apriorística de validade do direito vigente. Para que a norma seja válida, não basta que a mesma tenha sido emanada segundo as formas pré-estabelecidas para a sua produção; é necessário que o seu conteúdo respeite os princípios e direitos fundamentais estampados na Constituição ⁽¹⁰⁾.

De certo, o Estado Moderno, democrático e social, deve buscar o primado do Direito sobre a política, limitando e restringindo o poder estatal em favor da realização do direito material, em sua essência constitucional, tal como assevera ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE ⁽¹¹⁾. BÖCKENFÖRDE acentua a necessidade de se buscar limitar e restringir o domínio do Estado em favor da liberdade do indivíduo e da realização do direito.

Sobre a realização do direito, defendida por BÖCKENFÖRDE, oportuno trazer à baila o conceito de efetividade, extraído da esclarecedora lição de LUÍS ROBERTO BARROSO, *in verbis*:

“A efetividade significa, ..., a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Obra citada, p. 66.

⁽¹¹⁾ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Tradução de Rafael de Agapito Serrano, Coleção “Estructuras Y Procesos”, 2ª. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 44. O jurista alemão enfatiza que, apesar dos variantes significados do Estado de Direito, existe um conteúdo sempre presente, referente à garantia da liberdade pessoal e à limitação do poder estatal.

⁽¹²⁾ Confira a obra *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 3ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.

Do conceito acima referido, verifica-se que a efetividade de um direito se vincula à sua aplicação e reconhecimento (concretização) no mundo dos fatos sociais. É o que muitos doutrinadores denominam de “eficácia social”⁽¹³⁾ da norma, em distinção à denominada “eficácia jurídica”.

Sem efetividade, os direitos fundamentais são reduzidos a mera explicitações políticas e morais, esvaziados de qualquer utilidade, sendo a Constituição que os abriga desprovida de realidade, inserindo-se em um plano meramente utópico.

MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO, em significativa observação, afirma admitir o direito como concretização, esclarecendo que a norma só ganha significado quando assume uma posição concreta, ou melhor, quando se revela realmente. Destaca a autora:

“O direito, como elemento ético da vida social – teoria da vida reta –, pretende realizar o bem. Daí concordamos com GADAMER quando mostra que a ‘interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafos, mas uma concreção prática da idéia do Direito. A arte dos juristas é também o cultivo do Direito’”⁽¹⁴⁾.

Sem dúvida, neste plano de concretização, desafio maior do Estado Democrático moderno é fornecer aos direitos fundamentais garantias eficazes e proteção real, assegurando a sua aplicação de forma tendente ao aproveitamento máximo de seu conteúdo. GILMAR FERREIRA MENDES observa que a Constituição deve lograr concretizar sua “pretensão de eficácia” e complementa advertindo

⁽¹³⁾ KONRAD HESSE apregoa que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. Para o pensador alemão, a essência da norma constitucional “reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas”. Em outra passagem de sua obra, KONRAD HESSE observa que “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. (...) Se os direitos e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. (...) A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (...) A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 14/15; 22/23.

⁽¹⁴⁾ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação – Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 45.

que a falta de mecanismos de controle de normas retira muito da força normativa ou vinculante da Constituição ⁽¹⁵⁾.

Sobre tal problemática, NORBERTO BOBBIO adverte que:

“Uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva” ⁽¹⁶⁾.

Os direitos e liberdades fundamentais não são resguardados apenas por sua declaração e reconhecimento formal pela ordem interna do Estado ⁽¹⁷⁾. É necessário a sua efetiva proteção e concretização, através de mecanismos que possibilitem a existência harmônica de todos os direitos consagrados no texto constitucional, viabilizando o seu pleno exercício pelo indivíduo.

2 - A Proporcionalidade como Instrumento de Proteção dos Direitos Fundamentais. O Problema da Colisão entre Direitos Fundamentais.

Como dito, os direitos fundamentais são aqueles direitos especificados no texto constitucional e que encerram valores supremos, considerados imprescindíveis dentro de determinada ordem nacional, recebendo proteção máxima da própria Constituição. Tais direitos são fundamentais à realização da pessoa humana e propiciam as condições indispensáveis à uma sobrevivência digna. Como observa WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, os direitos fundamentais são dotados de uma ‘força especial’, caracterizada pela combinação do caráter hierarquicamente superior das normas jufundantes, com a sua aplicabilidade imediata. ⁽¹⁸⁾

O Estado Democrático de Direito, como já ressaltado, através do primado dos direitos fundamentais, busca promover a segurança, igualdade, justiça,

⁽¹⁵⁾ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 32/33.

⁽¹⁶⁾ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 12ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 63.

⁽¹⁷⁾ CARMEM LUCIA ANTUNES ROCHA lembra, com propriedade, que “não é novo, nem mesmo raro, que Constituições traduzam excelentes propostas, mas não sejam capazes de concretizar os projetos dos povos que as formulam. Ou talvez sejam mesmos os povos, seus autores, que não as conseguem concretizar. Na América Latina, particularmente, tem sido uma constante ter-se a norma, mas não a sua aplicação, o seu acatamento, a sua observância, especialmente pelos governantes, caudilhos com gana de poder e ojeriza a limites, mais ainda a direitos. Hoje, mais que antes, as opções econômicas lançam novas sombras (...) sobre os direitos que se conquistaram com tão terríveis dificuldades”. ROCHA, Carmem Lucia Antunes. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social”, *Revista Interesse Público*, São Paulo: Notadez, Ano I, n. 04, outubro/dezembro 1999.

⁽¹⁸⁾ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ª. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 57.

liberdade, entre outros valores fundantes, enfatizando a dignidade da pessoa humana.

Este complexo de valores, que na prática pode entrar em conflito, demanda um mecanismo que permita equilíbrio em caso de colisão. Lembre-se que o equilíbrio é o núcleo fundamental do Direito e do conceito de Justiça, representada, simbolicamente, pela balança, que proporciona equilíbrio entre seus lados (pratos).

A máxima da proporcionalidade surge, então, nesta nova fase do Direito Constitucional, como instrumento para garantir a aplicação de princípios conflitantes, através do balanceamento entre valores. Assim, entende-se a essência e finalidade do princípio da proporcionalidade voltadas à preservação dos direitos fundamentais e do papel que estes desempenham na estrutura legitimadora do Estado Democrático de Direito.

Frise-se que a possibilidade de colisão, acima destacada, é inerente à própria estrutura da sociedade democrática, que admite e assume os conflitos criados em seu âmago, buscando o convívio de posições antagônicas e privilegiando o pluralismo. Preserva-se, assim, a composição de interesses; a proteção e convívio concomitantes de direitos em uma ordem democrática.

Em um Estado Democrático, o administrador, o legislador e o aplicador da norma devem pautar a sua atuação na busca pela realização do Direito, pelo desempenho concreto dos valores inseridos nas normas jurídicas. RUDOLF VON IHERING, em passagem da conhecida obra *A Luta pelo Direito*, já alertava que “a essência do Direito é a realização prática. Uma regra do Direito que jamais foi realizada ou que deixou de o ser não merece mais este nome, transformou-se numa rodagem inerte que não faz mais trabalho algum no mecanismo do direito e que se pode retirar sem que disso resulte a menor transformação”⁽¹⁹⁾.

Com efeito, como aponta WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO:

“A simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse

⁽¹⁹⁾ IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*, 12ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 43.

processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abrem canais para essa participação” (20).

Neste aspecto, deve o Poder Judiciário, na função de intérprete e aplicador das normas que traduzem direitos fundamentais, desempenhar papel de destaque, com atuação combativa na salvaguarda destes direitos, reconhecendo sua aplicabilidade e velando pela máxima utilização dos denominados “remédios constitucionais” (21). Também neste contexto, assume o Ministério Público função de grande relevância ante a missão constitucional que lhe foi confiada (art. 127/129 - CF/88), cabendo ao *Parquet*, enquanto guardião da sociedade, lutar pela plena realização dos direitos fundamentais, em todas as esferas de sua vasta atuação e atribuição.

O momento atual, de grande turbulência e insegurança ante os violentos acontecimentos que marcaram este início de século, impõe a valorização de instrumentos que permitam certa flexibilização ao Direito, que, necessariamente, deve mostrar-se capaz de acompanhar as rápidas mudanças impulsionadas pela globalização (22). Impõe-se, também, a valorização de mecanismos de ponderação, capazes de garantir o pluralismo e a própria democracia, que se apóia na existência e respeito a idéias e posições muitas vezes conflitantes.

Neste contexto, a Constituição deve ser interpretada e aplicada de forma a permitir a coexistência pacífica e harmônica de seus princípios, garantindo-se, ao máximo, os valores que ela encerra.

Com inteira razão, NORBERTO BOBBIO afirma que:

“o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para

(20) Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, pp. 20/21.

(21) Sobre o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito contemporâneo, WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO observa que hoje, o centro de decisões politicamente relevantes sofre um sensível deslocamento do Legislativo e Executivo em direção ao Judiciário. Complementa o referido autor, aduzindo que “o processo judicial que se instaura mediante a propositura de determinadas ações, especialmente aquelas de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional – ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, etc. – torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania” (Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 26).

(22) Neste ponto, interessante citar a observação de PAULO BONAVIDES sobre a problemática de efetivação prática de alguns direitos sociais no contexto contemporâneo: “Não resta dúvida, porém, de que, à margem da teorização, no âmbito exclusivo da realidade pura de nosso tempo, os obstáculos para concretizar direitos fundamentais de natureza social aumentaram consideravelmente por efeito do neoliberalismo e da globalização”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 10ª. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 552.

impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (23).

A preocupação externada pelo grande pensador italiano bem retrata a crise vivenciada pela sociedade moderna, que assiste, atônita, flagrantes violações aos direitos fundamentais.

O desenvolvimento da teoria da efetividade das normas constitucionais é decisiva para a afirmação prática dos direitos fundamentais, da democracia e de todo o sistema de valores corporificado na Carta Constitucional.

O Poder Público e a sociedade em geral devem empreender esforços decisivos para que o rol de direitos declarados na Carta Magna ultrapassem o texto constitucional e se verifiquem na prática social, nos fatos da vida nacional, em toda a sua plenitude.

Resta, agora, após a positivação e o destaque alcançado pelos direitos fundamentais, fazer com que o ser humano, na prática, seja considerado e respeitado como tal, em suas necessidades, anseios e diferenças.

Esta é uma luta que ainda está longe do final, mas a sociedade moderna deve perseguir a efetividade dos direitos fundamentais e o respeito absoluto à dignidade da pessoa humana, transformando a literalidade das declarações de direito em realidade social (24).

Neste cenário, a aplicação do princípio da proporcionalidade é de grande valia, pois o mesmo permite o balanceamento entre valores fundantes do Estado de Direito, como a igualdade, a justiça, a segurança, a dignidade da pessoa humana, entre outros, evitando interferência no “núcleo essencial” dos direitos que encerram tais valores (25). O “núcleo essencial” pode ser entendido como a essência do direito, o cerne de seu conteúdo. Representa um núcleo intransponível e protegido contra qualquer espécie de interferência (26). Como bem observa GILMAR FERREIRA MENDES, “o princípio da proteção do núcleo essencial

(23) Obra citada, *A Era dos Direitos*, p. 25.

(24) LUIGI FERRAJOLI fala em um “constitucionalismo mundial” que constitui o horizonte axiológico que hoje se impõe aos juristas, que devem assumir como tarefa científica a crítica jurídica às dimensões de invalidez e falta de plenitude do direito vigente, bem como a formulação de garantias do direito futuro. O autor adverte, com preocupação, ser difícil prever se a progressiva extensão dos direitos fundamentais e de suas garantias à totalidade do gênero humano chegará a tempo de prevenir e desativar os violentos conflitos que a sua violação produz (Obra citada, p. 157).

(25) JAVIER JIMÉNEZ CAMPO explicita que a garantia do “conteúdo essencial” do direito não é o único condicionamento material (limitador) que pesa sobre o legislador em matéria de direitos fundamentais. Para o autor espanhol, o cânone da proporcionalidade, em conjunto com a garantia do “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, protege estes direitos frente a atuação do legislador. CAMPO, Javier Jiménez. *Derechos Fundamentales - Concepto Y Garantías*, Coleção “Estructuras Y Procesos”, Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 67.

(26) DANIEL SARMENTO informa que existem duas orientações doutrinárias acerca da natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, consubstanciadas nas teorias absoluta e relativa. O autor nos dá conta de que a teoria dita absoluta “preconiza que o conteúdo essencial deve ser delimitado abstratamente, não podendo os seus confins ser ultrapassados em nenhuma hipótese,

(*Wesensgehaltsgarantie*) destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante estabelecimento de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais” (27).

A máxima da proporcionalidade surge como instrumento de proteção aos direitos fundamentais, aplicado, sobretudo, para impedir que determinado ato estatal, emanado para promover a realização de um direito fundamental, implique em restrição desproporcional a outro direito, ferindo o núcleo essencial deste último. Defende-se, aqui, a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de controle da atuação estatal; como controle de excessos do poder estatal, assumindo natureza de restrição às restrições impostas.

O princípio da proporcionalidade representa ferramenta importante neste panorama correspondendo, efetivamente, à uma garantia fundamental e permitindo a coexistência compatível e harmônica dos direitos fundamentais consagrados na Carta Política (28).

Com efeito, em virtude da essência e carga axiológica das normas que encerram direitos fundamentais, certo é que às mesmas deve ser atribuído o caráter de princípio (29). Nesta perspectiva, como assinala WILSON ANTONIO

nem mesmo quando a invasão possa ser justificada pela proteção a outros direitos fundamentais de mesma hierarquia”. Anota SARMENTO que a teoria absoluta é acolhida por autores como CANOTILHO e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. Já a teoria relativa, por sua vez, sustenta que o núcleo fundamental só pode ser delimitado à luz do caso concreto, mediante a ponderação dos interesses em jogo. Segundo DANIEL SARMENTO, a teoria relativa acaba reconduzindo a proteção ao núcleo essencial ao próprio princípio da proporcionalidade. Ao final de sua exposição, o autor se mostra adepto da teoria relativa, por entender que a mesma é a que “mais se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas”. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, 1ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª tiragem, 2002, pp. 112/113.

(27) Obra citada, p. 39. Neste ponto, interessante observar que já se levantam vozes no sentido da aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento contra a omissão estatal ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. LUIS VIRGILIO AFONSO DA SILVA adverte que antes se falava apenas em *proibição de excesso*, e hoje, em debate ainda embrionário, já se fala em *proibição de insuficiência*. DA SILVA, Luis Virgilio Afonso. Artigo “O Proporcional e o Razoável”, publicado na *Revista dos Tribunais*, Ano 91, Volume 798, Abril /2002, Editora Revista dos Tribunais, pp. 23/50.

(28) Sob a noção de garantia LUIGI FERRAJOLI nos ensina que: “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. (...) En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos” (Obra citada, p. 25).

(29) Sobre o tema, SUZANA DE TOLEDO BARROS assevera que os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, em vista do valor ou bem jurídico que visam proteger. BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 2ª. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 157. Note-se que a importância dos princípios foi apreendida pela moderna teoria constitucional e, também, pelas Constituições mais recentes, em que os princípios integram o seu âmago. UADI LAMMÊGO BULOS assinala que, modernamente, busca-se construir um Direito Constitucional “principalista”, com ênfase em concepções sistêmicas, estruturantes, funcionais e institucionais dos princípios (Obra citada, p. 37). Também PAULO BONAVIDES, com entusiasmo, afirma que a normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas

STEINMETZ, é tão correto dizer “direito fundamental da liberdade” quanto “princípio da liberdade”; ou, “direito fundamental de igualdade” quanto “princípio da igualdade”⁽³⁰⁾.

A aplicação do caráter principal às normas de direito fundamental é bastante proveitosa na medida em que evita o esvaziamento destes direitos, principalmente em caso de conflito, legitimando eventual restrição ao seu conteúdo através da realização de um processo escalonado de ponderação, que resguarda a força normativa do direito⁽³¹⁾. Este caráter principal implica dizer que os direitos fundamentais encerram razões *prima facie* que se sujeitam à ponderação em caso de colisão, além de ser decisivo na determinação do método a ser utilizado na solução desta colisão.

O princípio da proporcionalidade tem como finalidade verificar o nível de restrição promovido em certo direito fundamental, por determinado ato normativo, seja de natureza legislativa ou judicial, encerrando um verdadeiro limite às intervenções contrárias à Constituição ou não amparadas pela mesma. O Poder Público, em sentido lato, aí compreendidos todos os Poderes do Estado, está vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais de forma permanente. O princípio da proporcionalidade funciona como um “mediador” entre as restrições aos direitos fundamentais e o poder estatal, justificando tais interferências a partir de um processo de ponderação⁽³²⁾.

no constitucionalismo contemporâneo corroboram a irresistível tendência que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico (Obra citada, p. 257). Finalmente, nesta mesma linha, WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO ressalta que uma característica marcante do pensamento jurídico contemporâneo repousa na ênfase dada à aplicação dos princípios no tratamento dos problemas jurídicos, princípios positivados no ordenamento, explícita ou implicitamente. Continua GUERRA FILHO aduzindo que com tal postura dá-se por superado o legalismo do positivismo normativista (Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 76)

⁽³⁰⁾ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136.

⁽³¹⁾ A conveniência da aplicação da Teoria dos Princípios à colisão de direitos fundamentais foi ressaltada e defendida por ROBERT ALEXY em Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em dezembro de 1998. Tradução livre de Gilmar Ferreira Mendes.

⁽³²⁾ GILMAR FERREIRA MENDES anota que a doutrina constitucional mais moderna não se preocupa apenas com a indagação sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. O autor observa que esta nova orientação permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional, que “pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)”. Obra citada, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, p. 43. Em passagem de outra obra, GILMAR MENDES ressalta que a discricionariedade do legislador traduz, ao mesmo tempo, idéia de liberdade e de limitação. Ao legislador reconhece-se o “poder de conformação” apenas dentro de limites estabelecidos pela Constituição, e, dentro desse limite, diversas condutas podem ser consideradas legítimas, vedando-se o excesso de poder (MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. Obra citada, p. 247).

A colisão entre normas que encerram direitos fundamentais é bastante peculiar, pois as mesmas apresentam a mesma hierarquia constitucional e força vinculante e, por tal razão, devem ser compatibilizadas sem a imposição de sacrifício desmedido aos direitos em jogo.

Segundo SUZANA DE TOLEDO BARROS, não seria estranho derivar-se o princípio da proporcionalidade da própria essência dos direitos fundamentais. Para a autora, a relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental traz embutida a existência de várias possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressos sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger.

Neste contexto, destaca-se o princípio da proporcionalidade, em sua faceta instrumental, como mecanismo de garantia da força normativa dos direitos fundamentais em caso de colisão e, também, de garantia do direito à igualdade em situações que demandam ponderação para se fazer valer a verdadeira isonomia no caso concreto.

Importante realçar que o princípio em tela encerra um procedimento racional para a ponderação de valores, apresentando método e disciplina de aplicação, já que o mesmo encontra-se estruturado em subprincípios.⁽³³⁾

⁽³³⁾ A análise dos subprincípios integrantes da proporcionalidade rende ensejo a um novo estudo. Porém, com o fim de possibilitar uma melhor compreensão sobre a temática tratada neste trabalho, de forma sintética, podemos dizer que, visando à sistematização e aplicação objetiva do princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional Alemão apresentou, no bojo de suas decisões, a decomposição do princípio em três subprincípios ou postulados, que vêm sendo estudados pela doutrina. O princípio da proporcionalidade, na valiosa lição de ROBERT ALEXY, envolve três subprincípios ou postulados que integram um processo escalonado, quais sejam: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) ponderação ou proporcionalidade propriamente dita (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993). Na primeira etapa do processo de ponderação (primeiro postulado – adequação), deve-se verificar a relação de causa e efeito entre o meio utilizado para o alcance do fim desejado; ou seja, deve-se averiguar a existência de adequação entre o meio escolhido e a consecução do fim almejado. Pergunta-se: **o meio eleito é adequado para a obtenção do resultado desejado?** Trata-se de investigar se a medida é apta (útil, idônea) para atingir o fim desejado. Vale dizer: deve-se indagar se o meio escolhido se presta a atingir o fim estabelecido.

Ultrapassado o exame da presença do primeiro subprincípio, passa-se ao segundo postulado (necessidade). Nesta etapa do processo, deve-se analisar a efetiva necessidade de utilização do meio escolhido. Indaga-se: **é realmente necessária a utilização do meio escolhido? Existe outro meio igualmente eficaz e menos gravoso para obtenção do fim desejado?** Nesta segunda fase da ponderação, verifica-se se a medida restritiva é realmente indispensável, ou seja, se não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, porém, menos gravosa. Ou seja, nesta etapa faz-se uma análise sobre o nível de eficácia do meio eleito e a “menor ingerência” possível aos direitos em questão. O ato estatal que limita determinado direito fundamental só será necessário se o alcance do objetivo pretendido não for atingido por outro meio que limite em menor escala o direito envolvido. Isto é, a medida restritiva adotada deve ser indispensável ao alcance da finalidade pretendida, não podendo haver outro meio igualmente eficaz e menos gravoso que possa substituí-la.

Pode-se dizer que a restrição a direito fundamental só é legítima se passar, com êxito, pelos testes inerentes a cada postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A aplicação do princípio da proporcionalidade promove, assim, um autêntico exame sobre a legitimidade da restrição imposta ao direito fundamental, implicando, conseqüentemente, em mecanismo de proteção ao direito atingido.

Neste ponto, podemos trazer a observação de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO ao afirmar que o princípio da proporcionalidade, apesar de não estar explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento, configura exigência inafastável da fórmula política adotada através do Estado Democrático de Direito ⁽³⁴⁾. O autor denomina o princípio da proporcionalidade como o “princípio dos princípios”, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desprestigiar ao mínimo o outro, sem jamais ferir o seu “núcleo essencial”. Assim, surge a necessidade lógica, até axiológica, de se postular um princípio da proporcionalidade para que se possibilite a existência harmônica entre as normas de direitos fundamentais elencadas no texto constitucional ⁽³⁵⁾.

Frise-se que a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais é bastante significativa, sendo inerente à sua própria natureza e à extensa capitulação existente na Carta Federal. Sem grande esforço, pode-se imaginar, rapidamente, possibilidade de colisão entre os direitos à liberdade de expressão e à honra ou entre o direito à intimidade e o direito à informação, por exemplo.

Finalmente, após a verificação dos dois primeiros postulados, havendo adequação entre o meio utilizado e o fim almejado, bem como restando comprovada a necessidade de utilização de tal meio, passa-se ao processo de ponderação propriamente dito (terceiro subprincípio da proporcionalidade – proporcionalidade em sentido estrito). Nesta última etapa, realiza-se a efetiva ponderação, o sopesamento (*balancing*) entre os valores em colisão, visando a escolha daquele que deve prevalecer na hipótese, em virtude das circunstâncias jurídicas analisadas. Neste momento, busca-se o equilíbrio entre os valores e bens envolvidos na situação em análise. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito se utiliza da ponderação com respeito às possibilidades jurídicas, enquanto as máximas da necessidade e da adequação se valem dos princípios como mandamentos de otimização em relação às possibilidades fáticas. Nas etapas da necessidade e da adequação trabalha-se com probabilidades, dados estatísticos, pesquisas empíricas, vale dizer, utiliza-se argumentos de ordem fática. Já nesta etapa do processo, no momento da análise da proporcionalidade em sentido estrito, o discurso é jurídico, e não de base empírica. O exame da proporcionalidade em sentido estrito encerra o sopesamento entre o nível de interferência no direito fundamental atingido e a importância da concretização do direito fundamental que com aquele colide, para perceber o grau de resistência da limitação de determinado direito em benefício de outro. Então, para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que a fundamentam não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao outro direito fundamental atingido. Ou seja, no estágio da terceira máxima da proporcionalidade, o intérprete realiza a verdadeira ponderação, verificando se a medida produz vantagens superiores aos prejuízos gerados com a sua aplicação. A solução do conflito passa pela justificação racional da precedência de um direito sobre o outro.

⁽³⁴⁾ Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 61.

⁽³⁵⁾ Obra citada, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 46.

Ademais, como já sinalizado, a sociedade democrática e pluralista assume a existência de diversos conflitos de interesses e busca resolvê-los de forma equilibrada e equânime, com respeito simultâneo aos valores em oposição. Pode-se dizer que a proporcionalidade encerra o cerne do Estado Democrático que pode ser traduzido na idéia do equilíbrio; na existência equilibrada e pacífica de valores em conflito.

Assim, certo é que a existência simultânea de diversos direitos fundamentais, que ostentam o mesmo *status* e proteção constitucional, demanda um mecanismo que permita flexibilidade em situações de conflito, evitando que se recorra à estipulação de hierarquia entre estes direitos. A estipulação de hierarquia entre tais direitos afigura-se nos inadmissível, já que todos os direitos encerram valores máximos, considerados fundamentais para a existência e sobrevivência digna do homem.

Desta forma, defendemos a aplicação – de forma racional e sistematizada – do princípio da proporcionalidade como mecanismo de ponderação de valores e instrumento de proteção aos direitos fundamentais, em situações de conflito entre estes direitos, tendo sempre, como balizador desta ponderação, o princípio da dignidade humana, que agrega a essência de todos os direitos considerados fundamentais. Nesta perspectiva, dada a complexidade das questões que se colocam nos dias atuais, a utilização do princípio deve ser estimulada e cada vez mais apoiada em bases transparentes e objetivas.

Lembre-se que a ponderação de valores, a adoção de soluções equilibradas e a busca pela convivência harmônica são anseios prementes nas sociedades democráticas contemporâneas, além de serem indispensáveis ao alcance do pluralismo.

Sem dúvida, no momento atual, o equilíbrio e a ponderação encontram-se intrinsecamente vinculados ao êxito do regime democrático e do pluralismo e todo mecanismo fundado nestas premissas deve ser valorizado e aplicado, sobretudo na seara dos direitos fundamentais, em busca da promoção de uma ordem social mais equânime e justa, pautada na garantia de um tratamento isonômico eficaz a todos os cidadãos, com respeito às suas diferenças e peculiaridades.

(¹) VERONICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Crise de abstração provocada pela gestante em sua forma unificada, cuja solução prioritária de liberdade em sua maioria abstratamente concebida, não supera 02 (dois) anos. Discutida acerca do enquadramento do referido delito na definição de infração de menor potencial ofensivo trazida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.297/2001 e, por consequente, sobre a afetação da competência para o Juizado Especial Criminal. Crise discutida contra a vida, cuja competência para processo e julgamento está afeta constitucionalmente ao Tribunal do Juri (art. 5º, XXXVIII, alínea "d", da Constituição da República), independentemente de se adequar ao conceito de infração de menor potencial ofensivo estabelecida pelo legislador infraconstitucional.

Assessoria Criminal

Procurador de Justiça

PARECERES

Elencados: Eugênio Rogério

Caetano, Juizado Especial Criminal de Curitiba de Curitiba de Curitiba

Curitiba, 2º Promotoria de Justiça de Curitiba de Curitiba de Curitiba

Assessoria: Procuradoria de Investigação Penal de Curitiba de Curitiba

E

RAZÕES

Conflito de competência para o processo criminal de menor potencial ofensivo provocado pela gestante em sua forma unificada pelo art. 10º, par. 1º, II, do Código Penal. Devido ao menor potencial de liberdade em sua inclusão abstratamente concebida não supera 02 (dois) anos. Discutida acerca do enquadramento do referido delito na definição de infração de menor potencial ofensivo trazida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.297/2001 e, por consequente, sobre a afetação da competência para o processo e julgamento do feito para o Juizado Especial Criminal. Crise discutida contra a vida, cuja competência para processo e julgamento está afeta constitucionalmente ao Tribunal do Juri (art. 5º, XXXVIII, alínea "d", da Constituição da República), independentemente de se adequar ao conceito de infração de menor potencial ofensivo estabelecida pelo legislador infraconstitucional. Atribuição para o Juri de infração de menor potencial ofensivo, que não se deve relacionar à competência de jurisdição para o Juizado Especial Criminal. Porém, portanto, em matéria de competência de processo conflito negativo de jurisdição.

Crime de aborto provocado pela gestante em sua forma tentada, cuja sanção privativa de liberdade, em seu máximo abstratamente cominado, não supera 02 (dois) anos. Discussão acerca do enquadramento do referido delito na definição de infração de menor potencial ofensivo trazida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 e, por conseguinte, sobre a alteração da competência para o Juizado Especial Criminal. Crime doloso contra a vida, cuja competência para processo e julgamento está afeta constitucionalmente ao Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, alínea "d", da Constituição da República), independente de se adequar ao conceito de infração de menor potencial ofensivo estabelecida pelo legislador infraconstitucional.

ASSESSORIA CRIMINAL

Procedimento administrativo MP - nº 3480/04

Referência: *Conflito Negativo de Atribuição (Processo nº 2003.819006308-4)*

Origem: *Juizado Especial Criminal da Comarca de Volta Redonda*

Suscitante: *3ª Promotoria de Justiça da Comarca de Volta Redonda*

Suscitada: *Promotoria de Investigação Penal de Volta Redonda*

Conflito negativo de atribuições. Inquérito policial instaurado para apurar possível delito de aborto provocado pela gestante em sua forma tentada (art. 124 c/c art. 14, II, do Código Penal). Delito cuja sanção privativa de liberdade em seu máximo abstratamente cominado não supera 02 (dois) anos. Discussão acerca do enquadramento do referido delito na definição de infração de menor potencial ofensivo trazida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 e, por conseguinte, sobre a alteração da competência para processo e julgamento do feito para o Juizado Especial Criminal. Crime doloso contra a vida cuja competência para processo e julgamento está afeta constitucionalmente ao Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, alínea "d", da Constituição da República), independente de se adequar ao conceito de infração de menor potencial ofensivo estabelecida pelo legislador infraconstitucional. Atribuição para oficial no feito, portanto, que não se deve relacionar à Promotoria de Justiça junto ao Juizado Especial Criminal. **Parecer, portanto, no sentido da procedência do presente conflito negativo de atribuição.**

Ex.^{mo} Sr. Procurador-Geral de Justiça,

O inquérito policial em epígrafe, resultante da lavratura de auto de prisão em flagrante, foi instaurado para apurar possível crime de aborto provocado pela gestante em sua forma tentada (art. 124 c/c art. 14, II, do Código Penal). Maria José Maia Correia, encontrando-se grávida, teria colocado no interior de sua vagina três comprimidos da substância farmacêutica nomeada Citotec, com vistas a provocar aborto, o que, entretanto, não se verificou por circunstâncias alheias à sua vontade.

O referido procedimento investigatório tramitava na Promotoria de Investigação Penal de Volta Redonda, tendo este órgão de execução lançado manifestação nos seguintes termos: "*Face ser o crime de menor potencial ofensivo, remetam-se os autos ao Juizado Especial Criminal para adoção das medidas cabíveis*" (fl. 21).

Remetidos os autos à 3^a Promotoria de Justiça da Comarca de Volta Redonda, a qual atua junto ao Juizado Especial Criminal desta Comarca, foi suscitado o presente conflito negativo de atribuições, em bem fundamentado pronunciamento (fls. 23/28), sustentando-se, em resumo, que: a) "*A competência do Tribunal do Júri é trazida no art. 5º, XXXVIII, da CF e, se fixada no plano constitucional, indubitável que a natureza de tal competência é absoluta, gerando sua inobservância vício insanável por violentar regra de direito processual trazida na Lei Maior*" (fl. 27); b) "*Admitir-se a conduta ilícita em questão como de competência dos Juizados Especiais Criminais importa em verdadeira afronta ao desejo do legislador constituinte originário (...). Ora, se a própria Constituição determina no art. 5º, XXXVIII, que o Júri terá competência para os crimes dolosos contra a vida, não pode a lei ordinária, sob qualquer hipótese, alterar dispositivo constitucional, refutando-se qualquer ilação sobre eventual revogação tácita parcial do art. 74, § 1º, do CPP pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01*" (fls. 27/28); c) "*Constitui verdadeira **contraditio in terminis** considerar-se um delito ao mesmo tempo doloso contra a vida e de menor potencial ofensivo*" (fl. 28).

Este, em síntese, o relatório.

A questão jurídica agitada pelo órgão suscitante toca diretamente com a nova conceituação sobre infrações de menor potencial ofensivo trazida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01. Doutrina e jurisprudência dominantes - nesta última hipótese inclusive com pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - já firmaram a tese de que a referida definição se aplica não só aos Juizados Especiais Criminais Federais, mas também à Justiça Comum Estadual. Portanto, os crimes cuja pena em seu máximo abstratamente cominado não superarem o patamar de 02 (dois) anos passaram à competência dos Juizados Especiais Criminais.

A hipótese dos autos, com efeito, cuida do crime de aborto provocado pela gestante em sua forma tentada (art. 124 c/c art. 14, II, do Código Penal), cuja pena máxima, efetivada a redução mínima de 1/3 (um terço) a que alude o

art. 14, parágrafo único, do Código Penal ⁽¹⁾, se enquadraria, em tese, na definição constante do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01. Sim, pois a referida infração penal, que possui sanção privativa de liberdade cominada em patamar máximo de 03 (três) anos, em sua forma tentada passaria a ostentar a sanção máxima de 02 (dois) anos de detenção.

Contudo, deve-se considerar de maneira conclusiva, aliás, como muito bem o fez o órgão suscitante, que se está diante de um *crime doloso contra a vida*, cuja competência para processo e julgamento está constitucionalmente reservada à instituição do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, alínea “d”, da Constituição da República). Tal norma de competência, a despeito de não poder ser modificada pela via da legislação infraconstitucional, sequer poderia sê-lo por intermédio de Emenda à Constituição, pois o poder constituinte reformador sofreria aqui a limitação constante do art. 60, § 4º, IV, da Carta Maior Republicana, visto ser o Júri uma garantia individual dos jurisdicionados e, por conseguinte, “cláusula pétrea”.

De fato, no que toca ao delineamento traçado constitucionalmente para a competência do Tribunal do Júri, já se admitiu, como o fez a Constituição de 1946, a sua ampliação para abarcar crimes outros, *além da reserva dos dolosos contra a vida. O que o constituinte não tem permitido, porém, é a exclusão da competência para o processo e julgamento de um crime doloso contra a vida do Tribunal Popular. Confira-se, neste passo, a lição de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:*

“Os crimes da competência do Júri são os dolosos contra a vida, consumados ou tentados (homicídio, infanticídio, instigação, induzimento ou prestação de auxílio ao suicídio e aborto). Na vigência da Constituição da 1946, que dizia ser da competência obrigatória do Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entendeu-se que o legislador ordinário podia aumentar o rol dos crimes cujo julgamento afeto ao Tribunal popular. Não podia diminuir, pois era da competência obrigatória daquele tribunal o julgamento daqueles crimes dolosos. Daí a criação do Tribunal para os crimes contra a economia popular e também a regra que se

⁽¹⁾ No sentido da aplicação à sanção cominada ao crime da redução mínima relativa à tentativa (um terço) para se alcançar a competência dos Juizados Especiais Criminais, *vide*, por todos, JULIO FABBRINI MIRABETE: “Deve-se, pois, ter em vista, no caso de tentativa, a necessidade de subtrair da sanção cominada ao crime consumado um terço da duração da pena cominada abstratamente para que se possa verificar se o fato está ou não submetido ao procedimento especial previsto na Lei nº 9.099/95. Se é obrigatória a redução da sanção de um a dois terços no caso do *conatus* (art. 14, parágrafo único, do CP), não pode ser aplicada à tentativa uma pena que supere os dois terços do limite máximo fixado para a infração” (*Juizados Especiais Criminais*, p. 50, 5ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2002).

contém no art. 78, I, do CPP...

Posteriormente, veio a Carta de 1967, e esta dispunha: "É mantida a instituição do Júri, que terá competência para os crimes dolosos contra a vida consumados ou tentados". É como se dissesse: é mantida a instituição do Júri, o qual terá competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Houve, então, uma restrição. O Júri já não podia julgar outras causas penais. Somente os crimes dolosos contra a vida. Em face disso, aboliu-se o Tribunal de Economia Popular criado em 1951. **Agora, entretanto, voltamos ao entendimento de 1946**" (*Processo Penal*, 4º Volume, pp. 76/77, 21ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999) - *Os grifos não constam do original.*

De clareza solar, pois, que a conceituação trazida pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, à qual, em tese, se poderia subsumir a hipótese dos autos, não se pode sobrepor à norma constante do art. 5º, XXXVIII, alínea "d", da Constituição da República. Referida definição, portanto, carece de incidência no âmbito dos crimes dolosos contra a vida, não podendo ser aplicada em detrimento do desiderato do constituinte originário, mesmo que a sanção privativa de liberdade cominada ao delito de aborto provocado pela gestante em sua forma tentada alcance o patamar máximo de 02 (dois) anos.

Logicamente, a definição do que sejam crimes contra a vida também é estabelecida pelo legislador infraconstitucional (Capítulo I do Título I da Parte Especial do Código Penal). Todavia, é intuitivo tratar-se o crime de aborto de um delito que atenta direta e dolosamente contra a vida do nascituro. Por mais que se queira correr um véu sobre esta evidência, tentando-se considerar tal infração como sendo de menor potencialidade ofensiva, pelo simples comodismo de se poder enquadrá-la à definição legal, ontologicamente se está diante de infração penal de especial gravidade. E quão pouco razoável seria considerar um crime que atenta contra o bem jurídico penalmente tutelado da maior importância como de *menor potencial ofensivo*... Também neste particular, inteira razão assiste ao órgão suscitante.

Destarte, a competência para o processo e julgamento da infração penal que se apura nos autos não pode ser subtraída ao Tribunal do Júri e, portanto, a atribuição para oficiar no procedimento investigatório referenciado não pode ser afetada à Promotoria de Justiça junto ao Juizado Especial Criminal, mas, sim, à Promotoria de Investigação Penal de Volta Redonda.

Diante do exposto, o parecer da Assessoria Criminal é no sentido de, conhecido o presente conflito negativo de atribuições, ser ele julgado procedente para declarar a atribuição da Promotoria de Investigação Penal de Volta Redonda para continuar atuando no procedimento investigatório.

Rio de Janeiro, 09 de fevereiro de 2004.

ALEXANDRE ARAUJO DE SOUZA
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

APROVO, para, conhecendo do conflito, julgá-lo procedente e declarar a atribuição da Promotoria de Investigação Penal de Volta Redonda para prosseguir atuando no procedimento referido. Remeta-se cópia do parecer ao órgão suscitante. Devolvam-se os autos ao douto Juízo de origem com as homenagens de estilo. Publique-se e arquite-se o remanescente.

ANTONIO VICENTE DA COSTA JUNIOR
Procurador-Geral de Justiça

PARECER

Recurso Especial. Possibilidade de condenação por danos morais. Inviabilidade da apreciação de matéria fático-probatória em sede de recurso especial. A Súmula 07 do STJ.

**Parecer nº 867/2005/AR/SPGR
REsp nº 636021/RJ (2004/0019494-7)**

Recorrente: *TV Globo Ltda*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Relatora: *Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma*

EMENTA. Ação Civil Pública. Incabível recurso especial por infringência ao artigo 535 do Código de Processo Civil quando ausente qualquer omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido, não estando o Tribunal obrigado a se manifestar da forma que deseja a parte, tão somente, para facilitar a interposição de recurso especial. Possibilidade de condenação por danos morais em virtude de expressa determinação legal. Impossibilidade de apreciação de matéria fático-probatória em sede de recurso especial por óbice da Súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça. Parecer pelo não provimento do recurso especial.

PARECER

Trata-se, na origem, de ação civil pública com pedido liminar, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face da empresa TV Globo Ltda, tendo por finalidade a suspensão da exibição das cenas de sexo e violência da novela "A Próxima Vítima" no horário vespertino, bem como a condenação da ré à reparação por danos morais na importância de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) a ser distribuída a entidades governamentais que visam a recuperação de menores infratores.

2. O pedido liminar foi deferido (fl. 2), sendo determinado o pagamento de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) de multa diária pelo descumprimento da ordem. Contra a decisão, a empresa ré interpôs agravo de instrumento, tendo o apelo sido indeferido (fl. 58).

3. Em despacho saneador (fls. 93/95), foi afastada a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e determinada a vistoria das fitas referentes à veiculação da novela por Comissário da Vara da Infância e da Juventude.
4. Foi manejado pedido de reconsideração pela TV Globo Ltda sob o argumento de que a vistoria determinada pelo magistrado não serviria para se auferir a existência de dano causado ao público infanto-juvenil. A empresa pleiteou, ainda, a realização de perícia técnica, tendo o apelo sido indeferido (fl. 98v).
5. No mérito, a sentença julgou o pedido procedente (fls. 138/140) e, contra a decisão, a TV Globo Ltda interpôs recurso de apelação, tendo a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negado provimento ao recurso em acórdão ementado nos seguintes termos (fl. 240):

“Apelação Cível - Ação Civil Pública - Divulgação de novela em horário vespertino com cenas de sexo e violência, impropriamente exibidas. - Inexistência de cerceamento de defesa, tendo a Ré exercido o contraditório e atendido o devido processo legal, na hipótese. - A liberdade de imprensa tem seu término quando atinge segmentos da sociedade que não estão preparados para assistir cenas de violência e de caráter sexual, em horário completamente inadequado. - As condições foram estabelecidas de forma adequada diante da divulgação e as consequências dela advindas, tendo em vista também o interesse econômico da Emissora, justificando-se os valores concedidos na sentença. - Rejeição da preliminar - Recurso improvido.”

6. Contra este acórdão a TV Globo Ltda manejou embargos de declaração, os quais foram rejeitados, com fundamento no artigo 557 do Código de Processo Civil. (fls. 258/259).
7. Interposto recurso de agravo, este foi desprovido (fl. 291).
8. No recurso especial interposto (fls. 294/316), a empresa recorrente sustentou a violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal *a quo* teria rejeitado os embargos de declaração sem que fossem sanadas as omissões apontadas.
9. Aduziu ainda que teria havido violação ao artigo 159 do Código Civil e artigos 6º e 16 do Código de Processo Civil ante a suposta impossibilidade jurídica de condenação à indenização por danos morais quando se pretende a defesa de interesses difusos.
10. Por fim, sustentou infringência ao artigo 420, parágrafo único do Código de Processo Civil, tendo em vista que o pedido de produção de prova pericial formulado foi indeferido e o juiz teria concluído pela procedência do pedido amparado em laudo elaborado por profissionais sem habilitação técnica.

11. Inadmitido o apelo (fls. 447/448), a recorrente interpôs agravo de instrumento, tendo o recurso sido provido para melhor exame da matéria (fl. 457).

12. Os autos vieram ao Ministério Público Federal para manifestação como *custos legis*.

II

13. O Ministério Público Federal entende que o recurso não merece provimento.

14. Primeiramente, observa-se que o Tribunal *a quo* apreciou a matéria com a devida clareza e precisão, não tendo havido violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, haja vista que para existir dúvida, omissão ou obscuridade no acórdão recorrido é necessário que o Juiz ou Tribunal deixe de se manifestar sobre ponto essencial ao julgamento da lide.

15. O fato do Juiz ou Tribunal não ter se manifestado sobre todos os pontos ou argumentos expendidos pelo recorrente não macula a decisão, se dela se extrai os fundamentos necessários para a solução dada à matéria em questão.

16. Neste sentido, tem-se guiado a jurisprudência deste Tribunal, conforme se depreende na leitura das seguintes ementas:

“Processual Civil. Recurso Especial. Embargos de Declaração. Art. 535, CPC.

1. Não há como prosperar a pretensão do Embargante, pois, no caso, não se vislumbra a ocorrência das hipóteses previstas no artigo 535 do CPC.

2. Não há cerceamento de defesa ou omissão de pontos suscitados pelas partes, pois ao Juiz cabe apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a analisar todos os pontos suscitados pelas partes.

3. Impossibilidade de serem acolhidos embargos de declaração cujo único objetivo é a rediscussão da tese defendida pela Embargante, com vistas ao prequestionamento de matéria objeto de Recurso Extraordinário a ser interposto.

4. Embargos rejeitados.”

(EEDAGA 441200/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/02/2004)

“Administrativo e Processual Civil. Recurso Especial. Violação ao art. 535, CPC. Inexistência. Serviços prestados ao SUS. Remuneração. Conversão cruzeiros em reais. MP 542/94 - Aplicabilidade.

I - Inexiste suposta violação ao art. 535, do Código de Processo Civil, quando o acórdão vergastado decide

a controvérsia observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução, no caso, baseando-se na MP nº 542/94, para tanto.

.....
IV - Recurso especial a que se nega provimento.”
(REsp 409298/ SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão. DJ 15/12/2003)

17. Da mesma forma, não merece guarida a alegação de impossibilidade de condenação por danos morais, devido a possível incompatibilidade entre interesses difusos e dano moral.

18. O artigo 1º, *caput*, da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 8.884/94 aduz expressamente que a ação civil pública tem como objetivo a responsabilidade por danos morais e patrimoniais, *verbis*:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)”

19. Da mesma forma, MAZZILLI ⁽¹⁾ (2001, p. 130) leciona:

“Diante, porém, das inevitáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre se a ação civil pública da Lei n. 7.347/85 também alcançaria ou não os danos morais, o legislador resolveu explicitar a *mens legis*. A Lei n. 8.884/94 introduziu alteração segundo o qual passou a ficar expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei.

São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato – é o que dispõe a Súm. n. 37, do Superior Tribunal de Justiça. E, nos termos de sua Súm. n. 227, a pessoa jurídica também pode sofrer dano moral.”

20. Portanto, sendo a ação civil pública um instrumento para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e considerando que o cerne da lide versa sobre a tutela de interesses amparados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, perfeitamente possível é a condenação da empresa recorrente por danos morais, pois expressamente previsto em lei. -

⁽¹⁾ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

21. Em caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no mesmo sentido, *verbis*:

“Administrativo. Recurso Especial. Ação Civil Pública contra Chefe do Poder Executivo Municipal. Improbidade administrativa. Utilização de frases de campanha eleitoral no exercício do mandato. Adequação da via eleita. Legitimidade do Ministério Público. Violação do Art. 267, IV, do CPC repelida. Ofensa aos princípios administrativos. Interpretação do art. 11 da Lei 8.429/92. Lesão ao Erário Público. Prescindibilidade. Infringência do art. 12 da Lei 8.429/92 não configurada. Sanções adequadamente aplicadas. Preservação do posicionamento do julgado de segundo grau.

(...)

2. A ação civil pública protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O seu objetivo não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa a par de ver observados os princípios gerais da administração. Essa ação constitui, portanto, meio adequado para resguardar o patrimônio público, buscando o ressarcimento do dano provocado ao erário, tendo o Ministério Público legitimidade para propô-la. Precedentes. Ofensa ao art. 267, IV, do CPC, que se repele.

(...)

8. Recurso especial conhecido, porém, desprovido. (Negritei)

(REsp 695718/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 12/09/2005)

Processo Civil. Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público. Art. 129, III, da Constituição Federal. Lei 7.347/85. Lei 8.625/93. Defesa. Interesses individuais homogêneos. Usuários. Serviço público de saúde. Mortes de neonatos por septicemia.

(...)

2. *In casu*, o Ministério Público do Estado de Roraima propôs ação civil pública contra o Estado de Roraima para condená-lo a indenizar os usuários do serviço público de saúde prestado pelo Hospital-Materno Infantil Nossa Senhora de Nazaré desde o ano de 1994, pelos prejuízos de cunho material, consistentes

nos danos emergentes e lucros cessantes, e pelos danos morais, na conformidade daquilo que cada um deles, individual e posteriormente, vier a demonstrar em decorrência de que muitos usuários, dentre eles vários nascituros, faleceram por deficiência de assepsia material e/ou humana no referido hospital.

3. Isto por que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos.

5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.

6. Em consequência, legitima-se o *Parquet* a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).

7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

8. Precedentes do STJ: AARESP 229226/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239/PR; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491/SC; Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000.

(...).

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (Negritei)"

(REsp 637332/RR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 13/12/2004)

22. Por último, quanto à alegação de que o juiz teria concluído pela procedência do pedido amparado em laudo elaborado por profissionais sem habilitação técnica, vale lembrar que, segundo dispõe o artigo 131 do Código de Processo

Civil, o juiz pode apreciar as provas constantes nos autos segundo seu livre convencimento.

23. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui o seguinte entendimento:

“Processo Civil – Agravo de instrumento – Negativa de seguimento – Agravo – Contrato – Arrendamento mercantil – Leasing – Ofensa ao art. 330 do CPC – Inocorrência – Matéria fático-probatória –, Súmula 07/STJ – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Decisão mantida.

1 - Na linha da jurisprudência desta Corte, o julgador não está obrigado a decidir de acordo com as alegações das partes, mas sim, mediante a apreciação dos aspectos pertinentes ao julgamento, conforme seu livre convencimento. A necessidade de produção de determinadas provas encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do juiz, em face das circunstâncias de cada caso. A propósito, confirmam-se, entre outros, o AgRg no Ag n.º 80.445/SP, DJU de 05.02.1996 e AgRg no Ag n.º 462.264/PB, DJU de 10.03.2003.

2 - O juiz pode indeferir diligências inúteis e protelatórias. Além disso, o laudo pericial não condiciona o seu convencimento, que poderá ser formado à luz dos demais elementos constantes dos autos.

(...)

4 - Ainda que assim não fosse, o exame da questão exigiria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que encontra óbice no enunciado sumular n.º 07 da Corte.

(...)

6 - Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no Ag 504542/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 22/08/2005).

24. E, no presente caso, o magistrado entendeu não ser imprescindível a designação de *experts* para dizer se uma cena de novela é violenta ou se tem conotação sexual, uma vez que referida constatação pode ser vislumbrada por qualquer cidadão, não havendo necessidade de conhecimento técnico-científico para reconhecer a natureza das cenas pornográficas mostradas na televisão.

25. Ademais, analisar o argumento do recorrente demandaria reexaminar conteúdo fático-probatório dos autos, inviável de apreciação nesta Corte por óbice da Súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça.
26. Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso especial.

Brasília, 15 de setembro de 2005.

AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS
Subprocurador-Geral da República

Ação civil pública - Litisconsórcio entre o Ministério Público do Estado e o Ministério Público do Trabalho - Concursos Públicos - Isenção na inscrição de candidato economicamente carente.

SEGUNDA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA CIDADANIA DA CAPITAL
PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

Exmo. Sr. Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública da Capital

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Ministério Público do Trabalho, pelo Promotor de Justiça e pelo Procurador do Trabalho que esta subscrevem, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no artigo 129, III, da Constituição Federal; no art. 25, IV, *a*, da Lei 8.625/93; art. 34, VI, *a*, da Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro 106/03; no art. 83, I, da Lei Complementar Federal nº 75/93 e na Lei n.º 7.347/85, vêm propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

em face da *Fundação Escola de Serviço Público - FESP*, com endereço na Av. Carlos Peixoto, 54, Botafogo, neste Município, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

DOS FATOS

O Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro receberam notícia, que se confirmou durante a tramitação do procedimento em anexo, de que a Fundação Escola de Serviço Público não estaria concedendo isenção da taxa de inscrição a candidatos de baixa renda nos editais dos concursos públicos organizados e executados por aquela fundação. Segundo entendimento da FESP, "a matéria está contemplada no artigo 72 do ADCT, da Constituição Estadual, ainda pendente de regulamentação legal por não ser aplicável" (*cf.* fls. 106 do procedimento em anexo).

Diante disso, em cada concurso realizado pela FESP, inúmeros candidatos são obrigados a recorrer ao Poder Judiciário a fim de ver garantido o direito à gratuidade da inscrição.

Registre-se que os autores da presente ação tentaram firmar Termo de Ajustamento de Conduta com a fundação demandada, mas não se obteve êxito.

DO LITISCONSÓRCIO DE MINISTÉRIOS PÚBLICOS

Com relação à atuação em litisconsórcio do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e do Ministério Público do Trabalho, cumpre esclarecer que trata-se de possibilidade prevista no Art. 5º, § 5º, da Lei Federal nº 7347/85.

Outrossim, ainda que não houvesse a referida norma legal, o litisconsórcio facultativo entre o Ministério Público do Trabalho (integrante do Ministério Público da União - art.128, I, "b", da Lei Maior) e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro encontra respaldo na própria Constituição da República.

De fato, confirmando o que a Lei Federal nº 7.347/85 havia disciplinado, a Constituição de 05 de outubro de 1988, por força de seu art. 129, III, conferiu ao Ministério Público a defesa dos interesses difusos e coletivos através da ação civil pública.

Não se pode, em hipótese alguma, reputar que cada projeção institucionalizada do Ministério Público atua unicamente perante a respectiva projeção do Poder Judiciário, como se o *Parquet* do trabalho apenas pudesse atuar na Justiça do Trabalho.

Na verdade, *os ramos do Ministério Público não se definem pela Justiça na qual, em regra, atuam, mas sim pela natureza do interesse transindividual que está em jogo.* Desta forma, nos termos do art. 128, I, e 129, III, da Constituição da República, o Ministério Público do Trabalho é o promotor natural da defesa dos interesses coletivos e difusos que devem ser tutelados no mercado de trabalho, bem como o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro é o promotor natural da defesa da legalidade, da probidade e da moralidade administrativa nos diversos segmentos da Administração Pública direta e indireta do Estado do Rio de Janeiro.

No caso em tela, a presente ação civil pública objetiva impor à FESP que admita a isenção da taxa de inscrição nos concursos públicos que realizar, tudo em benefício de pessoas que não têm condição de arcar com tal custo, e, como as outras, têm direito de acesso aos cargos em empregos públicos.

A legitimidade do Ministério Público do Estado decorre da Ré ser entidade que integra a estrutura administrativa indireta do Estado do Rio de Janeiro, bem como do fato de se garantir a todos o acesso aos cargos públicos dos regimes estatutários que podem ser disponibilizados via concurso público. Por sua vez, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho decorre do fato de certos concursos públicos implicarem o acesso a empregos públicos, isto é, trata-se de também tutelar o interesse difuso dos que objetivam alcançar a condição de empregado estatal ou paraestatal. Registre-se que não cabe ao *Parquet* do Trabalho a defesa apenas dos vínculos empregatícios existentes, mas também

daqueles que estão por se formar e não podem ser submetidos a práticas discriminatórias, como é o caso da não concessão, para um trabalhador carente, da isenção da taxa de inscrição no concurso público.

Logo, a procedência da presente ação implicará atender ao respeito por vários interesses difusos; uns tutelados pelo *Parquet* Estadual e outros pelo Ministério Público do Trabalho, de modo que está justificado o litisconsórcio em tela.

DO DIREITO

A Constituição Federal garante a todos os brasileiros que preencham os requisitos legais o acesso aos cargos, empregos e funções públicas (artigo 37, I).

Ao se exigir taxa de inscrição a todos os que pretendam ingressar no certame, independentemente de sua condição sócio-financeira, estar-se-á, em verdade, vedando o acesso ao concurso. E, ao fazê-lo, viola a demandada os princípios da legalidade, isonomia, moralidade e da competição.

Está sendo ferido o princípio da **legalidade**, pois se todos os brasileiros devem ter possibilidade de, mediante concurso, ingressar no serviço público, conclusão óbvia é a de que qualquer valor a título de taxa de inscrição não pode se tornar óbice a que brasileiros pobres participem do certame e, se classificados, ingressem no serviço público.

Transgride-se o primado da **isonomia** porque pretende a Administração tratar indistintamente candidatos que são substancialmente diferentes, especialmente do ponto de vista econômico. Reza secular adágio jurídico que “DESIGUAIS DEVEM SER TRATADOS DESIGUALMENTE”, para fins de preservação do próprio princípio da isonomia.

Ao se dispor em edital que não se concederá isenção de pagamento em nenhuma hipótese, agride-se também o princípio da **competição**, já que ceifa a possibilidade de participação no concurso da camada mais pobre da sociedade, que reconhecidamente não possui meios de arcar com os custos necessários à inscrição.

Por outra, é absolutamente **imoral** exigir-se pagamento de taxa de inscrição aos que tenham dificuldade de acesso aos direitos fundamentais básicos. Até mesmo porque, ao vedar-lhes o acesso ao concurso público, os condena à permanência no estado de pobreza ou miséria em que se encontram.

A moralidade administrativa, como princípio constitucional autônomo que é, deve informar toda a atuação da Administração Pública, constituindo-se verdadeiro pressuposto de validade de todos os seus atos. “Moralidade” significa a ética da conduta administrativa, o agir pautado em valores morais a que a Administração Pública deve se submeter. É a consagração constitucional do direito subjetivo público de todo o cidadão no trato da coisa pública.

O princípio da moralidade obriga, pois, que a escolha do Administrador Público recaia sobre a opção concretizada no objeto ou conteúdo que atenda ao

bem comum, ao interesse social, sem violar a moral vigente na Coletividade. É o atendimento do interesse público pela legalidade ética.

Se tudo isto não bastasse, cumpre lembrar que, no ordenamento jurídico do Estado do Rio de Janeiro há expressa determinação legal no sentido de ser concedida isenção na taxa de inscrição para os concursos, quando sem condições de arcar com este custo o candidato:

“É assegurada a isenção de pagamento de taxas de inscrição para todos postulantes a investidura em cargo ou emprego público, desde que comprovem insuficiência de recursos, na forma da lei” (art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

A norma em questão tem efetividade e aplicabilidade imediatas. Aliás, a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, em parecer exarado sobre a questão no processo administrativo E-01/504.477/02 (fls. 40/53 do procedimento em anexo), afirma que “a ausência de regulamentação não pode justificar a total inobservância ao direito previsto em sede constitucional, retirando-lhe a eficácia e a efetividade”.

Cabe acrescentar que, utilizando-se a famosa classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, exposta décadas passadas pelo Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, a regra do art. 72 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro não pode ser interpretada como de “EFICÁCIA LIMITADA E PRINCÍPIO INSTITUTIVO”, isto é, não se trata de uma norma que depende de regulamentação para ganhar plena eficácia. Tal interpretação, que a FESP preconiza, não deve ser acatada.

Em verdade, a norma do art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro deve ser interpretado como **Norma Constitucional de Eficácia Contida**, ou seja, é norma constitucional que nasce com plena eficácia e a feitura de lei, tal menciona seu texto, nada mais representa do que afirmar que a referida norma constitucional pode sofrer restrições nos seus efeitos em razão de lei que venha a tratar da matéria.

Em outros termos, os entes da Administração do Estado do Rio de Janeiro, FESP inclusive, por força do art. 72 do ADCT da Constituição Estadual, devem prever, em todo edital de concurso público, as regras sobre a concessão da isenção para pessoas consideradas carentes. Entretanto, quando for feita a lei mencionada no art. 72 do ADCT, surgirão regras que uniformizarão a questão da concessão da taxa de inscrição. Assim, a norma é de eficácia contida, ou seja, nasce com eficácia plena que pode ser restringida pelo advento de lei sobre a matéria.

A questão pode ser sintetizada da seguinte maneira:

PREMISSA 1 - na elaboração de qualquer edital de concurso público, a autoridade administrativa está obrigada (ASPECTO

VINCULADO DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA) a prever regra sobre a concessão de isenção de taxa de inscrição para pessoas consideradas carentes.

PREMISSA 1.A - na falta da lei prevista no art. 72 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e para dar efetividade ao direito fundamental de acesso aos cargos e empregos públicos, a autoridade administrativa terá discricionariedade para fixar, no edital, as regras sobre a concessão da taxa de inscrição, ou seja, é obrigatório que exista previsão de isenção da taxa (VINCULAÇÃO), mas os critérios serão fixados, com possíveis variações, de edital para edital (DISCRICIONARIEDADE).

PREMISSA 1.B - com o advento da lei estadual prevista no art. 72 do ADCT da Constituição Estadual, as autoridades administrativas, obviamente, continuarão obrigadas a inserir, nos editais dos concursos, as regras sobre isenção de taxa de inscrição para pessoas carentes, mas a discricionariedade administrativa na fixação dos critérios de concessão terá diminuído em razão dos parâmetros que a referida lei estabelecer.

A interpretação acima produz a chamada máxima efetividade do preceito constitucional.

Registre-se que os nossos Tribunais têm ratificado o entendimento acima exposto. Senão vejamos:

“Concurso para provimento de cargo público. Taxa de inscrição. Pedido. Isenção do pagamento. Hipossuficiência. Reconhecimento da procedência do pedido.

Mandado de Segurança. Concurso público municipal. Isenção da taxa de inscrição. Hiposuficiência comprovada. Anterior isenção concedida em Agravo de Instrumento.

Segurança concedida. Direito assegurado pelo art. 72 do ADCT da Carta Estadual e pela Lei Orgânica Municipal. Sentença correta. Recurso improvido.

2003.001.17257- **Apelação Cível**

Des. **Adriano Celso Guimarães** - Julgamento: 18/01/2005 - **Oitava Câmara Cível**

Administrativo - Concurso para provimento de cargo público - É assegurada ao candidato hipossuficiente a isenção de pagamento da taxa de inscrição, como forma de tornar efetiva a possibilidade de acesso a cargo público. Desprovemento dos recursos.

2004.001.21459 - Apelação Cível

Des. Mário dos Santos Paulo - Julgamento: 19/10/2004 - Quarta Câmara Cível

Concurso para provimento de cargo público. Taxa de inscrição. Gratuidade para os necessitados. Mandado de Segurança. Desprovemento do recurso.

1. Mandado de Segurança. 2. É assegurado aos necessitados economicamente o direito de isenção da taxa de inscrição para concurso público. 3. Aplicação dos arts. 5º e 37, I, da Carta Magna e art. 72 do ADCT da Constituição Estadual. 4. Recurso improvido.

2004.009.00507 - Duplo grau obrigatório de jurisdição.

Des. Luísa Bottrel Souza - Julgamento: 01/09/2004 - Décima Sétima Câmara Cível

Concurso de provas e títulos. Taxa de inscrição. Isenção do pagamento.

Duplo Grau Obrigatório de jurisdição. Mandado de Segurança. Sentença concessiva do favor da dispensa do pagamento da taxa de inscrição exigida em Edital de Regulamentação do Concurso Público para provimento de cargos de Auxiliar Policial de Necropsia de 3ª Classe. Pretensão justificada mediante apresentação de documentos explicativos da difícil situação financeira do candidato interessado por ocasião do período de inscrição dos candidatos. Processo com tramitação regular, onde ficaram observadas as formalidades legais indispensáveis. Decisão fundamentada, favorável ao pleito do Impetrante, com embasamento no disposto no art. 72 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Julgado monocrático aceito por todos os interessados participantes da relação processual considerada. Razoabilidade da decisão, que leva à sua ratificação em Duplo Grau Obrigatório de jurisdição.

2004.001.05378 - Apelação Cível

Des. Nascimento Póvoas Vaz - Julgamento: 13/07/2004 - Décima Oitava Câmara Cível

Concurso para provimento de cargo público. Taxa de inscrição. Isenção do pagamento. Observância do princípio da igualdade. Constitucionalidade.

Mandado de Segurança. Concurso para provimento de cargo público. Candidato economicamente hipossuficiente. Princípio da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas. Isenção do pagamento de taxas de inscrição para os postulantes à investidura em cargo ou emprego público que comprovem insuficiência de recursos, assegurada no art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Magna do Estado do Rio de Janeiro. Desprovimento do recurso.

2003.001.23832 - Apelação Cível

Des. Ernani Klausner - Julgamento: 14/06/2004 - Décima Terceira Câmara Cível

Mandado de Segurança. Concurso para provimento de cargo público. Taxa de inscrição. Isenção do pagamento. Princípio da isonomia.

Mandado de Segurança - Isenção do pagamento da taxa de inscrição em concurso público - Insuficiência de recursos da autora - Princípio constitucional da isonomia - Tratamento desigual, na exata medida da desigualdade dos indivíduos - Impossibilidade de providência legal em desconformidade com a Lei Maior. Desprovimento do apelo, confirmando-se a sentença em reexame necessário.

2003.001.31729 - Apelação Cível

Des. Nagib Slaibi Filho - Julgamento: 08/06/2004 - Sexta Câmara Cível

Concurso. Taxa de inscrição. Omissões do edital.

Direito Administrativo. Concurso para merendeira. Isenção de taxa de inscrição. Hipossuficiência. Omissão no edital dos requisitos necessários para obter a isenção da taxa de inscrição. Vedação do acesso ao concurso. Impossibilidade. O acesso aos cargos e empregos públicos deve ser garantido a todos, inclusive dos hipossuficientes impossibilitados de arcar com as despesas de inscrição no certame. "O regramento estabelecido em lei municipal sancionada pela Chefia do Executivo e respeitante ao pagamento de taxa de inscrição em concursos públicos realizados

pela Prefeitura Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, a todas as luzes não agride a Lei Fundamental por não constituir condição para investidura no cargo, como também por não tratar de regime jurídico de servidores.

Ao contrário, é limitado e estabelece parâmetros, daí porque não há razão para que a ela se estenda a reserva de iniciativa" (TJRJ, Órgão Especial, Representação de Inconstitucionalidade nº 103/02, Desembargador Paulo Ventura). Desprovemento do recurso.

2004.009.00177 - Duplo grau obrigatório de jurisdição.

Des. Helena Bekhor - Julgamento: 08/06/2004 - Oitava Câmara Cível

Concurso de provas e títulos. Isenção de custas. Segurança concedida.

Mandado de Segurança - Inscrição em concurso público do Estado, com isenção do pagamento da taxa de inscrição prevista no edital, diante dos parcos rendimentos do impetrante Sentença concessiva da segurança, amparada no art. 37, I da CF, que se confirma em reexame obrigatório, na forma do parecer da Procuradoria de Justiça nesse sentido

2003.001.18432 - Apelação Cível

Des. Leila Mariano - Julgamento: 12/11/2003 - Segunda Câmara Cível

Concurso para provimento de cargo público. Taxa de Inscrição. Isenção do pagamento.

Apelação Cível - Concurso público - Isenção da taxa de inscrição. O candidato que comprove impossibilidade de pagar o valor da taxa de inscrição em concurso público deve ser isento da mesma, sob pena de se ferir o princípio de acessibilidade aos cargos públicos. Inteligência dos arts. 5º, caput e 37, I da Constituição Federal. Desprovemento dos recursos.

2003.001.24694 - Apelação Cível

JDS. Des. Carlos Santos de Oliveira - Julgamento: 05/05/2004 - Décima Terceira Câmara Cível

Mandado de Segurança. Taxa de inscrição. Concurso para provimento de cargo público. Isenção do pagamento. Observância do princípio da igualdade.

Mandado de Segurança. Pretensão de obter isenção do pagamento de taxa de inscrição em concurso público. Impetrante que não dispõe de rendimentos próprios. Taxa de inscrição cujo valor alcança 1/3 (um terço) do salário-mínimo. Aplicação do disposto no artigo 72 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Manutenção da sentença. Improvimento do recurso.

2003.001.11383 - Apelação Cível

Des. **Albano Mattos Correa** - Julgamento: 27/04/2004 - Sexta Câmara Cível

Concurso. Taxa de inscrição. Direito de isenção. Constitucionalidade.

Apelação Cível. Mandado de Segurança. Isenção de taxa de inscrição em concurso público municipal. Sentença que concedeu a ordem. Artigo 37, II, da Constituição Federal. Improvimento do recurso voluntário e, em reexame necessário, confirmação da sentença.

O artigo 37, inciso II, da Carta Magna garante o acesso de todos aos cargos públicos em igualdade de condições. A hipossuficiência sustentada pelo Impetrante, embora seja matéria não alvejada pelo Município, não poderia servir de empeco ao exercício de direito protegido constitucionalmente, sob pena de inviabilizar o acesso do Apelado ao cargo público, malferindo, então, o texto constitucional. Por outro lado, com o advento do Decreto Municipal nº 22.082, de 30 de setembro de 2002, que veio disciplinar a questão pertinente à isenção do hipossuficiente ao pagamento da taxa de inscrição em Concurso Público realizado pelo Município do Rio de Janeiro, demonstrado está que o próprio Executivo, ciente da necessidade de ser regulamentada, no âmbito municipal, a matéria em debate, procurou trazer à tona diploma que garante ao hipossuficiente, o direito de gozar de isenção da aludida taxa. Improvimento do recurso voluntário e, em reexame necessário, sentença confirmada.

2003.001.18311 - Apelação Cível

Des. **Joaquim Alves de Brito** - Julgamento: 20/04/2004 - Sexta Câmara Cível

Guarda Municipal. Taxa de inscrição. Pagamento. Direito de isenção. Prova para inscrição em concurso público.

Apelação Cível. Mandado de Segurança. A isenção do pagamento da taxa de inscrição em concurso público encontra guarida na Constituição Federal, nos princípios da igualdade e para permitir o acesso a cargo público. Desprovemento do recurso.

2003.001.17023 - Apelação Cível

Des. Murilo Andrade de Carvalho - Julgamento: 13/04/2004 - Terceira Câmara Cível

Concurso para provimento de cargo público. Edital do concurso. Taxa de inscrição. Art. 37 Constituição Federal de 1988

Mandado de Segurança. Concurso para provimento de cargo público. Taxa de inscrição. Isenção do pagamento.

Apelação Cível. Mandado de Segurança. Candidata sem recursos. Isenção do pagamento de taxa de inscrição em concurso público. Desnecessidade de comprovação do estado de hipossuficiência. Princípio constitucional da isonomia. A reprovação no certame não descaracteriza seu direito à isenção.

Versão para impressão

2003.001.29199 - Apelação Cível

Des. Binato de Castro - Julgamento: 09/03/2004 - Décima Segunda Câmara Cível

Mandado de Segurança. Concurso. Taxa de inscrição. Direito de isenção.

Apelação Cível. Mandado de Segurança. Concurso Público. Isenção de pagamento de taxa de inscrição. Apeladas representadas pela Defensoria Pública do Estado, o que, por si só, atesta a sua miserabilidade. Embora não aprovada uma das apeladas, impõe-se a manutenção da liminar, a ela concedida, para efeito de legitimação. Quanto à segunda apelada, embora a pouca viabilidade de sua nomeação, em razão da sua colocação na lista de aprovados, seu direito à nomeação deve ser sustentado pela confirmação da liminar, que legitimará a sua inscrição. Sentença mantida. Recurso desprovido.

2003.009.00069 - Duplo grau obrigatório de jurisdição.

Des. Luiz Fernando de Carvalho - Julgamento: 09/03/2004 - Terceira Câmara Cível

Concurso de provas e títulos. Taxa de inscrição. Exclusão do pagamento das custas processuais.

Constitucional. Concurso público. Taxa de inscrição. Edital que não prevê a possibilidade de isenção aos hipossuficientes. Princípio da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas. Doutrina e jurisprudência favoráveis à tese do impetrante, amparada pelos arts. 37, II, CF e 72, ADCT, da Constituição Federal. Manutenção da sentença, como pequeno reparo atinente à exclusão da condenação do ente público em custas processuais (Lei Estadual 3.350/99).

2003.001.33672 - Apelação Cível

Des. Severiano Ignacio de Aragão - Julgamento: 11/02/2004 - Décima Sétima Câmara Cível

Concurso público - Isenção da taxa de inscrição a carentes. Dever incontestado do Estado. Segurança concedida, improvido o apelo.

2003.001.26370 - Apelação Cível

Des. Otávio Rodrigues - Julgamento: 28/01/2004 - Décima Primeira Câmara Cível

Mandado de Segurança. Decisão permitindo a inscrição de candidato em concurso, com isenção do pagamento de taxa, devido a sua hipossuficiência, já que está desempregado. Recurso de Apelação. Manutenção da decisão, com base na melhor jurisprudência a respeito e no art. 37 da CRFB/88 que consagrou o princípio da acessibilidade nos cargos públicos, art. 72 da ADCT da Constituição Estadual. Pareceres do MP na mesma direção. **Desprovimento do recurso.**

DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

O artigo 273 do Código de Processo Civil prevê que o Juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A 'verossimilhança da alegação' pode ser constatada com a simples leitura da inicial, que vem instruída com peças de inquérito civil, demonstrando-se à saciedade os fatos e o direito invocado.

Também está presente o 'fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação', uma vez que a não concessão de gratuidade nos concursos da FESP está gerando prejuízo para diversas pessoas que são impedidas, por razões financeiras, a participar dos certames.

Além disso, pautada que está a Administração Pública no princípio da legalidade, de forma diversa dos particulares, na medida em que só pode fazer o que a lei determina, havendo ilegalidade em sua conduta, aferível *initio litis*, não se justifica aguardar o julgamento final do processo para se reprimir a conduta tida como ilegal.

DOS PEDIDOS

Isto posto, requerem o Ministério Público do Estado e o Ministério Público do Trabalho:

- a) o recebimento da inicial, com citação da ré;
- b) a concessão de tutela antecipada, a fim de que seja obrigada a FESP a conceder isenção da inscrição em seus concursos aos candidatos que demonstrarem hipossuficiência econômica;
- c) a condenação da FESP à obrigação de fazer, consistente em conceder a isenção da taxa de inscrição para os candidatos que comprovarem hipossuficiência econômica;
- d) por fim, requer a condenação do demandado ao pagamento das despesas processuais, inclusive os honorários advocatícios, que reverterão ao fundo especial do Ministério Público, nos termos da lei estadual nº 2819/97, regulamentada pela Resolução GPGJ nº 801/98.

Protestando provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, inclusive testemunhal, depoimento pessoal e pericial, dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Rio de Janeiro, 29 de setembro de 2005.

JOÃO BATISTA BERTHIER
Procurador do Trabalho

CLÁUDIO HENRIQUE DA CRUZ VIANA
Promotor de Justiça

Sentença liminar. Possibilidade naquelas hipóteses de direito evidente. Ação de Usucapião instruída com sentença judicial transitada em julgado, que revela ter a autora da ação perdido a posse do imóvel para seu proprietário de direito. Hipótese de sentença liminar, com extinção do processo com julgamento do mérito.

Processo 7884-0 - 3ª Vara Cível de Madureira

Apelante: O Ministério Público
Apelado: Lacy Rodrigues da Silva

RAZÕES DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Egrégio Tribunal
Colenda Câmara

DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Determina o art. 83, I, do CPC que, intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público será intimado de todos os atos do processo. Além disso, o § 2º do art. 236 do CPC estabelece que a intimação pessoal constitui prerrogativa do *Parquet*, enquanto que o art. 240 do mesmo diploma legal prevê que os prazos para o Ministério Público são contados a partir de sua intimação. Por fim, há que se destacar que o art. 188 do CPC garante ao Ministério Público prazo em dobro para recorrer.

Assim, tendo em vista que a intimação pessoal deste representante do *Parquet* ocorreu no dia 15/08/2005, temos que o presente recurso está sendo interposto de forma tempestiva, mesmo sem a utilização da prerrogativa do prazo recursal em dobro.

E não se diga que o *Parquet*, atuando como fiscal da lei, não teria prerrogativa do prazo em dobro para recorrer, mesmo porque tal prerrogativa tem sido reconhecida reiteradamente pela jurisprudência, conforme a seguinte decisão da 3ª. Turma do STJ, proferida no Recurso Especial nº 2.065-RJ, publicada no DJU de 28/05/90: "O Ministério Público a qualquer título com que exerça o seu *munus* faz juz ao prazo recursal em dobro" (NEGRÃO, Theotonio, *Código de Processo Civil e Legislação Especial em Vigor*, São Paulo. Editora Saraiva, 31ª edição, 2000, p. 258).

DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público atua no processo de usucapião como fiscal da lei, com legitimidade conferida pelos arts. 82, III e 944, ambos do CPC.

Se isto não bastasse, o § 2º do art. 499 do CPC reconhece expressamente a legitimidade do Ministério Público para recorrer tanto nos processos em que atuou como parte como naqueles em que oficiou como *custos legis*.

DO MÉRITO DO RECURSO

Trata-se de ação de usucapião especial urbano, proposta em 2004 e fulcrada no art. 1240 do novo Código Civil, alegando a autora, ora apelada, habitar no imóvel usucapiendo desde o ano de 1995.

Durante a colheita da prova documental, foi constatada a existência de sentença transitada em julgado relativa a ação possessória anteriormente proposta pelo espólio daquela em cujo nome encontra-se registrado o imóvel usucapiendo (Fls. 68) em face da autora da presente ação (Fls. 95/97 c/c Fls. 118).

Por tal razão, pugna o Ministério Público, à falta de requisito indispensável ao reconhecimento da prescrição aquisitiva na espécie, pela IMPROCEDÊNCIA do pedido (Fls. 119).

O diligente e culto magistrado *a quo*, prontamente, atentando para o fato de não ter ocorrido a citação e verificando que “tendo a suplicante da presente ação perdido a posse do imóvel para seu proprietário de direito através de sentença judicial...” extinguiu o processo sem julgamento do mérito com fulcro no art. 267, VI do CPC, por entender ausente, *in casu*, a posse – condição específica para o exercício do direito. (Fls. 121/122).

Em que pese a acuidade do nobre juiz prolator da referida sentença, ousa este órgão, por amor ao debate, insistir na prolação de sentença improcedente de mérito na presente hipótese, pelos argumentos a seguir expostos.

O procedimento do usucapião é especial, demarcado pelos arts. 942 a 944 do CPC.

Com efeito, o parágrafo único do art. 943 do Estatuto Processual, com a redação anterior à Lei 8951/94, que o revogou, determinava que, vencidas as etapas do procedimento especial demarcado pelos arts. 941 e seguintes do CPC, o procedimento prosseguiria com o rito ordinário.

As novas redações dadas pelo aludido diploma legal aos artigos 942 e 943 do CPC não mencionam qual o procedimento a ser seguido, depois de ultrapassadas as fases do procedimento especial.

Assim, a posse do autor é requisito que passa a ser provado no curso da ação, não mais se exigindo justificação preliminar da mesma, podendo as citações que se fizerem necessárias ficar relegadas para o momento que o Juízo reputar mais oportuno.

Observe-se que, geralmente, somente no curso do processo e através da vinda de inúmeras certidões, é que se pode formar, corretamente, o pólo passivo da ação, razão pela qual, inclusive, recomenda a boa técnica que a citação editalícia de terceiros interessados deva proceder-se ao final, visando eventual necessidade da citação de réus certos que não forem encontrados para responder à ação.

No caso em tela, em determinado ponto e já decorrido um ano da propositura da ação, evidenciada restou a ausência de elemento básico e essencial para a aquisição por usucapião, qual seja, a posse mansa e pacífica, por parte da autora, em virtude da existência de direito assentado como prejudicial da questão a ser aqui resolvida e já decidido, entre a parte autora e aquela em cujo nome está registrado o imóvel usucapiendo, com força de coisa julgada noutro processo.

A nosso ver, trata-se de questão unicamente de direito a ilidir, de pronto, a pretensão autoral, tal qual a prescrição e/ou decadência, as quais podem ser decretadas de ofício pelo Juízo.

Observe-se que aqui, no processo de usucapião, o Juízo já tem à sua frente um direito evidente, apto a ser solvido de imediato, qual seja, o direito da parte ré a ver decretada a improcedência do pedido, mesmo que não tenha sido citada. Aliás, deve-se frisar que não se trata de um direito somente daquele em cujo nome o imóvel esteja registrado, ante a eficácia *erga omnes* da sentença que declara a prescrição aquisitiva.

Ora, se não existe o direito alegado pela parte autora, por conseguinte, a improcedência do pedido é manifesta e pergunta-se: para que deixar-se prosperar um procedimento de todo inviável? Qual a finalidade da citação, *in casu*?

Note-se que a questão não se restringe à avaliação da prova da posse, mas sim à simples e objetiva constatação da existência de coisa julgada material sobre tal matéria, a impedir que o Juiz do processo de usucapião, ainda que queira, possa acolher o pedido.

Nada justificaria, pois, que a ação se arrastasse por mais tempo, quiçá anos, em desfavor dos princípios da instrumentalidade e efetividade do processo, com excessivo dispêndio da assoberbada máquina judiciária.

Na hipótese *sub judice* existe uma contestabilidade judicial, imanente na questão possessória prejudicial pré-julgada, verificável no curso do processo, independente e antes mesmo de qualquer resposta.

Assim, ante a especificidade do rito da ação de usucapião, volte-se a frisar, em vista do flagrante interesse social deste tipo de ação e com fulcro no art. 131 do CPC, entende o Ministério Público que o magistrado de primeiro grau poderia, ainda que não efetivada a citação, decidir o *meritum causae*, independentemente de qualquer resposta dos réus.

Observe-se que, ao discorrer sobre os efeitos da revelia do réu in *Comentários ao CPC*, 2ª. ed., v. 3, p. 336, WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL chama atenção para ponto que muito bem se aplica à presente questão, *verbis*:

“O livre convencimento do juiz é princípio inseparável da própria atividade judicante que há de ser muito mais informada pela ética do que pela estética. Não será razoável exigir do juiz, por obséquio à forma, que diante do quadro representado pela prova dos autos, que o convença da verdade, prenda-se à letra da lei por estar aquele emoldurado pela revelia do réu”.

Também encontramos subsídios para sustentar a nossa tese nos ensinamentos do eminente Ministro LUIZ FUX in *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*, ed. Saraiva, p. 308, que preleciona: “Assim como nos primórdios da civilização o anseio era o da justiça institucionalizada contra a justiça privada, hoje a aspiração social é a da “justiça urgente” em confronto com a “justiça ordinária e ritual”. E continua, citando SUMMER MAINE, que “já alertava sobre a ‘rigidez dos esquemas jurídicos em confronto com a evolução dos fatos sociais’” (*El derecho antigo*, 1980, pp. 55-6). Na essência, toda crise decorre do fato de que a realidade normativa pretendeu revelar-se verdade absoluta, abandonando a essência da doutrina Kantiana e a de DESCARTES de que, ao lado do mundo do “ser” da norma do mundo teórico, há o mundo do “deve ser” do mundo prático e, enquanto o direito não fundir ambas as experiências, jamais atenderá os reclamos de ser a mais perfeita técnica de adequação do homem na sua vida social”.

Por todo o exposto, requer o Ministério Público de primeiro grau seja conhecido e provido o presente recurso, com a conseqüente reforma da sentença monocrática, a fim de ser julgado IMPROCEDENTE o pedido autoral pelas razões aqui expendidas e com fulcro no art. 269, I do CPC.

Rio de Janeiro, 18 de agosto de 2005.

ELIZABETH MACHADO CARNEIRO
Promotora de Justiça

Recurso de Apelação. Sentença que indeferiu, por impossibilidade jurídica do pedido, requerimento conjunto de alteração do regime de bens, da comunhão universal para a parcial, feito por casal cujo casamento foi celebrado sob a égide do Código Civil de 1916. Parecer no sentido do provimento parcial para, reconhecida a possibilidade jurídica da alteração, reformar a sentença não para julgar procedente o pedido, mas sim para determinar o retorno para que seja sindicada a motivação do pedido, pois sentença de impossibilidade jurídica impediu fosse constatada a idoneidade da motivação e verificado se não gerará prejuízos a terceiros a eventual concessão do pedido.

1ª CÂMARA CÍVEL
Apelação nº 2005.001.39357

Apelantes: *Donald Ormond Lindoso Clark e Neide Maria Coelho Clark.*

Origem: *1ª Vara de Família Regional da Barra da Tijuca.*

Relator: *Desembargador Maldonado de Carvalho.*

Procurador *Ertulei Matos – Ministério Público – RJ*

Parecer N° 245/2005

Apelação. Conhecimento. Alteração de regime de bens. Casamento celebrado sob a égide do CC de 1916. Pedido indeferido em primeiro grau, por ter o juízo entendido ilegal a conversão, sem que tivessem sido sindicados os fundamentos e/ou argumentos da inicial. Possibilidade jurídica da conversão assegurada em precedente do STJ e desse C. Tribunal de Justiça. Apelação que merece provimento parcial, apenas para, reformada a sentença, reconhecer a possibilidade jurídica da alteração pretendida, com o retorno dos autos ao juízo de origem para que sejam sindicados os argumentos postos na inicial dos cônjuges.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de Apelação interposto por *Donald Ormond Lindoso Clark e Neide Maria Coelho Clark* contra a r. sentença de fls. 39/40, proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Família Regional da Barra da Tijuca, nos autos da "Ação de Modificação Consensual do Regime de Casamento".

A referida sentença, adotando e acolhendo os termos da promoção do *Parquet*, julgou o pedido improcedente, diante da vedação imposta pelo art. 2.039 do Código Civil em vigor à alteração de regime de bens em casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916.

Embargos de Declaração dos Requerentes, às fls. 42/43. Decisão, às fls. 44, recebendo os embargos e negando-lhes provimento.

Apelação dos Requerentes, às fls. 46/49, pleiteando o conhecimento e provimento a fim de reformar a sentença impugnada, para julgar procedente o pedido.

Afirmam que são casados sob o regime da comunhão universal de bens, que ambos são empresários e pretendem modificar o regime de bens a fim de que possam “constituir em conjunto empresas diversas”.

Asseveram que todos os bens são comuns, adquiridos no curso do casamento.

Não obstante o disposto nos arts. 977 e 2.039 do CC, afirmam que a pretensão comum tem o amparo do princípio do art. 5º, *caput*, da CF.

O apelo foi recebido no duplo efeito (fls. 52).

Manifestação do Ministério Público de primeiro grau, às fls. 55/59, pelo recebimento do recurso, reportando-se, quanto ao mérito, à promoção de fls. 27/33.

É o relatório.

Fundamento o parecer.

Apelação cabível, tempestiva e devidamente preparada.

O tema de fundo, a alteração, ou não, do regime de bens de casamento realizado sob a égide do Código Civil de 1916, é o que se apresenta a exame.

A ilustre juíza de primeiro grau, acorde com a não menos ilustre promotora de Justiça que oficiou às fls., indeferiu, por sentença às fls., a pretensão dos cônjuges, ora apelantes, à alteração do regime de bens do casamento, da comunhão universal para a comunhão parcial, deduzida pelo casal qualificado na inicial, fundamentado o dispositivo na imutabilidade do regime de bens dos casamentos realizados no período de vigência do CC de 1916, conclusão a que chegou a i. juíza ao interpretar o disposto no artigo 2039 do Código Civil em vigor.

Vê-se que o primeiro grau limitou-se a afirmar a ilegalidade da pretendida alteração do regime de bens, com o que deixou de examinar os fundamentos que, tivesse ultrapassado o juízo de impossibilidade formal, constituiriam os fatos jurígenos justificadores do pedido de conversão do regime de bens, de comunhão universal para comunhão parcial. E o fato de ter indeferido o pedido, porque seria ilegal, certamente importará, no caso de acolhida da tese dos Apelantes, na limitação do conhecimento, pelo Tribunal, ao tema possibilidade, ou não, da conversão.

Admitida juridicamente possível a alteração, creio, *s.m.j.*, que não deverá o Tribunal decretar, de plano, a alteração do regime de bens pretendida, pois o corte feito pelo primeiro grau impediu que a instrução fosse complementada e,

conseqüentemente, inibiu a demonstração, pelos interessados, da necessidade da alteração do regime de bens.

É que não basta que se reconheça a possibilidade da alteração do regime de bens para, de pronto, se a decretar, pois a alteração, admitida pelo legislador no parágrafo 2º do artigo 1639 do Código Civil, Lei 10.406 de 10-01-2002, não prescindirá de motivação, apurada a procedência das razões invocadas, ressalvados os direitos de terceiros.

E a procedência da motivação não foi sindicada em primeiro grau, porque truncada a instrução com o corte abrupto produzido pela sentença, que indeferiu liminarmente o pedido, ao argumento de que seria ilegal a alteração pretendida.

PRECEDENTES RELACIONADOS À POSSIBILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS NOS CASAMENTOS REALIZADOS SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE 1916, SUBORDINADA A POSSIBILIDADE À COMPROVAÇÃO DA IDONEIDADE DA ARGUMENTAÇÃO DOS INTERESSADOS, NOS TERMOS DO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 1639 DO CÓDIGO CIVIL EM VIGOR.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no REsp 730.546/MG, por sua Turma, deu provimento ao Recurso Especial referido, para reconhecer a possibilidade jurídica da alteração do regime de bens nos casamentos realizados na vigência do Código Civil de 1916.

O acórdão do STJ, entretanto, não decidiu o pedido de conversão, tendo-se limitado a ordenar que o juiz de primeiro grau o decidisse, após regular instrução do processo, com a observância do que dispõe o parágrafo 2º do artigo 1639 do Código Civil de 2002.

A questão resolvida pelo E. STJ é similar a ora sob exame pois, tanto aqui como lá, o juiz de primeiro grau negou o pedido, sob o fundamento de que ilegal, sem sindicat a causa de pedir, a motivação exposta, cuja veracidade não foi aferida, tampouco a razoabilidade da questão de fato que, segundo os interessados, justificaria a alteração do regime de bens do seu casamento.

E não se argumente que o Tribunal poderia, de plano, dar solução final à questão - caso evidentemente reconheça a possibilidade da alteração do regime de bens - e decretar a modificação pretendida, ainda que argumente que a matéria posta no processo estaria devolvida na integralidade, porque, com a devida vênia, isso não ocorreu, vez que o processo desafia regular instrução, cuja sede adequada para o processamento é a do primeiro grau de jurisdição.

Feitas as observações *supra*, considero que se deva prover o recurso, com a limitação acima alvitada, apenas para reconhecer a possibilidade jurídica da alteração do regime de bens do casamento dos interessados, celebrado anteriormente à data da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

E há a possibilidade jurídica porque o fato de o artigo 2039, do CC de 2002, consignar que o regime de bens, nos casamentos celebrados na vigência do

Código Civil anterior, é aquele previsto no referido código, não significa que não se atribua os efeitos imediatos da atual norma de regência, o Código Civil de 2002, sobre os casamentos anteriormente celebrados, pois não se confundem eficácia imediata com retroação da norma; aquela permitida, esta, em princípio, vedada.

Ao reconhecer a prevalência do regime jurídico anterior, o da época da celebração do ato, no que se relaciona ao regime de bens nos casamentos realizados sob tal regime jurídico, o legislador nada mais fez que proclamar a garantia da observância do princípio que assegura a ultra-atividade da norma de direito privado em vigor na data da celebração do ato ou da constituição do negócio jurídico, mesmo após revogado o regime jurídico sob o qual se constituíram obrigações ou foram celebrados atos jurídicos, princípio basilar do direito privado que converge para a segurança jurídica ao assegurar a validade, em princípio, do direito da época da constituição do ato ou negócio, ainda que revogada a norma legal na qual embasado o ato ou o negócio jurídico.

Mas esse reconhecimento da eficácia do regime jurídico contemporâneo do ato ou do negócio jurídico não impede que o direito novo seja aplicado às relações jurídicas decorrentes do ato ou do negócio formalizado precedentemente, se esses atos ou negócios, embora produzidos sob a égide do direito revogado, produzirem efeitos jurídicos após a edição das normas revogadoras.

E não há impedimento porque o princípio da eficácia imediata e geral da norma revogadora atinge a todo e qualquer ato ou negócio jurídico que se desenvolva ou produza efeitos jurídicos perante o novo sistema legal. Essa possibilidade foi reconhecida no acórdão do REsp 730.546 MG, com forte embasamento doutrinário.

O v. acórdão referido, antes de concluir no sentido da possibilidade da alteração do regime de bens nos casamentos realizados anteriormente ao Código Civil de 2002, cuidou de cercar-se de forte apoio doutrinário, dentre esses dos ensinamentos de RUBENS LIMONGI FRANÇA, ARNOLD WALD, ORLANDO GOMES, MARIA HELENA DINIZ, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, JOÃO BATISTA VILLELA e, também, dos franceses PLANIOL e RUBIER, cujas obras foram devidamente transcritas, nos pontos essenciais ao enfrentamento do tema jurídico resolvido, no corpo do acórdão, anexado ao presente, por cópia (doc. 01).

Os doutrinadores referidos, todos, distinguem retroatividade de eficácia imediata e, no caso julgado, o Superior Tribunal acolheu a tese da aplicabilidade da norma revogadora, porque a relação jurídica de casamento se desenvolve no curso da vida dos cônjuges e, portanto, o regramento novo se aplica aos efeitos efetivamente ocorridos sob a lei nova, sem prejuízo da preservação dos efeitos jurídicos efetivamente exauridos no transcurso da lei revogada.

Vê-se, assim, que o acórdão referido, embora de Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, iniciou o processo de unificação da interpretação dos artigos 2039 e 1639 do Código Civil em vigor, compatibilizando-os, e, não tenho dúvidas,

o entendimento deverá ser prestigiado pelos Tribunais de Justiça, porque correta a exegese feita pelo STJ.

PRECEDENTE DESSE TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

A E. 16ª Câmara Cível desse C. Tribunal de Justiça, na Apelação Cível 2004.001.22378, Relator o Desembargador Mario Robert Mannheimer, entendeu compatível com o sistema instituído pelo Código Civil de 2002 a alteração do regime de bens de casamento realizado durante a vigência do Código Civil de 1916. Do referido acórdão, que constitui precedente importante no âmbito desse Tribunal de Justiça, não pude obter cópia integral, sim e apenas da ementa, anexada (doc. 02).

É certo que o v. acórdão acima referido, desse Tribunal de Justiça, resolveu pela concessão do pedido de alteração do regime de bens porque devidamente instruído o processo, o que o afasta da proposta final deste parecer que, como antecipado acima, é no sentido do provimento parcial da apelação para reconhecer a aplicabilidade do parágrafo 2º do artigo 1639 do Código Civil de 2002, ao casamento dos interessados/apelantes, realizado na vigência do CC de 1916, porque compatível tal regramento com o disposto no artigo 2039 do Código Civil em vigor, que não inibe a aplicação da lei nova às relações jurídicas que, embora instituídas sob norma revogada, produzam efeitos jurídicos sob o regime jurídico em vigor, em razão da observância do princípio da eficácia imediata e geral da lei revogadora.

Rio de Janeiro, 28 de dezembro de 2005.

Procurador ERTULEI MATOS
MINISTÉRIO PÚBLICO RJ

Recurso extraordinário. Sistema acusatório. Fase pré-processual. Termo circunstanciado. Lei 9099/95. Possibilidade de indeferimento pelo magistrado de diligência requerida pelo MP. Atribuição ministerial de valorar a prova produzida em fase pré-processual e sua suficiência para a deflagração de ação penal ou oferecimento de proposta de transação penal.

Exmo. Sr. Dr. Desembargador da Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do RJ

Proc: 2005.700.009725-4

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos do processo criminal em epígrafe, oriundo do Fórum Regional de Bangu, Rio de Janeiro, com fulcro no artigo 102, III, "a", da Constituição Federal, vem, por intermédio do Promotor de Justiça signatário, interpor **Recurso Extraordinário**, a ser encaminhado e julgado pelo Excelso **Supremo Tribunal Federal**, contra acórdão da lavra da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro, pelas razões a seguir aduzidas.

Recorrente: *Ministério Público*

Recorrido: *Carlos Alberto de Souza Caetano*

Egrégia Turma

1 - DO CABIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO:

Conforme entendimento amplamente majoritário, as decisões proferidas pelas Turmas Recursais, face o disposto no artigo 102, III, da Constituição Federal, desafiam a interposição de recurso extraordinário.

Atualmente, a questão encontra-se pacificada e sumulada pelo STJ e STF, a saber:

"Súmula 203 do STJ: Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.

Súmula 640 do STF: É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível ou criminal."

2 - DA HIPÓTESE EM EXAME:

Trata-se de termo circunstanciado instaurado com o escopo de apurar a prática de crime de lesão corporal leve.

A vítima renunciou ao direito de representação.

O Ministério Público, com atribuições junto ao Juizado Especial Criminal de Bangu, vislumbrando a possibilidade de desclassificação do crime de lesão corporal leve para o de lesão corporal grave, o que alteraria o prazo prescricional do delito e tornaria irrelevante a renúncia da vítima, requereu a realização de exame complementar a fim de delimitar a extensão das lesões sofridas por aquela.

O ilustre magistrado, entendendo que a realização de exame complementar das lesões sofridas pela vítima seria inócua, declarou extinta a punibilidade em razão da renúncia expressa ao direito de representação.

O Ministério Público, inconformado com tal decisão, interpôs apelação à Turma Recursal, aduzindo, em síntese, que: a) É da atribuição do MP valorar a prova produzida em fase pré-processual (termo circunstanciado), bem como sua suficiência ou não para a deflagração de ação penal ou formulação de proposta de transação penal; b) É da atribuição do *Parquet* promover, quando for o caso, o arquivamento de termo circunstanciado, cabendo ao juiz discordante a aplicação do artigo 28 do CPP; c) A decisão extintiva da punibilidade é, neste caso, idêntica à decisão de arquivamento cuja atribuição é exclusiva do MP.

A egrégia 1ª Turma Recursal do Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro apreciou a questão, tendo decidido pela manutenção da decisão de primeiro grau sob fundamento de que a renúncia da vítima é causa extintiva da punibilidade, sendo da competência do júízo monocrático sua declaração.

O Ministério Público opôs embargos de declaração para que a questão constitucional suscitada fosse expressamente decidida pelo colegiado recursal.

3 - DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Segundo dispõe o artigo 129, I da Constituição Federal:

"São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei."

Segundo doutrina amplamente majoritária, o supramencionado dispositivo constitucional consagrou, na ordem jurídica vigente, o chamado sistema acusatório puro, cuja característica principal é separar radicalmente as funções investigatórias das jurisdicionais.

Neste sistema, não caberá ao magistrado exercer qualquer interferência nas investigações conduzidas pelo Ministério Público ou pela polícia judiciária, seja determinando a realização de diligências, seja indeferindo aquelas consideradas essenciais pelo órgão de acusação - fato ocorrido no presente feito.

Desta forma, estar-se-á resguardada sua imparcialidade.

Neste sentido, ensina EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, em sua obra *Curso de Processo Penal*, 4ª ed., editora Del Rey, p. 27, a saber:

“A fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Exatamente por isso se fala em fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (opinio delicti) do responsável pela acusação. O juiz, nesta fase, deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso (grifos nossos), somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando então exercerá atos de natureza jurisdicional.”

O termo circunstanciado em nada se difere do inquérito policial e das chamadas peças de informação, destinando as informações nele contidas à formação da *opinio delicti* do Ministério Público, titular da ação penal, a quem compete valorar a prova produzida e sua suficiência para a instauração da ação penal pública ou para o oferecimento de proposta de transação penal.

Em não havendo provas suficientes da participação do autor do fato no delito apurado, competirá ao Ministério Público, como nos casos de inquérito policial instaurado, promover o arquivamento do termo circunstanciado.

Conforme jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, o arquivamento de qualquer procedimento investigatório tem por causa, a saber: a ausência de provas, a atipicidade da conduta ou a superveniência de causa de extinção da punibilidade.

Neste sentido, decidiu o excelso Supremo Tribunal Federal, a saber:

“EMENTA. Inquérito Policial: arquivamento.

Diversamente do que sucede no arquivamento requerido com a anuência do Procurador-Geral da República e fundado na **ausência de elementos informativos** para a denúncia - cujo atendimento é compulsório pelo Tribunal - aquele que se lastreia na **atipicidade do fato ou na extinção da punibilidade** - dados os seus efeitos de coisa julgada material - há de ser objeto de decisão jurisdicional do órgão judicial competente: precedentes do STF: prescrição consumada.”

Nesta esteira, é importante lembrar que na maior parte das hipóteses de arquivamento, e não só nos casos em que este se dá por ausência de provas, será imprescindível uma análise, ainda que perfunctória, da prova constante do termo circunstanciado.

Não raro, a verificação da ocorrência do transcurso do prazo prescricional dependerá da comprovação da incidência de alguma qualificadora, de causas de aumento e diminuição de pena ou, como no caso em tela, da desclassificação de um crime menos grave para outro de maior gravidade. Nestes casos, dependendo da convicção formada a partir da prova existente, haverá alteração na pena cominada em abstrato, com conseqüências no prazo prescricional.

Hipótese igualmente corrente é aquela em que o Ministério Público, após a análise dos elementos colhidos ao longo da investigação, percebe que, em realidade, o fato em apuração melhor se subsume a um tipo penal cuja ação penal respectiva é pública incondicionada. Nestes casos, renúncia anterior ao direito de representação não terá tido qualquer validade.

A mesma conclusão deve ser extraída nas hipóteses em que um procedimento investigatório é arquivado em razão da atipicidade do fato. Se é certo que, em alguns casos, a atipicidade da conduta pode ser verificada de plano (em tese), como no clássico e já monótono exemplo do “crime” de incesto, em outros, será imprescindível a análise dos elementos de convicção fornecidos pela peça informativa.

E a quem compete analisar tal prova e sua suficiência para a deflagração de ação penal ou oferecimento de proposta de transação penal? Pode o magistrado, após análise destas provas, concluir, por exemplo, que determinado crime em apuração é de lesão corporal leve ou grave e, em razão disso, declarar, se for o caso, extinta a punibilidade.

A nosso sentir, não. Em um sistema que se intitula acusatório, onde as funções jurisdicionais são absolutamente distintas daquelas exercidas pelo Ministério Público e pela polícia judiciária durante fase pré-processual, é inconcebível que um magistrado faça uma avaliação dos elementos de convicção

existentes no bojo de um procedimento investigatório e, a partir das conclusões dele extraídas, decida, ao largo do titular da ação penal, que aquela peça informativa deve ser arquivada em decorrência de causa extintiva da punibilidade.

Ora, qual será então o papel do Ministério Público durante a investigação policial? De que serve sua *opinio* acerca do conjunto probatório produzido e sua suficiência para a instauração de ação penal, diante da possibilidade do magistrado, ao valorar a prova, determinar a sustação das investigações em razão da ocorrência de suposta causa extintiva da punibilidade?

Entendimento contrário inaugurará grave precedente, com conseqüências desastrosas. Isto porque poderá o magistrado, ao largo do Promotor de Justiça, declarar a extinção da punibilidade pela prescrição, decadência ou renúncia da vítima, em fase pré-processual, sempre que entender que o fato, objeto de apuração, possui tipificação diversa daquela vislumbrada pelo membro do Ministério Público (destinatário exclusivo das investigações), que, em razão disso, estará impedido de exercer seu *múnus* constitucional e oferecer proposta de transação penal ou denúncia.

Vale lembrar que o magistrado, caso possua entendimento diverso daquele esposado pelo MP, no momento do oferecimento da denúncia, poderá, com base na legislação processual vigente, rejeitar a denúncia oferecida (artigo 43, I e II, do CPP) ou até reconhecer de ofício causa extintiva de punibilidade no curso do processo (artigo 61 do CPP). Nestes casos, ao contrário da hipótese ora ventilada, não estará o magistrado se imiscuindo nas funções constitucionalmente atribuídas ao Ministério Público, uma vez que já há ação penal inaugurada.

Aliás, se lei quisesse autorizar o magistrado a declarar a extinção da punibilidade em fase investigativa, sem promoção de arquivamento do MP, teria feito expressamente, como o fez em relação às hipóteses acima citadas de rejeição da peça acusatória e declaração de extinção de punibilidade, de ofício, no curso do processo.

Reservada a fase processual para a prolação de decisão judicial que, após apreciar a prova produzida, decreta a extinção da punibilidade ou a atipicidade do fato, resguardado estará o sistema acusatório, bem como as relevantes funções ministeriais.

Este é o caso dos autos.

A Promotora de Justiça, com atribuição junto ao Fórum Regional de Bangu, vislumbrando a desclassificação do crime de lesão corporal leve para grave, requereu ao juízo a realização de exame complementar a fim de verificar a extensão das lesões sofridas. O ilustre magistrado, por sua vez, ao fazer uma análise da prova produzida no bojo de termo circunstanciado, negou, imiscuindo-se nas funções do Ministério Público, o requerimento de diligência ministerial, e, por entender que o crime praticado era o de lesão leve, extinguiu a punibilidade em razão da renúncia da vítima.

Tal decisão, a nosso sentir, é absolutamente descabida, uma vez que não é dado ao magistrado, em momento pré-processual, fazer, ao arrepio das pretensões ministeriais, uma análise da prova e julgar extinta a punibilidade por entender que a tipificação vislumbrada pelo *Parquet*, titular da ação penal, está equivocada – até porque, caso discorde do conteúdo da denúncia, poderá rejeitá-la (artigo 43 do CPP), conforme exposto acima. Assim agindo, o nobre magistrado usurpou funções constitucionais do Ministério Público, impedindo que essa nobre instituição formasse sua própria convicção sobre os elementos colhidos ao longo do termo circunstanciado – o que, como no caso de rejeição da denúncia, não ocorreria se o nobre magistrado, no bojo de processo, após regular instrução probatória, e convencido da prática de crime menos grave já prescrito, declarasse extinta a punibilidade pela prescrição.

A situação dos autos é ainda mais grave, pois o citado magistrado não só divergiu da opinião do MP, como lhe negou a realização de diligência imprescindível para a formação daquela.

Sobre o tema, em sede de inquérito policial, decidiu o colendo TJSP: “O indeferimento de diligência importante para a descoberta da verdade – fim precípua da Justiça Criminal, em defesa da própria sociedade – é incompreensível, deixando transparecer intolerável e inaceitável espírito de emulação ou rivalidade, autorizando, pois, o deferimento de correição parcial” (RT 573/363)... “Não é dado ao Juiz julgar da necessidade ou não da volta dos autos à polícia, para novas diligências consideradas imprescindíveis pelo Promotor, para o oferecimento da denúncia” (RT 394/93).

Neste mesmo sentido decidiu o TACRSP, *verbis*:

“Não pode o juiz subtrair ao Ministério Público a oportunidade de melhor instruir o inquérito policial. No que respeita à prova, é preferível errar por excesso de oportunidade oferecida às partes, do que correr o risco de um cerceamento que pode ser prejudicial à Justiça (RT 455/402)”.

Se é certo que a participação do magistrado durante fase pré-processual é há muito questionada, com muito mais razão deve-se questionar a atuação daquele que, não obstante sua posição *sui generis*, indefere requerimento de diligência considerada imprescindível pelo destinatário da investigação: **O Ministério Público.**

Assim agindo, restou violado o artigo 129, I, da CF, célula *mater* do sistema acusatório puro.

Em face do exposto, demonstrada a ofensa à norma constitucional pelo v. acórdão hostilizado, aguarda o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que seja deferido o processamento do presente **Recurso Extraordinário** e seu conseqüente encaminhamento à elevada apreciação do excelso Supremo Tribunal

Federal, a fim de que, conhecido, mereça provimento, cassando a decisão guerreada e determinando-se o seguimento do processo a partir da prolação daquela.

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2005

FELIPE FREITAS RIBEIRO
Promotor de Justiça

Nova Lei de Recuperação e Falências. Obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público em todas as fases do processo sob pena de nulidade absoluta. Irrelevância do veto ao art. 4º do projeto em face da Constituição Federal (art. 127, CF) e da repercussão social de tais casos.

Exmo. Sr. Desembargador 1º Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Mandado de Segurança. Defesa das atribuições de órgão de execução do Ministério Público. Pedido de liminar para que seja aberta vista imediata ao Promotor de Justiça nos autos de pedido de recuperação judicial de empresa aérea.

Nova Lei de Recuperação e Falências. Intervenção do *Parquet* em todas as fases e incidentes das falências e recuperação (judicial e extrajudicial), sob pena de nulidade absoluta.

Irrelevância do veto ao art. 4º do projeto. Hígidez da previsão constitucional da intervenção ministerial em tais feitos (art. 127 da CR), refletida por diversos dispositivos da legislação processual infraconstitucional e evidente repercussão social de tais causas. Doutrina que indica a indubitável necessidade de atuação ministerial.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, através dos promotores de justiça ao final assinados, vem, com fulcro no art. 5º, LXIX e art. 127 da Constituição da República; arts. 1º e 4º da Lei n.º 1.533/1951, impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR

“inaudita altera pars”, contra ato do juiz titular da 8ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, pelos motivos de fato e de Direito que expõe.

Requer assim, que recebida a presente, seja a mesma distribuída para um dos órgãos fracionários dessa Eg. Corte.

Termos em que,
E. Deferimento.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 2005.

Egrégia Câmara,
DD. Procurador de Justiça:

É de conhecimento notório que, na última sexta-feira, dia 17 de junho de 2005, a VARIG, maior empresa de transporte aéreo em operação no Brasil,

ajuizou pedido de recuperação judicial com base na nova Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

Ao despachar a inicial, o juiz impetrado teve por bem determinar uma série de diligências de interesse para a apreciação do pedido de processamento da recuperação. Soube-se pelos jornais que foi nomeado Administrador Judicial, perito contábil para apreciar se foram atendidos os requisitos elencados pelo art. 51 da nova lei.

Apenas uma providência não foi tomada, essa essencial para os bons rumos do processo: *não se deu vista dos autos ao Ministério Público. Pior que isso: foi simplesmente indeferido o pedido de vista apresentado, louvando-se o magistrado, equivocadamente, na literal disposição da lei* (art. 59, § 2º da Lei n.º 11.101/2005) (Doc. 1).

O processo, que já conta no nascedouro com 9 volumes, tramita sem que a instituição constitucionalmente eleita para velar pelo interesse público tenha vista dos autos.

Esses os fatos, por demais graves, que afrontam as atribuições e prerrogativas dos membros do Ministério Público e põem em risco o destino de uma empresa que se sabe faturar quase 2 bilhões de dólares anuais. Hoje opinam no interesse do deferimento ou não do pedido apenas um Administrador Judicial (advogado cuja experiência é naturalmente pautada pela defesa de interesse privado de seus clientes) e uma assessoria contábil cuja capacidade para officiar em feitos de tal natureza é desconhecida.

É o breve relatório.

DO CABIMENTO DO "WRIT"

A defesa das atribuições do "Parquet" é possível e viável através do mandado de segurança. Estão em jogo as atribuições constitucionais do Ministério Público, para não dizer os destinos de uma companhia concessionária de linhas aéreas, cujas atividades têm alta repercussão no tecido social brasileiro.

Não é a primeira vez que se lança mão do remédio constitucional para a defesa das atribuições, que podem e devem ser defendidas através de tal via. No interesse da questão, transcreve-se o seguinte precedente emanado do STJ:

"Mandado de Segurança. Processual Civil. Legitimidade ativa. Defesa de prerrogativas do cargo. Atribuições dos órgãos do Ministério Público de 1ª instância. Requisição de informações a Comandante do Exército. Prerrogativa do Procurador-Geral. Princípio da independência funcional. Garantia do promotor natural.

1. O Procurador da República, com exercício nos órgãos

jurisdicionais de primeira instância, está legitimado a impetrar mandado de segurança, mesmo perante o STJ, quando a ação se destina a tutelar prerrogativas funcionais próprias, que o órgão impetrante entende violadas por ato de autoridade.

2. Cabe ao Procurador-Geral da República a atribuição para promover requisições aos Comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, a teor do disposto no art. 8º, § 4º, da Lei Complementar 75/93. Referido dispositivo não é inconstitucional; pelo contrário, apresenta-se em consonância com os princípios do promotor natural e da independência funcional, cujo pressuposto necessário é a distribuição de competências entre os vários órgãos do Ministério Público.

3. Legitimidade ativa reconhecida. Mandado de segurança denegado.

(MS 8.349/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, julgado em 09.06.2004, DJ 09.08.2004, p. 162)''

DO DIREITO: A CORRETA INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 11.101/2005 QUANTO À INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A necessidade de intervenção do Ministério Público nos processos de falência é "axioma" conhecido de todos os operadores do Direito no Brasil de hoje. Há sólida jurisprudência nesse sentido, formada inicialmente em torno do que dispunha o art. 210 do DL 7661/1945, corroborada pelo art. 82, III do CPC e, posteriormente, pela disposição do art. 127 da Constituição da República.

Prosseguir com as ações sem a manifestação do Ministério Público é causa de nulidade absoluta, insanável. Nesse sentido, é preciosa a lição trazida pelo mestre MARCELLO CINELLI DE PAULA FREITAS em recentíssima obra (*Nulidades da Sentença Cível*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, pp. 90/91):

"(...);

Seguindo a linha de raciocínio do presente estudo, está-se diante de regra (arts. 82, 84 e 246 do CPC) que impõe a presença do órgão mencionado como forma de fiscalizar ações de interesse público, sob pena de nulidade do processo. Como corolário lógico, norma imperativa tuteladora de interesse público, cuja violação, na doutrina de GALENO, gera nulidade absoluta, onde o prejuízo é presumido.

Com esta tese concorda VICENTE GRECO FILHO, dizendo que a falta de intervenção do Ministério Público, em casos em que a lei a considera obrigatória, determina a nulidade do processo.

Assim, a sentença prolatada numa ação em que se fazia necessária a intervenção do órgão do Ministério Público é absolutamente nula, e, como tal, não admite a ratificação posterior."

Também a jurisprudência é extremamente sensível ao tema, merecendo transcrição o seguinte aresto emanado do Eg. TJ/RJ:

"Processo: 2001.001.17392

Requerimento de falência. Habilitação de credor. Ausência. Falta de intervenção do M.P. Nulidade da sentença. Recurso provido.

Requerimento de falência. Ausência de credores habilitados. Extinção do processo sem o julgamento do mérito. Inconformismo do Ministério Público em razão da falta de intimação para intervir no processo falimentar. Atribuição expressa na lei. Nulidade processual caracterizada. Inobservância do art. 246 do CPC. Provimento da apelação.

Tipo da ação: Apelação Cível

Número do Processo: 2001.001.17392

Data de Registro: 11/07/2002

Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível

Des. Eduardo Sócrates Sarmiento

Julgado em 07/05/2002".

Ainda em sede de jurisprudência, há de se ressaltar que o Eg. STJ também já afirmou por diversas vezes a nulidade absoluta e insanável a que se dá causa com a não intimação do Ministério Público em casos tais (REsp 80108/PA; Recurso Especial 1995/0060991-6; DJ 11/09/2000, p. 233; Relator Min. Francisco Peçanha Martins; Data da Decisão: 02/05/2000; Órgão Julgador: 2ª Turma).

É essencial ressaltar que esse panorama em nada mudou com a nova lei, embora alguns privatistas mais entusiasmados enxerguem no veto presidencial ao art. 4º do projeto de lei um caráter "minimalista" da intervenção do Ministério Público. Mesmo para esses, o processo da VARIG jamais poderia ser excluído do rol dos casos em que o interesse público a ser preservado se encontra mais flagrante, atraindo indiscutivelmente a necessidade da autação institucional do "Parquet" (art. 82, III do CPC).

A melhor doutrina já formada em torno do tema continua indicando que a presença do Ministério Público nos pedidos de falência, recuperação judicial e extrajudicial deve ser a mais ampla possível.

Em obra que já se tornou a referência mais abalizada sobre a nova lei de recuperação de empresas, o Prof. MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO afirma que:

“(…);

2. Mesmo aqueles que não trabalham especificamente no campo do direito, têm verificado, pela simples leitura dos jornais, a pretensão de hipertrofia do poder executivo, que tem tentado submeter o poder legislativo, no que é facilitado pelo uso absoluto e até agora impune do instituto das “medidas provisórias”.

3. O veto a este artigo ora sob exame nada mais é que o reflexo deste momento político que se vive, sendo mais uma pedra que se pretende retirar da construção das instituições necessárias à preservação do funcionamento independente dos poderes. O Ministério Público tem sido um dos grandes auxiliares na aplicação da lei aos casos de falência fraudulenta, órgão bem aparelhado, com componentes de alto nível intelectual e que, por força do art. 210 da lei ora revogada, intervinha em todos os atos processuais da falência.

4. Enfim, o melhor entendimento, que trará maiores garantias à sociedade, é no sentido de que os três procedimentos previstos nesta Lei (recuperação extrajudicial com pedido de homologação judicial, recuperação judicial e falência) envolvem sempre o interesse público e, por isto, até por se tratar de situação de crise da empresa, poderá haver ameaça de lesão a esse interesse.” (...) (in *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*, RT, 3ª Edição, São Paulo, 2005, art. 4º)

Não se pode olvidar artigo da lavra de MARIO DE MORAES MARQUES JUNIOR sobre o específico tema (intervenção do MP nos processos regulados pela nova lei). Após explorar as idiosincrasias das razões de veto ao art. 4º da Lei n.º 11.101/2005, assim leciona o promotor de justiça titular da 7ª Promotoria de Justiça de Massas Falidas acerca da questão (in “O Ministério Público na nova Lei de Falências”, disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6630>):

“As omissões são inúmeras e, como a intervenção ministerial é obrigatória, sob pena de nulidade do ato em que deveria intervir o Promotor de Massas Falidas, nos limitaremos apenas a elencar aquelas que, por sua relevância, prejudicam sobremaneira o exercício da atividade fiscal do *Parquet*, na função de *custos legis*.

Assim, será obrigatoriamente intimado o órgão do

Ministério Público a intervir, seja através de manifestações (pareceres e promoções), seja através da presença ao ato, nos seguintes momentos processuais, enumerados por ordem crescente de artigos da nova lei falimentar:

(...)

8) antes da concessão da recuperação judicial, ocasião em que será verificado pelo Ministério Público o cumprimento dos requisitos legais, bem como o cumprimento do disposto no art. 57 (apresentação das certidões negativas de débitos tributários pelo devedor), e a efetiva inexistência de objeções de credores ao plano de recuperação (art. 55), sendo certo que se o Ministério Público é legitimado a recorrer da decisão de concessão (como de resto, aliás, de qualquer decisão neste processo), nos termos do art. 59, parágrafo 2º, é curial que se manifeste previamente, podendo exigir o cumprimento de qualquer requisito ou apresentação de documento faltante.

(...)

A intervenção ministerial nestes processos é ditada pelo interesse público evidenciado pela própria natureza da lide e suas repercussões no ordenamento jurídico e econômico. As conseqüências, por vezes de proporções nacionais, que podem advir da falência ou recuperação judicial de sociedade empresária de grande porte, no abalo ao crédito e na credibilidade dos nossos mercados, podem influenciar, inclusive, os investimentos externos no país, pelo que, o Ministério Público, em sua missão constitucional de guardião do ordenamento jurídico e dos interesses sociais indisponíveis não pode ser afastado de tais processos, configurando-se inconstitucional qualquer iniciativa normativa com este propósito."

Infelizmente, esse é justamente o pleito ministerial não atendido pela autoridade impetrada: o de opinar previamente no interesse de decisão que venha ou não a deferir o processamento do pedido de recuperação judicial.

Além disso, é evidente o equívoco em que incorreu a autoridade impetrada ao indeferir pedido de vista dos autos sob o argumento da letra do artigo 59, § 2º, da Lei nº 11.101/2005. Se o Ministério Público pode recorrer da decisão que defere a recuperação judicial, é lógico que pode e deve intervir previamente nos autos para atuar como fiscal da correta aplicação da lei. É dizer: antes de impedir a prévia intervenção ministerial, a *ratio* do artigo 59, § 2º, da Lei nº 11.101/2005 a recomenda!

DA VIOLAÇÃO AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE TER ACESSO AOS AUTOS, TAMBÉM PELO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS.

Como se não bastasse a relevância de tudo o que se disse anteriormente acerca da correta interpretação da Lei nº 11.101/2005 no que tange à intervenção ministerial nos processos de recuperação judicial, *o ato praticado pela autoridade coatora também implica desrespeito ao inalienável direito do Ministério Público, por meio de seus Promotores de Justiça, de ter acesso aos autos de qualquer processo judicial na condição de instituição essencial à função jurisdicional do Estado.*

Tal direito – que, no que tange ao Ministério Público, se adensa como verdadeira prerrogativa de seus Promotores de Justiça – decorre do princípio maior da publicidade dos atos processuais, previsto nos artigos 5º, inciso LX, e 93, IX, da Constituição Federal, sendo confirmado pelo artigo 155 do Código de Processo Civil.

E, como visto, as razões que levaram o Ministério Público a pedir vista dos autos do processo de recuperação judicial da Varig são de importância ímpar. É que se está diante da suposta tentativa de debelar crise financeira de sociedade empresária concessionária de serviço público e que é notoriamente controlada por uma fundação, fatos que por si só já demonstram a necessidade da intervenção ministerial no feito, não bastasse a repercussão meta-individual da pretensão da Varig.

Assim, ao indeferir mero pedido de vista dos autos por parte do impetrante, a autoridade coatora viola direito líquido e certo do Ministério Público, por meio de seus Promotores de Justiça atuantes na seara da recuperação judicial de empresas, de ter simples acesso aos autos do processo para dele inteirar-se, como se se tratasse de feito sigiloso para o *Parquet*.

DO PEDIDO DE LIMINAR

Como bem restou demonstrado, estão mais do que presentes os requisitos do *“fumus boni juris”* e *“periculum in mora”*. Enquanto se atropelam os atos judiciais tendentes a prosseguir na apreciação do pedido de recuperação judicial, vão sendo superadas diversas oportunidades de intervenção do Ministério Público para a boa conclusão do feito.

A atividade fiscalizadora do “Parquet” não pode ser terceirizada, cometida a terceiros, por mais qualificados que se arvorem o Administrador Judicial e o perito contábil nomeado. É este o momento processual adequado para que o Ministério Público afira se foram atendidos os requisitos legais e a regularidade da documentação que instrui o processo.

Por outro lado, não pode o país correr o risco de subitamente deparar-se com um “fato consumado” perante os tribunais, a frustrar as grandes expectativas nutridas em torno da nova lei.

Tampouco se pode admitir tão evidente violação ao princípio da publicidade dos atos processuais, por meio da inusitada vedação do acesso do Ministério Público aos autos do processo.

Assim, pleiteia-se medida de urgência com o escopo de garantir ao Ministério Público imediata vista dos autos determinando-se "**incontinenti**" a remessa dos autos ao gabinete do Promotor de Justiça titular da 8ª Promotoria de Justiça de Massas Falidas da Comarca da Capital.

DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer o Ministério Público:

- a concessão de medida liminar "**inaudita altera pars**" para garantir ao Ministério Público imediata vista dos autos determinando-se "**incontinenti**" a remessa dos autos ao gabinete do promotor de justiça titular da 8ª Promotoria de Justiça de Massas Falidas da Comarca da Capital, **antes** que se defira ou indefira o pedido de recuperação judicial formulado por VARIG S/A;

- a notificação da autoridade impetrada para prestar informações, nos termos do art. 7º, II da Lei n.º 1.533/1951;

- a oitiva do Ministério Público para opinar no interesse do julgamento do presente "*writ*" (art. 10 da Lei n.º 1533/1951);

- seja julgado procedente o pedido inicial e confirmada medida liminar acima referida, reconhecido o direito líquido e certo do Ministério Público de ter vista dos autos e amplo acesso aos mesmos, bem como garantindo-se a sua prévia oitiva em todo e qualquer incidente do pedido de recuperação judicial e outros feitos incidentais, MEDIDA DE TRANSPARÊNCIA E JUSTIÇA!!!

Termos em que, dando à causa o valor de R\$ 1.000,00, dado o caráter inestimável dos interesses em discussão,

E. Deferimento.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 2005.

GUSTAVO ADOLFO MACHADO CUNHA LUNZ

ANCO MÁRCIO VALLE

MARCOS LIMA ALVES

VICTOR SANTOS QUEIROZ

MARIO MORAES MARQUES JUNIOR

Função do Ministério Público no processo de recuperação judicial.

PROCURADORIA DE JUSTIÇA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
4ª CÂMARA CÍVEL

Mandado de Segurança 200500400862

Impte.: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Impdo.: *Juízo de Direito da 8ª Vara Empresarial da Comarca da Capital*

Relator.: *Des. Jair Pontes de Almeida*

Mandado de segurança. Impetração destinada a preservar a função do Ministério Público no processo de recuperação judicial da VARIG e em feitos correlatos. Parecer no sentido da inadmissão parcial do *writ*, quanto à falta de intimação anterior ao deferimento do processamento do pedido de recuperação, e da concessão, no mais, da ordem.

PARECER

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado em face do Juízo de Direito da 8ª Vara Empresarial da Comarca da Capital pela Promotoria de Justiça que atua junto ao órgão judicial.

Pleiteia o Impte., em relação a processo de recuperação judicial em curso da VARIG (2005.001.072887-7), o reconhecimento do "direito líquido e certo do Ministério Público de ter vista dos autos e amplo acesso aos mesmos, bem como garantindo-se a sua prévia oitiva em todo e qualquer incidente do pedido de recuperação judicial e outros feitos incidentais".

Alega que o Ministério Público é instituição constitucionalmente incumbida de velar pelo interesse público – indubitavelmente presente no caso dos autos, haja vista o faturamento anual da empresa envolvida, que gira em torno de 2 bilhões de dólares, tendo grande repercussão no panorama econômico-social do Brasil –, possuindo atribuições e prerrogativas para o exercício de seu mister, que foram violadas pela autoridade coatora, com errônea interpretação

da nova Lei de Recuperação de Empresas – tendo em conta o art. 82, III, do CPC, o art. 210 da lei revogada, bem como o próprio dispositivo que serviu de fundamento à decisão impugnada, cuja *ratio* recomenda a prévia oitiva do Impte. –, constituindo a ausência de intervenção do *Parquet* no feito causa de nulidade processual.

A liminar foi indeferida (fls.17vº).

Foram prestadas informações a fls. 21, afirmando o Juízo *a quo* que a Lei 11.101, de 2005, não mais determina a remessa dos autos ao Ministério Público a todo o tempo, para ciência de todos os atos do processo, o que ocorreria se o art. 4º do projeto de lei não tivesse sido vetado, encontrando-se a decisão atacada em conformidade com os ditames legais, em especial, com o art. 52, V, da Lei 11.101, segundo o qual a intimação daquele se dará no mesmo ato que deferir o processamento da recuperação judicial, o que ainda não havia ocorrido antes do pedido de vista formulado pelo *Parquet*. Por fim, esclarece que, em 30 de junho de 2005, foi aberta vista dos autos ao Ministério Público, pelo que o presente *writ* perdeu o objeto.

2. Tratando-se de mandado de segurança contra ato judicial, parece-me prudente que, adotado entendimento assentado na jurisprudência, se chame ao processo a Requerente da recuperação judicial para, querendo, passar a atuar no feito.

Vou manifestar-me desde logo, todavia, sobre a causa.

3. O *writ* está em parte prejudicado quanto à falta de intimação do Ministério Público antes da decretação do processamento da recuperação judicial, que ocorreu logo após o indeferimento da liminar – embora seja justo ressaltar ter sido, *data venia*, pouco razoável o indeferimento do requerimento vista noticiado nos autos.

O pedido não está adstrito, contudo, à questão, abrangendo preventivamente o reconhecimento do direito do Ministério Público de “ter vista dos autos e amplo acesso aos mesmos, bem como garantindo-se a sua prévia oitiva em todo e qualquer incidente do pedido de recuperação judicial e outros feitos incidentais”.

Remanesce íntegro, portanto, embora em relação a parte da demanda, o interesse no julgamento da impetração, diferentemente do que se sustenta nas informações.

Constitui o mandado de segurança, por outro lado, como demonstrado na inicial, meio processual idôneo para defender o Ministério Público as funções que lhe outorgam a Constituição Federal e as leis.

4. O pedido, no que subsiste, me parece fundado.

O que se encontra em jogo na espécie são os limites da intervenção do Ministério Público nos processos de recuperação judicial, ou, mais especificamente, é a questão consistente em saber se a intervenção do Ministério Público em tais processos só deve dar-se – estritissimamente, como parece defender o Juízo impetrado – nas situações expressamente previstas em normas da Lei 11.101.

A matéria pode ser apreciada sob duplo enfoque, conduzindo ambos ao mesmo resultado e respeitando ambos, quer ao processo de recuperação, quer aos que lhe sejam correlatos.

Por um lado, constitui verdadeiro truísmo dizer-se que há interesse social (Constituição Federal, art. 127) e interesse público (CPC, art. 82, III, aplicável *ex vi* do art. 189 da Lei 11.101) na recuperação judicial de empresas, levando em conta que não se trata evidentemente de processo cuja repercussão fique confinada a interesses privados da empresa e de seus credores.

Cuida-se de aspecto que, na espécie, cresce de ponto, e assume ar de obviedade, já que se cogita aqui da recuperação de empresa de aviação – que a própria Lei 11.101 põe em destaque, como pode ver-se do art. 199⁽¹⁾ – e, mais, da recuperação da VARIG, companhia cuja presença no cenário nacional dispensa maiores considerações.

Estão presentes no caso, por conseguinte, o interesse público e o interesse social, em prol dos quais se legitima e se impõe a participação do Ministério Público no processo.

5. Ao mesmo resultado conduz, por outro lado, a interpretação correta da Lei 11.101.

É certo que o projeto submetido a sanção continha um dispositivo que, em cláusula geral, previa a participação do Ministério Público nos processos de recuperação e falência, e que a regra foi objeto de veto da Presidência da República.

A leitura das razões do veto evidencia, porém, que, em casos como o dos autos, em que o Ministério Público está pleiteando a intervenção no processo, a providência não poderia ser negada. Basta ver o que a respeito disse a Presidência da República:

“O Ministério Público é, portanto, comunicado a respeito dos principais atos processuais e nestes terá a possibilidade de intervir. Por isso, é estreme de dúvidas que o representante da instituição poderá requerer, quando de sua intimação inicial, a intimação dos demais atos do processo, de modo que possa intervir sempre que entender necessário e cabível. A mesma providência poderá ser adotada pelo *parquet* nos processos em que a massa falida seja parte.

Pode-se destacar que o Ministério Público é intimado da decretação de falência e do deferimento do processamento da recuperação judicial, ficando claro

⁽¹⁾ Art. 199. Não se aplica o disposto no art. 198 desta Lei às sociedades a que se refere o art. 187 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

Parágrafo único. Na recuperação judicial e na falência das sociedades de que trata o *caput* deste artigo, em nenhuma hipótese ficará suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves ou de suas partes.

que sua atuação ocorrerá *pari passu* ao andamento do feito. Ademais, o projeto de lei não afasta as disposições dos arts. 82 e 83 do Código de Processo Civil, os quais prevêem a possibilidade de o Ministério Público intervir em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público, e, neste processo específico, requerer o que entender de direito."

Do veto não resulta, além disso, que a Lei deva ser entendida em sentido contrário ao que prevaleceria na hipótese de não ter ele ocorrido.

Na Lei 11101, quer no tocante à falência, quer no tocante à recuperação judicial, se encontram várias regras que prevêem *expressis verbis* a atuação do Ministério Público.

Para mencionar apenas algumas:

a) **art. 8º:** contempla a possibilidade de o Ministério Público impugnar a relação de credores;

b) **art. 19:** confere ao Ministério Público legitimidade para, "até o encerramento da recuperação judicial ou da falência, observado, no que couber, o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil, pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito, nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou, ainda, documentos ignorados na época do julgamento do crédito ou da inclusão no quadro geral de credores";

c) **art. 30:** "o Ministério Público poderá requerer ao juiz a substituição do administrador judicial ou dos membros do Comitê nomeados em desobediência aos preceitos desta Lei";

d) **art. 59, § 2º:** "Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público."

Trata-se de normas cuja consideração impõe, se a Lei se interpreta sistematicamente, como é mister, e se se parte da premissa de que o legislador deva ser levado a sério, sem imputar-lhe regras inócuas, a conclusão de que a intervenção do Ministério Público se dá em todos os momentos relevantes do processo, nos termos em que isso ocorre, de um modo geral, no processo civil.

Do contrário, seria de perguntar-se como, ausente do processo, a ele convocado esporádica e pontualmente, para um ou outro ato, e sem a capacidade de adivinhar o que acontece em processo de que não participa, poderia o Ministério Público exercer eficazmente os poderes que a Lei lhe confere, como, v.g., o de impugnar a relação de credores, inclusive por meio da propositura de ações, pleitear a substituição do administrador, e até mesmo recorrer das decisões que viessem a ser proferidas.

É este o entendimento que tem prevalecido na doutrina.

É a opinião de JORGE LOBO: "O Ministério Público, como órgão da lei e fiscal de sua fiel execução, atua, na tutela do interesse público e na defesa dos superiores interesses da Justiça, em todas as fases da ação de recuperação judicial, inclusive antes do despacho de processamento, independentemente de requerimento da empresa, credores, administrador judicial ou qualquer interessado, com ampla e irrestrita legitimidade para recorrer, em primeiro e segundo grau de jurisdição". ("Direito da empresa em crise", in *Revista Forense* - vol. 379, pp. 119 e segs.)

Do mesmo modo se pronuncia MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO. Antes de observar que a intervenção do Ministério Público não significa que se lhe deva abrir vista dos autos a todo momento, mesmo naqueles em que nenhuma atividade deva ser realizada e nenhuma questão deva ser decidida, registra: "... o melhor entendimento, que trará maiores garantias à sociedade, é no sentido de que os três procedimentos previstos nesta Lei (recuperação extrajudicial com pedido de homologação judicial, recuperação judicial e falência) envolvem sempre o interesse público e, por isto, até por se tratar de situação de crise de empresa, poderá haver ameaça de lesão a esse interesse". (*Nova Lei de Recuperação e Falência*, 3ª ed., SP, RT, 2005, pp. 55/6).

Não discrepa ALBERTO CAMIÑA MOREIRA, que faz interessante incursão em direito comparado, repete a observação de MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, quanto a remessas inócuas ao Ministério Público, mas acentua que "no processo de recuperação de empresas brasileiro, o Ministério Público atua, a despeito de ter sido vetado o art. 4º, como interveniente (*custos legis*) e como agente (promovendo ação)". E enfatiza não bastar "a intimação do Ministério Público do despacho de processamento da recuperação judicial para não mais ser necessária a intimação do órgão. Fiscalização exige presença no processo. É ingênuo acreditar que possa haver fiscalização à distância, por adivinhação, sem o efetivo conhecimento do que se passa no processo" (*Direito Falimentar*, coordenação de Luiz Fernando Valante de Paiva, Quartier Latin, SP, 2005, pp. 269/70).

É à vista de tais considerações que se opina no sentido da concessão da ordem.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 2005.

HELICIO ALVES DE ASSUMPTÃO
Procurador de Justiça

“Exceção de suspeição oposta por Promotor de Justiça contra Juiz de Direito, em razão daquele estar movendo uma actio de responsabilidade civil por danos morais contra o membro do MP. Tal fato não é o quantum satis para inferir-se inimizade capital tipificada no art. 135, I do CPC, pois esta tem que ser provada, não bastando a mera antipatia e/ou malquerença. Legitimidade ativa do MP para opor a exceptio suspicionis”

4ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Exceção de Suspeição nº 2005.029.00069

Excpte. – O Ministério Público do primeiro grau de jurisdição titular da Promotoria de Justiça junto à 8ª Vara Empresarial da Comarca da Capital – Gustavo Adolfo Machado Cunha Lunz

Excpto. – O Juiz de Direito Alexander dos Santos Macedo – Titular da 8ª Vara Empresarial da Comarca da Capital

Eminente Desembargador-Relator Fernando Cabral

PARECER

Eminente Desembargador-Relator,

“Exceptio suspicionis oposta por membro do Ministério Público contra magistrado, ao argumento de que este nutre inimizade capital contra o Promotor de Justiça excipiente, em razão do magistrado ter ajuizado uma ação de reparação de danos em face do excipiente e de mais dois litisconsortes. Art. 135, I do CPC.

Antes de mais nada, é de rejeitar-se a arguição de *illegitimatío ad causam* ativa do *Parquet*, para propor a presente medida.

A simples malquerença, antipatia ou inconformidade de opiniões ou de sentimentos não constituem motivos de suspeição, infelizmente, consoante reiterada jurisprudência. *De iure constituendo*, os fatos narrados pelo excipiente deveriam constituir causa bastante para fundamentar suspeição; todavia, *legem habemus* e, pela letra da lei, não vemos como possa ser acolhida a pretensão do excipiente.

Posiciona-se esta Procuradoria de Justiça, aqui oficiando como *custos legis*, deva esta Egrégia Câmara julgar **improcedente o pedido**”.

O Ministério Público do primeiro grau de jurisdição, na pessoa do ilustre Promotor de Justiça *Gustavo Adolfo Machado Cunha Lunz*, titular da Promotoria de Justiça junto à 8ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, oferece a presente *exceptio suspicionis* contra o Exmo. Sr. Juiz de Direito *Alexander dos Santos Macedo*, titular da 8ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, com fulcro nos arts. 135, inciso I e 304, ambos do Código de Processo Civil, aduzindo como *causa petendi* à tutela jurisdicional, que no dia 21 de dezembro do ano passado foi citado pelo Oficial de Justiça da 21ª Vara Cível da Comarca da Capital, para contestar uma *actio* de reparação de danos morais ajuizada pelo ora magistrado excepto, figurando ainda na relação processual como litisconsortes passivos a jornalista Carla Rocha e a empresa Infoglobo Comunicações Ltda, afirmando o autor da ação de reparação de danos que o ora excipiente teria engendrado calúnia contra o mesmo e colaborado para sua publicação em veículo de comunicação de massa, formulando assim pedido de indenização em quantia a ser eventualmente fixada pelo Juízo, mas que pretende não inferior a vinte vezes o seu salário.

Salienta o combativo excipiente ser óbvio o sentimento de inimizade nutrida pelo magistrado em relação a sua pessoa, pelo que entende ser causa de evidente suspeição do juiz, cujas magnas funções devem estar distantes de suas paixões terrenas, dest'arte entende o excipiente que, ao deflagrar aquela lide, esse mesmo magistrado foi o único causador da suspeição, recaindo sobre o mesmo o dever de remeter ao seu substituto legal os autos para julgamento, lamentando o excipiente não tenha o excepto declarado de ofício sua suspeição assim que resolveu submeter ao Judiciário a querela, incompatível com a imparcialidade que deve nortear suas decisões.

Prosseguindo, afirma o ilustre excipiente que a jurisprudência, atualmente, agasalha a suspeição do magistrado, quando inimigo capital do membro do Ministério Público quando funciona como *custos legis*, pelo que aguarda a suspensão do processo pelo excepto e, a final, seja reconhecida a suspeição com remessa dos autos ao seu substituto legal.

Indo os autos à conclusão do ilustre magistrado excepto, S. Exa. rejeitou a *exceptio* ofertada, não reconhecendo sua suspeição na falência da Companhia Mineradora Caulim, requerida pela Massa Falida do Banco Dracma S.A., determinando a seguir a remessa destes autos ao órgão *ad quem*, juntamente com suas razões.

Subindo os autos a este Egrégio Sodalício, vieram os mesmos com vista à Procuradoria de Justiça, para exame e parecer conclusivo.

É o relatório.

In limine initio litis, não há como acolher-se a arguição do magistrado excepto de que o honrado Promotor de Justiça excipiente não possui *legitimatio ad causam* ativa por não ser parte no feito, não podendo, assim, opor a *exceptio suspicionis*, pois em casos que tais a decisão final não atinge sua esfera jurídica, mas sim das partes que contendem, daí é que a seu ver não há como furtar-se ao seu dever de julgar. Tal assertiva não encontra respaldo legal, considerando-se

que o impedimento e a suspeição são questões de ordem pública, podendo ser questionados a qualquer tempo e sendo matéria de interesse público, qualquer das partes, interessados e Ministério Público podem arguir e o magistrado tem o dever de ofício de fazê-lo, **máxime** porque do juiz exige-se imparcialidade para compor os conflitos intersubjetivos de interesses ocorrentes. E tanto isto é verdade que NELSON NERY JUNIOR, em nota de rodapé ao artigo 135 de *CPC Comentado* (8ª ed., RT, 2004), diz com todas as letras que somente as partes e o MP têm legitimidade ativa para opor exceção de suspeição (CPC 304). Neste mesmo diapasão temos a lição de ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO in *A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, Saraiva, 1989, pp. 482/3. Desta maneira, impõe-se a rejeição da preliminar argüida pelo magistrado excepto, com a devida vênia.

Porém, *concessa maxima venia* do conspícuo excipiente, não há como acolher-se a suspeição, ora ofertada, malgrado entenda este Procurador de Justiça as razões de foro íntimo que levaram o competente e honrado Promotor de Justiça a apresentar a *exceptio*, porém temos que nos ater à letra da lei, ao denominado direito objetivo, mais precisamente ao artigo 135, inciso I do Código de Processo Civil que giza toda a matéria posta à consideração do órgão *ad quem*. Aqui, fala-se em inimizade capital e esta tem que ser provada, não bastando conjecturas e ilações. Conforme nos ensina a doutrina francesa que não discrepa da nossa, "*La règle de droit s'applique dans une société déterminée, à tous ceux qui sont soumis aux autorités de cette société. Elle est impersonnelle. Par conséquent, il n'y a pas de règle pour tel ou tel d'entre nous...*" – Cfr. *Cours de Droit Civil*, MICHEL DE JUGLART et ALAIN PIEDELIEVRE, Tome I, quatorzième édition, 1994, Montchrestien, p. 17.

Antes de mais nada, os motivos enumerados no artigo 135 do Código de Processo Civil indicam uma *praesumptio* relativa de parcialidade do magistrado, que pode ser afastada mediante prova em contrário, eis que os motivos indicadores de suspeição são de ordem subjetiva e, infelizmente, o ilustre excipiente não trouxe aos autos prova da parcialidade do órgão jurisdicional.

No caso em tela apontou-se o inciso I do artigo 135 do CPC como *leitmotiv* para afastar o magistrado excepto do feito mencionado pelo excipiente; todavia, pela dicção da lei processual civil e sua subsequente exegese, tão-só haverá fundada suspeição de imparcialidade do juiz quando amigo íntimo **ou inimigo capital de qualquer das partes**. Pois bem, com a devida vênia do ilustre Promotor de Justiça excipiente, não se evidencia a inimizade capital do magistrado excepto em relação a sua pessoa pelo fato de figurar o excipiente no pólo passivo da relação processual com mais dois litisconsortes passivos, em ação de reparação de danos. *A simples malquerença, antipatia ou inconformidade de opiniões ou de sentimentos não constituem motivos de suspeição de parcialidade do juiz* – Cfr. PAULA, PCLJ, II, 3659-A, 237).

Conforme já decidido, a inimizade capital ensejadora do afastamento do juiz da causa deve ser tal que gere, entre o juiz e o excipiente, ódio ou desejo de vingança – RT 514/117.

Até mesmo o simples fato de o magistrado proferir decisões contrárias às pretensões do excipiente não se caracteriza *per se*, suspeita de parcialidade, porquanto as decisões são passíveis de impugnação pela via recursal normal. E o sentimento de inimizade da parte deve ser correspondido pelo juiz excepto. A simples afirmação da parte e/ou MP de que o juiz é seu inimigo capital não configura hipótese de suspeição, se o juiz pessoalmente não se sente seu inimigo capital e se encontra em condições de isenção e imparcialidade. Enfim, a inimizade capital é aquela que, com um aspecto de gravidade evidente, arraigada, traduz ódio, segundo iterativa interpretação pretoriana.

De iure constituendo, os fatos deduzidos pelo ilustrado excipiente deveriam constituir causa bastante para fundamentar suspeição; todavia, *legem habemus* e tanto a *communis opinio doctorum* como a interpretação pretoriana entendem que os motivos de suspeição são enumerados taxativamente pela lei, sendo vedada qualquer exegese extensiva pelo hermeneuta.

Ante o exposto, aguarda esta Procuradoria de Justiça, aqui oficiando como *custos legis*, deva esta Egrégia Câmara, com a devida venia, julgar improcedente o pedido formulado pelo conspícuo Promotor de Justiça excipiente, diante das razões *supra* expostas.

Rio de Janeiro, RJ, segunda-feira, 04 de abril, *anno domini* MMV.

JOSÉ ANTONIO LEAL PEREIRA
Procurador de Justiça titular junto
à 4ª Câmara Cível

Mandado de Segurança junto à Seção Criminal - Ato do Secretário Estadual de Administração Penitenciária - Limites ao exercício do direito de entrevista entre detentos e advogados no interior de penitenciária de segurança máxima - Ponderação de interesses - Proporcionalidade da medida restritiva que preserva o núcleo dos direitos individuais e garante a ordem e segurança públicas.

1ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA JUNTO À SEÇÃO CRIMINAL
Mandado de Segurança nº 2005.078.00034

Relator: Des. *Luiz Leite Araujo*

Impetrantes: *Márcio dos Santos Nepomuceno e Flávia Pinheiro Fróes*

Impetrado: *Secretário de Estado de Administração Penitenciária*

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM 2º GRAU

1. Trata-se de *mandamus* insurgente em face de suposto ato ilegal administrativo consubstanciado na proibição de comunicação entre os impetrantes, na qualidade, respectivamente, de apenado e sua patrona, objetivando intentar Justificação Criminal e Revisão Criminal. Argumentam, neste sentido, que houve desrespeito ao princípio da ampla defesa e ao exercício da advocacia, conforme estabelecido no art. 7º, III, da Lei nº 8.906/94.
2. A liminar foi concedida pelo Desembargador *Silvio Teixeira*, face à justificada ausência do Relator, na data de 06/05/2005, para permitir a entrevista entre os impetrantes até a data de 11/05/2005, respeitadas as exigências dispostas, pela Unidade Prisional, para garantia da ordem e segurança (fls. 16/17); mantida pelo Desembargador Relator *Luiz Leite de Araújo*, conforme decisão de fls. 21.
3. Em seguida, tendo os impetrantes requerido extensão dos efeitos da liminar concedida, foi a mesma deferida até o julgamento do mérito do presente (fls. 22).
4. Prestando informações, o Secretário Estadual de Administração Penitenciária, às fls. 26/28, esclarece que o ato de proibição das entrevistas entre os impetrantes fundamenta-se no art. 8º da Resolução SEAP nº 70, de 03 de agosto de 2004, que determina regras procedimentais para o acesso de advogados à Penitenciária *Laércio da Costa Pellegrino - BANGU I*, de importância fundamental para a garantia de segurança e organização daquele complexo penal, acrescentando, ainda, que, por incluir-se entre as regras referidas a comunicação de cada preso com "um único advogado", e por já encontrar-se o apenado em epígrafe regularmente assistido por outro patrono, justificada estaria a restrição imposta à segunda advogada pelo mesmo constituída. Saliencia a alta periculosidade do preso em referência, a exigir estrito respeito à regra procedimental interna, em prol do interesse público e segurança coletiva.

5. À luz do que dispõe o artigo 18 da Lei nº 1.533/51 (“o direito de requerer mandado de segurança extingui-se-á decorridos 120 (cento e vinte dias) contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”), observa esta Procuradoria de Justiça que *a impetração deste Mandado fez-se tempestivamente*.

6. Face ao teor do artigo 5º, LXIX, C.F., o campo de atuação do Mandado de Segurança é obtido por exclusão, isto é, admite-se mandado de segurança quando não cabível *habeas corpus* ou *habeas data*, resguardando, pois, sua área de incidência direito líquido e certo, que não o de locomoção ou aquele relativo ao conhecimento de informações e à retificação de dados pessoais do impetrante, em risco ou violado, por ilegalidade ou abuso de poder advindo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

7. Para a análise do mérito do presente Mandado de Segurança, é imperioso ressaltar que a garantia de ampla defesa, bem como a norma infraconstitucional de exercício da advocacia – invocadas pelos impetrantes – não têm amplitude ilimitada, pois devem harmonizar-se com as demais garantias e regras constitucionais e infraconstitucionais que expressam valores igualmente consideráveis ao Estado Democrático de Direito. Assim, como bem salientado pelo impetrado em suas informações, a ponderação dos interesses em jogo impõe, ainda que temporariamente, como é o caso, a adequação parcial de alguns direitos individuais em prol do interesse público e coletivo, que diz respeito a toda sociedade, posto que cedo é o entendimento, já consagrado na jurisprudência constitucional, que nos conflitos entre interesses individuais e coletivos devem prevalecer aqueles que preservam a ordem pública, a paz social e o interesse da sociedade, no seu todo.

8. É este o entendimento esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em casos análogos, dentre os quais destacam-se:

“Penal e Processo Penal. Conflito de Competência. Relação de contrariedade entre pronunciamentos judiciais. Controvérsia sobre o local de cumprimento da pena. Preso transferido de um Estado a outro da Federação. Ato de natureza administrativa. Conveniência e oportunidade. Competência para aplicação das normas referentes à execução. Juízo do local do cumprimento da pena. Entendimento do art. 86, caput, e § 3º, da LEP. Retorno do preso ao local da condenação. Inconveniência. Preso de elevada periculosidade. Interesse público versus interesse individual. Finalidade da pena. Entendimento do art. 52 da LEP. Regime disciplinar diferenciado. Hipótese de constrangimento ilegal afastada. Afirmação da competência do Juízo suscitado. Manutenção do preso no local onde está cumprindo pena.

1. A relação de contrariedade e de recíproca exclusão entre dois julgados é, embora sem os rigores da técnica processual,

suficiente para reconhecer-se a existência do conflito de competência. Situação em que o Juízo suscitado não aceita a permanência do condenado sob sua jurisdição e, ao entendimento de que a pena deve ser cumprida no local da condenação – que é também o meio familiar e social do preso – determina a transferência; o Juízo suscitante não aceita a transferência, ao entendimento de que deve ser evitada a presença do condenado exatamente no meio em que exerce liderança sobre facção criminosa ligada ao narcotráfico – situação em que permanece indefinido o objeto central da controvérsia: o local para o cumprimento da pena.

2. A autoridade administrativa tem atribuição legal para atuar no curso da execução, não apenas naquilo que respeita ao exercício do poder disciplinar, como também na solução de problemas relacionados à rotina carcerária, em conformidade com as normas regulamentares, mas é da autoridade judiciária a competência para a definição quanto ao local de cumprimento da pena (art. 86, § 3º, LEP).

3. A definição do local de cumprimento da pena deve atender à supremacia do interesse público sobre o interesse individual (aplicação do artigo 86, LEP) e aos propósitos de prevenção geral e especial – positivo e negativo.

(...)

5. Eventual tensão entre normas de direito posto, em principal as que circundam interesses de dignidade Constitucional, em face à relevância com que se projetam no corpo social, necessita de soluções de sacrifício mínimo aos bens jurídicos conflitantes.

6. O exercício abusivo de um direito fundamental esbarra na rejeição da ordem jurídica presidida pela Carta Magna, em razão da exigência de compatibilização entre as várias esferas jurídicas individuais.

(...)

8. Conflito conhecido para indicar a competência do Juízo suscitado e determinar a permanência do condenado no estabelecimento onde cumpre pena e a manutenção do regime disciplinar diferenciado.” (Processo CC 40326/RJ – Conflito de Competência 2003/0172122-1 – Relator Ministro Paulo Gallotti – Relator(a) p/ Acórdão Ministro Paulo Medina – Órgão Julgador – Terceira Seção – Data do Julgamento 14/02/2005 – Data da Publicação/Fonte DJ 30.03.2005, p. 131)

Informativo Nº 0169 do STJ – Período: 7 a 11 de abril de 2003.

HC. Advogado. Direito. Visita. O *habeas corpus* não é hábil para garantir o direito de visitas de advogados ao paciente, conhecido traficante, ao tempo da impetração recolhido em unidade policial, pois não há demonstração de ameaça à liberdade de locomoção. *Outrossim, resta prejudicado o pedido em razão da expedição de resolução disciplinando o almejado direito no âmbito da penitenciária onde ora se mantém preso.* – HC 25.057-RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 10/4/2003.

9. Ademais, acrescente-se que, tendo sido a causídica constituída para patrocinar os interesses do apenado em Justificação Criminal e posterior Revisão Criminal, sua atuação profissional está direcionada à movimentação dos procedimentos criminais referidos e, neste caso, o Sistema Informatizado do Tribunal de Justiça de nosso Estado informa que a Justificação Criminal nº 2005.001.026494-0, tendo por justificante o apenado, representado pela citada advogada, já foi julgada, aguardando apenas a ultimação de sua baixa. Assim, *in casu*, não mais persiste o interesse na realização de comunicações constantes entre advogada e cliente, pois que a propositura da Revisão Criminal depende, unicamente, da apresentação das novas provas já colhidas em sede judicial, sendo procedimento vinculado às restritas hipóteses do art. 621 c/c art. 626 do Código de Processo Penal.

10. Por todo o exposto, opina o Ministério Público, por seu Procurador de Justiça com tal atribuição, *seja improvido o presente mandamus, cassando-se a liminar outorgada, posto que o ato impugnado não configura qualquer ilegalidade ou abuso de poder violador de direito líquido e certo dos impetrantes*, como medida da mais sagrada, universal e salutar Justiça Social !

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2005.

JOSÉ ROBERTO PAREDES
Procurador de Justiça

Ação Civil Pública para defesa de grupo de consumidores de serviços de cartão de crédito, submetidos a juros compostos. Legitimidade constitucional do Ministério Público

Proc. N° 2005.001.21109

Recurso de Apelação

Apelante: *Cartão Unibanco Ltda.*

Apelado: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.*

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ação Civil Pública para defesa de grupo de consumidores de serviços de cartão de crédito, submetidos a juros compostos. Legitimidade constitucional do Ministério Público. Nítido interesse coletivo de consumidores. Litigância de má-fé. Defesa contrária à lei e à jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores. Prática sem base legal. Inconstitucionalidade da medida provisória em que se funda o abuso. Inexistência de relevância e urgência. Matéria reservada à lei complementar, vedada a utilização da medida excepcional. Manutenção da decisão.

Egrégia Câmara,

O apelante insurge-se contra a r. sentença de fls. 307/312, que julgou procedente em parte o pedido para declarar nula a cláusula contratual que autoriza a aplicação de juros compostos e condenar o réu a devolver em dobro, a cada consumidor de seus serviços, o valor cobrado e pago a este título, a ser apurado em liquidação por artigo e arbitramento, não condenando em custas e honorários face a sucumbência do Ministério Público, aplicando multa de 1% ao apelante por litigância de má-fé, a ser recolhido em favor do FETJ.

Sustenta, em suas razões, que (fls. 314/327):

PRELIMINARMENTE.

O Ministério Público é carecedor de ação, pois o direito é puramente individual e disponível;

Também é parte ilegítima, conforme o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, além de faltar-lhe interesse processual em virtude do procedimento escolhido, pois a repetição de indébito deve ser pretendida pelos próprios consumidores que se sentirem prejudicados.

NO MÉRITO.

1. É impossível a limitação de taxas de juros e da capitalização conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, pois o apelante é instituição financeira;
2. A Medida Provisória n. 2.170-36/2001 dispõe, no seu art. 5º, que “nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”;
3. Todas as cobranças foram feitas com base na jurisprudência e na lei, não sendo o entendimento diverso do juízo causa para aplicar a litigância de má-fé. O apelado, em contra-razões, aduz que (fls. 336/371):

“Preliminarmente.

Os interesses são coletivos, o que legitima o Ministério Público à sua defesa, pois a sentença declarou abusivo o termo de adesão quanto à capitalização de juros em caso de impuntualidade do pagamento devido, o que aproveita a todos os consumidores;

A legitimidade do *Parquet* é fundada no art. 129, inciso III da Constituição da República, que garante à sociedade a defesa de quaisquer interesses difusos e coletivos pelo Ministério Público;

A ACP possibilita ao consumidor pleitear a execução do seu crédito, ou a ele renunciar.

No mérito.

- a. A sentença perfilhou orientação da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, ao

declarar abusiva a capitalização de juros sem a necessária autorização legal;

b. O fato de ser permitida a cobrança de juros acima de 1% ao mês não faculta a cobrança de juros compostos, pois inexistente lei que ampare tal prática, havendo nesse sentido a súmula 121 do STF: “ é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”;

c. Nem mesmo às instituições financeiras é permitido capitalizar juros independente de expressa autorização legal, vedada pela lei da usura (Decreto 22.626/33);

d. A capitalização de juros caracteriza assunto relativo ao Sistema Financeiro Nacional que, por isso, só pode ser regulamentado por lei complementar, por força do preceito constitucional do art. 192 e do art. 62, par. 1º, inciso III, da Constituição da República.

Vejamos a quem assiste razão.

DAS PRELIMINARES.

Estabelecem os arts. 127 e 129, inciso III da Constituição da República:

“Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

Portanto, a partir da Constituição Cidadã de 1988, o Ministério Público passou a ser um legitimado extraordinário constitucional para a defesa da ordem jurídica, expressa pela segurança das relações jurídicas no Estado Democrático de Direito, do regime democrático, que traduz a defesa de todas as liberdades

públicas em nosso país e os interesses sociais, ou seja, as chamadas violações de massa, e os individuais indisponíveis, que refletem todos os direitos fundamentais, produto da história da humanidade.

Dito isso, não é difícil concluir, que os interesses sociais são reafirmados no art. 129, quando expressamente discrimina esta legitimação para a defesa de interesses difusos e coletivos.

O fundamento é histórico, e decorre da Revolução Industrial, e do aparecimento dos sindicatos, das associações, das sociedades anônimas, *etc*, que fez perceber que os interesses passavam a se apresentar de forma coletiva, independente de serem econômicos ou sem fins lucrativos.

O Direito, como ciência destinada a estabilizar os conflitos sociais, começava a desafiar os estudiosos no sentido de que não atenderia essa finalidade se não adotasse concepção menos individualista, abraçando a realidade de um tecido social cada vez mais complexo.

O aparecimento de uma sociedade de massa fez rever a concepção de que as lesões poderiam ser compostas nos limites dos representantes do conflito em juízo, mas de forma a atender o amplo espectro de lesionados por essas violações que, consideradas individualmente, não expressavam interesse na busca da composição, mas, se visualizadas em seu conjunto, representavam lesões que colocavam em risco a segurança das relações jurídicas, função precípua do Estado.

Surge então, em 1975, na Convenção de Firenze sobre Liberdades Fundamentais e Formações Sociais, a preocupação sobre o problema do acesso à Justiça, difundido entre nós como o da tutela dos interesses difusos.

Demonstrou-se, na Convenção, que tanto no sistema da jurisdição legal como no da *Common Law* a tutela desses interesses não era satisfatória.

Partia-se da premissa de que, em todas as Constituições modernas e Declarações de Direitos do Homem, existe um capítulo sobre liberdades fundamentais e Direitos e Deveres "sociais e coletivos", tais como ao meio ambiente natural, o respeito às belezas fundamentais, à saúde, à segurança social, a não ser esmagado por um caótico desenvolvimento urbano, a enganosa publicação comercial, a fraude financeira, bancária, alimentar, nem as discriminações sociais, religiosas ou raciais.

Todos os direitos que não haviam sido, ainda, colocados em nenhuma legislação progressista, mas têm caráter difuso, pertencem à coletividade.

Entre nós, a primeira manifestação legislativa de busca da solução do problema se deu em 1985, através da Lei 7.347, que disciplinou a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, que teve ampliado seu espectro de ação para qualquer outro interesse difuso e coletivo (Lei 8.078/90) ou por infração da ordem econômica (Lei 8.884/94).

Portanto, pretender a ilegitimidade do Ministério Público para a tutela coletiva dos consumidores dos serviços de cartão de crédito para não sofrerem

práticas abusivas na imposição de juro compostos é, na nossa modestíssima opinião, querer ser mais realista que o rei, ou, como entendeu o juízo, prática de litigância de má-fé.

Nem é preciso referir, que os preceitos constitucionais, por conferirem legitimidade a uma função essencial à soberania do Estado para a defesa dos valores expressos no art. 127 e explicitados no art. 129, deve ter a interpretação mais ampla possível, sob pena de negar-se aplicabilidade à Constituição.

NO MÉRITO.

É direito fundamental da pessoa não ser obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e que esta mesma lei deve ser constitucional, ou seja, não contrastar com a Constituição.

Nesse sentido, não existe, no ordenamento pátrio, preceito que autorize a prática do anatocismo, havendo, sim, a Lei da Usura e a Súmula do Supremo Tribunal Federal vedando tal prática em nosso país.

Sob esse aspecto, se verificam duas inconstitucionalidades não observadas no conflito de que tratam os autos: a inexistência da relevância e da urgência da medida provisória em que se funda o fornecedor para legitimar sua prática; a impossibilidade de prática contrária à Lei da Usura.

O fundamento da medida provisória é a relevância e a urgência (art. 62, *caput*). Há necessidade do *periculum in mora*, que decorreria do atraso da prestação legislativa, causando grave lesão de difícil reparação ao interesse público. Os pressupostos constitucionais, que são a relevância da matéria e a urgência na sua posituação, submetem-se a um exame político prévio e à avaliação discricionária do Presidente da República.

No Brasil, o controle jurisdicional dos pressupostos autorizadores da medida de urgência tem sido reclamado pelos juristas comprometidos com a efetividade da Constituição. Aliás, no regime presidencialista de governo (regime de separação dos poderes por excelência), o controle deve ser ainda mais rigoroso do que aquele experimentado na Itália e Espanha, países que adotam o parlamentarismo.

Como bem acentua o Ministro José Celso de Mello Filho, “as medidas provisórias resultam do exercício, pelo Presidente da República, de competência constitucional extraordinária. É expressão concreta de um poder cautelar geral deferido ao Chefe do Poder Executivo da União”.⁽¹⁾

Mas a existência ou não dos requisitos constitucionais para edição das medidas provisórias poderá ser revista pelo Poder Judiciário em ação própria, de forma a que uma função fiscalize a outra, como determina a doutrina dos

⁽¹⁾ Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, junho de 1990.

freios e contrapesos expressa no art. 2º, que lhes prega a independência e harmonia. ⁽²⁾

Por se tratar de uma situação extraordinária, a Constituição estabeleceu garantias formais, tentando, com isso, evitar abusos. São elas:

“1º - imediata apresentação ao Congresso Nacional, pelo Executivo, da medida provisória por este editada, visando a sua conversão em lei; ⁽³⁾

Par. 3º - As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos parágrafos 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

⁽²⁾ A teoria do “excesso do poder de legislar” é antiga na jurisprudência do Supremo. O Mandado de Segurança n. 1423, julgado em 22 de fevereiro de 1951, cujo relator foi o Ministro Luis Gallotti, tem a seguinte ementa: “As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discricção do Congresso ou do governo os aspectos de sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las; mas essa discricção legislativa ou administrativa não pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais”. *Revista Forense*, vol. 152, mar/abr. 1954, p.149. Em relação ao controle dos pressupostos da medida provisória conferir: AdinMc 162, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14.12.89, DJU 19.9.97. Admitindo o controle dos pressupostos de relevância e urgência: AdinMc 526-DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.91, RTJ 145:101); AdinMc 1417-DF (Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 7.3.96, LEX 215:35); (RE 223021-PE (Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 26.6.98. Nas ADins 526 e 1417-0, o STF decidiu que a fase de julgamento cautelar era imprópria para aferição do pressuposto de urgência, pois esta matéria envolvia, em última análise, a afirmação do abuso do poder discricionário, na sua edição. Todavia, na ADinMc 1753-DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 12.6.98), embora afirmando a excepcionalidade desta espécie de censura judicial, suspendeu cautelarmente medida provisória em virtude de ausência do pressuposto de urgência à sua edição. Nestes termos a ementa da decisão proferida na ADIn 1.397 (Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.04.97): **Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional; possibilidade. Precedentes do STF:** ADin 295-DF e ADin 1516-RO. **Requisitos de urgência e relevância: Caráter político; em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a revelância ou a urgência evidenciar-se impropriedade. No sentido de que a urgência e relevância são questões políticas, que o Judiciário não aprecia:** RE 62.739, Baleeiro, Plenário, RTJ 44/55; RDP 5/223. Pedido de suspensão cautelar da alínea c, do par. 1º do art. 9º da Lei 4.024/61, com a redação da Lei 9.131/95, bem assim das alíneas d, e, f e g do mesmo artigo: indeferimento. Medida cautelar indeferida.

⁽³⁾ A conversão a destempo implica a inconstitucionalidade da lei. CLEMERSON CLEVE, ob. cit., p. 116. Nesse sentido a Corte Constitucional Italiana, conforme MARYSE BAUDREZ (“*Décrets-lois en Italie: l'exacpération mesurée de la Cour constitutionnelle en 1996*”. *Revue Française de Droit Constitutionnel* 32:746.

Par. 4º - O prazo a que se refere o parágrafo 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

2º - perda da eficácia *ex tunc*, ou seja, desde a edição do ato não convertido em lei."

Como hipótese legislativa, se submete ao exame jurisdicional da constitucionalidade mediante o controle difuso ou concentrado, inclusive sobre a existência ou não do *periculum in mora*.

Tornando compulsória a manifestação do Congresso sobre a constitucionalidade ou não da mesma, a Carta da República estabelece o prazo de 45 dias, contados da sua publicação, para a sua apreciação no órgão legislativo.

"Par. 6º - Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando."

Desta forma, a sua apreciação é compulsória, em homenagem ao controle de uma função sobre a outra, o que decorre da exceção que consubstancia a edição do ato com força legislativa pelo executivo.

Por via de consequência, a exigência consubstancia inconstitucionalidade formal de qualquer lei editada pelo Congresso sem observância da prejudicialidade da apreciação da medida provisória.

O prazo de sua eficácia sem a conversão em lei é de, no máximo, 120 dias, iniciando o seu processo legislativo na Câmara dos Deputados.

"Par. 7º - Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

Par. 8º - As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados."

Portanto, a inconstitucionalidade da medida determina a vigência da Lei da Usura que veda a prática pretendida e o respeito à decisão sumulada do Supremo Tribunal Federal.

Se não bastasse, soma-se a isso o fato de que a matéria é reservada à Lei Complementar, nos termos do art. 192 da Constituição da República, como observado pelo Dr. Rodrigo Terra, em suas alentadas contra-razões de recurso.

A impossibilidade de dispor sobre matéria relativa a lei complementar (inc. III) é decorrência lógica do sistema de elaboração das leis, pois só na Lei Fundamental é que estão previstas suas hipóteses, como reserva de competência legislativa de poder constituinte derivado ao Congresso Nacional.

Expressa uma limitação material, face a matéria estar disciplinada no corpo da Carta Política.

Por estas razões, espera o Ministério Público a substituição da sentença por acórdão de igual teor.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 9 de agosto de 2005.

LUIZ FABIÃO GUASQUE
Procurador de Justiça

Plano de Saúde. Prazo de carência. Parto prematuro. Caso de urgência e emergência que autorizam a cobertura antes do término do período de carência. O entendimento da jurisprudência.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
11A. CÂMARA CÍVEL
Apelação Cível n. 2003.001.28082

Aptes: 1 - *Bradesco Saúde S/A*
2 - *Olga Carla Ribeiro Costa Soares e outros*
Apos: *Os mesmos*

PARECER

Egrégia Câmara,

Trata-se de apelações cíveis interpostas em razão da sentença de fls. 161/165, que julgou parcialmente procedente a ação ordinária interposta por Olga Carla Costa Soares e suas duas filhas gêmeas, Anna Carolina R. Costa Soares e Andressa Vitória R. Costa Soares, em face do Bradesco Saúde S/A, pleiteando a cobertura do parto da primeira autora e do tratamento das 2ª e 3ª autoras, quando permaneceram internadas em UTI neonatal.

A r. sentença entendeu que a primeira autora não faz jus à cobertura da cesariana pois não cumpriu o período de carência de 15 meses estipulado no contrato. Por outro lado, condenou a ré a custear a assistência médico-hospitalar das 2ª e 3ª autoras, em face da qualidade de associadas, conforme dispõe a Lei 9656/98, que não pode ser afastada ou limitada por disposição contrária do contrato original. Tendo em vista a sucumbência recíproca, as custas processuais foram rateadas e os honorários advocatícios compensados.

Primeiramente apelou o Bradesco Saúde S/A, com suas razões de fls. 170/180, alegando, em suma, a inaplicabilidade da Lei 9656/98 ao caso em tela, pois o contrato firmado entre a empregadora do marido da primeira autora e o Bradesco Saúde foi celebrado em 1993, antes da vigência da referida lei. Aduz, ainda, que as 2ª e 3ª autoras, filhas da segurada, só poderiam ser incluídas automaticamente no seguro se a mãe tivesse completado o período de 15 meses de carência, cláusula perfeitamente válida, que deveria ter sido observada.

Por seu turno, as autoras também apelaram às fls. 184/188, requerendo a inclusão do parto emergencial da primeira autora na cobertura do seguro saúde contratado e a condenação do réu ao pagamento dos ônus sucumbenciais, independentemente do provimento de seu recurso.

Contra-razões às fls. 193/199 e 201/207.

O MP se manifestou às fls. 289/290 pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo desprovimento dos mesmos.

É o relatório.

Em primeiro lugar, devem os recursos serem conhecidos, eis que tempestivos e presentes os requisitos de suas admissibilidades.

No mérito, somos pelo *desprovimento do recurso do réu* e pelo *provimento do recurso das autoras*.

Com efeito, segundo o art. 35 da Lei 9656/98, esta terá aplicabilidade a todos os contratos firmados posteriormente a sua entrada em vigor. E, no caso em tela, não há dúvidas de que a primeira autora aderiu ao contrato somente em 2002. Ademais, como bem dispôs a sentença ora guerreada, os empregados e dependentes inscritos depois de janeiro de 1999 já tiveram seus prêmios calculados com as coberturas da legislação em vigor. Portanto, é irrelevante que o contrato firmado entre a ré e a empregadora do marido da primeira autora datasse de 1993, pois os novos segurados pagam o prêmio cobrado pelo Bradesco Saúde para a contratação de planos já sob a égide da nova lei.

Também não prospera a alegação de que o tratamento das 2ª e 3ª autoras não devem ser custeados pelo réu, tendo em vista que a mãe delas, ora primeira autora, não cumpriu o prazo de carência para parto. Ora, a inscrição de recém-nascido como dependente, *independentemente de cumprimento de período de carência*, constitui exigência mínima disposta pelo legislador no art. 12, inciso III, alínea *b* da Lei 9656/98.

No que concerne ao recurso das autoras, somos pelo seu **provimento**. De fato, inicialmente o parto da primeira autora não teria cobertura pelo réu, em vista do período de carência previsto em lei. No entanto, a primeira autora teve parto prematuro que, no nosso entender, se enquadra perfeitamente no conceito legal de "casos de urgência e emergência", que autorizariam a cobertura antes do término do período de carência.

Entenderam o Magistrado *a quo*, bem como o Ministério Público de primeira instância, que o parto prematuro não configura situação emergencial, posto que seria previsível. No entender de ambos, o simples fato da gravidez ser de gêmeos já traz em si um componente de risco previsível.

No entanto, o entendimento acima não coaduna com a interpretação que deve ser dada aos contratos de consumo, pelas razões abaixo expostas.

Os seguros e os planos de saúde são uma prestação de serviços, securitários ou assemelhados, que configuram a relação de consumo formada de um lado por um fornecedor de serviços (a empresa seguradora ou administradora), nos exatos termos do art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90; e, de outro lado, por um consumidor destinatário final de tais serviços, de acordo com o art. 2º. Por isso, essa relação é regida pelas

normas do Código de Defesa do Consumidor. Estas são de ordem pública e interesse social (Art. 1º), tendo como consequência sua inderrogabilidade pela vontade das partes.

Como corolário da interpretação acima, para questões relativas à interpretação da Lei, utiliza-se o art. 47 do CDC. Este artigo tem por finalidade resgatar o equilíbrio nas relações jurídicas ao determinar que as cláusulas contratuais sejam interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, reconhecendo-se a vulnerabilidade do mesmo, a transparência e manutenção da boa fé nas relações de consumo e, finalmente, coibindo os abusos embutidos nas cláusulas previamente e unilateralmente redigidas.

A boa fé deve ser entendida não como mera intenção, mas como imperativo objetivo de conduta, exigência de respeito, lealdade, cuidado com a integridade física, moral e patrimonial, e que deve prevalecer desde a formação inicial da relação de consumo, especialmente para que seja uma relação harmônica (Art. 4º - *caput*, e Inc. III) e transparente (Art. 4º, *caput*), preservando-se a dignidade, a saúde, a segurança, a proteção dos interesses econômicos do consumidor em face da presunção legal da sua vulnerabilidade no mercado de consumo (Art. 4º, Inc. I). Segundo HELOÍSA CARPENA, in *Abuso do Direito*, 2001, Renovar, p. 74:

“A boa-fé é, sem dúvida alguma, um conceito ético, porém se liga igualmente à finalidade econômica do contrato. Embora identificada como o ideal de justiça contratual, no sentido de busca do equilíbrio das prestações, a boa-fé não se presta unicamente à defesa do contratante hipossuficiente, atuando como fundamento para orientar interpretação garantidora da ordem econômica. Nem sempre será favorecido o contratante débil pois, como assevera STEFANO RODOTÁ, a escolha deve ser feita de modo a assegurar prevaleça o interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social”.

Para o CDC a boa fé é objetiva, é conduta a ser seguida imperativamente pelos protagonistas da relação jurídica, considerando-se o fornecedor como a parte mais forte e organizada, conhecedor que é ou que deve ser de tudo a respeito do que se propõe colocar no mercado de consumo. Nesse sentido, a regra básica de interpretação dos contratos de consumo é a do art. 47, segundo a qual **as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor**, ressaltando-se que tal regra não diz respeito, apenas, aos casos de dúvida, mas sim que se constitui em parâmetro obrigatório de aplicação dos princípios configurados na “*norma objetivo*” do Art. 4º.

Portanto, a via interpretativa a ser seguida é aquela que respeita as regras estabelecidas no CDC que impregnam as relações de consumo das noções de boa fé, transparência e harmonia. Vincula-se, desta forma, o aplicador à

interpretação mais favorável ao consumidor, visando à proteção da sua vida, saúde, dignidade e dos seus interesses econômicos, ou seja, a proteção à sua incolumidade físico-psíquica, à sua incolumidade econômica. A legislação de proteção é no sentido de promover a facilitação da implementação dos seus direitos, e o Código de Defesa do Consumidor dá expressão concreta ao art. 3º, inciso I, da Constituição Federal que preconiza como objetivo fundamental da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Portanto, para promover a correta interpretação das cláusulas contratuais em conflito, é preciso utilizar uma nova metodologia para a análise dos fatos e interesses em questão. E essa nova metodologia, nos dizeres do Prof. Dr. ANTONIO CAVALCANTI MAIA, da PUC-Rio, encontra-se hoje emblematicamente representada através da difusão da perspectiva tópico-problemática, máxime no campo constitucional. (Ver MAIA, Antonio Cavalcanti, "Notas sobre direito, argumentação e democracia", in 1988-1998, *Uma década de Constituição*, org. Margarida Maria Lacombe Camargo, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, pp. 395/430).

Segundo o supracitado autor:

"A tópica se organizou como uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica antiga. Uma das maiores criações da cultura greco-romana, a retórica, constitui elemento crucial do processo formativo intelectual dos juristas romanos. Afinada à perspectiva eminentemente casuística do procedimento judicial romano, serviu como arcabouço teórico que permitiu a progressiva elaboração lógico-doutrinária da paradigmática experiência jurídico romana. Tanto PERELMAN quanto VIEHWEG fazem questão de ressaltar a presença do pensamento tópico orientado para problemas na atividade jurídica da tradição."

A correta interpretação do presente caso deve ser no sentido de que configurou-se uma emergência, para o provimento do recurso, a teor dos ensinamentos acima, pois estabeleceu-se, a nosso ver, um elo argumentativo entre a norma em análise e a situação real da apelante.

Esse novo método de interpretar o direito, em especial o direito constitucional, incorpora à análise jurídica a valoração de princípios, agora aplicados diretamente ao caso concreto - no caso em questão, a interpretação mais favorável ao consumidor, por conta da aplicação do princípio da boa-fé.

MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO (in *Interpretação Constitucional*, na coletânea já citada acima, pp.431/438) explica o pensamento de CHAIM PERELMAN, teórico belga propulsor das novas tendências hermenêuticas, na forma abaixo, e que nos auxilia a esclarecer a presente questão:

“O que PERELMAN procura dizer é que existe uma lógica própria ao direito, que não é a lógica formal que orienta o pensamento matemático, mas a lógica do razoável. Para ele, lógico é aquilo que não é arbitrário. E como o homem decide com base na razão e não aleatoriamente, suas escolhas não podem ser tidas como puramente irracionais. As preferências humanas conseguem ser traduzidas por fundamentos e razões bem formuladas (o que significa deliberar). O mesmo ocorre com o direito, na medida em que a melhor interpretação dada pelo juiz é aquela que melhor fundamentação apresenta.”

No caso dos autos, é preciso interpretar o contrato segundo o que indica a jurisprudência e a doutrina acerca do direito do consumidor: prevalece a interpretação mais benéfica, porque este é a parte mais fraca.

Além do exposto acima, temos uma questão relativa a colisão de duas cláusulas contratuais: a de carência x a da emergência.

Ora, nos presentes autos restou demonstrada a emergência, pois o parto prematuro, ainda que ocorra corriqueiramente, traz perigos à gestante que caracterizam a emergência e, portanto, afastam a cláusula de carência.

Não pode prosperar a alegação simplista do MP e do Juiz de que o parto é acontecimento previsível, e por se tratar de gêmeos, é natural que seja prematuro. O que deve prevalecer, na análise desse fator essencial para a interpretação do disposto no CDC, são as opiniões especializadas. O que consta dos autos, fls. 38, é um atestado médico, certificando que *“Olga Ribeiro Costa Soares, submeteu-se à cesariana de emergência, em 23/08/02 (...)”*. Se o Bradesco Saúde S/A não contestou essa prova nem pediu perícia, então é porque a aceitou.

Ademais, não se pode olvidar que nas relações prevalece a regra de inversão do ônus da prova, devendo o réu demonstrar que as alegações autorais são inverídicas. Não o fazendo, a lide deve ser decidida em favor do autor. Neste sentido confira a jurisprudência do STJ:

“Acórdão: REsp 466604/RJ (200201102070)

488314 Recurso Especial

Relator: Ministro Ari Pargendler

Indexação: Vide ementa.

Fonte: DJ Data: 02/06/2003 p: 00297

Data da decisão: 07/04/2003

Orgão julgador: - Terceira Turma

EMENTA

Processo Civil. Relação de consumo. Inversão do ônus da prova. A regra probatória, quando a demanda versa sobre relação de consumo, é a da inversão do respectivo ônus. Daí não se segue que o réu esteja

obrigado a antecipar os honorários do perito; efetivamente não está, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”

Confira-se também como já se posicionou o Excelso Superior Tribunal de Justiça, em caso que se assemelha ao dos autos :

“ Acórdão: REsp 300138/SP (200100053432)

410889 Recurso Especial

Data da decisão: 25/09/2001

Orgão Julgador: - Terceira Turma

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Fonte: DJ Data: 12/11/2001 p: 00152

E MENTA

Prestação de serviços médicos. Plano de saúde. Carência.

Interpretação de cláusula. Dissídio. Súmulas nº s 05, 07 e 13 da Corte.

1. Assentado o Acórdão recorrido em interpretação de cláusula contratual que agasalha os chamados procedimentos de emergência, a liberar o prazo de carência, considerando a situação concreta dos autos, as Súmulas nº s 05 e 07 da Corte trancam a passagem do especial.

2. O dissídio não prospera quando apoiado em precedentes do Tribunal de origem, a teor da Súmula nº 13 da Corte.

3. Recurso especial não conhecido.”

Assim, para o STJ, quando o parto não foi normal, caracteriza-se hipótese de emergência. Confira-se o corpo do acórdão acima citado:

“O especial sustenta que houve procedimento obstétrico, assim a cirurgia para retirada da criança do útero, por impossibilidade do parto normal, o que faz incidir a cláusula de carência, apoiando na alínea c do permissivo constitucional.

O que, sim, fez o Acórdão recorrido foi considerar que havia um “procedimento de emergência”, regulado por cláusula contratual própria, que considerou, no caso, indubitoso. Segundo o acórdão recorrido, ‘o fato descrito nos autos à luz dos princípios que norteiam o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, é de ser classificado como de

emergência, por haver risco manifesto à vida da usuária do plano de saúde e de feto, a autorizar a dispensa do prazo de carência e, via de consequência, a imposição do custeio das despesas médico-hospitalares, em cumprimento ao contrato firmado pelas partes, à empresa-litisdenunciada, ora co-pelante' ”.

Por fim, destaque-se o acórdão trazido pelas autoras, proferido pela 7ª Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça, julgando matéria similar a dos autos:

“Responsabilidade civil contratual e objetiva.

Contrato de seguro saúde. Interpretação mais favorável ao consumidor. Aplicação da Lei n. 8078/90.

Assistência médico-hospitalar. Recusa da seguradora em cobrir os gastos referentes ao parto, internação e tratamento de bebê prematuro. Dever de indenizar.

O seguro saúde é uma espécie do seguro de pessoas, através do qual tenta-se minimizar as notórias deficiências dos serviços públicos de assistência médica. O Código do Consumidor tem inafastável aplicação no caso em exame, motivo pelo qual as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47).

Injustificável a recusa da seguradora em cumprir com sua obrigação contratual de cobrir os gastos referentes ao parto, internação e tratamento de bebê nascido prematuramente, sob a alegação de não ter sido cumprido prazo de carência do contrato celebrado anteriormente à vigência da Lei 9656/98 – “Nova Lei dos Planos de Saúde”. Tal afirmação não pode prosperar, tendo em vista que se o parto é prematuro à cláusula de carência deve ser interpretada em razão das finalidades da garantia, observada a boa-fé dos contratantes no momento do ajuste, devendo, ainda, ser consideradas nulas, na forma do que estabelece o Código do Consumidor, as cláusulas com obrigações consideradas iníquas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Não é aceitável que o lucro objetivado pela seguradora se sobreponha ao direito ‘a vida e ‘a saúde de seus segurados. Sentença indene de reparos. Não provimento do apelo. (MCG)

Partes: Sul América Aetna Seguros e Previdência S/A

Cristiane da Franca Fernandes

Ementário: 20/2001 - N. 35 - 28/06/2001

Tipo da Ação: Apelação Cível

Número do Processo: 2000.001.19492

Data de Registro: 26/03/2001

Folhas: 28810/28825

Comarca de Origem: Capital

Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível

Votação : Unânime

Des. DES. Marly Macedônio França

Julgado em 06/03/2001

No corpo deste julgado, a I. Desembargadora Marly Macedônio França bem discorre sobre a interpretação dos contratos de saúde à luz do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

“As principais características do contrato de seguro são: a de ser contrato de adesão e a necessidade de se observar o princípio da boa-fé.

(...)

Assim sendo, não se deve perder de vista que os contratos de consumo devem ser interpretados da maneira mais favorável ao consumidor, como determina o artigo 47 da Lei 8078/90.

(...)

Tal tese não pode ser acolhida, até porque, mesmo que assim não fosse considerado, se o parto é prematuro a cláusula de carência deve ser interpretada em razão das finalidades da garantia, observada a boa-fé dos contratantes no momento do ajuste

(...)

Devido a todos esses fundamentos, conclui-se que a filha da autora, por ter nascido de forma prematura necessitou de tratamento de emergência, cujos gastos deve arcar a seguradora, devendo responder pelo cumprimento de sua obrigação.”

Desta forma, a ação proposta deve ser julgada procedente, para condenar o Bradesco Saúde S/A a cobrir as despesas do parto da primeira autora e o tratamento despendido às segunda e terceira autoras, as custas e os honorários advocatícios não de ser arcados exclusivamente pelo réu.

Pelo exposto, somos pelo **não provimento** da apelação interposta pelo réu e pelo **provimento** do recurso das autoras.

É o parecer. Direito de abolição versus direito de greve. Prevalência do primeiro, haja vista a prioridade do interesse de crianças e adolescentes (art. 227 da CF).
Rio de Janeiro, 12 de novembro de 2003.

NADIA DE ARAUJO
Procuradora de Justiça

Exce. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara da Justiça e Juizados da Comarca de Curitiba.

* (...) Por absoluta prioridade devemos ressaltar que a criança e o adolescente devem estar em primeiro lugar na escala de preocupação do governo: devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e dos adolescentes, pois "o maior patrimônio de uma nação é o seu povo, e o maior patrimônio de um povo são suas crianças e jovens" - César da Costa, A CF (Willys Damasceno Lacerda em "Compendio do Estatuto da Criança e do Adolescente", p. 164).

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pela 3ª Procuradora de Justiça da Infância e Juventude desta Comarca, no uso de suas atribuições legais, com fundamento nos artigos 127, caput, 129, incisos II e III, 213 e 227 da Constituição Federal; artigos 79 e 170, III da Constituição do Estado do Rio de Janeiro; artigos 1º e 7º, 70, 71, 75, 76, 211, incisos V e VIII e 210, inciso I, 213 da Lei 5.049/91, vem propor

Ação Civ. Pública em Defesa de Crianças

em face do Estado do Rio de Janeiro, pessoa jurídica de direito público interno, com sede no Palácio dos Laranjeiras, localizado na Rua Paraíba Machado, s/nº, Laranjeiras, Rio de Janeiro, no nome de seu Governador ou representante legal (art. 12, I, do CPC), visando a proteção do interesse coletivo dos alunos da FALTEC (Fundação de Apoio à Escola Técnica), pelos motivos de fato e de direito que abaixo se descrevem:

1- Dos Fatos

Conforme largamente noticiado pela imprensa, grande parte dos professores da Rede Estadual de Ensino encontram em greve até dezembro/março de 2003, em razão do não pagamento de 17 meses do ano de 2002.

Ocorre que, embora terminada a greve, muitos são o pagamento do

Ação Civil Pública. Direito à educação versus direito de greve. Prevalência do primeiro, haja vista a prioridade do interesse de crianças e adolescentes (art. 227 da CF), aliado ao abuso no exercício da greve.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DA CAPITAL

“ (...) Por absoluta prioridade devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e dos adolescentes, pois “ o maior patrimônio de uma nação é o seu povo, e o maior patrimônio de um povo são suas crianças e jovens” - GOMES DA COSTA, A.C.” (WILSON DONIZETI LIBERATI, em “Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente”, p. 16.)

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pela 1ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude desta Comarca, no uso de suas atribuições legais, com fundamento nos artigos 127, *caput*, 129, incisos II e III, 212 e 227 da Constituição Federal; artigos 79 e 170, III da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, artigos 1º a 5º; 70, 71, 75, 76, 201, incisos V e VIII; e 210, inciso I, 213, da Lei 8.069/90, vem propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE LIMINAR

em face do Estado do Rio de Janeiro, pessoa jurídica de direito público interno, com sede no Palácio das Laranjeiras, localizado na Rua Pinheiro Machado, s/nº, Laranjeiras, Rio de Janeiro, na pessoa de seu Governador ou representante legal (art. 12, I, do CPC), visando à proteção do interesse coletivo dos alunos da FAETEC (Fundação de Apoio à Escola Técnica), pelos motivos de fato e de direito que abaixo deduz:

I - Dos Fatos

Conforme fartamente noticiado pela imprensa, grande parte dos professores da Rede Estadual de ensino estiveram em greve no mês de fevereiro/março de 2003, em razão do não pagamento do 13º salário do ano de 2002.

Ocorre que, embora terminada a greve, mesmo sem o pagamento do

13º salário, os alunos da FAETEC não estão tendo suas aulas com regularidade, uma vez que há paralisações pontuais, bem como resta pendente a questão de como e quando serão as reposições de aulas, conforme consta do Procedimento Administrativo nº 37/03, instaurado pelo Ministério Público Estadual em 28 de março de 2003, que segue em anexo.

Conforme oitivas realizadas na instrução do referido procedimento administrativo, alunos e pais de alunos estão muito preocupados, notadamente as mães de estudantes do último ano, conforme consta às fls. 128/129, porque, para concluírem o curso, necessitam cumprir uma carga horária de estágio, e é pré-requisito deste que tenha havido o aproveitamento de 75% por cento das aulas técnicas. Insta frisar, outrossim, que muitos destes alunos estão prestes a completar 18 anos e precisam cumprir o serviço militar obrigatório, não podendo esperar, indefinidamente, a definição de como e quando serão feitas as reposições das aulas.

Há um impasse entre a administração e os professores, uma vez que o ponto dos mesmos foi cortado em razão da greve e, dessa forma, há a reivindicação dos mesmos pelo pagamento dos dias paralisados, ficando a questão da reposição das aulas pendente até que seja solucionada a questão remuneratória.

A Presidência da FAETEC, ao que foi informado, não se dispõe a conversar com os pais de alunos e nem com os grevistas. O Estado, por sua vez, não vem cumprindo suas obrigações pecuniárias.

Tal situação é de extrema gravidade, posto que os alunos vêm perdendo aula, sofrendo com a confusão estabelecida e correndo o risco de não conseguirem concluir seus cursos segundo o calendário escolar brasileiro, cujo fim é previsto para dezembro, no qual ocorrem a maioria dos concursos públicos para outras instituições de ensino, exigindo que o aluno tenha conhecimento para prestar o concurso bem como esteja com a documentação regular.

Os alunos da rede pública estadual de ensino possuem direito subjetivo público constitucional à educação e cabe ao Estado assegurar tal direito através de seus agentes, não podendo o referido ente estatal, nem seus agentes, estabelecido um impasse, alongar a solução da controvérsia em prejuízo da educação infanto-juvenil.

Tem-se, portanto, que, sendo dever incontestável do Estado atender às necessidades individuais dos adolescentes em tela, surge, da omissão estatal, a competência restauradora do direito violado, cabendo ao Ministério Público, defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, recorrer ao Poder Judiciário a fim de combater tão grave violação.

II - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. OS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS E OS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O Ministério Público vem definido no art. 127 da Constituição Federal

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”. Da definição dada se extrai que incumbe ao Ministério Público a defesa: a-) da ordem jurídica; b-) do regime democrático; c-) dos interesses sociais e d-) dos interesses individuais indisponíveis.

O Ministério Público é, assim, instituição do Estado com a incumbência da fiscalização das leis, promovendo a sua aplicação, fazendo com que suas normas estejam presentes nas relações sociais e não apenas nos textos legais. ⁽¹⁾ Deve zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, possuindo legitimado para a propositura de ações civis na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Assim, por imperativo constitucional cabe ao Ministério Público a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros **interesses difusos e coletivos**, *ex vi* do art. 129, III, da Constituição Federal.

HUGO NIGRO MAZZILLI, em sua obra *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Saraiva, 7ª edição, São Paulo, 1995, p. 08, assevera que:

“Em sentido lato, ou seja, de maneira mais abrangente, podemos dizer que os interesses *coletivos* compreendem uma categoria determinada, ou pelos menos determinável de pessoas, distinguindo-se dos interesses *difusos*, que dizem respeito a pessoas ou grupos de pessoas indeterminadamente dispersas na coletividade.” (destaques no original)

Pois então, o Ministério Público Estadual, consciente de suas atribuições e deveres, não pode deixar de lançar uso de suas prerrogativas e dos instrumentos legais que estão à sua disposição, para agir diante de tão flagrante ilegalidade praticada contra os alunos da Rede Pública Estadual em nossa Comarca, que estão sendo severamente punidos e prejudicados em razão da greve existente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em acréscimo, garantindo a legitimidade do Ministério Público Estadual, dispõe que:

“Art. 201. Compete ao Ministério Público:

...

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou

⁽¹⁾ JÚLIO AURÉLIO VIANNA LOPES. *O modelo institucional do Ministério Público Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 32.

coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II da Constituição Federal”.

III - DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

A competência da Vara da Infância e Juventude vem expressamente prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe no art. 148:

“Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

(...)

IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;”

Frise-se, ainda, que a competência da Infância e Juventude tem sido consagrada pelos Tribunais em diversas causas que discorrem a respeito do direito de Educação, *in verbis*:

“Educação - Competência - Justiça da Infância e Juventude - Ensino - Mandado de Segurança - Histórico Escolar - O Juízo da Infância e da Juventude é competente para processar e julgar mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra ato de direção de escola privada que recusou o fornecimento de histórico escolar por causa da inadimplência do pai do aluno - Possibilidade de violação a direitos constitucionalmente assegurados - Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 67.647-RJ, DJU 25.03.1996, p. 8.582)

“Educação - Competência - Mandado de Segurança objetivando a matrícula de criança em escola pública - art. 148, IV do ECA - Exame da causa de pedir - Competência da Vara da Infância e Juventude - Recurso provido” (TJSP, AI 39.330-0, rel. Luís de Macedo).

“Educação - Infância e Juventude - Competência - Vara Especializada - Ensino - Matrícula - Ação Mandamental - É da Vara da Infância e da Juventude a competência para processar e julgar ação mandamental proposta com fundamento no art. 212

§ 2º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para assegurar o direito de menores à matrícula em estabelecimento de ensino - Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp 135.695-MG, DJU 13.06.1998, p. 144).

IV - CRIANÇA E ADOLESCENTE: A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A PRIORIDADE IMPOSTA PELA CONSTITUIÇÃO

A Lei n.º 8.069/90, regulamentou a doutrina da Proteção Integral, acolhida pelo Direito Brasileiro na Constituição Federal de 1988.

Pela doutrina da Proteção Integral, crianças e adolescentes são sujeitos de todos os direitos fundamentais conferidos à pessoa adulta, e, ainda, de outros, especiais, em razão de sua condição de seres em desenvolvimento.

Neste sentido, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

"Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade."

Para assegurar a crianças e adolescentes o desenvolvimento sadio e harmônico, previsto no dispositivo supra, estabeleceu a lei:

"Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."

Prescreve, ainda, a legislação em vigor ser dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos referidos direitos (art. 70, do ECA).

Dispõe o art. 227 da Constituição Federal:

" É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

A garantia da prioridade absoluta importa em assegurar à criança e ao adolescente:

- a) primazia em receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (art. 4º, parágrafo único do ECA).

O Poder Público, portanto, *deve zelar por todos os direitos inerentes à criança e ao adolescente estabelecidos no art. 3º e 4º da Lei nº 8.069/90 e, em especial, ao direito à educação* (art. 53 do ECA).

Suma venia permissa, enfrentar a questão jurídica que se desvela nos autos sem sequer mencionar ou buscar elidir a incidência do sistema protetivo acima é reflexamente abster-se de enfrentá-la.

Voltem-se os olhos àquele sistema protetivo e, com clareza meridiana, se concluirá que cuida o presente caso de *defesa a direito fundamental de infante*.

Neste diapasão, e ainda que se pretendesse abordar o tema sob um viés constitucional, valeria rememorar, então, valiosa lição do consagrado constitucionalista LUIS ROBERTO BARROSO, em interessante polígrafo cujo excerto ora se pede vênias para transcrever:

“O princípio do melhor interesse da criança tem suas origens na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas, ainda em 1959. Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), ratificada pelo Brasil em 1992 (Decreto n.º 678/92), faz referência ao dever da família, da sociedade e do Estado de dar proteção especial à criança e ao adolescente. A Convenção Internacional de Direitos da Criança, aprovada pela

ONU em 1989 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto 99710/90, dispõe que todas as ações relativas a crianças levadas a efeito por instituições públicas ou privadas deverão considerar, “primordialmente, o melhor interesse da criança”.

O antigo Código de Menores já veiculava a idéia do melhor interesse através da chamada “regra de ouro” do Direito Menorista (artigo 5º daquela lei), segundo a qual o superior interesse do menor sobreleva qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado. (...) *De toda sorte, a Constituição oferece parâmetros: o melhor interesse do menor consistirá na solução que mais eficientemente realize seus direitos fundamentais, nos quais estão incluídos, educação, cultura, profissionalização e convivência familiar” (in Regime Jurídico da Participação de Crianças e Adolescentes em programas de Televisão, pp. 23/25)*

Sob tal prisma, evidencia-se formidavelmente o direito subjetivo acima exposto, vinculado intrinsecamente à própria CIDADANIA *lato sensu* e à DIGNIDADE do menor – que não podem ser negadas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) estabelece, outrossim, que o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa *responsabilidade da autoridade competente* (art. 53, § 2º do ECA), repetindo o art. 208, § 2º da Constituição Federal, que dispõe exatamente no mesmo sentido.

Repita-se: *sem invencionismos e sem alternativismos, aplicando-se tão-só o aparato legal que hoje está em mão do Poder Judiciário, em homenagem ao princípio constitucional da EFETIVIDADE* – sobre este ensinou LUÍS ROBERTO BARROSO:

“A idéia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da jurisdicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos programas constitucionais, aos pontos de vista que levem às normas a obterem a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso. (...)”

É nesse plano da realidade, este quarto plano, situado fora da teoria convencional, que se vai

encontrar a efetividade ou eficácia social da norma. Diz ele respeito, como assinala MIGUEL REALE, ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao 'reconhecimento' (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Cuida-se aqui da concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos.

A noção de efetividade, ou seja, dessa específica eficácia, corresponde ao que KELSEN - distinguindo-o do conceito de vigência da norma - retratou como sendo 'o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos'.

(...)

O málogro do constitucionalismo do Brasil e alhures vem associado à falta de efetividade da Constituição, de sua incapacidade de se moldar e submeter a realidade social."

(in *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ª ed., pp. 235/237, edit. Saraiva, 2000, RJ)

O movimento da máxima efetividade pressupõe um compromisso do jurista com o incremento da força normativa da Constituição. Não se trata mais de, passivamente, fazer opções entre textos diferentes que deverão, um ou outro, se aplicar a um caso concreto, mas de mobilizar formas processuais, doutrinas, argumentos - enfim, os instrumentos que a dogmática proporciona - para a plena aplicação do Texto Maior.

Em suma, a tese da máxima efetividade é um desdobramento do reconhecimento da força normativa da Constituição. Partindo do pressuposto de que tudo na Constituição é norma, e norma suprema, seus cultores passaram a enfatizar uma atuação que tivesse em vista não apenas a eficácia jurídica, *dever ser* considerando em si mesmo, mas principalmente a efetividade, a formulação de estratégias jurídicas para a transformação do *dever ser* em realidade.

Há de se ter em vista que, em nosso país, nem a efetividade neste sentido *enfraquecido* de reconhecer às normas definidoras de direitos ao menos eficácia *prima facie* é algo totalmente incontroverso. Ainda encontra-se disseminado junto a muitos magistrados, especialmente aos mais antigos, a concepção de que normas constitucionais, mesmo quando afirmam instituir ou reconhecer direitos, são um *minus* em relação à lei ordinária; cuidar-se-iam tão-somente de normas programáticas, a serem implementadas consoante juízo de oportunidade e conveniência do administrador público, descabendo atribuir-lhes eficácia positiva.

V – DO DIREITO À EDUCAÇÃO (PRIORIDADE DO INFANTE E PREVALÊNCIA SOBRE O DIREITO DE GREVE)

O direito à educação, que também aparece consagrado no art. 6º da Constituição Federal, acha-se disciplinado pormenorizadamente nos arts. 205 a 214 da Constituição. Os dispositivos jurídicos então mencionados foram densificados pelo legislador ordinário, através, sobretudo, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96).

Reza a Carta Magna que:

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Destaca-se o § 1º do art. 208, que expressamente qualifica como *direito público subjetivo* o acesso ao ensino fundamental ⁽²⁾, obrigatório e gratuito, dispondo o § 2º que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público *ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente*.

Poder-se-ia, a partir de uma análise tendenciosa do dispositivo em questão, sustentar que a Constituição pretendeu, como única forma de efetivação dos direitos públicos subjetivos ligados à educação, que fosse responsabilizada uma única e determinada “autoridade competente”. Ora, *“tal interpretação reduziria drasticamente a carga normativa possível de se extrair do texto interpretado; basta ressaltar que, no mais das vezes, a complexa estrutura administrativa por trás do serviço educacional torna dificultoso apurar, exatamente, que autoridade foi responsável pela ausência de oferta, ou oferta irregular. Do ponto de vista do alunado, pouco importa se será responsabilizada a autoridade: isto não serve de consolo para o ano escolar eventualmente perdido. A restrição da sanção pelo não-oferecimento de ensino à responsabilidade pessoal da autoridade negligente reduz a situação jurídica dos potenciais alunos a um mero mandado jurídico-objetivo.”* ⁽³⁾

E, conforme conclusão do culto Promotor de Justiça MARCOS ANTONIO MASELLI DE PINHEIRO GOUVÊA, que a respeito do assunto dissertou em seu

⁽²⁾ *Ensino fundamental* é um caso típico de noção associada ao mínimo existencial cujo conteúdo amolda-se ao longo do tempo, evoluindo através de um processo gradual em que o consenso social e as decisões legislativas mutuamente se influenciam. Tradicionalmente, o ensino fundamental compreendia cinco anos; nos termos da antiga Lei de Diretrizes e Bases, este prazo foi ampliado para oito anos (art. 18), duração novamente contemplada na atual Lei (art. 32).

⁽³⁾ MARCOS ANTONIO MASELLI DE PINHEIRO GOUVÊA, em *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 80.

mestrado ⁽⁴⁾, “a interpretação acima resta completamente afastada quando se tem em vista o caráter de direito público subjetivo expressamente atribuído pelo Texto Maior. A ausência de menção a um remédio processual específico que garanta a pretensão ao ensino fundamental não deve ser entendida como uma restrição, mas sim como uma *superabundância* de remédios cabíveis, decorrente da *indiferença*, por parte do legislador, com relação ao remédio que será adotado. Uma vez que o direito encontra-se reconhecido, todos os remédios jurídicos cabíveis deverão ser mobilizados na obtenção do resultado prático pretendido pelo constituinte. Remete-se, neste passo, ao art. 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que expressamente admite “todas as espécies de ações pertinentes para a consecução dos objetivos previstos na legislação menorista.”

Desta forma, haja vista tratar-se de direitos públicos subjetivos, todas as medidas processuais – ou que de qualquer outro modo levem a implementação destes direitos – admitidas em nossa ordem jurídica poderão e deverão ser tomadas ⁽⁵⁾. Compreensão diversa, restringindo a sanção à responsabilidade da autoridade competente, seria esvaziar de efetividade a norma constitucional. Aliás, visando pacificar esta compreensão, o art. 5º da Lei nº 9.394/96 relaciona um vasto rol de legitimados (“qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público”) para a propositura de ação visando à garantia do acesso ao ensino fundamental.

Embora o direito à educação não esteja elencado como serviço essencial pela Lei 7783/89, é evidente que a confusão instaurada e a delonga na reposição das aulas traz prejuízos significativos aos alunos, *com violação ao dispositivo constitucional que determina a oferta regular de ensino*, privando os alunos da conclusão do ano letivo em curso, o que acarreta consequências prejudiciais concretas para aqueles que pretendem fazer algum concurso público, vestibular, e até mesmo transferência escolar.

Não entraremos no mérito administrativo de como será efetivada a reposição das aulas, seja através do pagamento dos próprios professores grevistas, seja com a contratação de novos professores, mas é necessário frisar que o direito subjetivo público constitucional de educação deverá ser respeitado e atendida a Lei de Diretrizes e Bases de Educação que exige o cumprimento dos 200 dias de aula dentro do calendário escolar.

⁽⁴⁾ Ob. acima citada, p. 81.

⁽⁵⁾ JOSÉ LUIZ MÓNACO DA SILVA, *Estatuto da Criança e do Adolescente – comentários*, São Paulo: RT, 1994, p. 90.

VI - DO PEDIDO

VI.1 Da Liminar

Considerando a presença do *fumus boni iuris*, tendo em vista o direito à educação e o dever do Estado na prestação desse serviço, com a especial prioridade destinada à Infância e o *periculum in mora* ante o prejuízo ocasionado pela demora na reposição das aulas, com risco de atraso na conclusão do ano letivo segundo o calendário escolar brasileiro, requer o Ministério Público seja LIMINARMENTE, após a audiência prevista no art. 2º da Lei 8.437/92, determinada a oferta regular de ensino, sem paralisações, bem como sejam repostas as aulas perdidas durante a greve dos professores tão logo quanto possível, seja aos domingos, seja durante o mês de julho (no período destinado às férias), a fim de que os cursos da FAETEC sejam concluídos durante o ano de 2003, com respeito aos duzentos dias de aulas previstos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, atendendo ao calendário escolar brasileiro, sob pena de multa diária de duzentos mil reais (R\$ 200.000,00), na forma do que dispõe o art. 213, parágrafo 1º da Lei 8.069/90.

VI.2 Do Pedido

Ante todo o exposto, restando evidente a violação ao direito fundamental à educação e à regular prestação do serviço público de ensino, requer o Ministério Público:

- a-) a citação do Reú, na pessoa da Governadora ou procurador legal, para contestar, querendo, e no prazo legal, a presente ação, sob pena de revelia;

- b-) seja, ao final, julgado procedente o pedido para converter a liminar em definitiva, determinando ao Estado do Rio de Janeiro, relativamente à todas as unidades da FAETEC, a oferta regular de ensino, sem paralisações e com a reposição das aulas perdidas durante a greve ainda no ano de 2003, permitindo que os alunos concluam seus cursos no ano de 2003 em conformidade com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, ou seja, com, no mínimo, 200 dias efetivos de trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais (art. 24, inciso I), sob pena de multa diária de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), com o cumprimento de suas obrigações pecuniárias em favor de seus agentes, ressaltando que eventual direito regressivo do Estado contra os responsáveis pela oferta irregular de ensino deverá ser exercido pela via própria.

Protesta o Ministério Público pela produção de todas as provas em direito admitidas, notadamente, documental e testemunhal.

Dá-se a causa o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Rio de Janeiro, 30 de maio de 2003.

PATRICIA PIMENTEL DE OLIVEIRA CHAMBERS RAMOS

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SP

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello
Paciente e Impetrante: Antônio Roberto Levy
Cotax: Superior Tribunal de Justiça

Helosny Borges – Ministério Público – Ofertamento da denúncia – Diversas instâncias de polícia instauração de inquérito policial – Existência de elementos suficientes de informação que possibilitam o prosseguimento da ação penal – Inocuidade de situação de defesa desatendida – Pedido indeferido

– O inquérito policial não constitui pressuposto legitimador da ação instauração, pelo Ministério Público, da persecução criminal in futurum. Precedentes.

O Ministério Público, por sua própria boa-fé e diligência, não depende de provas investigadas e perícias providas pelo Poder Judiciário, desde que as mesmas para tanto de eleto, a saber, de inquirição, fundadas em uma cópia da liberação, sob

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃO

VOTO, RECURSO E DECISÃO estes autos, acordos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão de Turma, na modalidade de ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em favor do impetrante. Assente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro MAURÍCIO CORREIA.

Brasília, 3 de abril de 2001 – Nível da Sessão: Presidência – Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Trata-se de recurso repetido em favor de Antônio Roberto Levy, informado com decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, que, em se de ilícito processo, desagou-se a constituição.

Não houve formação do pedido de medida liminar.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS 80.405 – SP

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello
Paciente e Impetrante: Antonio Roberto Lyra
Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus – Ministério Público – Oferecimento de denúncia – Desnecessidade de prévia instauração de inquérito policial – Existência de elementos mínimos de informação que possibilitam o imediato ajuizamento da ação penal – Inocorrência de situação de injusto constrangimento – Pedido indeferido.

– O inquérito policial *não constitui* pressuposto legitimador da *válida* instauração, pelo Ministério Público, da *persecutio criminis in judicio*. *Precedentes.*

O Ministério Público, por isso mesmo, *para oferecer* denúncia, *não depende* de *prévias* investigações penais promovidas pela Polícia Judiciária, *desde que disponha*, para tanto, de elementos mínimos de informação, *fundados* em base empírica idônea, *sob pena* de o desempenho da *gravíssima* prerrogativa de acusar *transformar-se* em exercício *irresponsável* de poder, *convertendo*, o processo penal, em *inaceitável* instrumento de arbítrio estatal. *Precedentes.*

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, *indeferir* o *habeas corpus*. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Maurício Corrêa.

Brasília, 3 de abril de 2001 – Néri da Silveira, Presidente – Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Antonio Roberto Lyra, *inconformado* com decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, que, em sede de *idêntico* processo, *denegou-lhe* o *writ* constitucional.

Não houve formulação do pedido de medida liminar.

A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida, assim sumariou e apreciou a presente impetração (fls. 62/64):

“O writ é impetrado contra a decisão proferida pela Sexta Turma do STJ no HC 11.441-SP (fls. 18):

‘Processual penal. Inquérito. Prescindibilidade.

O inquérito não é imprescindível ao oferecimento de denúncia, podendo o Ministério Público deduzir a pretensão punitiva sem aquela peça, desde que tenha elementos suficientes para isso. Precedentes desta Corte.

Ordem denegada.’

O HC 11.441-SP, por sua vez, impugnava o acórdão proferido pelo TRF – 3ª Região no Recurso em Sentido Estrito 1999.03.99.001444-1 (fls. 33):

‘Direito penal - Imputação de sonegação de contribuição previdenciária - Extinção da punibilidade - Anistia - Artigo 11, parágrafo único, da Lei Federal n. 9639/98 - Inobservância do devido processo legislativo - Inconstitucionalidade - Recurso provido.

‘Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, (...) dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre concessão de anistia’ (artigo 48, inciso VIII, da CF).

Texto nominado de artigo 11, parágrafo único, da Lei Federal n. 9639/98, pelo Diário Oficial, com a isolada assinatura do Presidente da República, não é lei, insuscetível, por isso, de ser objeto de correção, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil.

O Poder Judiciário, no exercício de sua competência política, constitucionalmente qualificada, pode ampliar subjetivamente o benefício da anistia.

Inconveniência da extensão, aos empresários, da anistia concedida aos agentes políticos, por manifesta afronta aos objetivos fundamentais da República (artigo 3º, da Constituição Federal).

Definição do tema pelo Supremo Tribunal Federal
(HC n. 77724 e 77734).
Recurso provido.'

A denúncia imputa aos sócios da empresa 'Dinamics Serviços de Entregas Rápidas Ltda' a falta de recolhimento para a Previdência Social das contribuições descontadas dos salários dos empregados.

Alega o impetrante, postulando o trancamento da ação penal em relação ao paciente, que a denúncia não foi precedida do inquérito policial, necessário para esclarecer o fato de que o paciente, simples sócio quotista, não participava da administração da sociedade.

No que se refere à necessidade do inquérito policial, bem decidiu o acórdão do STJ: 'o inquérito não é imprescindível à propositura de denúncia, podendo o Ministério Público deduzir a pretensão punitiva sem aquela peça, desde que tenha elementos suficientes para isso'.

Por outro lado, não cabe, no momento, indagar se, de acordo com os elementos de que dispunha o Ministério Público, o paciente poderia ter sido incluído na denúncia. Tal questão não foi objeto do *habeas corpus* no STJ nem do recurso em sentido estrito no TRF, este vinculado, tão-somente, ao tema da inconstitucionalidade do art. 11, parágrafo único, da Lei 9.639/98. Assim, diante da limitação do efeito devolutivo do recurso em sentido estrito, a coação emana do juízo de primeiro grau.

Isso posto, opino pelo *indeferimento* da ordem." (Grifei)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão, que, proferida pelo e. Superior Tribunal de Justiça, restou **consubstanciada** em acórdão assim ementado (fl. 18):

"Processual penal. Inquérito. Prescindibilidade.

O inquérito não é imprescindível ao oferecimento de denúncia, podendo o Ministério Público deduzir a pretensão punitiva sem aquela peça desde que tenha elementos suficientes para isso. Precedentes desta Corte.

Ordem denegada." (Grifei)

Sustenta-se, na presente impetração, que a ação penal, **ajuizada** contra o ora paciente, **revestir-se-ia** de nulidade, **porque não precedida** da abertura de inquérito policial, circunstância essa **que descaracterizaria**, ante a **alegada** imprescindibilidade desse procedimento investigatório, a válida instauração da *persecutio criminis* ora questionada nesta sede processual.

Não assiste razão ao ora paciente/impetrante, **pois** o Ministério Público **pode**, validamente, oferecer denúncia, **independentemente** da prévia instauração de inquérito policial.

Cabe enfatizar que a formação da *opinio delicti*, por parte do Ministério Público, **pode** derivar de **outros** elementos de informação existentes *aliunde*, **tais como** aqueles que se encontram em procedimentos instaurados por órgãos da administração pública **diversos** da corporação policial.

Em uma palavra: a existência do inquérito policial **não constitui** pressuposto legitimador da **válida** instauração, **pelo Ministério Público**, da *persecutio criminis in judicio*.

Isso significa, portanto, que o Ministério Público, **mesmo quando inexistente** qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, **pode fazer instaurar** a pertinente persecução criminal, **desde que disponha**, para tanto, de elementos **mínimos** de informação, **fundados** em base empírica idônea, pois - como se sabe - "*O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em instrumento de injusta persecução estatal*" (RTJ 168/896, Rel. Min. Celso de Mello).

Cumprir ter presente, desse modo, que, **embora dispensável** a prévia instauração de inquérito policial, a **formulação da acusação penal**, em juízo, **supõe**, não a prova completa e integral do delito e de seu autor (o que **somente** se revelará exigível **para efeito** de condenação penal), **mas** a demonstração - **fundada** em elementos probatórios mínimos e lícitos - da realidade material do evento delituoso e da existência de indícios de sua possível autoria, **consoante correta advertência** do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Denúncia - Recebimento - Suficiência da fundada suspeita da autoria e prova da materialidade dos fatos - Inteligência do art. 43 do CPP.

Para o recebimento da denúncia, é desnecessária a prova completa e taxativa da ocorrência do crime e de seu autor, bastando a fundada suspeita de autoria e a prova da materialidade dos fatos."

(RT 671/312, Rel. Des. Luiz Betanho - grifei)

Impende enfatizar, neste ponto, que o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - **confirmando** esse entendimento - **tem acentuado**

ser dispensável, ao oferecimento da denúncia, a **prévia** instauração de inquérito policial, desde que evidente a materialidade do fato alegadamente delituoso e presentes indícios de autoria (RTJ 64/342, Rel. Min. Bilac Pinto – AI 266.214 – AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence – HC 63.213/SP, Rel. Min. Néri da Silveira – HC 77.770/SC, Rel. Min. Néri da Silveira – RHC 62.300/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho, v.g.):

“(…). Não é essencial ao oferecimento da denúncia a **instauração de inquérito policial**, desde que a peça acusatória esteja sustentada por documentos suficientes à caracterização da materialidade do crime e de indícios suficientes da autoria (…).”

(RTJ 76/741, Rel. Min. Cunha Peixoto - grifei)

“O oferecimento da denúncia não depende, necessariamente, de **prévio inquérito policial**. A defesa do acusado se faz em juízo, e não no inquérito policial, que é meramente informativo (…).”

(RTJ 101/571, Rel. Min. Moreira Alves - grifei)

“**Denúncia** – Oferecimento sem a instauração de inquérito policial – **Admissibilidade**, se a Promotoria dispõe de elementos suficientes para a formalização de ação penal – **Falta de justa causa afastada.**”

(RT 756/481, Rel. Min. Moreira Alves - grifei)

A *ratio* subjacente a essa orientação - que também traduz a posição dominante na jurisprudência dos Tribunais em geral (RT 664/336- RT 716/502 - RT 738/557 - RSTJ 65/157 - RSTJ 106/426, v.g.) - encontra apoio no próprio magistério da doutrina (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 07, 17ª ed., 2000, Saraiva; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Código de Processo Penal Comentado*, vol. I, p. 111, 4ª ed., 1999, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, *Código de Processo Penal Interpretado*, p. 111, item n. 12.1, 7ª ed., 2000, Atlas), cuja percepção do tema põe em destaque que, “se está a parte privada ou o Ministério Público na posse de todos os elementos, *pode*, sem necessidade de requerer a abertura do inquérito, oferecer, desde logo, a sua queixa ou denúncia” (EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. I, p. 288, 2000, Bookseller - grifei).

Registre-se, por necessário, que o acórdão ora impugnado nada mais reflete senão esse mesmo entendimento, que, consagrado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, também tem sido observado em sucessivas decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça, cujos pronunciamentos, a propósito do tema ora em exame, ressaltam que “O inquérito policial não é

essencial, quando a materialidade do crime e os indícios da autoria constam de documentos e peças informativas (art. 39, § 5º, do CPP)" (RHC 1.489/PR, Rel. Min. Assis Toledo - grifei).

Vê-se, pois, que o **oferecimento** de denúncia, **independentemente** da prévia instauração de inquérito policial, **não configura**, na espécie ora em exame, situação de ofensa aos postulados do *due process of law* e da amplitude de defesa, **inexistindo**, em conseqüência, a **alegada** ocorrência de injusto constrangimento ao *status libertatis* do ora paciente, **considerada** a presença, no caso, de elementos **mínimos** pertinentes à materialidade do evento delituoso e à sua possível autoria.

Sendo assim, pelas razões expostas, e **acolhendo**, ainda, como razão de decidir, o **parecer** da douta Procuradoria-Geral da República, **indefiro** o presente *habeas corpus*.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, ressaltou bem o nobre Relator que o inquérito não é condição, peça indispensável à propositura da ação penal pelo Ministério Público. Suficiente é que a denúncia contenha exposição de fatos que configurem, em si, o delito previsto no arcabouço normativo. Isso teríamos nos autos da ação penal. Ou seja, houve a apresentação de uma peça, conforme o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, podendo, portanto, a Paciente defender-se da imputação.

Acompanho o voto de Sua Excelência, indeferindo a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 80.405/SP – Relator: Ministro Celso de Mello. Paciente e Impetrante: Antonio Roberto Lyra (Advogado: Fernando E. A. Carvalho). Coator: Superior Tribunal de Justiça

Decisão: Por unanimidade, a Turma indeferiu o *habeas corpus*. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Maurício Corrêa.

Presidência do Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Brasília, 3 de abril de 2001 – Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 83.409 – SP

Relator: O Sr. Ministro Nelson Jobim

Paciente e Impetrante: Antonio Carlos de Oliveira Oias

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Art. 12 da Lei 6.368/76. Falta de alegações preliminares. Nomeação ad hoc na audiência de instrução. Dependência toxicológica.

O Tribunal assentou o entendimento de que as alegações prévias não constituem peça essencial na instrução penal.

Não é obrigatória a presença do réu na audiência de instrução, o que pode apenas configurar nulidade relativa que depende de arguição em tempo oportuno com a demonstração do dano efetivamente sofrido (arts. 500 e 571, inciso II, do CPP).

Não é exigida do juiz a indagação acerca de eventual dependência toxicológica do réu se a defesa, em nenhum momento da instrução, levantou essa questão ou se não há qualquer indício nas provas coletadas de que, de fato, exista essa dependência.

Precedentes.

Ordem denegada.

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, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de março de 2004 – Celso de Mello, Presidente, Nelson Jobim, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nelson Jobim:

1. Os Fatos.

Antonio Carlos de Oliveira Oias foi condenado a 12 anos de reclusão como incurso nas penas do art. 12 da Lei 6.368/76, e do art. 10, §§ 2º e 4º, da Lei 9.437/97 a serem cumpridos em regime fechado.

Apresentou apelação em que levantou uma série de nulidades que culminaram com o seu cerceamento de defesa, tendo em vista que teria estado

indefeso na audiência de instrução.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação (fls. 83/88).

Contra essa decisão, impetrou *habeas corpus* no STJ. Eis a ementa:

“Habeas Corpus. Apelação. Tráfico Ilícito de Entorpecentes e porte ilegal de arma. Falta de defesa prévia. Ausência do réu preso à audiência. Ausência de indagação sobre dependência toxicológica. Exasperação da pena-base. Nulidades que não se reconhecem.

1. Não há falar em nulidade por cerceamento de defesa, quando o réu, condenado por porte ilegal de arma e tráfico de 140 kg de cocaína, restou suficientemente assistido, quer por advogado constituído, quer por defensor nomeado.

2. A jurisprudência desta Corte Federal Superior é firme em que, precisamente por consistirem em nulidades relativas, que indubitavelmente reclamam arguição oportuna e comprovação do prejuízo, não caracteriza constrangimento ilegal isolado referência à ausência de defesa prévia e não condução do réu custodiado à audiência de inquirição de testemunha referida.

3. Em se tratando de tráfico ilícito de entorpecentes, desnecessária se faz, para efeito de caracterização do delito, a indagação acerca da dependência toxicológica do agente, não advindo, pois, nulidade qualquer da sua não realização, mormente quando indemonstrado eventual prejuízo.

4. Em crimes de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade de droga está proporcionalmente ligada à intensidade delituosa do agente, bem como à nocividade de sua conduta, circunstâncias essas de consideração obrigatória quando da primeira fase da dosimetria da pena (Precedentes do STF e do STJ).

5. Ordem denegada.”

2. O Habeas.

O impetrante sustenta que ficou indefeso e sofreu constrangimento ilegal em virtude dos seguintes fatos:

a) seu advogado não teria oferecido defesa prévia:

“(…)

5) Citado o paciente, se viu apresentado mediante escolta tendo sido interrogado a fls. 116/v, onde além de negar veemente as imputações que lhe eram feitas, declarou ter defensor constituído na pessoa do Advogado Gilberto Vieira (...)

(...)

6) Todavia, referido defensor não ofertou as referidas alegações preliminares, oportunidade única em que o paciente poderia arrolar suas testemunhas, requerer diligências, enfim praticar os atos necessários à sua defesa (...)

(...)” (fl. 4)

b) para a audiência de instrução, na qual não esteve presente, o juiz nomeou uma defensora ad hoc que não conhecia os detalhes do caso, o que teria prejudicado a sua defesa:

“(…)

Em data de 31.08.1998, mesmo sem que tivesse o defensor do paciente ofertado defesa prévia e sem que o Magistrado tivesse-o notificado para constituir novo defensor para tal, ficando, portanto sem possibilidade de promover sua defesa, Sua Excelência instalou audiência de instrução, debates e julgamento, e, mesmo estando ausente defensor constituído no interrogatório pelo paciente, ausente também o paciente que, embora requisitado, não se viu apresentado, único meio pelo qual poderia comparecer, eis que preso estava, como ainda está, a realizou, nomeando então, para o ato, defensora em exercício na Comarca e que fatalmente nenhum contato tivera antes com tão intrincado feito, e que sem maiores elementos nenhuma condição tinha de promover uma defesa das constitucionalmente previstas.

(...)” (fl. 5)

c) que o juiz, no interrogatório, não indagou ao impetrante de eventual dependência toxicológica:

“(…)

9) Além das enumeradas nulidades, determina a Lei nº 6368/76 quanto ao procedimento processual, que, no interrogatório do acusado, o Magistrado deverá indagar-lhe sobre eventual dependência, alertando-o sobre as

conseqüências de suas declarações.

(...)

No caso, isso não ocorreu e, sua falta, assim como as demais, gera cerceamento de defesa ao paciente, nulidade que, por absoluta, contamina também todo o feito a partir de sua ocorrência.

(...)” (fl. 7)

Indeferi a liminar em 8-8-2003 (fl. 24).

As informações foram prestadas (fls. 29/42).

PGR requereu encaminhamento da Apelação Criminal nº 283.502-00, julgada pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fl. 44).

De posse do acórdão proferido pelo TJ/SP, a PGR opina pela denegação da ordem de *habeas corpus* (fls. 91/96).

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim (Relator): As alegações de nulidade do processo e de caracterização do cerceamento de defesa se fundam em três argumentos.

Em relação ao argumento de que seu defensor constituído não apresentou defesa prévia, é pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de entender que tal peça não é essencial na instrução penal.

Leio no HC 74.794 (**Celso de Mello**, DJ de 8-5-1998):

“(…)

– A apresentação de defesa prévia não constitui atividade processual vinculada do defensor. A ausência dessa peça processual – que traduz faculdade decorrente do postulado constitucional da plenitude de defesa – não configura, por si só, causa de invalidação do processo penal condenatório. Precedentes.

(…)”

Outros precedentes: HC 80.958, **Moreira Alves**, DJ de 12-4-2002; RHC 58.433, **Moreira Alves**, DJ de 6-2-1981; RHC 59.429, **Cunha Peixoto**, DJ de 18-12-1981; HC 68.923, **Célio Borja**, DJ de 24-4-1992; HC 69.034, **Celso de Mello**, DJ de 19-6-1992; e HC 76.226, **Sydney Sanches**, DJ de 3-4-1998.

No mesmo sentido, o STF também já assentou o entendimento de que

não é obrigatória a presença do réu na audiência de instrução.

Constitui-se, não em nulidade absoluta, mas mera nulidade relativa a depender de sua argüição em tempo oportuno (arts. 500 e 571, inciso II, do CPP) com a demonstração do dano efetivamente sofrido.

A jurisprudência se reforça quando a mencionada audiência conta com a participação de seu advogado constituído ou, na sua falta, de defensor nomeado pelo juízo. Confiro no HC 71.655 (Maurício Corrêa, DJ de 26-5-1995):

"Habeas Corpus. Estelionato. Audiência de instrução: ausência do réu preso. Fixação da pena. Nulidades inexistentes.

1. A realização de audiência do contraditório, sem a presença do réu que se encontrava preso, à disposição da Justiça, não caracteriza nulidade absoluta e sim anulabilidade relativa, argüível na oportunidade prevista no art. 500 do CPP e demonstrado que o vício processual influenciou na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Não suscitada como dispõe o art. 571, II, do CPP, considera-se sanada a nulidade, tendo em vista a regra do art. 572, I, do mesmo Código.

(...)"

Outros precedentes: HC 74.931, Ilmar Galvão, DJ de 9-5-1997; RE 142.632, Paulo Brossard, DJ de 22-10-1993; HC 74.728, Octavio Gallotti, DJ de 27-6-1997; HC 69.495, Sepúlveda Pertence, DJ de 1º-7-1993; HC 68.964, Celso de Mello, DJ de 22-4-1994.

No caso presente, bem destacou a Procuradoria-Geral de Justiça a estratégia adotada pela defesa em fundamentação adotada pelo TJ/SP:

"(...)

Quanto à argüição de que o apelante não foi apresentado na audiência, observamos que seu advogado constituído, que participou do interrogatório feito no setor de cartas precatórias da Capital não ofereceu defesa prévia (fls. 130) e, devidamente intimado (fls. 131), não compareceu à audiência de instrução. Sabia por certo da não apresentação do apelante, policial civil, imaginou que a audiência seria adiada, o que ensejaria o pedido de relaxamento do flagrante. Acontece que o douto Magistrado designou defensora *ad hoc*, que trabalhou com eficiência. Deixou claro, no termo da audiência que: 'posteriormente, caso haja interesse da defesa constituída, as testemunhas poderão ser reinquiridas' (fls. 133). No

final da audiência, a digna defensora *ad hoc* requereu que as alegações finais fossem apresentadas pelo defensor constituído, o que foi deferido, fixando-se o prazo de 03 dias 'para tanto'. Devidamente intimado (fls. 141), o defensor constituído deixou decorrer *in albis* o prazo (fls. 149), tendo a defensora 'ad hoc' feito as alegações finais, onde nenhuma nulidade foi argüida.

(...)” (fl. 84)

O Ministro Hamilton Carvalhido também expõe em seu voto vencedor no STJ as cautelas tomadas pelo juízo na instrução penal:

“(...

É o caso do policial que foi preso com 140 quilos de cocaína na mala do veículo. Examinei o feito em toda a sua extensão, inclusive, a prova. Ele foi interrogado. Nesse ato, o advogado por ele indicado assinou o interrogatório. Intimou-se do prazo da prévia e da proposta de produção de prova testemunhal. O juiz saneou o processo, com nova intimação regular. Publicação na imprensa. Na audiência de instrução e julgamento, o advogado não se fez presente. O juiz, por cautela, não realizou a audiência e mandou intimar pessoalmente o réu na prisão, para que constituísse advogado. Prazo de 15 dias. Não houve constituição de advogado. O juiz, então, nomeou advogado para a defesa. Depois da condenação, em data bem posterior, constituiu o réu um advogado, que interpôs a apelação.

(...)” (fl. 36)

Assim, mesmo com o comportamento evasivo da defesa, o juízo se cercou de todos os cuidados abrindo prazo para constituição de advogado, nomeando defensor e determinando nova intimação para apresentação de defesa prévia.

Não houve nulidade em virtude da não-presença do réu na audiência.

Por fim, alega nulidade decorrente de o juiz não ter indagado ao réu acerca de eventual dependência toxicológica quando do interrogatório.

O Tribunal tem jurisprudência que assenta não ser motivo de nulidade absoluta a não-realização do exame de dependência toxicológica.

Com mais razão quando essa eventual dependência não é suscitada pela defesa em nenhum momento da instrução ou ainda quando não haja qualquer indício advindo dos elementos probatórios de que ela de fato exista.

Há também precedentes: HC 73.987, Maurício Corrêa, DJ de 6-6-1997; HC 73.075, Maurício Corrêa, 3-5-1996; HC 73.407, Maurício Corrêa, DJ de 19-4-

1996.

Mesmo que se comprovasse a dependência, o STF já decidiu que isso não afasta a configuração do crime do art. 12 da Lei 6.368/76 (HC 73.841, Néri da Silveira, DJ de 6-10-2000).

Diante de todo o exposto, voto para denegar a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 83.409/SP — Relator: Ministro Nelson Jobim. Paciente e Impetrante: Antonio Carlos de Oliveira Oias. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação unânime, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, 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. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Brasília, 2 de março de 2004 — Antonio Neto Brasil, Coordenador.

HABEAS CORPUS 84.431 — SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Paciente: Igor Rogério Luchesi

Impetrante: Ana Carolina Garcia Bliza de Oliveira

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Denegação do pedido de instauração de incidente de dependência toxicológica do paciente, denunciado por tráfico de entorpecentes. Alegação no sentido da obrigatoriedade do exame quando o réu afirma sua condição de dependente químico da droga.

Cabe ao magistrado da instrução o juízo acerca da instauração ou não do incidente de dependência toxicológica. Precedentes. Tal juízo deve ser feito caso a caso e, principalmente, na hipótese de denegação do pedido, o juiz estará obrigado a declinar os motivos da recusa; que, a seu turno, deve ter lastro em dados concretos do caso analisado.

Constrangimento ilegal inexistente, havendo o douto magistrado observado tais parâmetros, declinando motivadamente as razões do indeferimento, após a detida apreciação do caso que o levou, inclusive, a asseverar o caráter protelatório da pretensão.

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 *habeas corpus*. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que o deferia.

Brasília, 31 de agosto de 2004 – **Sepúlveda Pertence**, Presidente – **Carlos Ayres Britto**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus*, por meio do qual se requer a instauração de incidente de dependência toxicológica do paciente, que, denunciado por tráfico de entorpecente, alega ser usuário dependente da droga apreendida.

2. Invocando os postulados da ampla defesa e do contraditório, os impetrantes sustentam, em síntese, que, “uma vez indagado o réu sobre eventual dependência química, torna-se necessário a instauração de incidente de dependência toxicológica” (sic) (fl. 07).

3. Indeferi a medida liminar requerida nos termos seguintes:

“Em que pesem os bem lançados argumentos dos combativos impetrantes, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal “não tem extraído da simples declaração do réu de ser viciado em tóxicos a exigência de submetê-lo ao exame de dependência” (HC 82.651, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Citem-se, ainda, entre outros, o HC 69.733; HC 69.995; HC 73.075; HC 73.305; HC 76.581; HC 78.440.”

4. Após as informações, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral da República, que opinou pelo indeferimento do *writ* em parecer do Subprocurador-Geral Edson Oliveira de Almeida, que reproduz em sua parte nuclear (fl. 91):

“(…)

Quanto ao exame de dependência toxicológica o entendimento do Supremo Tribunal também tem sido no sentido de acentuar o caráter facultativo e discricionário dessa providência, que, assim, somente será necessária quando houver dúvida quanto à

integridade do poder de autodeterminação do réu ou existir evidência de que o comportamento delituoso ocorreu em virtude da dependência do réu ao uso de substância entorpecente.

(...)"

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Feito o relatório, passo ao voto.

7. Conforme referido quando do exame da medida liminar, os precedentes desta colenda Corte registram caber ao juiz condutor da instrução, de acordo com as peculiaridades do caso, a aferição da conveniência da realização do exame em causa. A título ilustrativo, os HCs 69.733 e 69.995, assim ementados:

"- Habeas Corpus. Condenação do paciente a três anos de reclusão, como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Alegação de cerceamento de defesa, porque não determinado exame de dependência toxicológica. Improcedência. A circunstância de o réu declarar-se viciado não leva, necessariamente, à obrigatoriedade de realização do exame, cabendo ao Juiz aferir, em cada caso, da sua necessidade (...)."

"Habeas corpus. Tóxicos. Exame de dependência toxicológica.

A aferição da conveniência da realização do exame de dependência toxicológica - tendo-se declarado viciado o paciente - cabe ao juiz condutor da instrução criminal. Precedentes do STF (RR.HH.CC. 61.716 e 65.438, *inter alia*).

Habeas corpus indeferido."

8. De fato, deve caber ao magistrado da instrução o juízo acerca da instauração ou não do incidente de dependência toxicológica. Por outro lado, é certo que esse juízo deve ser feito caso a caso e, principalmente, na hipótese de denegação do pedido, o juiz estará obrigado a declinar os motivos da recusa. Recusa essa que, ademais, deve ter lastro em dados concretos do caso analisado.

9. Na espécie, o ilustre magistrado registrou a lucidez do acusado, *"não havendo qualquer elemento nos autos do qual se possa inferir que o réu ao tempo da ação*

não tinha capacidade de entendimento ou auto-determinação total ou parcial" (fl. 31). Apontou o caráter protelatório do pedido, que não atenderia aos requisitos do art. 19, *caput*, da Lei de Tóxicos, fazendo referência a precedentes que respaldariam a decisão. Por fim, fez menção ao documento apresentado pelo acusado, que revela a ocorrência de uma simples "consulta médica", em que o profissional teria "tomado conhecimento do fato por meio da genitora dele (acusado) de ser o réu usuário de maconha há cerca de um ano" (fl. 32).

10. De fato, o documento (fl. 30) – que na verdade não se trata de atestado médico, mas de **Receituário** – assevera, *in verbis*:

"Receituário

Venho por meio desta declarar que o Sr. Igor Rogério Luchesi, *segundo sua mãe Eugenia Theodoro Luchesi*, é usuário de droga (maconha) por volta de um ano, tendo consultado uma vez comigo quando apresentava-se em bom estado geral"

11. Bem vistas as coisas, o documento em questão nada atesta: Limita-se a declarar que, **segundo sua mãe**, o réu é usuário de drogas. Nem sequer fica claro se o médico examinou o paciente na época dos fatos, muito menos há referência, ainda que *en passant*, à existência de dependência toxicológica.

12. Os depoimentos acostados à impetração – que corroborariam para evidenciar alegada dependência – não trazem uma linha sequer sobre o assunto. As testemunhas de defesa F.G.S. e S.M.S. restringem-se a afirmar que conhecem o acusado e sua mãe há vários anos, que o réu seria "ótima pessoa", trabalhador e não mereceria o que está passando. Tais declarações podem até ser utilizadas como circunstâncias abonadoras à personalidade do réu, mas nunca para comprovar eventual dependência química, até porque nada foi relatado a esse respeito. Já as testemunhas de acusação, além de registrar a quantidade de droga apreendida tanto com o paciente quanto com o menor que o acompanhava, consignaram que, ao sentir delas, testemunhas, estaria evidenciado que a maconha não seria para uso. Uma delas também ressaltou que o acusado já tinha passagem policial, também por tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/76), fato esse reconhecido pelo próprio réu no depoimento prestado em juízo (fl. 19).

13. Por fim, as informações prestadas pelo magistrado às fls. 85 revelam que, antes mesmo da presente impetração, o paciente, após a devida instrução, criminal, restou de fato condenado "como incurso no art. 12 c/c art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, às penas de quatro anos e oito meses de reclusão e setenta e sete dias-multa".

14. Por todas essas razões, não vislumbro constrangimento ilegal no indeferimento do incidente de dependência toxicológica pelo juiz da instrução,

que, apreciando as peculiaridades do caso concreto, atestou o caráter meramente protelatório da medida.

15. Meu voto, portanto, é pelo indeferimento do *habeas corpus*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, entendo que a defesa deve ser preservada à exaustão.

O artigo 19 da Lei n. 6.368/76 preceitua:

“Art. 19. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Essa última cláusula tem sido mitigada, diante de laudo técnico, quanto à dependência, pressupondo-se que o dependente fique numa situação tal que, realmente, para saciar o próprio vício, chegue a adentrar o campo da traficância.

No caso, houve a juntada aos autos de receiptuário, revelando que a genitora do paciente teria dado conta, ao profissional da medicina, da dependência do próprio filho.

Diante desse quadro, a meu ver, incumbia viabilizar a defesa o exame de dependência. E houve, mesmo assim, o indeferimento.

Foi o paciente condenado em data anterior, mas essa circunstância não afasta a observação do artigo 19 da Lei n. 6.368/76, que versa sobre a dependência.

Por isso, peço vênua para conceder a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Creio que, assim como ocorre no Código de Processo Penal comum, é preciso que haja circunstâncias objetivas das quais se possa inferir “dúvida fundada”, conforme a lei penal comum, sobre a saúde mental do acusado e, na lei especial, sobre a sua dependência toxicológica, capaz de levar à inimputabilidade.

Nada se alegou a propósito.

Por isso, pedindo vênua ao Ministro Marco Aurélio, acompanho o voto eminente Ministro Relator e denego a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 84.431/SP – Relator: Ministro Carlos Britto. Paciente: Igor Rogério Luchesi. Impetrante: Ana Carolina Garcia Bliza de Oliveira. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu 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. Eitel Santiago de Brito Pereira.

Brasília, 31 de agosto de 2004 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 84.453 – PB

Relator: *O Sr. Ministro Marco Aurélio*

Relator para o acórdão: *O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence*

Paciente: *Francisco Alberto de Lucena Rabello*

Impetrante: *Emerson Davis Leonidas Gomes*

Coator: *Superior Tribunal de Justiça*

Crimes contra a ordem tributária, quadrilha e falsidade ideológica.

1. O aperfeiçoamento do delito de quadrilha ou bando não depende da prática ou da punibilidade dos crimes a cuja comissão se destinava a associação criminosa.

2. Por isso, a suspensão da punibilidade de crimes contra a ordem tributária imputados a membros da associação para delinquir, por força da adesão ao Refis II (Lei 10.684/03), não se estende ao de quadrilha.

3. O crime contra a ordem tributária absorve os de falsidade ideológica necessários à tipificação daqueles; não, porém, o *falsum* cometido na organização da quadrilha.

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*.

Brasília, 17 de agosto de 2004 – **Sepúlveda Pertence**, Presidente e Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ao proceder ao exame do pedido de concessão de medida acauteladora, assim resumi a matéria versada nesta impetração:

Este *habeas* está dirigido contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que tem a seguinte ementa (folha 201):

Criminal. HC. Crime contra a ordem tributária. Falsidade ideológica e formação de quadrilha. Inépcia da denúncia. Crime societário. Possibilidade de denúncia genérica. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa não-evidenciada de plano. Análise sobre a autoria e materialidade do delito que não podem ser feitas na via eleita. Aplicação do princípio da consunção. Impossibilidade. Condutas autônomas. Ordem denegada.

I. Denúncia que imputou ao paciente a prática, em tese, de delito contra a ordem tributária.

II. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa dos acusados, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que não se vislumbra *in casu*.

III. Tratando-se de crimes societários, de difícil individualização da conduta de cada participante, admite-se a denúncia de forma mais ou menos genérica, por interpretação pretoriana do art. 41 do CPP. Precedentes.

IV. Evidenciada a presença de fortes indícios de crime contra a ordem tributária, torna-se prematuro o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.

V. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas *in casu*.

VI. 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.

VII. Hipótese em que foi determinada a suspensão do processo relativamente aos delitos contra a ordem tributária, em aplicação do disposto no art. 9º da Lei 10.684/03.

VIII. Evidenciado, na hipótese, que os crimes contra a ordem tributária e os de falsidade ideológica e de formação de quadrilha se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção, e conseqüentemente a suspensão do processo relativamente a esses últimos.

IX. Ordem denegada.

Na longa petição de folha 2 a 31, busca-se demonstrar a insubsistência do entendimento sufragado, ressaltando-se as duas causas de pedir deste *habeas*. Segundo o sustentado, a inicial da ação penal afigura-se inepta, porquanto não conta com a descrição do procedimento do paciente. É que, tratando-se de crime societário, o Ministério Público deixara de revelar, de forma minudente, a participação do acusado. A segunda causa de pedir concerne à tese de que os crimes previstos nos artigos 288 e 299 do Código Penal seriam crimes meios, ante o tipo do artigo 1º, incisos I e II, da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. A atuação conjunta e a falsidade ideológica teriam ocorrido para lograr-se a fuga à obrigação tributária. Afirma-se que o paciente não praticou qualquer ato de gestão, nem agiu como mandatário da empresa envolvida. Simplesmente, constara como mandatário em instrumento de mandato que não chegou, consoante as razões expendidas, a ser utilizado. Discorre-se sobre o disposto no artigo 13 do Código Penal, remetendo-se à melhor doutrina sobre a causalidade. Do ângulo da equivalência, cita-se BINDING, para quem "a teoria da equivalência, se considerada de forma ilimitada, levaria a punir-se como co-autor em adultério o carpinteiro que fabricou o leito em que se deitou o casal amoroso". Salienta-se que, suspenso o processo quanto ao crime tributário, em face da adesão a

refinanciamento, impossível seria dar seqüência relativamente aos crimes de quadrilha e falsidade ideológica. Requer-se a concessão de liminar que implique a suspensão dos atos instrutórios no Processo n. 2003.82.00.004330.7, em curso na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba, até o julgamento final da impetração, e que neste seja deferida ordem para trancar a ação penal por inépcia da denúncia e conseqüente falta de justa causa para instauração de instância penal. Sucessivamente, pleiteia-se a suspensão do processo, no tocante aos delitos dos artigos 299 e 288 do Código Penal. Sobre o risco de manter-se com plena eficácia o curso processual, assevera-se estar na fase de inquirição de testemunhas da defesa e que, a qualquer momento, pode ser prolatada decisão desfavorável ao paciente. À inicial juntaram-se os documentos de folha 32 a 203.

Em seguida, indeferi a liminar, ao fundamento de que: (...) a atuação do Relator situa-se no campo excepcional. Competente para julgar o *habeas corpus* é o Colegiado. Então, há de concluir-se que a antecipação de tutela deve fazer-se, realmente, sob o ângulo acautelador. Para que este surja pertinente, indispensável é que do quadro retratado no processo resulte ameaça à liberdade de ir e vir, ameaça clara e precisa a direito do cidadão. Sem adentrar no âmago das questões colocadas na inicial, isso não se verifica no caso. Está-se na fase de audição das testemunhas de defesa, não se encontrando o processo revelador da ação penal devidamente aparelhado para prolação de sentença.

O processo foi remetido à Procuradoria-Geral da República, pronunciando-se o ilustre Subprocurador-Geral, Dr. Edson Oliveira de Almeida, pelo indeferimento da ordem. Revela encontrar-se o acórdão impugnado em harmonia com precedente desta Corte, isso sob o ângulo da inépcia da denúncia e o envolvimento de crime societário. Consoante afirma, na denúncia constaria a referência à atuação de laranjas, sendo que o paciente fora apontado como um dos sócios da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Quanto à consunção, reporta-se ao que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ao processo veio instrumento de mandato, ressaltando o paciente que o representante processual procederá à sustentação do pleito. A conclusão data de 4 de agosto de 2004. Lancei visto em 7 imediato, quando designei, como data de julgamento, a de hoje, ou seja, 17 de agosto de 2004, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator):

Da inépcia da denúncia

A peça, de folha 88 a 94, mostra-se circunstanciada. Contém referência à constituição de sociedade e subsequente credenciamento de procuradores que, detendo amplos poderes para administração da empresa, movimentavam as diversas contas bancárias abertas. Ter-se-ia intermediação por pessoas que passaram a ser consideradas como laranjas. Apontou-se a omissão, no documento de constituição da firma, quanto aos nomes dos verdadeiros sócios de fato. O paciente seria um destes últimos, conforme narração do Ministério Público. Não se está diante de imputação genérica a inviabilizar o direito de defesa. Em suma, tratar-se-ia de constituição de empresa mediante a utilização de interpostas pessoas.

Da consunção

O pano de fundo da ação penal revelou a ausência de declaração de ajuste do imposto sobre a renda, considerado o ano-base de 1998, e indicou movimentação financeira da empresa no valor de R\$ 17.248.214,30 (dezesete milhões, duzentos e quarenta e oito mil, duzentos e quatorze reais e trinta centavos). É certo que a denúncia abrange os tipos dos artigos 288 e 299 do Código Penal, ou seja, a assertiva sobre a existência de quadrilha ou bando e de falsidade ideológica. Todavia, nota-se, no caso, acontecimento único relativo a pessoa jurídica individualizada. A Lei n. 8.137/90, no artigo 1º, fixa, como crime contra a ordem tributária, suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório, omitindo-se informação ou prestando-se declaração falsa às autoridades fazendárias.

Já o artigo 2º glosa a feitura de declaração falsa ou omissão de declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou o emprego de qualquer outra fraude para eximir-se de pagamento de tributo. Na espécie, o envolvimento de várias pessoas e a própria fraude estão compreendidos no tipo específico da Lei n. 8.137/90, sendo totalmente imprópria na seara do Direito Penal a sobreposição. Chegou-se, como assinalado, à suspensão da pretensão punitiva do Estado quanto ao crime contra a ordem tributária, deixando-se de atentar para a absorção dos crimes de quadrilha e de falsidade ideológica. Tratando-se de pessoa jurídica, principalmente de uma limitada, é comum atuarem, na sonegação, várias pessoas, considerado o estatuto e a delimitação gerencial. Da mesma forma, o crime tributário faz-se, em vista até mesmo da fiscalização, do acompanhamento da contabilidade da contribuinte, mediante fraude, por sinal consignada expressamente nos artigos 1º e 2º da Lei n. 8.137/90. Descabe, a partir do tipo do artigo 288 do Código Penal, a generalização, como se, em todas as hipóteses de crime tributário por pessoa jurídica, ocorresse o crime de quadrilha ou bando. O sentido do dispositivo é outro, não alcançando o caso deste processo, porquanto o objetivo maior mostrou-se a comercialização, a prática de atos no mercado,

driblando-se os ônus tributários. Há de refletir-se sobre o caso, presente o instituto da consunção, o instituto da absorção, ou seja, a consideração de procedimentos integrados no próprio crime contra a ordem tributária. Daí o meu voto, para, concedendo a ordem, trancar a ação penal no tocante aos tipos dos artigos 288 e 299 do Código Penal.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Tenho dificuldades em entender, neste julgamento sumário, que toda essa armação de falsidades esteja absorvida pela finalidade última de sonegação fiscal.

Ainda recentemente no HC 84.223, relatado pelo Ministro Eros Grau, firmamos que, em caso similar, que a suspensão pelo Refis da pretensão punitiva não se estende à quadrilha. Isso é recente, do dia 3 de agosto último.

Assim também como me parece que essa organização de uma empresa laranja, pelo menos com os dados de fato que podemos manejar neste *habeas corpus*, não é meio necessário para a prática do crime contra a ordem tributária a ponto de a podermos considerar consumida pelo crime tributário. Creio que a solução dada pelo juiz neste passo do processo está correta.

Peço todas as vênias ao Eminentíssimo Relator para indeferir a ordem.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, as premissas do meu voto são únicas. Quase sempre a sonegação é praticada por pessoa jurídica e, em se tratando de sociedade limitada, é muito comum o gerenciamento caber a vários sócios. Então, ter-se-ia sempre base para formular-se denúncia pelo crime de quadrilha. Considerado apenas esse aspecto, a resposta, para mim, é negativa.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): *Est modus in rebus*. O que se tem aqui é, de um lado, um crime contra a ordem tributária identificado; de outro, a organização de uma empresa destinada simplesmente a sonegar tributos, com a participação de “laranjas”.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não, destinada a um êxito econômico maior, driblando-se o fisco.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Sim, Ministro. Então, vamos raciocinar: ainda se não se tivesse praticado nenhum crime contra a ordem tributária, ter-se-iam já o crime de quadrilha e o crime de falsidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, de início, não. Nada impede que haja a constituição de uma sociedade, por quotas de responsabilidade limitada, e o credenciamento de procuradores para o gerenciamento dessa sociedade. Imagino, por exemplo, uma sociedade mesmo de família, de leigos, com direção profissionalizada.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Desde a constituição, ao que apreendi da denúncia, os sócios aparentes eram meros “laranjas” de sócios que pretendiam ficar na obscuridade para a prática de crimes contra a ordem tributária.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): De qualquer forma, o tipo especial exige a fraude. É elemento do tipo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Sim, Ministro, mas a fraude na contabilidade da própria empresa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Foi o caso.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): O fato é independente, é a constituição de uma empresa cuja constituição, em si mesma – eu pediria a V. Exa. para repetir este raciocínio –, ainda quando nada tivesse praticado contra a ordem tributária –, configuraria a quadrilha e a falsidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Esse é o raciocínio do Ministério Público na inicial. A historinha do Ministério Público é impactante, mas ele poderá veiculá-la em toda e qualquer denúncia, bastando que se tenha uma pessoa jurídica.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Não é o caso comum de crime contra a ordem tributária, em que se pratica uma falsidade na contabilidade de uma empresa para fraudar o Fisco.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Aqui foi omissão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Aí sim a fraude está absorvida, é um meio necessário à prática do crime. Veja o inciso II do art. 1º da Lei 8.137:

“II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou emitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;”

Vale dizer, na contabilidade de uma empresa real, cometem-se falsidades com o único propósito de reduzir ou eliminar imposto. Aí sim ninguém poderá supor nem que essa falsidade seja punida separadamente, nem muito menos que a participação de quatro sócios nesta inserção de documentos falsos configurasse, por si só, uma quadrilha. Outra coisa é a organização predeterminada de uma empresa para a prática de crimes tributários. Não estou dizendo que essa seja a realidade, mas é a imputação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): É a imputação, é a capacidade intuitiva do subscritor da peça inicial.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: É toda uma estrutura.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Isso eu não sei, Ministro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Ele assentou uma premissa: se há, na constituição da empresa, certas pessoas que não gerenciam e, ao contrário, resolvem credenciar terceiros, têm-se, aí, “laranjas”.

Não posso raciocinar considerado o excepcional, o extravagante.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Ministro, não estou sentenciando, estou examinando uma denúncia em *habeas corpus* por falta de justa causa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Eu sei, Presidente. Mas, como o tipo especial pressupõe a fraude, ainda que eu veja a fraude nesse credenciamento por procuração...

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Mas o tipo especial não pressupõe fraude num fato absolutamente autônomo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas o objetivo foi esse.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Consunção, *data venia*, não é isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O objetivo foi este: fraudar. Tanto que se aponta – e talvez se tenha pego a empresa imediatamente – que ela deixou de apresentar a declaração de ajuste do imposto de renda do ano-base de 98.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Este é um crime autônomo. Este é até o art. 2º. E está certo, foi suspenso pelo Refis.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Omissão e por fraude.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Vou divergir e acompanhar o raciocínio do Ministro Sepúlveda Pertence para indeferir o *habeas corpus*. Até em coerência com o que votei há uma semana.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Também votei na semana passada – e devo consignar isso em meu voto, para que não apontem incongruência – e me convenci, debruçando-me sobre o caso e refletindo sobre a matéria, de que há a absorção. O Presidente está lembrado que ainda fiz algumas ponderações antes de acompanhar o Relator. E sou daqueles que não têm compromisso com os próprios erros.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Também entendo da mesma forma que o Ministro Sepúlveda Pertence, *data venia* do Ministro Marco Aurélio. Se existe toda uma estrutura montada, direcionada para a prática de crimes tributários, instantaneamente se configuram os crimes de falsidade e de formação de quadrilha.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sr. Presidente, só estaria seguro em acompanhar o voto do eminente Relator, se fosse incontroverso que a constituição

dessa sociedade fictícia tivesse tido finalidade específica, enquanto somente dirigida à prática dos crimes tributários descritos na denúncia.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Não se alude a outro objeto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Noutras palavras, que a criação de sociedade fictícia e a prática de falsidade fossem insusceptíveis de servir de meio para a prática de outros crimes tributários e não tributários. E a consumação da quadrilha, e não temos divergência a respeito, independe da prática do crime-fim.

Com o devido respeito, sobretudo por esse aspecto não esclarecido no âmbito do *habeas corpus*, peço vênia ao eminente Relator para acompanhar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

EXTRATO DA ATA

HC 84.453/PB – Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Paciente: Francisco Alberto de Lucena Rabello. Impetrante: Emerson Davis Leonidas Gomes. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu pedido de *habeas corpus*, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator, que o deferia. Relator para o acórdão, o Ministro Sepúlveda Pertence. Falaram, pelo paciente, o Dr. Fernando José Alves de Souza e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Delza Curvello Rocha, Subprocuradora-Geral da República.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha.

Brasília, 17 de agosto de 2004 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 467.616 – MG

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Agravante: Estado de Minas Gerais

Agravado: André de Oliveira Silva

Agravo de Instrumento - Concurso Público - Exame psicotécnico - Exigência de rigor científico - Necessidade de um grau mínimo de objetividade - Direito do candidato de conhecer os critérios norteadores da elaboração e das conclusões resultantes dos testes psicológicos que lhe tenham sido desfavoráveis - Possibilidade de impugnação judicial de tais resultados - Princípio constitucional da inafastabilidade

**do controle jurisdicional dos atos da administração pública –
Recurso improvido.**

– O exame psicotécnico, **especialmente** quando possuir natureza eliminatória, deve revestir-se de rigor científico, **submetendo-se**, em sua realização, à **observância** de critérios técnicos que propiciem base objetiva destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e das conclusões resultantes dos testes psicológicos, sob pena de frustrar-se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direito. Precedentes.

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 de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 23 de março de 2004 – **Celso de Mello**, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, contra decisão que **negou provimento** ao agravo de instrumento deduzido pela parte ora recorrente.

Eis o teor da decisão, que, por mim proferida, **sofreu** a interposição do presente recurso de agravo (fl. 55):

“O recurso extraordinário – **a que se refere** o presente agravo de instrumento – foi interposto contra decisão consubstanciada em acórdão assim ementado (fl. 18):

‘Concurso público – Curso de formação de soldados – PMMG – Eliminação de candidato – Contra-indicação em exame psicotécnico por não atender ao perfil exigido para a função – Requisito não previsto em lei – Nulidade do ato administrativo de exclusão do candidato do certame – Sentença confirmada em reexame necessário.’

A parte ora agravante, **ao deduzir** o recurso extraordinário que interpôs, **sustenta** que o acórdão ora impugnado **teria** transgredido o preceito inscrito no art.

37, I, da Constituição Federal, **aduzindo**, ainda, argumentos **que justificariam** a plena legitimidade constitucional do exame psicotécnico.

A pretensão recursal extraordinária em questão revela-se **inacolhível**, pois o entendimento adotado pelo Tribunal *a quo* reflete, com **integral fidelidade**, a **orientação jurisprudencial** que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame da matéria em referência (RTJ 124/770, Rel. Min. Francisco Rezek - RTJ 141/299, Rel. Min. Carlos Velloso - RTJ 166/668, Rel. Min. Octavio Gallotti - AI 257.710/ES, Rel. Min. Marco Aurélio - RE 190.290/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti - RE 200.747-Agr/PE, Rel. Min. Maurício Corrêa - RE 206.393/DF, Rel. Min. Néri da Silveira - RE 243.926/CE, Rel. Min. Moreira Alves - RE 265.261/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence - RE 282.173/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*).

Sendo assim, e pelas razões expostas, **nego provimento** ao presente agravo de instrumento, por revelar-se **inviável** o recurso extraordinário a que ele se refere.

(...)

Ministro Celso de Mello

Relator"

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante **interpõe** o presente recurso de agravo (fls. 58/62).

Por não me convencer das razões expostas, **submeto**, ao exame desta Colenda Turma, o **presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Não assiste** razão à parte ora recorrente, **eis que** a decisão agravada **ajusta-se**, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame.

Com efeito, o exame psicotécnico, **especialmente** quando possuir natureza eliminatória, **deve** revestir-se de rigor científico, **submetendo-se**, em sua realização, à **observância** de critérios técnicos que propiciem **base objetiva** destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e das conclusões

resultantes dos testes psicológicos, **sob pena** de frustrar-se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário, **na hipótese** de lesão a direito.

Cabe enfatizar, finalmente, por necessário, que esse entendimento – desenvolvido na decisão de que ora se recorre – **encontra** pleno suporte no magistério jurisprudencial que esta Suprema Corte **firmou** no exame da controvérsia em análise.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, em conseqüência, **por seus próprios fundamentos**, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

AI 467.616- AgR/MG – Relator: Ministro Celso de Mello. Agravante: Estado de Minas Gerais (Advogado: Advocacia-Geral do Estado/MG - Walter do Carmo Barletta). Agravado: André de Oliveira Silva (Advogada: Rosângela Máximo de Souza).

Decisão: A Turma, por votação unânime, *negou* provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Brasília, 23 de março de 2004 – Antonio Neto Brasil, Coordenador.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS N. 30.683 - MT (2003/0171967-2)

Relator: *Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*
Impetrante: *Faber Viegas*
Impetrada: *Procuradoria da República em Mato Grosso*
Paciente: *Ubiratan Francisco Vilela Tom Spinelli*

EMENTA

Habeas corpus. Intimação para depor em procedimento administrativo. Inexistência de coação ou ameaça à liberdade de ir e vir.

Não há ilegalidade na mera intimação feita pelo Ministério Público para a ouvida de testemunha em procedimento administrativo com o objetivo de esclarecer fatos que, em tese, configuram ilícito penal.

Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros, César Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Paulo Gallotti e Franciulli Neto votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Edson Vidigal, Francisco Falcão e Luiz Fux. Licenciado o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, sendo substituído pelo Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília-DF, 19 de dezembro de 2003 (data do julgamento). Ministro Nilson Naves, Presidente. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Relator.

Publicado no DJ de 08.03.2004.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Antônio de Pádua Ribeiro**: Faber Viegas impetrou ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Ubiratan Francisco Vilela

Tom Spinelli, Conselheiro do Tribunal de Contas do Mato Grosso, contra ato do Procurador da República naquele Estado, consistente na intimação do paciente para depor em procedimento administrativo instaurado para apuração de crime.

Afirmou o impetrante que nos autos do processo criminal, em que estão sendo processados os envolvidos com o crime organizado naquele Estado, liderado por João Arcanjo Ribeiro, foi ouvido como testemunha de acusação Nilson Roberto Teixeira, que afirmou que o paciente e outros conselheiros do Tribunal de Contas daquele Estado estariam envolvidos com a atividade da quadrilha, desviando recursos do DVOP para campanhas políticas.

Diante dessa afirmação – continua – o MM. Juiz que preside o feito remeteu cópias do depoimento ao Procurador-Geral da República para que fossem apurados eventuais crimes cometidos pelos conselheiros.

Foi delegado, então, “pelo Procurador-Geral da República à Procuradoria da República em Mato Grosso, a tarefa de desenvolver atividades investigativas acerca de prováveis cometimentos de múltiplos crimes por conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, razão pela qual foi instaurado o Procedimento Administrativo n. PR/MT/CJ/580/2003” (fl. 04).

O paciente, então, recebeu ofício solicitando que agendasse dia e hora para ser ouvido no citado procedimento administrativo, em trâmite perante a Procuradoria da República em Mato Grosso.

Contra essa intimação é que se insurge o paciente, entendendo que se busca ouvi-lo “na condição de acusado e com o propósito de confundi-lo ou até mesmo coagi-lo, com o fim de fazer com que produza provas contra si mesmo” (fl. 06), ainda que a Procuradoria tenha afirmado que ele seria ouvido na condição de testemunha, pois na verdade, argumenta, o propósito seria “forçar o acusado a prestar depoimento, inclusive utilizando-se da prerrogativa de condução coercitiva no caso do mesmo negar-se a comparecer espontaneamente” (fl. 07).

Afirma, ainda, que “a inconstitucionalidade do ato praticado pela PG/MT é notadamente evidente, posto que este órgão poderia utilizar-se de meios com o propósito de confundir o paciente e assim forçá-lo a se auto-incriminar, ferindo de morte o princípio constitucional de direito natural que estabelece que ninguém está obrigado a produzir provas contra si” (fl. 07).

Entende que “a pretensão da Procuradoria-Geral em Mato Grosso não possui respaldo legal, posto que não encontra-se dentro da competência da Procuradoria da República ouvir extrajudicialmente pessoas investigadas em processo administrativo, restringindo sua competência somente à oitiva de testemunhas” (fl. 08) e sustenta que o objetivo da impetrada é a autopromoção, uma vez que está fazendo na imprensa “estardalhaços e ridicularizando as pessoas que ali se encontram com o objetivo de servirem apenas como supostas ‘testemunhas’” (*idem*).

Requeru a concessão da ordem “a fim de que a PR/MT se abstenha de atentar contra a liberdade de locomoção do paciente, deixando de obrigá-lo a prestar depoimento nos autos do feito administrativo PR/MT/CJ/580/2003”

(fl. 11).

Por não vislumbrar os requisitos exigidos, indeferi a liminar (fl. 63) e requisitei informações. Contra essa decisão o impetrante interpôs agravo regimental, desprovido por unanimidade por esta Corte (fls. 76/81).

Antes que as informações fossem prestadas, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem em parecer assim ementado:

“Constitucional e Processual Penal. Investigação pelo Ministério Público. Fatos que tipificam crime. Atribuição do Ministério Público para investigar. Precedentes do STJ. Delegação feita pelo Procurador-Geral da República. Legalidade.

A mera intimação do paciente para depor em procedimento administrativo instaurado para investigar ato de improbidade, sem que conste do ofício qualquer ameaça à sua liberdade, não caracteriza constrangimento ilegal.

Parecer pela denegação da ordem” (fl. 84).

As referidas informações foram juntadas às fls. 100/103, com os documentos de fls. 104/970.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Antônio de Pádua Ribeiro** (Relator): Nas informações prestadas, afirma o Ministério Público Federal que Nelson Roberto Teixeira não é testemunha de acusação, mas réu no referido processo, e que não houve nenhum testemunho por ele prestado, mas interrogatório, despido de qualquer compromisso.

Feita essa observação, passo à análise do presente *writ*.

Conforme se vê do relatado na petição inicial e nos documentos acostados aos autos, o Juízo da 1ª Vara da Justiça Federal do Estado de Mato Grosso enviou ao Procurador-Geral da República cópias do depoimento prestado por Nelson Roberto Teixeira, que havia relatado a participação de conselheiros do Tribunal de Contas daquele Estado nas operações das empresas de propriedade de João Arcanjo Ribeiro.

Corretamente agiu o Magistrado, uma vez que estava cumprindo o determinado no art. 40 do Código de Processo Penal, que dispõe:

“Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou Tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias

e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”.

Recebida a comunicação, o Procurador-Geral da República determinou a instauração de processo, proferindo despacho delegando aos Procuradores da República do Estado de Mato Grosso a realização de investigação para apuração de eventuais delitos cometidos pelos conselheiros do Tribunal de Contas.

Foi aberto, então, o processo administrativo em que foi expedido o ofício objeto do presente *writ*.

Não vislumbro a alegada ilegalidade a ser protegida por meio deste remédio heróico.

O entendimento do impetrante de que a competência da Procuradoria da República restringe-se “somente à oitiva de testemunhas” (fl. 08) está em desacordo com o que vem decidindo esta Corte, como bem salientou a ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques, citando recente decisão da Quinta Turma, proferida no HC n. 27.113/MG, cujo acórdão restou assim ementado, na parte específica ao que ora se trata nestes autos:

“(…)

– A questão acerca da possibilidade do Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta egrégia Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da ação é o órgão ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal.

(…)

(Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 29.09.2003).

E não poderia ser diferente. A Constituição Federal, em seu art. 129, estabelece:

"São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

(...)

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais".

A Lei Complementar n. 35/1993, em seu art. 8º, dispõe que incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:

"I - instaurar inquérito civil e *outros procedimentos administrativos correlatos*" (os grifos não são do original).

E ainda que, para o exercício de suas atribuições, nos procedimentos de sua competência, poderá "realizar inspeções e diligências investigatórias" (art. 8º, inciso V, da citada Lei Complementar).

No ofício da Procuradoria da República do Estado de Mato Grosso, solicitando ao paciente que marcasse o dia, o horário e o local que lhe fosse melhor para ser ouvido acerca dos fatos narrados naquele procedimento, está esclarecido que:

"A sua oitiva será feita na qualidade de testemunha, sem prejuízo do direito constitucional de Vossa Excelência recusar-se a responder às perguntas que eventualmente venham a incriminá-lo" (fl. 45).

Portanto, não vejo caracterizada qualquer coação ao paciente, amparado que estava o Ministério Público pelos dispositivos legais acima citados, buscando, dentro de sua função institucional, esclarecer e apurar fatos que configuram, pelo menos em tese, ilícitos criminais.

Esta egrégia Corte Especial já decidiu que "constitui função institucional do órgão do Ministério Público, cujo exercício é assegurado pela Constituição Federal, a de requerer diligências investigatórias, cabendo-lhe escolher a providência mais adequada para a apuração da materialidade e autoria dos delitos" (AgRg no Inquérito n. 287/RJ, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 20.05.2002).

Veja-se, ainda, o entendimento deste Tribunal expresso nas seguintes ementas:

“Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Intimação. Nulidades. Atribuições do Ministério Público. Publicação do ato de instituição do núcleo de investigação criminal.

I - Diligências necessárias que não afetam a liberdade e a privacidade das pessoas podem ser realizadas diretamente pelo Ministério Público para a eventual preparação de ação.

II - Inexistindo ameaça na intimação para comparecimento dos pacientes não há que se falar em constrangimento ilegal.

Recurso desprovido”

(RHC n. 10.403/DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 26.03.2001).

(...)

I - Não há ilegalidade nos atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar informações e documentos a fim de instruir seus procedimentos administrativos, visando eventual oferecimento de denúncia, havendo previsão constitucional e legal para tanto.

(...)

(RHC n. 11.888/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 16.11.2001).

Finalmente, quanto à alegação de que “poderá inclusive ser induzido a erro, dizendo algo que possa ser interpretado de forma que lhe seja prejudicial” (fls. 10/11), não me parece merecer acolhimento, uma vez que sendo o paciente conselheiro do Tribunal de Contas do Estado certamente deve saber articular e expressar-se sem dificuldade, podendo, ademais, comparecer ao depoimento acompanhado de seu advogado, que poderá assisti-lo e instruí-lo durante toda a oitiva.

Ante o exposto, denego a ordem.

HABEAS CORPUS N. 35.003 - DF (2004/0056008-7)

Relator: *Ministro Felix Fischer*

Impetrante: *Mariana Costa Guimarães - Defensora Pública*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.*

Paciente: *João Luiz Ferreira Maciel (Preso)*

EMENTA

Execução Penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Latrocínio. Crime hediondo. Trabalho externo. Impossibilidade.

O trabalho externo é um benefício incompatível com o regime prisional dos crimes hediondos, qual seja, integralmente fechado (*precedentes do STJ*).

Writ denegado.

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 Gilson Dipp, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 23 de junho de 2004 (data do julgamento). Ministro Felix Fischer, Relator.

DJ de 16.08.2004.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Felix Fischer**: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de João Luiz Ferreira Maciel, condenado a 20 (vinte) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração ao art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, contra r. decisão proferida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal que, por votação unânime, denegou o *writ*.

Tem-se no voto condutor do v. acórdão increpado, *verbis*:

"A jurisprudência desta egrégia Corte vem orientando-se no sentido de que, com o advento da Lei n. 8.072/1990, deu-se a derrogação do artigo 36 da Lei n. 7.210/1984, inviabilizando, pois, a concessão de trabalho externo a condenados pela prática de crimes definidos como hediondos.

(...)

No caso presente, o MM. Juiz indeferiu o benefício pleiteado a fundamento de que tal concessão representa indiretamente uma progressão do regime prisional e, bem assim, pelo fato de que a proposta apresentada não admite a presunção de que serão tomadas as cautelas necessárias contra a fuga do sentenciado.

(...)

Com efeito, não pode o Estado-Juiz permitir tratamento diferenciado. Havendo a oportunidade de trabalho, primeiro hão de ser atendidos aqueles que estão em regime de cumprimento de pena menos rigoroso e, finalmente, os que se encontram no regime fechado. O empregador não pode exercer preferência por esse ou aquele recluso.

Escorreita, pois, a r. decisão atacada.

Isto posto, denego a ordem" (fls. 53/57).

Sustenta a impetrante que "a fixação de regime integralmente fechado não constitui óbice à progressão à apreciação do pedido de trabalho externo, mesmo porque a Lei n. 8.072/1990 não traz nenhuma vedação a respeito, e a Lei de Execuções Penais, em seus artigos 36 e 37, prevê a possibilidade de o condenado, ainda que cumprindo pena em regime fechado, trabalhar extramuros, desde que preenchidos os requisitos preenchidos em lei" (fl. 03). Requer, ao final, a concessão de ordem a fim de possibilitar ao paciente o trabalho externo.

Liminar denegada (fl. 64).

Informações à fl. 72, acompanhadas dos documentos de fls. 74/93.

O Ministério Público Federal, às fls. 95/99, manifestou-se pela denegação da ordem em parecer assim ementado:

"Habeas corpus. Condenado por crime hediondo. Trabalho externo. Ainda que se admita a concessão do benefício aos presos em regime integral fechado, por força da Lei n. 8.072/1990, na prática, resulta verdadeira incompatibilidade, ante a impossibilidade de se garantir as cautelas necessárias.

Parecer pela denegação do writ" (fl. 95).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: A irresignação lançada na prefacial do *writ* não merece acolhida.

Prevalece nesta Corte o entendimento no sentido de que o trabalho externo é um benefício incompatível com o regime prisional dos crimes hediondos, qual seja, integralmente fechado.

Nessa linha de pensamento, os seguintes precedentes:

“Penal e Processual. Entorpecentes. Tráfico internacional. Pena. Execução. Regime fechado. Lei n. 8.072/1990. Curso superior. Frequência. Autorização. Impossibilidade.

Ao preso provisório, condenado por crime equiparado a hediondo, cuja reprimenda há de ser cumprida integralmente em regime fechado, é vedado deixar o presídio, ainda que com escolta, fora das hipóteses previstas nos arts. 36 e 120 da Lei n. 7.210/1984.

As saídas temporárias e a frequência a cursos profissionalizantes e de formação secundária ou superior reservam-se aos presos em regime semi-aberto. A quem cumpre reprimenda em regime fechado é concedido exercer trabalho externo em obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

“Trabalho externo e visita à família são benefícios incompatíveis com o regime integralmente fechado.” (HC n. 30.397/RJ). Recurso ao qual se nega provimento”

(RHC n. 15.359/ AC, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 29.03.2004).

“Criminal. REsp. Latrocínio. Execução de trabalho externo. Requisitos legais. Vigilância direta, por escolta. Designação de policial. Impossibilidade prática. Incompatibilidade entre o trabalho externo e a necessária vigilância. Interpretação sistemática da lei. Recurso provido.

I - Não obstante esta Corte já ter decidido pela possibilidade de concessão de trabalho externo a condenado em regime fechado, tem-se como indispensável, à concessão da benesse, a obediência a requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, além da

vigilância direta, mediante escolta.

II - Sobressai a impossibilidade prática de concessão da medida, se evidenciado que não há como se designar um policial, diariamente, para acompanhar e vigiar o preso durante a realização dos serviços extramuros.

III - Não prospera a alegação de que, diante da ausência de óbice expresso na Lei n. 8.072/1990, entender-se-ia pela permissão do trabalho externo, eis que tal pensamento não resiste à lógica de uma interpretação sistemática, que revela a incompatibilidade entre a execução de trabalho externo e a necessária vigilância que se faria necessária.

IV - Irresignação que merece ser provida, para se restabelecer a decisão monocrática.

V - Recurso conhecido e provido”

(REsp n. 585.727/DF, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 08.03.2004).

“Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Penal. Processual Penal.

Se a sentença condenatória impõe regime integralmente fechado de cumprimento de pena, não pode o juízo de execução conceder progressão. Essa última decisão não poderia gerar coisa julgada.

Revogação adequada e legal.

Trabalho externo e visita à família são benefícios incompatíveis com o regime integralmente fechado.

Ordem denegada”

(HC n. 30.397/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 24.11.2003).

“Penal. Homicídio qualificado. Progressão do regime prisional.

1. Expressamente imposto no decreto condenatório o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena, por aplicação da Lei dos Crimes Hediondos, não pode o Juiz das Execuções autorizar a prestação de serviço externo, sob pena de afronta ao instituto da coisa julgada.

2. *Habeas corpus* conhecido e indeferido”

(HC n. 18.501/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 08.04.2002).

Denego, pois, a ordem.

É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 16.153 - SP
(2004/0066431-6)**

Relator: *Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*

Paciente: *Márcio Souza e Silva Dutra*

EMENTA

Habeas corpus quando coator membro do Ministério Público estadual. Competência.

1. É do Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar, originariamente, tais *habeas corpus*, conforme a Constituição, art. 96, III (confirmam-se, também, os arts. 105, I, c e 108, I, a).
2. Precedentes do STJ.
3. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília-DF, 17 de junho de 2004 (data do julgamento). Ministro Nilson Naves, Relator.

DJ de 16.08.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: O *habeas corpus* foi impetrado por advogados contra ato da 1ª Promotora de Justiça da Comarca de Itapira, Estado de São Paulo, consistente, segundo o acórdão que da impetração não conheceu, na requisição por essa autoridade "formulada, no sentido da instauração de inquérito policial tendente à apuração de crime de desobediência, em tese, praticado pelo

paciente e outro, no que tange à ordem judicial de interdição da Cadeia Pública de Itapira que não teria sido cumprida”.

O Tribunal de Alçada Criminal determinou a ida dos autos “à comarca de origem para julgamento”. A seu ver, “compete originariamente ao Juízo de Primeira Instância controlar a legalidade de ato coativo praticado por Promotor de Justiça”.

Foi o Ministério Público do Estado, por intermédio do Procurador de Justiça Antonio Visconti, que ingressou com embargos de declaração, dos quais o Tribunal não conheceu pela sua intempestividade, e com recurso ordinário, a respeito do qual disse o seguinte o Presidente Renato Nalini, em resumo:

“1. Processe-se, observado que no meu entendimento o presente reclamo interposto pelo Ministério Público é intempestivo.

Com efeito, considerando que os embargos declaratórios tidos como intempestivos não têm o condão de interromper o lapso recursal, os autos foram recebidos na Procuradoria-Geral de Justiça em 11 de setembro de 2003 (fls. 114/115), entretanto o recurso aludido somente foi protocolado em 26 de setembro de 2003 (fl. 144), ou seja, depois do prazo de cinco dias estabelecido no artigo 30 da Lei n. 8.038/1990.

Revela notar, ainda, que o prazo para o ajuizamento do recurso ordinário não pode ser contado da oposição do ‘ciente’ pelo Digno Procurador de Justiça oficiante (fls. 111) que, desta forma, teria ao seu arbítrio o início da fluência do prazo recursal, ferindo-se o princípio da igualdade das partes. Em precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal já ficou assentado que...

Também não discrepa desse entendimento o Colendo Superior Tribunal de Justiça...

Todavia, ciente das dificuldades operacionais da Procuradoria-Geral de Justiça, tendo presente o interesse da Sociedade na efetividade da persecução penal e, finalmente, sabedor ele que a jurisprudência sobre o termo inicial da fluência do prazo recursal, em casos como o presente, não está pacificada, deixo a questão para ser apreciada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

2. Após, subam os autos àquele Sodalício, observadas as cautelas de estilo.”

O Ministério Público Federal opinou no sentido de se conceder em parte a ordem, em parecer com esta ementa:

“A locução quando denegatória da ordem, prevista no art. 105, II, a e b, do Texto Magno, tem sentido amplo, compreendendo tanto as decisões que indeferem o pedido, apreciando o mérito da causa, como aquelas que, sem julgamento do mérito, operam a extinção do processo, a exemplo do reconhecimento da incompetência, sendo, em tais hipóteses, cabível o recurso ordinário, que pode ser interposto pelo Ministério Público como *custos legis*. Como a Constituição da República, em seu art. 96, III, confere competência aos Tribunais de Justiça para julgar os membros do Ministério Público nos crimes comuns e de responsabilidade, também àquelas Cortes compete julgar *habeas corpus* contra atos destas autoridades.

Parecer pelo provimento do recurso, concedendo-se parcialmente a ordem para determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça para julgar o mérito do *habeas corpus*.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Nilson Naves** (Relator): O Ministério Público Federal atuou pelas mãos da Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira Gomes. S. Exa., após sustentar o cabimento do recurso ordinário e se insurgir contra o que originalmente se disse de sua intempestividade, opinou da seguinte maneira:

“Quando se trata de ato atribuído a membro do Ministério Público, a Constituição da República apenas prevê, de forma expressa, a competência do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, c, c.c. a), em relação àqueles que oficiem perante tribunais e, de forma implícita, a do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, i c.c. b), em se tratando de ato do Procurador-Geral da República, quando afirma que compete a este Pretório julgar *habeas corpus*, quando coator for autoridade cujos atos estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição.

Em relação aos atos de coação atribuídos a membros do Ministério Público que atuam em primeira instância,

a Constituição da República silencia a respeito da competência para julgamento de *habeas corpus*.

Todavia, já está pacificado no excelso Pretório que como da decisão de *habeas corpus*, por vezes, resulta reconhecimento de abuso de poder ou de autoridade, que pode configurar infração penal, o mesmo órgão judiciário competente para o processo e julgamento do crime comum eventualmente praticado pela autoridade impetrada é que deve julgar a ação mandamental.

Como a Constituição da República, em seu art. 96, III, confere competência aos Tribunais de Justiça para julgar os membros do Ministério Público nos crimes comuns e de responsabilidade, também àquelas Cortes compete julgar *habeas corpus* contra atos destas autoridades.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, nesse ponto, é pacífica.

Do Supremo Tribunal Federal:

RE n. 285.569 /SP

Relator: Ministro Moreira Alves

Publicação: DJ de 16.03.2001, p.102. Ement. Vol. 02023-07 p. 1.435

Julgamento: 18.12.2000 - Primeira Turma

EMENTA

Recurso extraordinário. Competência para processar e julgar habeas corpus impetrado contra ato de membro do Ministério Público Federal. -

Ambas as Turmas desta Corte (assim, nos RREE 141.209 e 187.725) têm entendido que, em se tratando de *habeas corpus* contra ato de Promotor da Justiça Estadual, a competência para julgá-lo é do Tribunal de Justiça por ser este competente para seu julgamento quando acusado de crime comum ou de responsabilidade. O fundamento dessa jurisprudência - como salientado pelo eminente Ministro Néri da Silveira no RE n. 187.725 - 'foi sempre o de que da decisão do *habeas corpus* pode resultar afirmação de prática de ilegalidade ou de abuso de poder pela autoridade' e isso porque 'ao se conceder o *habeas corpus*, se se reconhecer, expressamente, que a autoridade praticou ilegalidade, abuso de poder, em linha de princípio,

poderá configurar-se algum crime comum. Dessa maneira, a mesma autoridade que julgar o *habeas corpus* será a competente para o processo e julgamento do crime comum, eventualmente, praticado pela autoridade impetrada'. - No caso, em se tratando, como se trata, de *habeas corpus* contra membro do Ministério Público Federal que atua junto a Juízo de primeiro grau, e tendo em vista que, em virtude do disposto no artigo 108, I, a, da Constituição, compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente esses membros, a esses Tribunais compete, também, por aplicação do mesmo fundamento, julgar os *habeas corpus* impetrados contra essas autoridades. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Do Superior Tribunal de Justiça:

RHC n. 11.242/MG (2001/0040155-4)

Fonte: DJ de 04.02.2002, p. 546

Relator: Ministro Paulo Gallotti - Sexta Turma

EMENTA:

Processo Penal. Recurso ordinário. Competência do Tribunal de Justiça e não do Tribunal de Alçada para conhecer de habeas corpus impetrado contra ato de Promotor de Justiça, no caso oferecimento de denúncia que se pretende não seja recebida, mesmo se tratando de delitos apenados com detenção. Artigo 96, III, da Constituição Federal.

1. Compete ao Tribunal de Justiça, e não ao Tribunal de Alçada, como resultante do que se contém no art. 96, III, da Carta Magna, processar e julgar *habeas corpus* em que se sustenta ser inepta a denúncia oferecida contra o paciente, cujo recebimento se procura evitar, mesmo que se trate de crime cuja pena é de detenção.

2. Precedentes.

REsp n. 166.764/SP (1998/0016924-5)

Fonte: DJ de 04.09.2000, p. 201

Relator: Ministro Fernando Gonçalves - Sexta Turma

EMENTA:

Penal. Recurso especial. Habeas corpus. Autoridade coatora. Promotor de justiça. Competência. Tribunal de Justiça.

1. Dispõe o art. 74, IV da Constituição do Estado de São Paulo, combinado com o art. 96, II, da Constituição Federal, competir ao Tribunal de Justiça processar e julgar *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for Promotor de Justiça. Precedentes.

2. Recurso conhecido e provido. REsp n. 79.112/SP (1995/0057766-6) Fonte: DJ de 07.04.1997, p. 11.140; RSTJ vol. 94, p. 335 Relator: Ministro Felix Fischer - Quinta Turma

EMENTA:

Processual Penal. Habeas corpus. Coação ilegal imputada a membro do Ministério Público. Competência para julgar o pedido. Recurso.

1. Se a Constituição Estadual prevê a competência do Tribunal de Justiça para julgar os membros do Ministério Público tanto nos crimes comuns como nos de responsabilidade, também caberá a esta Corte o julgamento de *habeas corpus* no qual o Promotor de Justiça Estadual figure como autoridade coatora.

2. Recurso conhecido e provido REsp n. 73.078/SP (1995/0043352-4) Fonte: DJ de 24.03.1997, p. 9.069.

Relator: Ministro Vicente Leal - Sexta Turma

EMENTA: Constitucional. Processual Penal. Habeas corpus. Coação emanada de Promotor de Justiça. Competência. CPP, art. 650, CF.

— O STF já decidiu que a Constituição do Estado de São Paulo, ao estabelecer no seu art. 74, IV, que ao Tribunal de Justiça compete processar e julgar originariamente *habeas corpus* quando a coação emana de Promotor de Justiça, guarda sintonia com o art. 96, III, da Carta Magna (RE n. 141.209/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, in RTJ 140/683).

— As regras de competência originária dos tribunais, fixadas *ratione personae* e *ratione muneris*,

não estabelecem rol exaustivo, mas prevêem um mínimo a ser observado pelo ordenamento local, que não merece censura ao dispor sobre novas hipóteses, em especial se guarda harmonia com o Direito Federal.

— Recurso especial conhecido e provido.

Tanto não bastasse, verifica-se que o art. 125, § 1º, da Lei Magna, confere à Constituição dos Estados a definição da competência de seus Tribunais de Justiça, desde que respeitada a já prevista no Texto Fundamental.

Assim, a Constituição do Estado pode atribuir ao Tribunal de Justiça competência para julgar *habeas corpus* contra ato de membro do Ministério Público, salvo se este officie perante Tribunal, hipótese em que a competência é do Superior Tribunal de Justiça.

No caso, segundo ressaltado nas razões, a Constituição do Estado de São Paulo prevê, em seu art. 74, IV que compete privativamente ao Tribunal, através de seus órgãos, processar e julgar, originariamente, os *habeas corpus*, nos processos cujos recursos forem de sua competência *ou quando o coator ou paciente for autoridade diretamente sujeita à sua jurisdição*, o que é o caso do Promotor de Justiça, pois segundo o art. 96, III, da Lei Maior, aos Tribunais de Justiça compete julgar os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade.

Assim, por disposição da própria Constituição do Estado, compete ao Tribunal de Justiça julgar *habeas corpus* contra ato de Promotor de Justiça.

Diante disso, com base na consagrada jurisprudência dos Tribunais Superiores, não merece acolhida a decisão do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que, ao declinar de sua competência para julgamento do *mandamus*, determinou a remessa dos autos ao Juízo de Primeiro Grau, pelo que deve ser parcialmente reformada para determinar a remessa ao Tribunal de Justiça para apreciar a súplica, decidindo-a como entender de direito."

Sr. Presidente, podendo eu, podendo nós, em *habeas corpus*, expedir de officio a ordem, não vou me ater à questão referente à intempestividade, por se me afigurar, perdoem-me, desperdício de tempo.

Acolho o parecer na parte em que acima o transcrevi. Como se viu, há precedentes do Superior Tribunal acerca da matéria. Com efeito, a competência na área estadual há de ser extraída do inciso III do art. 96, semelhantemente, na área federal, da alínea a, inciso I, do art. 108, ambos da Constituição. Confira-se, ainda, a alínea c, inciso I, do art. 105, relativamente à competência do Superior Tribunal para processar e julgar o *habeas corpus* quando qualquer das pessoas mencionadas na alínea a – dentre as quais, membros de Ministério Público – estiver na condição de coator ou de paciente.

Dou provimento ao recurso para que os autos sejam encaminhados ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

RECURSO ESPECIAL N. 521.847 – RJ (2003/0059988-6)

Relator: *Ministro José Arnaldo da Fonseca*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Mário de Oliveira (preso)*

Advogados: *Adalgisa Maria Steele Macabu – Defensora Pública e outros*

EMENTA

Recurso especial. Penal e Processo Penal. Comutação. Execução. Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Decreto n. 3.226/1999. Vedação legal expressa.

“A comutação, espécie do gênero indulto, não pode ser concedida ao condenado por roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, ante a expressa vedação do art. 7º, inciso IV, do Decreto n. 3.226/1999.”

(Precedentes).

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, Jorge Scartezzini e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 19 de agosto de 2003 (data do julgamento). Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 15.09.2002

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas a e c, do permissivo constitucional, contra o v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado que, por votação unânime de sua Terceira Câmara Criminal, deu provimento ao recurso de agravo manejado por Mário de Oliveira, ora recorrido, estando assim ementado (fl. 59):

"Agravo em execução. Comutação de pena, Decreto n. 3.266/1999. Crimes de roubo. Concessão. Possibilidade. Revogação em juízo de retratação. Provimento do recurso do apenado.

Se o Decreto presidencial que concede indulto e comutação não proíbe expressamente a concessão de comutação de pena aos condenados por crime de roubo, não pode o intérprete estender a vedação em interpretação alargada de regra restritiva. De conseguinte, correta é a concessão do benefício ao apenado que se encontra nessa situação, se preenchidos os demais requisitos objetivos e subjetivos.

Recurso defensivo a que se dá provimento."

Entende o recorrente que o v. acórdão, ao conceder o pedido de comutação de pena, negou vigência ao art. 7º, inciso IV, do Decreto Presidencial n. 3.226/1999, que não permite o indulto total ou parcial para os apenados por delito de roubo com emprego de arma de fogo.

Aduz, ainda, que há divergência jurisprudencial adotada por outros Tribunais. Contra-razões às fls. 89/98.

O Tribunal *a quo* admitiu o regular processamento do feito.

O Ministério Público Federal, oficiante nesta Corte, opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): Adoto, como razões de decidir, o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Cláudio Sampaio Marques, *verbis* (fls. 109/111):

“O Recorrido foi condenado pela prática de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I, do CP).

Iniciada a execução da pena, requereu a defesa, após o cumprimento de 1/4 da reprimenda, a aplicação do art. 2º do Decreto n. 3.266/1999, assim redigido:

“2º O condenado que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente, e não preencha os requisitos deste Decreto para receber indulto, terá comutada sua pena com redução de um quarto, se não reincidente, e de um quinto, se reincidente.”

O Juízo da Vara de Execuções Penais, entendendo satisfeitos os requisitos subjetivos e objetivos, e entendendo que “a comutação da pena não se pode confundir com o indulto”, deferiu ao Recorrido o benefício, diminuindo-lhe a pena em 1/4.

Inconformado, o Ministério Público recorreu da r. decisão e o Juízo monocrático retratou-se, reformando sua decisão para negar a comutação antes deferida.

A defesa, então, interpôs agravo em execução e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proveu a impugnação através do acórdão impugnado.

A respeito do indulto, o Professor JULIO MIRABETE ensina:

“O indulto é um ato de clemência do Poder Público em favor de um réu condenado ou de natureza coletiva quando abrange vários condenados que preencherem os requisitos exigidos. As disposições da LEP ajustam-se “à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo”. Na doutrina, entretanto, aponta-se como diferença entre o indulto e a graça (sentido estrito) ser esta solicitada, enquanto aquele é concedido de ofício e de caráter coletivo.

O indulto individual pode ser total (ou pleno), alcançando todas as sanções impostas ao condenado, ou parcial (ou restrito), com a redução ou substituição da sanção, caso em que toma o

nome de comutação. A Constituição Federal, entretanto, refere-se especificamente ao indulto e à comutação (art. 84, XII) atendendo à distinção formulada na doutrina: no indulto há perdão da pena; na comutação se dispensa o cumprimento de parte da pena, reduzindo-se a aplicada, ou substituindo-se esta por outra menos severa." (In *"Execução Penal"*, Editora Atlas, 1993, pp. 448/449).

DAMÁSIO DE JESUS, da mesma forma, considera a comutação uma espécie de graça e de indulto:

"A graça e o indulto podem ser:

- a) plenos: quando extinguem totalmente a punibilidade;
- b) parciais: quando concedem diminuição da pena ou sua comutação (substituição da pena por outra de menor gravidade)." (In *"Direito Penal"*, vol. I. Editora Saraiva, 1991, p. 606).

Desta maneira, sendo a comutação uma espécie de indulto, ao proibir o legislador a concessão do indulto, também proibiu a comutação, não havendo necessidade que fizesse referência expressa a esse último benefício.

A título de ilustração, vale transcrever os seguintes arestos desse colendo Tribunal, cuja jurisprudência é pacífica quanto ao tema aqui tratado:

"Recurso especial. Penal e Processo Penal. Comutação. Execução. Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo. Decreto n. 3.226/1999. Vedação legal expressa.

"A comutação, espécie do gênero indulto, não pode ser concedida ao condenado por roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, ante a expressa vedação do art. 7º, inciso IV, do Decreto n. 3.226/1999."

(Precedentes) .

Recurso conhecido e provido." (REsp n. 443.769/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 09.12.2002)

"Processual Penal. Roubo com emprego de arma de fogo. Indulto. Decreto n. 3.226/1999. Impossibilidade.

1. Por se tratar de indulto parcial, não é possível a concessão de comutação ao condenado por roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, face à expressa vedação contida no Decreto n. 3.226/1999, art. 7º, IV:

2. *Habeas corpus* conhecido, pedido indeferido." (HC n. 16.200/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 13.08.2001)"

À vista do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 565.472 - SP (2003/0108858-1)

Relator: *Ministro Felix Fischer*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*
Recorrido: *Alfredo Rosa de Oliveira*
Advogado: *Sebastião Ferreira Sobrinho*

EMENTA

Processual Penal. Recurso especial. Sursis processual (art. 89 da Lei n. 9.099/1995). Revogação.

I - A teor do art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995, se o acusado vier a ser processado por outro crime, impõe-se a revogação. O réu deixa de ser merecedor do benefício, que é norma excepcional, para ser normalmente processado com todas as garantias pertinentes. Não há, por igual, inobservância à presunção de não-culpado (*Precedentes*).

II - 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*).

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos

do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF, 04 de novembro de 2003 (data do julgamento). Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 1º.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Felix Fischer**: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea c, da *Lex Fundamental*, pelo *Parquet* contra v. julgado do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, em que se discute se a suspensão condicional do processo pode ser revogada, mesmo após o termo final do seu prazo.

Depreende-se dos autos que o ora recorrido foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 10 da Lei n. 9.437/1997. Feita a proposta da suspensão condicional do processo pelo Ministério Público em 23.03.2000 (fl. 11), o acusado e seu defensor manifestaram a aceitação da suspensão do processo pelo prazo de 02 (dois) anos, a qual foi cumprida, consoante certidão de fl. 14. Ao término do período, requereu o *Parquet* a folha de antecedentes do ora recorrido, na qual foi constatado o seu envolvimento em outro delito no curso da suspensão condicional do processo, ensejando, por isso, a revogação do benefício pelo Juízo *a quo*, nos termos do art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995.

Irresignado, impetrou *habeas corpus*, e a colenda Sexta Câmara do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, à unanimidade, concedeu a ordem, para declarar extinta a punibilidade do paciente, com base no art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/1995. Colhe-se do voto condutor o seguinte excerto:

“Respeitadas as posições da douta Autoridade apontada como coatora e dos ilustres membros do Ministério Público, entendo que a ordem deve ser concedida.

Como se vê à fl. 47 (fl. 46 dos autos principais), o processo foi suspenso condicionalmente, por dois anos, em 23.03.2000 e a revogação, conforme decisão exarada à fl. 56 (fl. 60 dos autos principais), ocorreu em 17.09.2002, tendo como motivo o fato de o apelante estar sendo processado por crime praticado no curso do benefício (fls. 54/58 dos autos principais: homicídio culposo praticado no dia 29.06.1999, com denúncia recebida em 24.10.2000).

Como consignei na Apelação n. 1.242.801-2, da Comarca de Dracena, a revogação só é possível quando ainda em curso o período de prova, não podendo acontecer depois de expirado aquele, tendo o réu

cumprido as condições impostas, como aconteceu neste caso.

Assim deve ser porque, como já decidiu esta Corte, “o dispositivo do § 3º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 só tem incidência no curso do prazo do *sursis* processual, que, por sua vez, não está sujeito à prorrogação prevista no § 2º, do art. 81 do CP para a suspensão condicional da pena” (“*Ementário do TACRIM*” n. 08, agosto/2000, p. 06, Rel. Nicolino Del Sasso).

Ademais, essa parece ter sido a intenção do legislador quando consignou, no § 5º do aludido art. 89, que a punibilidade será declarada extinta se expirado o prazo sem revogação, deixando claro que a revogação válida é só aquela que acontece no curso daquele.

Bem referida na impetração a lição de MIRABETE, na obra “*Juizados Especiais Criminais*”, da qual ressalto a seguinte parte:

“Expirado o período de prova sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade, diz o art. 89, § 5º. Não tomou o legislador a cautela de prorrogar o prazo, possibilitando a verificação do cumprimento das condições durante esse lapso de tempo. Assim, mesmo que se comprove não ter havido reparação do dano injustificada ou ter sido instaurada ação penal por crime ou contravenção, a revogação não será possível se o prazo da suspensão já se encerrou. (...) O direito proíbe analogia *in malam partem* quando se trata de matéria de caráter inclusive penal, como é o caso da suspensão condicional do processo.”

Evidente que, para evitar o que ocorreu aqui, cabe à douta Promotoria de Justiça promover a vinda para os autos da folha de antecedentes e de certidões antes do término do prazo e com tempo suficiente para que a juntada se dê antes que isso aconteça.

Ante o exposto, pelo meu voto, concedo a ordem para, considerando expirado, sem revogação, o prazo da suspensão condicional do processo, julgar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/1995.” (Fls. 79/81).

Dai o presente recurso especial em que o *Parquet* argumenta que 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.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: A pretensão recursal merece ser acolhida.

Depreende-se dos autos que o paciente foi beneficiado pelo *sursis* processual, com prazo de 02 anos, em 23.03.2000, fl. 47. Em 24.10.2000, conforme a certidão de fl. 17, foi recebida outra denúncia contra ele, agora pela prática do crime previsto no artigo 121, § 3º, do Código Penal (fato ocorrido em 29.06.1999), já tendo sido, inclusive, prolatada sentença condenatória. Desse modo, em virtude de estar sendo processado pela prática de outro crime, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Miracatu - SP, à fl. 19, revogou o benefício da suspensão condicional do processo, consoante o disposto no art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995.

A teor do art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995, se o acusado vier a ser processado por outro crime, impõe-se a revogação do *sursis* processual. O réu deixa de ser merecedor do benefício, que é norma excepcional, para ser normalmente processado com todas as garantias pertinentes.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte julgado prolatado pelo colendo Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA 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. Suspensão 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.” (Sem grifo no original). (HC n. 80.747/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence DJ de 19.10.2001).

No corpo do v. aresto, tem-se:

“Redargúi, contudo, o impetrante que, na última hipótese — que implica a revogação do *sursis* processual —, a decisão há de anteceder o termo final da suspensão, exaurido o qual, já estaria consumada a extinção da punibilidade.

Funda-se, para tanto — invocando opiniões doutrinárias — no teor do art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/1995:

“Art. 89. (...)

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

“Isto não significa’ — contradita, porém, o d. LUIZ FLAVIO GOMES (“Suspensão Condicional do Processo Penal”, 26ª ed. RT, 1997, p. 342) — que mesmo depois de expirado o prazo não possa o juiz revogar a suspensão. Pode. A melhor leitura do dispositivo invocado é a seguinte, portanto: expirado o prazo sem ter havido motivo para a revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade. Mesmo que descoberto esse motivo após expirado o prazo, pensamos que pode haver revogação. O mesmo não pode ser dito se já existe sentença definitiva extintiva de punibilidade, isto é, se o juiz já julgou extinta a punibilidade em sentença definitiva e depois vem a descobrir o motivo da revogação, nada mais pode ser feito, mesmo porque agora deve-se respeitar a coisa julgada. E não existe revisão *pro societate*”.

Essa, a meu ver, a solução correta.

O entendimento contrário, *data venia* — ainda que possa reivindicar em seu favor a literalidade do dispositivo legal —, conduz ao absurdo, que é de repelir.

Com efeito.

Suspensão do processo pelo prazo fixado, o resultado favorável da medida – é dizer, a extinção da punibilidade do fato – fica subordinado a que, no mesmo período não haja sobrevindo algumas das causas de revogação do benefício, entre elas, o descumprimento das condições impostas na sua concessão (Lei n. 9.099/1995, art. 89, § 4º).

Em outros termos: a superveniência de qualquer uma delas, até o termo final do período de suspensão, impede a extinção da punibilidade e impõe a retomada do processo.”

Nessa linha de inteligência, posiciona-se este colendo *Superior Tribunal de Justiça*, consoante se depreende das ementas a seguir transcritas:

“Processual Penal. Sursis processual. Reparação do dano. Revogação.

Constatado o não-cumprimento de condição imposta para a suspensão condicional do processo, mesmo após o transcurso do biênio legal, impõe-se a revogação do benefício.

Recurso a que se nega provimento.”

(RHC n. 10.749/SP, *Quinta Turma*, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 13.08.2001).

“Processual Penal. Recurso especial. Sursis processual (art. 89 da Lei n. 9.099/1995). Revogação.

A teor do art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995 se o acusado vier a ser processado por outro crime impõe-se a revogação. O réu deixa de ser merecedor do benefício, que é norma excepcional, para ser normalmente processado com todas as garantias pertinentes. Não há, por igual, inobservância à presunção de não culpado.

Recurso provido.”

(REsp n. 424.559/RS, *Quinta Turma*, DJ de 07.04.2003).

“Penal. Suspensão condicional do processo durante o período de prova. Cometimento de outro delito. Revogação do benefício. Condições legais. Lei n. 9.099/1995, § 3º.

– A revogação do benefício da suspensão condicional do processo em virtude de ser o beneficiário denunciado, durante o período de prova, pela prática de outro delito não viola o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da CF.

– Segundo a moldura do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, em sede de suspensão condicional do processo, o cometimento de outro delito no período de prova do *sursis* processual implica revogação do benefício, devendo o processo ter prosseguimento.

– Recurso especial conhecido.”

(REsp n. 337.868/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 24.03.2003).

“Recurso especial. Penal e Processo Penal. Sursis. Revogação do benefício. Inexistência ao princípio constitucional da presunção de inocência.

‘O fato de o recorrido estar respondendo a outro feito criminal, no curso da prova da suspensão condicional do processo, impõe-lhe a revogação do benefício, segundo dispõe o § 3º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995.’

‘Inexiste a ofensa ao princípio constitucional de inocência.’ (Precedentes) .

Recurso conhecido e provido.”

(REsp n. 328.398/MG, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 24.03.2003).

Impende ressaltar, ademais, que não ocorreu ofensa ou violação do disposto no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna. O recorrido não foi considerado culpado. Ele apenas deixou de ser beneficiário de uma norma *excepcional*, uma vez que a regra geral é o processo e não a sua suspensão. A consequência, por óbvio, não é a condenação, mas sim o desenvolvimento da *persecutio criminis in iudicio*, observadas, aí, decerto, todas as garantias constitucionais e infraconstitucionais.

Voto, pois, pelo provimento do recurso.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

RECURSO ESPECIAL N. 135.744 – SP (1997/0040252-5)

Relator: *Ministro Barros Monteiro*

Recorrentes: *Rita Aparecida de Cássia Polato e outros*

Advogado: *Aldo Ferreira Nobre*

Recorridos: *Marcos Luís dos Santos e cônjuge*

Advogado: *Marcos Luís dos Santos*

EMENTA

Resolução de contrato. Interesse de incapazes. Parecer do representante do Ministério Público pela improcedência da ação. Possibilidade. Art. 82, I, do CPC.

– Não está obrigado o representante do Ministério Público a manifestar-se, sempre, em favor do litigante incapaz. Estando convencido de que a postulação do menor não apresenta nenhum fomento de juridicidade, é-lhe possível opinar pela sua improcedência.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros César Asfor Rocha, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília-DF, 24 de junho de 2003 (data do julgamento). Ministro Barros Monteiro, Relator.

Publicado no DJ de 22.09.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Barros Monteiro**: Em 27.12.1987, Antônio Polato e sua mulher, Marina Azevedo Polato, cederam a Marcos Luís dos Santos os direitos e obrigações que tinham sobre o imóvel situado à Rua Padre Jerônimo Machado, n. 293, apto. 211-B, conjunto habitacional Padre Manoel da Nóbrega – Itaquera I-B, adquirido mediante financiamento da “Cia. Metropolitana de Habitação de São Paulo - Cohab”.

Falecendo Antônio Polato em 18.05.1988, sem providenciar a transferência do contrato junto à Cohab, a dívida referente à aquisição do imóvel foi quitada

pela "Pátria Companhia Brasileira de Seguros Gerais". Por conseguinte, a Cohab/SP expediu o "Termo de Quitação do Contrato de Compra e Venda", que originalmente havia sido firmado com o comprador/cedente, ficando conseqüentemente impossibilitada a consumação e a caracterização do negócio jurídico firmado com o cessionário.

Sob a asserção de que tal fato acarretou o desaparecimento do objeto da avença, Marina Azevedo Polato e seus filhos menores, Antônio Palato Filho e Rita Aparecida de Cássia Polato, ajuizaram ação ordinária contra Marcos Luís dos Santos e sua mulher, Rosana Aparecida Caetano Santos, pretendendo, além da resolução do contrato, a reintegração de posse do imóvel e as perdas e danos.

Na contestação, os réus argüiram, preliminarmente, ilegitimidade de parte ativa, irregularidade de representação e ausência de notificação prévia; e, quanto ao mérito, pugnaram pela improcedência do pedido, alegando a irrevogabilidade e irretratabilidade do contrato.

Reconvieram, postulando a manutenção da posse do imóvel; a transferência dos direitos incidentes sobre o bem, ou, alternativamente, a expedição de carta de sentença, tornando definitiva a transação.

Às fls. 117/121, manifestou-se o representante do Ministério Público pela improcedência da demanda, aduzindo, para tanto, que a morte do varão não retira a obrigação dos herdeiros de outorgar a escritura ao cessionário. Acrescentou inexistir, no caso, hipótese alguma de nulidade ou vício de ato jurídico que autorize a rescisão contratual pretendida pelos autores.

A sua vez, em 28.06.1991, Marcos Luís dos Santos propôs contra o Espólio de Antônio Polato, representado por Marina Azevedo Polato, ação de obrigação de fazer, visando compelir o Espólio réu a transferir-lhe os direitos incidentes sobre o imóvel objeto do contrato de cessão de direitos.

Pela sentença de fls. 126/133, o MM. Juiz de Direito julgou improcedente a ação proposta por Marina Azevedo Polato e outros e, acolhendo a preliminar de carência de ação, declarou extinta, sem julgamento do mérito, a ação proposta por Marcos Luís dos Santos.

Dessa sentença apenas Marina Azevedo Polato e seu filhos apelaram. Dentre outras preliminares, argüiram a de nulidade dos pareceres oferecidos pelos doutos representantes do Ministério Público, que, agindo em defesa dos menores, manifestaram-se contrariamente aos interesses destes, em afronta ao art. 82, I, do CPC. No mérito, pleitearam o provimento da apelação, com aplicação do entendimento disposto no art. 1.058 do Código Civil de 1916.

A Décima Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, negou provimento ao recurso, em acórdão que ostenta o seguinte fundamento, no que ora interessa:

"O primeiro fundamento da nulidade invocada pelos apelantes funda-se na afirmativa de que o Ministério

Público, agindo na defesa dos autores-menores, prevista no artigo 82, I, do Código de Processo Civil não poderia manifestar-se contra os interesses dos referidos menores.

Sem razão os recorrentes.

O Ministério Público, ao intervir em processo onde há interesses de menores, em cumprimento à exigência estatuída pelo inciso I do artigo 82 da lei processual civil deve agir como *custos legis*, isto é, fiscal da lei, velando por seu exato cumprimento. Estando o representante do *Parquet* convencido de que a lei não ampara a pretensão deduzida pelo menor, cuja presença no processo justifica sua compulsória intervenção, deve ele, por dever funcional, legal e moral deduzir parecer nos termos da lei e não subordinado aos interesses do menor.

O Professor ARRUDA ALVIM ensina que:

‘É importante, ainda, salientar-se que o Ministério Público, quando atua no processo com base no art. 82, deve fiscalizar acima de tudo a exata aplicação da lei. Assim, se intervier na causa, porque, por exemplo, haja interesse de menor em jogo, não deverá opor-se necessariamente à pretensão contra o menor formulada, a não ser que haja razão para tal. Inexistindo razão, não há por que fazê-lo, pois sua atuação como *custos legis*, deve ter o caráter, em certa escala, de imparcialidade’

(autor citado, “Manual de Direito Processual Civil”, Ed. RT, 3ª edição, p. 322)’.
Não quadra, dessarte, a preliminar suscitada” (fls. 190/192).

Faleceu a co-autora Marina Azevedo Polato.

Rejeitados os declaratórios, Antônio Polato Filho e Rita Aparecida de Cássia Polato manifestaram este recurso especial com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência dos arts. 6º, 82, I, 125, I e 128, todos do CPC; 5º, LIV e 127, § 1º, da Constituição Federal. Sustentaram, em síntese, que o Promotor de Justiça não agiu como fiscal da lei e, sim, equivocadamente, como parte interessada, pois, em vez de apontar a norma legal conflitante com o direito subjetivo dos recorrentes, pronunciou-se em favor dos recorridos, na condição de flagrante assistente litisconsorcial.

Oferecidas as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento.
É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Barros Monteiro** (Relator): Não colhe a assertiva de preclusão, aventada em contra-razões de REsp, quanto ao recurso interposto por Antônio Polato Filho. É que, intimados os tutores da co-autora incapaz Rita Aparecida de Cássia Polato em 12.06.1996 (fl. 314), com a juntada da carta de ordem a 19.06.1996 (fl. 316), o comparecimento de ambos, no dia 17.06.1996, (fl. 317) deu-se em tempo hábil, por aplicação analógica da regra inserta no art. 241, III, do CPC.

2. De outro lado, inadmissível o apelo especial tocante às alegações de contrariedade a texto constitucional. A sua vez, os arts. 6º, 125, I, e 128 do CPC nenhuma pertinência têm na espécie, cuja incidência, por sinal, não chegou a ser justificada pelos recorrentes.

3. O ponto nodal da controvérsia posta neste recurso extremo diz com a obrigatoriedade ou não de pronunciar-se o representante do Ministério Público em favor dos interesses do incapaz, na demanda em que este for parte.

O v. acórdão recorrido, ao afastar a matéria preliminar invocada, mostra-se incensurável em sua motivação e conclusão.

Na forma do disposto no art. 82, I, do Código de Processo Civil, compete ao Ministério Público intervir “nas causas em que há interesses de incapazes”, vale dizer, cabe-lhe officiar na qualidade de *custos legis*, como fiscal da lei, “velando pelo seu exato cumprimento” (fl. 191).

Nessa condição, não está obrigado a manifestar-se, sempre, em favor do litigante incapaz. Se acaso estiver convencido de que a postulação do menor não apresenta nenhum fomento de juridicidade, como é o caso em tela, é-lhe possível opinar pela sua improcedência.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, em seu trabalho denominado “A Curadoria de Incapazes”, anota com razão que:

“Pode acontecer, evidentemente que, apesar de todas as providências do Curador, não se consiga provar os fatos narrados pelo incapaz. Também é possível que os fatos descritos pelo incapaz não lhe assegurem qualquer situação de vantagem prevista em lei, o que implica inexistência de direito subjetivo.

Não se pode exigir do Curador, nesses casos extremos, a defesa intransigente dos interesses do incapaz, obrigando-o a violentar sua própria consciência. Em tais hipóteses, a função do Curador se esgota na tentativa de demonstrar a ocorrência da situação fática favorável ao

incapaz, ou da subsunção desta à regra legal. Como tal não foi possível, não poderá ele sustentar uma situação vantajosa para o incapaz, pois ela inexistente" (in *Justitia*, vol. 148, pp. 20/21, ano 1989).

Não é diverso o escólio do Professor ARRUDA ALVIM:

"É importante, ainda, salientar-se que o Ministério Público, quando atua no processo com base no art. 82, deve fiscalizar acima de tudo a exata aplicação da lei. Assim, se intervir na causa porque, por exemplo, haja interesse de menor em jogo, não deverá opor-se necessariamente à pretensão contra o menor formulada, a não ser que haja razão para tal. Inexistindo razão, não há por que fazê-lo, pois sua atuação, como *custos legis*, deve ter o caráter, em certa escala, de imparcialidade" (*Manual de Direito Processual Civil*", vol. 1, pp. 540/541, 7ªed.).

Confira-se, a propósito, o magistério de HUGO NIGRO MAZZILLI:

"Em todo o feito em que o Ministério Público exerça funções típicas, conservará liberdade de opinião. Mesmo quando atue em razão da existência de interesses personificados, sua posição protetiva não lhe retira a liberdade de opinião, nem lhe impõe obrigatoriedade de recorrer, quando sucumbe o interesse por ele defendido" (*Introdução ao Ministério Público*", p. 232, 3ª ed.).

Na mesma linha orienta-se a jurisprudência. O colendo Supremo Tribunal Federal já teve ocasião de assentar:

"Se nos casos em que o Ministério Público funciona como parte principal, lícito lhe é, a final, considerar que a pretensão por ele deduzida não se acha justificada, afigura-se legítimo que, como interveniente, após exercida a atividade processual favorável ao incapaz, conclua igualmente pelo infundado da pretensão" (RT vol. 464, p. 272, Relator Ministro Oswaldo Trigueiro).

Nesses termos, não ocorre *in casu* a alegada negativa de vigência do art. 82, I, da lei processual civil.

3. Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 397.013 – MG (2001/0187498-9)

Relatora: *Ministra Nancy Andrighi*

Recorrente: *S. M. F.*

Advogados: *Otaviano José da Silveira e outros*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

EMENTA

Direito Civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA) em confronto com as demais provas produzidas. Conversão do julgamento em diligência.

– Diante do grau de precisão alcançado pelos métodos científicos de investigação de paternidade com fulcro na análise do DNA, a valoração da prova pericial com os demais meios de prova admitidos em direito deve observar os seguintes critérios: (a) se o exame de DNA contradiz as demais provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame; (b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais; e (c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra-Relatora.

Brasília-DF, 11 de novembro de 2003 (data do julgamento). Ministra Nancy Andrighi, Relatora.

Publicado no DJ de 04.12.2003

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial em ação de investigação de paternidade, interposto por S. M. F, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas a e c da Constituição Federal.

O Ministério Público de Minas Gerais propôs a presente ação de investigação de paternidade com pedido cumulado de prestação de alimentos contra S. M. F, ora recorrente, ao fundamento de ser o réu pai de S. C. S., nascido em 08 de abril de 1997 e concebido a partir de relacionamento estabelecido com K. C. S.

O réu, ora recorrente, alegou, em contestação, que, a despeito de manter relacionamento amoroso com K., desde o início de 1995, não é o pai do menor.

O Juízo de primeiro grau determinou a realização de prova pericial (DNA), o qual foi conclusivo pela negação de paternidade (fl. 41).

O réu, em posterior oitiva oral (fl. 51), alegou que, à época da concepção (julho de 1996), K. manteve relações sexuais com outra pessoa, que trabalha no Bamerindus e se chama R., como veio a saber em decorrência de comentários que circulavam na vizinhança. Afirmou, ademais, não se opor à realização de um novo teste de DNA.

O Juízo de primeiro grau dispensou, entretanto, a realização de novo exame pericial e julgou improcedentes os pedidos.

Em sede de apelação, o TJMG conferiu provimento ao apelo para declarar a paternidade e fixar a pensão alimentícia em 1 (um) salário mínimo, sob os seguintes fundamentos: (a) houve suficiente prova da existência de relações sexuais entre K. e o demandado; (b) a concepção ocorreu justamente na época de tais relações; (c) K. possui vida recatada, honesta e de comprovada fidelidade ao demandado; (d) o exame pericial, a despeito de negativo, não se constitui tipo de prova absoluta, porquanto possui margem de erro, a qual nunca pode ser desprezada.

O ora recorrente, em suas razões de recurso especial, alega que o acórdão recorrido:

I – ao afastar a prova pericial produzida (teste de DNA), violou, por incorreta valoração da prova, os arts. 131 e 145 do CPC, porquanto o grau de precisão do teste de DNA não pode ser afastado por prova oral em contrário. Divergiu, ainda, de precedente jurisprudencial (STJ: REsp n. 97.148).

Houve contra-razões.

A Presidência do TJMG admitiu o recurso especial.

Remetido o processo para análise pelo MPF em 18.02.2002, proferiu esse parecer pelo não-conhecimento do recurso especial, ao fundamento de incidir à espécie a Súmula n. 7/STJ.

É o relatório.

VOTO

I - Da valoração da prova pericial (teste de DNA) em ação de investigação de paternidade (violação aos arts. 131 e 145 do CPC e dissídio)

A violação aos arts. 131 e 145 do CPC restou devidamente prequestionada. Demonstrado, ainda, o dissídio jurisprudencial apontado.

A questão posta a desate consiste em saber se a prova pericial em ação de investigação de paternidade (teste de DNA) pode ser afastada diante de outras evidências probatórias.

A jurisprudência do STJ, em respeito ao alto grau de precisão alcançável pelo teste de DNA (superior a 99%), confere a essa prova evidente primazia sobre as demais, não podendo o laudo ser afastado pelos demais meios de prova.

Considere-se, a respeito:

(a) o REsp n. 140.655/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 03.11.1998, em acórdão assim ementado (trecho): “Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz”. A mesma transcrição se colhe no REsp n. 222.445/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 29.04.2002, e no REsp n. 192.681/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 24.03.2003; e

(b) o REsp n. 97.148/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 08.09.1997, em acórdão assim ementado (trecho): “Modernamente, a ciência tornou acessível meios próprios, com elevado grau de confiabilidade, para a busca da verdade real, com o que o art. 145 do Código de Processo Civil está violado quando tais meios são desprezados com supedâneo em compreensão equivocada da prova científica”;

Em recente precedente, entretanto, a jurisprudência firmada na Terceira Turma (REsp n. 317.809/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 05.08.2002) relativizou a força probatória do teste de DNA se, cumuladamente, as seguintes circunstâncias fáticas forem verificadas no processo: (a) prova testemunhal favorável à procedência do pedido; (b) outra prova pericial favorável à procedência do pedido, ainda que esta seja um laudo pericial hematológico pelo método tradicional; (c) ausência de alegação da *exceptio plurium concubentium*; e (d) existência de vida em comum no período próprio para a paternidade.

A discussão que aqui se encerra, evidentemente, não induz a reexame de prova, mas à valoração da prova que, no atual estágio de evolução da ciência, se

possa validamente fazer entre o teste de DNA e as demais (provas) admitidas em Direito.

O critério sugerido pelo REsp n. 317.809 não poderia ser aplicado ao processo em análise, porque o ora recorrente alegou a *exceptio plurium concubentium* ao afirmar, à fl. 51, que à época da concepção a mãe do menor manteve relações com outra pessoa, de nome R., funcionário do Banco Bamerindus, o qual, inclusive, queria reconhecer a paternidade, mas não obteve a anuência da mãe do menor, ora recorrido.

Deve-se observar, entretanto, que tal peculiaridade, aqui evidenciada, não autoriza, por si, a conclusão pela improcedência do pedido, *a contrario sensu* do que sugere o decidido no REsp n. 317.809, mas, sim, a conversão do julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja realizado, em laboratório diverso, com vistas a minimizar a possibilidade de erro não apenas decorrente da técnica em si, mas também (e principalmente) em razão da falibilidade humana, ao se colher e manusear o material utilizado no exame.

O critério distintivo, ora proposto, não privilegia a tese de que o exame de DNA constitui prova absoluta; ao contrário, diante da divergência entre a prova pericial e a prova testemunhal acolhida, deve-se proceder, como regra, à realização de novo teste de DNA, com o qual poder-se-á valorar, em respeito aos arts. 131 e 145 do CPC, as provas produzidas, a fim de que: (a) se o segundo teste de DNA confirmar a conclusão do primeiro teste, as demais provas devem ser desconsideradas; e (b) se o segundo teste de DNA contraditar o primeiro, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas.

Forte em tais razões, dou provimento ao recurso especial para nulificar o processo a partir da sentença e determinar que novo exame de DNA seja realizado pelas partes, em laboratório da capital do Estado.

RECURSO ESPECIAL N. 402.155 – RJ (2001/0167799-2)

Relator: *Ministro Francisco Falcão*
Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*
Recorrido: *Sebastião Wermelinger Pinto*
Advogado: *Lucano Antony – Defensor Público*

EMENTA

Recurso especial. Mandado de Segurança. Candidatura a membro do conselho tutelar. Lei Municipal exigência de escolaridade mínima. Inexistência de violação ao art. 133 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

I – A Lei n. 620/1998, do Município de Duas Barras, Estado do Rio de Janeiro, ao exigir que os candidatos a Conselheiro do Conselho Tutelar possuíssem, pelo menos, o primeiro grau completo, apenas regulamentou a aplicação da Lei n. 8.069/

1990, adequando a norma às suas peculiaridades, agindo, portanto, dentro da sua competência legislativa suplementar (art. 30, inciso II, da CF).

II - O art. 133 do ECA não é taxativo, vez que apenas estabeleceu requisitos mínimos para os candidatos a integrante do Conselho Tutelar, que é serviço público relevante, podendo, inclusive, ser remunerado.

III - Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 28 de outubro de 2003 (data do julgamento). Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 15.12.2003.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Francisco Falcão**: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que restou assim ementado, *verbis*:

"Mandado de segurança. Conselheiro do Conselho Tutelar. Exigências impostas pela Lei n. 8.069/1990 (ECA). Impossibilidade de Lei Municipal anterior, com exigências diversas, prevalecer frente a posterior Federal. Confirmada a r. sentença em duplo grau de jurisdição. Unânime."

Sustenta o recorrente, além do dissídio jurisprudencial, que: **a)** a decisão violou o art. 133 do Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que o elenco de requisitos previsto não é taxativo; **b)** a Lei Municipal n. 620, da Cidade de Duas Barras, no Estado do Rio de Janeiro, é posterior ao ECA, vez que publicada em 1998; **c)** a enumeração de requisitos para a investidura de integrante do Conselho Tutelar não constitui matéria de direito civil, já que, em sentido amplo, o membro será servidor público municipal; **d)** é razoável a exigência de escolaridade mínima

prevista na Lei Municipal, uma vez que a exigência é para que o candidato ao Conselho Tutelar possua, pelo menos, o primeiro grau completo.

Instado, o representante do Ministério Público Federal, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Francisco Falcão** (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

A discussão cinge-se em saber se os requisitos previstos no art. 133 da Lei n. 8.069/1990, para a investidura de membro do Conselho Tutelar, podem ser ampliados por Lei Municipal. Para a melhor compreensão do assunto, vejamos o que diz a norma do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 133 - Para a candidatura a membro do Conselho Tutelar serão exigidos os seguintes requisitos:

- I - reconhecida idoneidade moral;**
- II - idade superior a 21 (vinte e um) anos;**
- III - residir no Município.”**

Já a Lei do Município de Duas Barras, Estado do Rio de Janeiro, Lei n. 620/1998, prevê, em seu artigo 12, que:

“Para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, serão exigidos os seguintes requisitos:

- 1. reconhecida idoneidade moral;**
- 2. idade superior a vinte e um anos;**
- 3. residência no Município há pelo menos dois anos;**
- 4. experiência de no mínimo dois anos no atendimento a crianças e adolescentes, ou outra política de defesa de direitos humanos;**
- 5. primeiro grau completo.”**

A Lei Municipal n. 620/1998 apenas regulamentou a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente naquele Município de Duas Barras, adequando a norma às suas peculiaridades, agindo, portanto, dentro da sua competência legislativa suplementar (art. 30, inciso II, da CF).

Também não há que se falar que o art. 133 do ECA é taxativo, pois o que se percebe é a vontade do legislador em estabelecer requisitos mínimos para o

candidato a integrante do Conselho Tutelar, vez que se trata de serviço público relevante, podendo, inclusive, ser remunerado.

Ressalto, ainda, que não foram feitas exigências descabidas, nem em desconformidade com a intenção da norma protetiva da criança e do adolescente, vez que o que se exigiu foi um *minus* de escolaridade aos candidatos a integrantes do Conselho Tutelar.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É o voto.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL
3ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1782/2005

Apelante: *Nelsa Maia do Amaral dos Santos*

Apelado: *Ministério Público*

Relator: *Desembargador Álvaro Mayrink da Costa*

Acórdão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Processo Penal. Sistema acusatório. Princípio do contraditório e da ampla defesa. Princípio da imparcialidade do juiz. Limites do juiz em relação à iniciativa probatória. Nulidade absoluta da ação penal de iniciativa pública. Reconhecimento.

1. Tem-se presente nos autos que no termo do interrogatório da acusada fora lançado “Ausente o MP, justificadamente” e, ao final, “Que foi dada oportunidade às partes para se manifestarem na forma do art. 188 do CPP”. Por óbvio não poderia o órgão do Ministério Público ter se manifestado se estava ausente do ato processual.

2. Com a edição da Carta Republicana de 1988, adota-se o sistema acusatório afastando-se o vetusto modelo inquisitorial; assim, o Ministério Público, diante do art. 129, I da Carta Política, tem o monopólio da ação penal de iniciativa pública, bem como resguarda-se o princípio da igualdade das partes em relação ao devido processo legal, o juiz competente e imparcial. Diante do sistema acusatório limita-se o poder de intervenção de iniciativa probatória do juiz, que deixa de ser parte substitutiva do órgão do Ministério Público.

3. A iniciativa probatória do juiz só tem cabimento diante de prova já produzida, jamais se admitindo que o juiz substitua o Ministério Público, transformando-se em órgão acusador.

4. A realização de instrução criminal de ação penal pública, sem a presença do Ministério Público, acarreta nulidade absoluta, insanável por violação do sistema acusatório.

5. Nulidade absoluta da ação penal decretada a partir do interrogatório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal em que figura como apelante Nelsa Maia do Amaral dos Santos e como apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, decretar a nulidade absoluta da presente ação penal a partir do interrogatório, nos termos do parecer da Procuradoria de Justiça.

1. RELATÓRIO

1.1 - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Nelsa Maia do Amaral dos Santos, ré-apelante, com patamar no art. 593, I do Código de Processo Penal, irresignada com a sentença condenatória, prolatada a fls. 134/145, pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Barra do Piraí, que julgou procedente o pedido deduzido na pretensão punitiva ajuizada pelo órgão do Ministério Público, pela incidência comportamental no art. 12, § 1º, II da Lei 6368/76, à pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão e 50 DM, em regime prisional integralmente fechado, objetivando a reforma do julgado *sub examine* recursal recorre, sendo o recurso interposto a fls. 147, tempestivamente recebido a fls. 157, ofertando suas razões recursais a fls. 150/156, sustentando e pleiteando, em síntese, que seja reformada a sentença para a absolvição da apelante ou, se assim não for entendido, a desclassificação do tipo penal para que possa ser aplicada pena alternativa.

1.2 - Contra-razões recursais apresentadas às fls. 159/166, pelo autor apelado, manifestando-se no sentido de que seja negado provimento ao recurso.

1.3 - Parecer da Procuradoria de Justiça - fls. 170/174 -, da lavra da Procuradora Drª. *Elizabeth Carneiro de Lima*, opinando no sentido de que seja reconhecida a nulidade absoluta da presente ação penal, a partir do primeiro interrogatório da acusada.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 - A Procuradoria de Justiça argüi preliminar de nulidade insanável por ausência do órgão do Ministério Público de 1º grau na audiência de instrução e julgamento, tanto na primeira parte desta, realizada em 24/5/2004, quanto na 2ª parte, vez que foi ela cindida, realizada a 2ª parte em 21/6/2004. Assim, observa-se, no termo de interrogatório da acusada, a fls. 121, onde foi lançado "*Ausente o MP., justificadamente.*", constar ao final que foi dado oportunidade às partes para se manifestarem na forma do art. 188 do CPP.

A indagação efetuada pela Procuradora Drª. *Elizabeth Carneiro de Lima* é mais do que pertinente: "*Como poder-se-ia manifestar o Promotor de Justiça, se ausente ao ato.*".

2.2 - É óbvio que a realização de instrução criminal de ação penal de iniciativa pública, sem a presença do Ministério Público, acarreta nulidade absoluta insanável, por violação ao Princípio Constitucional, decorrente da ausência da intervenção do Ministério Público, em todos os termos da ação intentada pela parte ofendida quando se tratar de crime de ação pública.

2.3 - Se o Ministério Público é o titular da ação penal, diante do sistema acusatório, não pode o juiz substituir a parte usurpando função constitucional atribuída pelo art. 129, I da Carta Republicana. Vejo ainda violado o Princípio da Imparcialidade do julgador ao exercer o papel de acusador público, tomando-se um *superjuiz*, restando ao acusado só pleitear a Deus a sua defesa.

2.4 - Procurarei fazer uma síntese das 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.

Em primeiro lugar, socorro-me de algumas idéias e indagações. A primeira idéia que me vem à mente seria pertinente ao mito e ao dogma da "verdade real". Diante dessa temática, ressalto o ponto vital de hoje, que seria os limites da iniciativa postulatória do juiz na atividade substitutiva da atuação do Ministério Público, exatamente para abordar a questão do 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 de prevalência inquisitorial. Vejo-me com a necessidade, ainda que perfunctoriamente, de elaborar uma releitura do modelo inquisitorial e acusatório, sem antes me esquecer de que vivemos numa época em que o ponto crucial da questão do Estado Democrático de Direito, dentro da minha seara específica, situa-se entre as garantias dos direitos fundamentais individuais de um lado, e, do outro, 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*".

2.5 - O ponto de equilíbrio estaria no princípio da proporcionalidade. Seria muito fácil colocar dessa forma. Sustento que a missão do Direito Penal é uma só, que é a tutela dos bens jurídicos, e que o fim da pena privativa de liberdade, também, só tem dois endereços: de um lado, a tutela dos bens jurídicos e, de outro, o controle social, sob esses dois aspectos, coloco-me, inicialmente, para fazer o enfrentamento não só teórico, mas, momentaneamente, pretoriano, diante da releitura, em um Estado Democrático de Direito, indagando qual o modelo estratégico a ser tomado? Seria um modelo *inquisitorial* ou um modelo *acusatório*?

2.6 - Ao mesmo tempo, diante desses dois perfis, quando debruço os meus olhos sobre o Código de Processo Penal de 1941, destacaria 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.

2.7 - 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 diz: "*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 detém amplos poderes investigatórios na fase judicial diante do princípio da verdade real.

2.8 - Diante, portanto, 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, assistêmico, não fora recepcionado em vários dispositivos diante do sistema acusatório.

2.9 - E, de pronto, dois dispositivos penais não foram recepcionados pela Carta, os arts. 26 e 531, 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.

2.10 - Portanto, esse era o cerne absoluto do processo inquisitorial. Mas, será que o modelo inquisitorial foi o adotado pela Carta Política de 1988? Diria que 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 essa Carta adotou o sistema acusatório. Se abrirmos o nosso velho e ultrapassado Código de Processo Penal, observaremos, no art. 129, inciso I, da Constituição Republicana, quando trata das funções institucionais do Ministério Público, que cabe a ele, *privativamente*, promover ação penal de iniciativa pública.

2.11 - Com isso, encontramos, de início, afastado o modelo inquisitorial e, em sendo afastado, afastamos também a questão da busca da verdade real. Mas não ficou somente aí, poderíamos aduzir que ficou consagrado o *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 através do contraditório sob a direção de um juiz natural e imparcial.

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

2.13 - Ocorrem, exatamente, com relação a essa questão, algumas e longas divergências. Repete-se que a verdade judicial é sempre uma verdade processual.

E peço vênia para dissentir que é inadequado nestes tempos, após a edição da Carta, voltar a falar no Processo Penal com relação ao princípio da verdade real.

2.14 - Gostaria de salientar dois tópicos do artigo da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER - "A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório", uma das mais brilhantes juristas e processualistas brasileiras, que foi publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (v. 7, n. 27, julho/setembro, 1999, pp. 71-72), 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."

2.15 - 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".

2.16 - Nesse tempo, 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, de quem tive a grande honra, quando jovem, de ter sido seu assistente, falava em *processo misto*, havendo várias formas inquisitoriais que não mais podem conviver na clandestinidade diante da Carta Republicana e, 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, adota 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, janeiro/abril, 1999, pp. 1-13), com a sua inteligência e conhecimento temático, escreveu erudito artigo sob o título: "Processo Civil e Processo Penal: mão e contramão?" 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, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA 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, o 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 procurar por si a averiguação da verdade mediante 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 para restringir, em vez de ampliar, a atuação do juiz no campo da instrução probatória.

2.17 - 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, lembrando que no citado artigo "A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia". (In *Processo Penal - Reflexões*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2002, 127), escrito ao examinar nos idos de 1974 o anteprojeto do Código de Processo Penal, saudava com euforia a consagração da forma acusatória pura com a ruptura com o inquisitorialismo vigente. Criticava a norma do art. 408 § 4º 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 que 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.

2.18 - Do outro lado, acrescentaria a posição de um jovem magistrado do meu Estado, Dr. GERALDO PRADO, que defendeu, na nossa Universidade, com raro brilhantismo, tese de mestrado, que já está em sua 3ª edição, nacionalmente conhecida por *Sistema acusatório* (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004).

2.19 - Apenas fiz essas citações e faço mais uma, da Procuradoria-Geral da República, que tive o cuidado de observar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 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 o Congresso Nacional, no qual se discutia a inconstitucionalidade da Lei nº 9.034, de 1995, onde lá se coloca o juiz de instrução, a realização de diligências feitas pessoalmente por ele, a sua competência investigatória, a ofensa às funções de investigar e de inquirir, a mitigação e as atribuições do Ministério Público e da Polícia Federal.

2.20 - Lamentavelmente, nesta ADIn, não pôde ser aferido o seu mérito, mas, em uma passagem, o eminente Procurador-Geral da República, e está no relatório do Ministro Maurício Corrêa, colocou exatamente a posição, até então da Procuradoria-Geral da República, em relação a essa matéria, quando diz: "O *parquet* alega que o diploma legal em causa compromete a imparcialidade do juiz e contraria todo o sistema acusatório do processo brasileiro." Está escrito, exatamente, no relatório, 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*".

2.21 - Coloquei esses pontos básicos para, exatamente, dizer em relação ao que sustento, diante da Carta Política de 1988, que não me sinto com tranqüilidade de defender, ainda presente o princípio da verdade real. A meu modo de sentir,

a iniciativa probatória do juiz não deve constituir-se em atividade supletiva dos deveres ou ônus processuais atribuídos ao Ministério Público. E mais ainda: que a Carta teve como objetivo, exatamente, estabelecer um divisor de águas, um controlador para limitar, de um lado, na instrução criminal, que é o tema da Mesa, as funções do juiz, como também as atribuições do Ministério Público, mas principalmente 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, inciso III, alínea 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 que faria 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?

2.22 - Várias outras indagações poderiam ser propostas: a) o Ministério Público poderia ter, no oferecimento da denúncia, feito o arrolamento das testemunhas, que entendia suficiente e necessário para comprovar por meio da prova oral a sua proposta produzida?; b) 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?; c) isso violaria ou não o processo acusatório?; d) 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 que ser provocado. No processo acusatório, em relação à prisão preventiva, o juiz não poderia se antecipar e decretar a prisão preventiva, somente provocado pelo Ministério Público. Falo em relação ao impulso. E digo mais, o juiz que antevê a prova e verifica que ela poderá prejudicar o réu - e, evidentemente, não foi requerida pela parte autora, que é o Ministério Público -, passa, então, a substituir o Ministério Público acusando-o? Teríamos a figura do *superjuiz* dentro do processo. O réu teria que enfrentar no processo não só o promotor como também o juiz travestido de acusador público, na fase da instrução criminal.

2.23 - A conciliação que vejo, para que possamos chegar à coexistência entre o *princípio acusatório* e, evidentemente, o *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 tivéssemos nos autos vários depoimentos, e o juiz, em razão do princípio da livre convicção, tivesse dúvidas em razão dos depoimentos prestados - aí, sim, 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 que buscá-las é o Ministério Público.

2.24 - Para terminar, coloquei a questão da limitação relativa probatória em relação à parte autora, que é 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 para propô-la. Não tem legitimidade na ação revisional. O princípio da verdade real não é dogma no Processo Penal.

2.25 - Repita-se: por quê dois órgãos do Estado (Ministério Público e juiz penal) devem alinhar-se na perseguição criminal em desfavor do réu? Responde o Professor 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.

2.26 - 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 para 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 Carta Política de 1988. 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.

Nada mais a aduzir.

3. DECISÃO

3.1 - Pelo fio do exposto, à unanimidade, decretaram a nulidade absoluta da presente ação penal a partir do interrogatório, nos termos do parecer da Procuradoria de Justiça.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2005.
Desembargador ÁLVARO MAYRINK DA COSTA
(Presidente e Relator)

Promotor Natural - Existência ou não do princípio do Processo Penal brasileiro?

MACHADO PRAZIER LIMA*

DE 1422/2004
1421/2004
EMENTÁRIO Nº 1145

SEGUNDA TURMA

Recurso Extraordinário 307.913 - O Distrito Federal

Relatora: Min. Ellen Gracie

Requerente: Carlos Mano de São Valério

Advogado: [illegível]

Advogado: [illegível]

Advogado: [illegível]

JURISPRUDÊNCIA

COMENTADA

O STF, por sua elevada posição e com a presença natural, possui dependência de interpretação legislativa (HC 87.295, rel. Min. Carlos Mello, DJ 01/07/95).

Adicionalmente o exame administrativo imposto pelo servidor atendido e regularmente admitido como elemento da atuação na esfera penal pública condicionada, quando o MP não tiver ciência Arquivo do STJ que admite sua responsabilidade pelo STJ, em recurso ordinário em habeas corpus, e aceita a esfera penal, o reconhecimento da legitimidade concorrente pelo pleiteante: STF III-Q 736-Argt, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27/04/94, hipótese de incompatibilidade de ser o servidor atendido prejudicado decorrente de erro de fato. É o conteúdo o previsto para regularizar a esfera penal.

Promotor Natural - Existência ou não do princípio no Processo Penal brasileiro?

MARCELLUS POLASTRI LIMA (*)

D.J. 26.03.2004
14/10/2003
EMENTÁRIO Nº 2145

SEGUNDA TURMA

Recurso Extraordinário 387.974 - O Distrito Federal

Relatora: Min. *Ellen Gracie*

Recorrente(s): *Carlos Mario da Silva Velloso*

Advogado(a/s) Recorrido (a/s): *Aristides Junqueira Alvarenga, Francisco Vicente Badenes Junior*

Advogado(a/s): *Emerson Luiz Teixeira Santana*

Crimes contra a honra de servidor público, em razão do ofício. Legitimidade concorrente. Inaplicabilidade da Súmula 208. Princípio do promotor natural.

O STF, por seu plenário, rejeitou a tese do promotor natural, porque dependente de interposição legislativa (HC 67.759, rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.07.93).

Admissível o recurso extraordinário interposto pelo servidor ofendido e regularmente admitido como assistente da acusação na ação penal pública condicionada, quando o MP não recorre contra. Acórdão do STJ que acolhe tese rejeitada pelo STF, em recurso ordinário em *habeas corpus*, e anula a ação penal. O reconhecimento da legitimidade concorrente, pelo plenário do STF (INQ 726-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.04.94), implica na impossibilidade de ser o servidor ofendido prejudicado em decorrência da opção feita. RE conhecido e provido para restabelecer a ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, rejeitar a questão preliminar e, em consequência, conhecer do recurso extraordinário.

Prosseguindo no julgamento, por votação unânime, dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 14 de outubro de 2003.

Ellen Gracie - Relatora.

1. O JULGADO EM REEXAME

Designado Procurador da República para oferecer denúncia em determinado caso em concreto (Portaria PGR nº 36, de 02.02.00) e, efetivamente, sendo oferecida a denúncia, esta restou recebida pelo Juízo Federal, dando ensejo a que o denunciado impetrasse *habeas corpus* ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região sob o fundamento de ocorrência de abuso de poder por parte do Procurador-Geral da República que violou o sistema de distribuição de tarefas funcionais do Ministério Público Federal, o que afrontaria o **Princípio do Promotor Natural**.

A Egrégia Quarta Turma do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região denegou a ordem, assim ementando:

EMENTA: *Processo Penal. Habeas Corpus. Crime contra honra. Presidente do Supremo Tribunal Federal. Representação. Procurador-Geral da República. Portaria. Nomeação de membro do Ministério Público Federal. Denúncia. Princípio do Promotor natural. Violação. Inexistência.*

1. O novo sistema constitucional instaurado pela Constituição Federal de 1988, consagrou, como garantia indisponível dos acusados, o princípio do promotor natural (Min. Celso de Mello).

2. Esse princípio, porém, não é absoluto, devendo a alegação de sua ofensa ser examinada com temperamentos.

3. A violação ao princípio do Promotor Natural somente se dá quando resultar evidenciado o comprometimento do exercício pleno e independente das atribuições do *Parquet* e quando for identificada a manipulação ou

designação seletiva por parte do Procurador-Geral de Justiça ou do Procurador-Geral da República, revelando a presença do acusador de exceção.

4. Hipótese em que não foram apontados quaisquer fatos que revelem comprometimento do princípio da independência funcional do Ministério Público Federal, que está devidamente legitimado para officiar no feito, não se caracterizando a figura do acusador de exceção, de modo a contaminar de nulidade a denúncia oferecida.

5. Ordem denegada.

Irresignado, o réu interpôs Recurso de *Habeas Corpus* ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, havendo também recorrido em seu favor a Procuradoria Regional da República da 1ª Região.

A pedido do recorrente, o Recurso Ordinário foi julgado prejudicado, face à sentença absolutória prolatada pela 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. (fl. 930 – vol. IV).

Havendo a Assistência do Ministério Público recorrido da decisão absolutória, o réu requereu ao Ministro relator do Recurso de *Habeas Corpus* a “desconsideração do pedido de extinção do RJ-HC 11821” e a consequente revogação do Despacho que declarou prejudicado o recurso, alegando que “não teve conhecimento e não anuiu com o pedido de extinção formulado por sua advogada constituída.”

Revogado o despacho e submetido o Recurso Ordinário a julgamento, este restou provido nos seguintes termos:

EMENTA: Criminal. HC. Calúnia e difamação. Ausência de justa causa para a ação penal. Negativa de autoria. Supressão de instância. Não conhecimento. Escolha seletiva de Procurador para oferecimento de denúncia. Violação ao princípio do Promotor Natural. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

I. Não se conhece de alegação de falta de justa causa para o prosseguimento do feito criminal, sob o fundamento de que o paciente não teria cometido os delitos que lhe foram imputados, se o tema ainda não foi apreciado em 2º grau de jurisdição, sob pena de indevida supressão de instância.

II. Há violação ao princípio do promotor natural, se evidenciado que o Procurador-Geral da República escolheu seletivamente um dos membros daquela instituição para oferecer denúncia, sem observar o critério objetivo de distribuição dos feitos na Procuradoria.

III. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte provido para anular o processo desde o ato ilegal da designação do Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Distrito Federal, com o conseqüente retorno dos autos àquele Órgão, para distribuição aleatória.” (fl. 980 – vol. IV). (grifo nosso)

Inconformado com o provimento do recurso, o Assistente da Acusação, representado pelo Ilustre Advogado, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, interpõe Recurso Extraordinário, com fulcro no art. 102, inc. III, alínea “a” da Carta Magna, alegando que o v. acórdão retro violou o disposto no art. 127 da Constituição Federal, sendo que, no mérito, insiste na tese da inexistência de ofensa ao princípio do promotor natural, decorrente do princípio da independência funcional prevista no art. 127, § 1º, da Constituição Federal, em face da inexistência de lei definidora dos ofícios.

Trata-se, assim, o acórdão ora comentado, de acórdão proferido em recurso extraordinário, por sua vez interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que conheceu parcialmente do recurso ordinário em *habeas corpus* e lhe deu provimento para anular ação penal pública proposta pelo Ministério Público Federal, após regular representação de servidor público que teria sido ofendido em sua honra, em razão do ofício, sendo que o citado julgado do STJ reconheceu ofensa ao princípio do promotor natural, conclusão que acabou revista no presente julgado do STF.

2. A DECISÃO EM COMENTO

O recurso sendo admitido, e chegando os autos ao Egrégio STF, o ilustre Subprocurador-Geral da República Edinaldo de Holanda Borges apresentou parecer considerando, quanto à existência do princípio do promotor, em síntese, que ocorre:

“1º - Afronta ao princípio da reserva legal, conferindo vigência, **sem lei**, à regra do **Promotor Natural** (art. 5º, Inc. II, da Constituição Federal), com o estabelecimento de nulidade processual, por contaminação de vício analógico;

2º - Destituição de Membro do Ministério Público Federal de suas funções constitucionais (arts. 127 e 129 da Constituição Federal);

3º - Derrogação do princípio constitucional da indivisibilidade, regente do Ministério Público (§ 1º do art. 127 da Constituição Federal);

4º - Negação de aplicação ao princípio da devolução, que emana do postulado constitucional da unidade (§ 1º do art. 127 da Constituição Federal) e que confere arcabouço de constitucionalidade ao art. 28 do Código de Processo Penal.”

A Exma. Ministra Ellen Gracie, Relatora do feito, acabou por adotar em seu voto a tese de que inexistente no nosso direito o chamado princípio do promotor natural, tendo conhecido do recurso extraordinário e lhe dado provimento para cassar o acórdão recorrido, no que foi acompanhada por seus pares, só havendo divergência em questão preliminar (possibilidade do assistente recorrer em *habeas corpus*), mas é somente a parte do acórdão referente à negação do princípio do promotor natural que aqui nos interessa e, por conseguinte, este será o objeto de nosso comentário, apesar de existir no acórdão pontos outros que mereceriam comentário, por não se constituir, a nosso ver, na melhor exegese.

3. A ANÁLISE DO VOTO CONDUTOR QUANTO À QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL

A Exma. Ministra Relatora lastreia sua decisão de que não subsiste em nosso direito o princípio do promotor natural, com base no § 1º do art. 127 da Constituição Federal, que estabelece: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

Entende Sua Excelência que “essa é a regência fundamental, o arcabouço normativo sobre o qual repousa toda edificação jurídica e doutrinária do órgão que a história denominou de Ministério Público. Sobredito alicerce constitucional do império normativo, da concepção de Kelsen, cria um parâmetro jurídico-ideológico que limita e conduz toda conceituação do Ministério Público em suas esferas óticas do exercício funcional”, e, com base nisto, e citando doutrina alienígena, como a de CLAUS ROXIN, CERLETTI, EBERHARD SCHMIDT e K. SIEGERT, BRUZZONE, SANCINETTI e JULIO MAIER, conclui que “do sobredito paralelo entre as funções judicante e ministerial avulta a diferença que se irradia entre o poder de iniciativa e o poder de decisão. Se ambos não se identificam em sua estrutura formal, também não o fazem em seus princípios regentes. A Teoria Fixista do Juiz Natural, que emana do inciso LIII do art. 5º da Constituição Federal, se contrapõe ao princípio constitucional da indivisibilidade que compõe o Ministério Público (§ 1º do art. 127). Pelo princípio da indivisibilidade, todos os Membros do Ministério Público são reciprocamente substituíveis, tornando o órgão uma totalidade homogênea, o que se contradiz com a noção de Promotor Natural, que traduz uma prefixação unitária”.

Assim, segundo a Eminente Relatora, face ao princípio da indivisibilidade, não é possível vislumbrar coerência na tese do promotor natural, que não pode sobreviver perante tal princípio, pois “São dois princípios constitucionais de regência diferente e que se contrapõem em termos e finalidade. O Juiz Natural é garantia individual de julgamento independente. A indivisibilidade é postulado

de garantia coletiva da defesa de bens sociais e públicos, que não pode ser fixado em apenas um Membro, mas em todo o órgão”.

Portanto, segundo ainda seu respeitável raciocínio, consoante o princípio da indivisibilidade, cada Membro do *Parquet* representa o órgão todo, pois o interesse que titulariza é coletivo e não de uma individualidade concreta e, sendo indisponível o interesse representado pelo Ministério Público, “a não fixação de Membro (a não ser por distribuição interna e vulnerável do serviço) significa a natureza da totalidade homogênea do órgão”.

Arremata sua decisão, afirmando que “se dois postulados constitucionais, o do Juiz Natural e o do Princípio da Indivisibilidade, estruturam fundamentalmente dois órgãos, não é razoável, nem jurídica, a aplicação inversa das regras, conferindo à estrutura de um órgão o alicerce normativo do outro. Estender a regra fixista do Juiz Natural para criar o Promotor Natural é dividir as funções do Ministério Público, em contraposição à indivisibilidade constitucional. E afronta ao princípio da não contradição emanado da lógica formal (...) nem há regra jurídica estabelecendo a fixação do Promotor Natural, nem há, no sistema de nulidades processuais, preceito que estabeleça contaminação processual a partir do exercício de Membro diferente (...) A predeterminação fixista do Promotor Natural não só investe contra o postulado constitucional da indivisibilidade, como se conflita com o princípio da devolução, também regente do Ministério Público e inscrito na norma emergente do art. 28 do Código de Processo Penal”.

Em que pese o brilho da Eminente prolatora do voto, ousamos, por mais de um fundamento, discordar de seu entendimento.

Não pode socorrer sua conclusão a doutrina alienígena citada, que, conforme se vê das próprias citações transcritas em seu voto, não dirimem a questão da existência ou não do princípio do promotor natural, tangendo questões outras.

Por outro lado, embasa-se o voto em antigo julgado do STF que, por seu Plenário, rejeitou a tese do promotor natural, *porque dependente de interposição legislativa* (HC 67.759, rel. Ministro Celso de Mello, DJ 01.07.93).

Ocorre que tal óbice não mais prevalece, pois, como se verá, após o julgado referido, editou-se a Lei 8.625/93, que adotou o princípio do promotor natural. Assim, como se não bastassem todos os argumentos que a seguir serão lançados, o acórdão e sua conclusão já peca pela sua própria ementa, que se fundamenta em anterior julgado do STF já ultrapassado.

Mas vamos por partes, examinando-se em primeiro lugar, o grande óbice apontado pela Eminente Relatora para se reconhecer como existente no mundo jurídico o princípio do promotor natural, ou seja: o chamado princípio da indivisibilidade do Ministério Público.

De acordo com a definição da doutrina, “pelo princípio da **unidade**, se entende que o Ministério Público é um só órgão, sob uma mesma direção, exercendo a mesma função. Todos os seus representantes, disseminados por

comarcas e exercendo a mesma função. Pelo princípio da **indivisibilidade**, os membros do Ministério Público podem ser substituídos uns pelos outros, sempre na forma prevista em lei, sem que perca o sentido de unidade, exercendo cada um suas tarefas não em seu nome pessoal e sim como órgão da instituição que atua por intermédio de seus agentes para cumprir sua missão. Age, portanto, em função da unidade, e não da singularidade de seus membros. Daí resulta que os componentes dos escritórios podem substituir-se uns aos outros, no exercício das funções comuns”⁽¹⁾.

Portanto, tais princípios apenas significam que o promotor não age em seu nome pessoal e sim em nome da Instituição e, havendo necessidade, determinado membro do *Parquet* pode por outro ser substituído, em casos de férias, licenças, impedimentos *etc.*, mas é evidente que tal não se dá de forma automática e indiscriminada, pois, para tal, se necessita de prévia existência de designação com base em lei ou ato regulamentar, não podendo tais princípios serem interpretados sem se levar em conta outros princípios constitucionais, como a inamovibilidade, a independência e a autonomia funcional.

Como bem enfatiza MAZZILLI, “a unidade e a indivisibilidade da instituição, assim analisadas sob o ponto de vista hierárquico, são mitigadas pelos princípios da independência e a autonomia funcional. Embora a posição mais clássica, influenciada pela doutrina francesa, entenda ilimitados o poder de avocação e o de designação (cf. RT 533:428-STF), na verdade o poder de designação, avocação ou delegação do Procurador-Geral não pode sobrepor-se à discriminação de atribuições previstas em lei (TACRIM-SP, R Crim. 135.243-SP, Rel. Juiz Valentim Silva, RT 494:271, n. 2, 559:268, n. 4 e 5).”⁽²⁾

Destarte, é intuitivo que o princípio da indivisibilidade não afasta a possibilidade de reconhecimento do princípio do promotor natural, o que já foi demonstrado, com a habitual lucidez, por SERGIO DEMORO HAMILTON, aliás, precursor da fixação do conceito, que batizava de “promotor legal”, *verbis*:

“Com efeito, o “promotor natural” é decorrência iniludível de três tópicos do tratamento que a Instituição do Ministério Público recebeu da Constituição Federal de 1988. O primeiro deles consiste na garantia da inamovibilidade dos seus membros (art. 128, parágrafo 5º, I, b); o outro assegura a independência funcional dos integrantes do *Parquet* (art. 127, parágrafo 1º); por fim, um terceiro, de caráter genérico, que versa a respeito da garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV), pelas implicações que guarda com o princípio do juiz natural. Deste conjunto de normas exsurge que o membro do

⁽¹⁾ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 349/350.

⁽²⁾ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2ª. ed., 1991, p. 52.

Ministério Público não pode ser afastado de sua função, salvo por motivo de interesse público (art. 38, II, da Lei nº 8.625, de 12.02.93), contemplando a lei apenas uma exceção ao princípio do Promotor Legal, quando assegura ao Procurador-Geral (e somente ele), “por ato excepcional e fundamentado” exercer as funções afetas a outro membro da Instituição, assim mesmo ficando obrigado a submeter, **previamente**, sua decisão ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 10, IX, “g” da LONMP)...”.⁽³⁾

Aliás, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO demonstra que:

“A teoria do promotor natural ou legal, como anteriormente afirmado, decorre do princípio da independência, que é imanente à própria instituição. Ela resulta, de um lado, da garantia de toda e qualquer pessoa física, jurídica ou formal que figure em determinado processo reclame a intervenção do Ministério Público, em ter um órgão específico do *parquet* atuando livremente com atribuição predeterminada em lei, e, portanto, o direito subjetivo do cidadão ao Promotor (aqui no sentido lato) legalmente legitimado ao processo. Por outro lado, ela se constitui também como garantia constitucional do princípio da independência funcional, compreendendo o direito do Promotor de officiar nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições”.⁽⁴⁾

O que causa maior espécie, e aqui vai o segundo ponto em relação à inadequação do ponto de vista sustentado pelo Eminente Ministra Relatora, é que o julgado citado na ementa de seu acórdão não bem reflete o ali afirmado, pois, naquele julgado (HC 67.759-2-RJ), não se rejeitou a tese do promotor natural, *mas apenas a condicionava a uma futura previsão legal*.

É que, não obstante a relevância e pertinência da tese, para muitos, esta careceria de previsão infraconstitucional, já que a Carta Magna não consagrava o princípio do promotor natural. E neste sentido os Tribunais pátrios, por vezes, se posicionavam, mesmo após a vigência da nova Constituição.

⁽³⁾ HAMILTON, Sergio Demoro. “A questão do promotor ad hoc”, in *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 236.

⁽⁴⁾ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal – Promotor Natural – Atribuição e Conflito*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 1990, p. 52.

O Tribunal Superior de Justiça, no Recurso de *Habeas Corpus* n. 63-R.J., julgado em 16 de agosto de 1989, através de sua Quinta Turma, lavrou acórdão com a seguinte ementa:

“Não cabe o exame da tese referente ao Promotor Natural, segundo a qual haveria vinculação do promotor ao processo, se é certo que a designação especial de outro promotor se deu antes do oferecimento da denúncia, como no caso.”

Tratava-se, aqui, de designação anterior ao oferecimento da denúncia, que, de qualquer forma, adotada a tese do promotor natural em sua plenitude, atentaria quanto ao princípio, uma vez que mesmo na atuação durante a fase investigatória, existiria atribuição pré-determinada, cabendo ao promotor **com atribuição oficial**.

Em voto preliminar, o Exmo. Sr. Ministro Francisco de Assis Toledo, com a autoridade doutrinária que lhe é conferida, assim se pronunciou:

“A tese do **promotor natural** é digna de ser discutida nas universidades, simpósios, congressos e quem sabe amadurecida para que um dia se possa extrair algum proveito. A verdade, porém, é que, aos magistrados, o que nos cabe é aplicar a lei vigente. E ante a lei vigente, *data venia* do Ministro Relator, não vejo acolhimento para o denominado **promotor natural**... A Constituição, em três artigos, estabeleceu os princípios inamovíveis, irredutíveis da Instituição do Ministério Público. Todavia, essa mesma constituição, quando se referiu às atribuições dos membros dos Ministérios Públicos, remeteu a regulamentação para a Lei Complementar... O que se poderia discutir, e se é bom que assim seja: se não seria a hora de estabelecer, em nova lei orgânica do Ministério Público, alguns princípios restritivos a essa faculdade (substituição discricionária a cargo do Procurador-Geral de Justiça)... Essa, entretanto, é uma questão de *lege ferenda*.” (grifos nossos)

Entretanto, em julgamento ao Recurso Especial n.11.722-0, de São Paulo, em 08 de setembro de 1992, o STJ, através de sua 6º Turma, entendeu que da Constituição Federal se extraia o princípio, sendo que afirmava o voto condutor do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

“...o Ministério Público deve, como acontece com a magistratura, ser conhecido do réu... O Promotor ou

Procurador não pode ser designado sem observância de critério legal, a fim de garantir-se julgamento imparcial... Assim, como não pode haver o Juiz Auxiliar ou substituto (consoante critério anterior à designação) são viáveis o Promotor e o Procurador auxiliar ou substituto. Importante, fundamental mesmo, é a prefixação do critério..."

Quase concomitantemente, o STF, no HC 67.759, julgado em 06.08.92, por maioria dos votos dos E. Ministros daquela Magna Corte, entendeu que a Constituição, por si só, não autorizava a aplicação do princípio do Promotor Natural, necessitando de previsão e regulamentação em lei, sendo este o acórdão precedente citado pela Exma. Ministra Ellen Gracie, no acórdão ora comentado.

Ocorre que, longe de afastar a pertinência da tese do promotor natural, o eminente Relator daquele acórdão, Ministro Celso de Mello, a defende de forma veemente, ficando, inclusive, estampado na ementa do acórdão a existência do princípio, havendo **divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do mesmo, verbis:**

"EMENTA: "Habeas Corpus" - Ministério Público - Sua destinação constitucional - Princípios institucionais - A questão do Promotor Natural em face da Constituição de 1988 - Alegado excesso no exercício do poder de denunciar - Inocorrência - Constrangimento injusto não caracterizado - Pedido indeferido.

- O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do **acusador de exceção**. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei.

A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a

Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável.

Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. Divergência apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da "*interpositio legislatoris*" para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO).

- Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES).

- Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OTAVIO GALLOTTI, NERY DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES."

Desta forma, apesar da existência de quatro votos negando a existência do princípio, a maioria do Plenário do STF o considerou existente, conforme se extrai da Carta Constitucional de 1988, só que dependente de intermediação legislativa, havendo três votos, ainda, que a dispensavam.

Portanto, não se poderia utilizar como embasamento o citado acórdão para fins de afirmação de inexistência do princípio, como fez o julgado ora comentado, mormente tendo-se em vista que, como se verá, hoje já existe a previsão infraconstitucional.

Para melhor demonstração do afirmado, ou seja, de que o acórdão referente ao HC 67759-2, abraçou a existência do princípio, vejamos trechos do brilhante voto proferido pelo Eminentíssimo Ministro Celso de Mello:

"O princípio do Promotor Natural, tendo presente a nova disciplina constitucional do Ministério Público, ganha especial significação no que se refere ao objetivo último decorrente de sua formulação doutrinária: trata-se de garantia de ordem jurídica destinada tanto a proteger o membro da instituição, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei.

Intuiu a existência desse postulado, em nosso sistema de direito positivo, o eminente Ministro Antonio Neder, cujas observações sobre o tema registrou em voto proferido nesta Corte (RTJ 63/315) (...). O princípio da inamovibilidade, por sua vez, revela-se fonte matricial da tese que acolhe o princípio do Promotor Natural. Atua como garantia de ordem subjetiva, tendo por destinatário precípua o próprio membro da Instituição, que não poderá, ressalvada a hipótese de interesse público, ser compulsoriamente removido ou afastado de seu cargo. É amplo o alcance desse princípio, pois não só garante o Promotor ou Procurador no cargo que é titular, mas assegura-lhe, também, a integridade das funções inerentes ao ofício que titulariza e desempenha, que não poderão ser atribuídas, seletivamente, a outros membros da Instituição, em razão de situações concretas e especiais.

A inamovibilidade, pois, enquanto garantia subjetiva de independência, concerne não só ao cargo, mas especialmente, às respectivas funções, que não poderão dele ser destacadas pelo Procurador-Geral e, por ato deste, deferidas a outro Promotor/Procurador. Atribuir legitimidade a esse procedimento do Chefe do Ministério Público equivaleria a justificar o descumprimento indireto da garantia da inamovibilidade e, como necessário efeito consequencial, dar causa, injustificável, ao virtual esvaziamento das funções inerentes ao cargo ocupado por membro do Ministério Público.

Não podem ser considerados, assim, ilimitados os poderes de avocação e de designação do Procurador-Geral... Nessa perspectiva, tais poderes, embora derivados dos princípios da unidade e da indivisibilidade da Instituição, sofrem, hoje, o condicionamento de outro princípio também constitucional – o da independência funcional – e encontram limite na garantia da inamovibilidade que, alçada ao plano da Constituição, assiste, agora, de modo amplo, aos membros do Ministério Público.

O exercício desses poderes pelo Procurador-Geral só se justificará, pois, nos limites estritos da lei e com respeito absoluto às atribuições funcionais do membro do Ministério Público, as quais constituem objeto de precisa discriminação legal". (Voto do Relator, pp. 140,148-150). (grifo nosso).

Portanto, ao contrário do afirmado no voto da Eminente Ministra Ellen Gracie, demonstra o acórdão tido como parâmetro a plena vigência do princípio da indivisibilidade se condiciona à observância, concomitantemente, dos princípios da independência funcional e da inamovibilidade, também estes de cunho constitucional e, destarte, como é intuitivo, não se constitui o chamado princípio da indivisibilidade, óbice ao reconhecimento do princípio do promotor natural.

Frise-se que, após o acórdão do STF, em que foi relator o Ministro Celso de Mello, outro acórdão adveio no mesmo sentido, em feito originalmente do Rio de Janeiro, em que, aliás, funcionamos como promotor, referente ao HC 69.599, sendo, neste, relator o Exmo. Ministro Sepúlveda Pertence, onde se fixou que o princípio do Promotor Natural passou a ter vigência com a Lei 8.625/93, só não se podendo exigir sua atuação anteriormente a esta lei orgânica, como se vê de parte de seu acórdão, *verbis*:

“Sendo a denúncia anterior à Lei 8.625/93 – segundo a maioria do STF, firmada no HC 67.759 (vencido, no ponto o relator) – não se poderia opor-lhe à validade o chamado princípio do Promotor Natural, pois, à falta de legislação que se reputou necessária à sua eficácia, estaria em pleno vigor o art. 7º, V, LC 40/81, que conferia ao Procurador-Geral amplo poder de substituição para “mesmo no curso do processo, designar outro membro do Ministério Público para prosseguir na ação penal, dando-lhe orientação que for cabível no caso concreto”. (julgado em 30 de junho de 1993).

Assim, aqui aflora a maior incoerência do acórdão ora comentado, pois, conforme já reconhecido, inclusive pelo STF, com o advento da Lei Complementar 8.625/93, implementado estaria o princípio do promotor natural, não havendo mais que se cogitar, nem mesmo, da condição imposta pelo julgamento do HC 67.759 pelo plenário da Corte Suprema.

Consoante o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu brilhante voto, no HC 69.599:

“Hoje, é certo, existe lei, que restringe drasticamente o poder do Procurador-Geral de substituição por outro, designado especialmente para atuar em caso determinado, do órgão do Ministério Público a quem deveria tocar o feito, se observados os critérios normais da distribuição. Com efeito, na recente Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – L. 8.625, de 12.02.93 – salvo a hipótese da concordância do Promotor titular como a designação de outro para funcionar em caso determinado, de sua atribuição (art. 24) – só por “ato

excepcional e fundamentado”, previamente submetido ao Conselho Superior, poderá o chefe da instituição designar membro do Ministério Público para exercer funções processuais afetas a outro”.

Portanto, se antes havia divergência sobre a aplicação do princípio do promotor natural, ante a ausência de lei, tal óbice há muito já deixou de existir, o que não poderia, de forma alguma, passar despercebido pela Eminente Relatora Ministra Ellen Gracie, ao menos para deixar de citar aquele acórdão paradigma, que de forma alguma autoriza a conclusão de seu respeitável voto.

Com efeito, ante ao advento da nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.625/93, adveio a previsão legal do **promotor natural**, através de seu artigo 24, *verbis*:

“**Art. 24.** O Procurador-Geral de Justiça poderá, com a concordância do Promotor de Justiça titular, designar outro promotor para funcionar em feito determinado, de atribuição daquele”.

Assim, *a contrario sensu*, impedida está a designação discricionária de outro promotor pela chefia do *Parquet*, sendo que o promotor natural com atribuição legal para determinado feito só poderá ser substituído com sua expressa concordância.

Aliás, o princípio do promotor natural, de certa forma, já era contemplado pela legislação do Estado de São Paulo, na Lei Complementar estadual nº 304 de 1982, em seu artigo 123.

Se não bastassem tais argumentos, a demonstrar o desacerto da conclusão a respeito do acórdão no Recurso Extraordinário 387.974-0-DF, ora comentado, a melhor doutrina é no sentido da existência do princípio.

Pioneiramente, foi o professor SERGIO DEMORO HAMILTON, para que se faça justiça, já nos idos da década de setenta, o primeiro a vislumbrar sua existência, chamando-o, como já visto, de **promotor legal**, inclusive defendendo que a quebra do princípio, através de atuação de promotor sem prévia atribuição, representaria falta de capacidade processual e acarretaria a nulidade da causa.⁽⁵⁾

Assim se manifestava o brilhante professor e membro do Ministério Público do Rio de Janeiro:

“ausência de uma disciplina legal rígida faz com que muitos autores não meditem sequer no assunto, com isso fazendo crer que a intervenção do Ministério Público nos

⁽⁵⁾ HAMILTON, Sergio Demoro. “Reflexos da falta de atribuição na instância penal”, in *Revista Forense*, v. 269, 1980, p. 11 e segs.

feitos criminais possa efetivar-se de forma indiscriminada e sem qualquer disciplina jurídica... somente o órgão do Ministério Público investido de atribuição é que tem capacidade processual para atuar em determinado procedimento... O **promotor legal** ou órgão do Ministério Público revestido de atribuição será aquele cuja atuação, nos limites da lei, for fixada pelo Procurador-Geral".⁽⁶⁾

Outro doutrinador que já vislumbrava a existência do princípio, mesmo anteriormente à Constituição, de forma pioneira, também na década de 70, era HUGO NIGRO MAZZILLI:

"... o poder de designação (ou delegação ou avocação) do Procurador-Geral de Justiça é limitado pela legalidade do ato (garantias do promotor titular de promotoria e estável e ocorrência de hipótese prevista na lei).⁽⁷⁾

Portanto, foram estes os autores pioneiros a detectar o princípio, mas ficando o prof. SERGIO DEMORO HAMILTON com o mérito de primeiro nomeá-lo: *princípio do promotor legal*.

Não se pode deixar de fazer menção também a JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, que já detectava o princípio desde a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, mormente no seu art. 153, § 36.⁽⁸⁾

Posteriormente, veio à lume a clássica obra do professor e membro do Ministério Público do Rio de Janeiro, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, que, de forma extensa e sistemática, tratou do assunto, nomeando o princípio de *princípio do promotor natural*, e considerando-o verdadeira garantia de qualquer cidadão, *verbis*:⁽⁹⁾

"...garantia de toda e qualquer pessoa física, jurídica ou formal que figure em determinado processo que reclame a intervenção do Ministério Público, em ter um órgão específico do *parquet* atuando livremente com atribuição predeterminada em lei e, portanto, o direito subjetivo do

⁽⁶⁾ *Idem*, pp. 11 e 12.

⁽⁷⁾ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público no processo penal-postura institucional e hierarquia*, tese apresentada no IV Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo, Ministério Público de São Paulo, Serra Negra, 1976, e vindo à lume nos artigos: "O Ministério Público no processo penal", *Justitia* n. 95, 1976, pp. 127 e segs, "Inovações no Ministério Público", *Revista dos Tribunais* n. 559, 1982, pp. 267 e segs.

⁽⁸⁾ PENTEADO, Jaques de Camargo. "O princípio do Promotor Natural", in *Revista dos Tribunais*, 619, 1987, p. 407 e segs.

⁽⁹⁾ Cf. *O Ministério Público no processo civil e penal - promotor natural. Atribuição e conflito*, ob. citada.

cidadão ao Promotor legalmente constituído para o processo".⁽¹⁰⁾

Destarte, se mesmo antes da Constituição de 1988 já se delineava o princípio, após o novo texto constitucional este se fortaleceu, conforme demonstra SCARANCA FERNANDES:

"...antes mesmo da vigente Constituição Federal, parte da doutrina já considerava ser constitucional a garantia do promotor natural. Essa posição foi fortalecida com o novo texto...Com o novo texto, entendem os defensores da garantia do promotor natural que, agora ela tem expressa consagração. Isso decorre do fato de a Constituição Federal garantir que o réu seja processado e julgado por autoridade competente (art. 5º, LIII). Vê-se, aí, a afirmação de não poder o acusado ser processado senão por aquela autoridade que, antes do fato, tinha atribuições para acusá-lo".⁽¹¹⁾

Neste sentido, PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO vislumbra a sede constitucional do princípio no art. 5º, incs. I, XXXV, XXXVII, LIII, LV e § 2º.⁽¹²⁾

ROGÉRIO LAURIA TUCCI, por sua vez, em sua tese acerca dos direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, também conclui que:

"...a pessoa física envolvida na *persecutio criminis* deve ser, não só **julgada**, mas, também, **acusada**, por órgão independente do Estado, previamente indicado em lei, na qual estabelecidas atribuições correspondentes a cargos fixos, em consonância com critérios adrede estabelecidos. É o que se infere, sem dificuldade, da necessária conjugação dos enunciados dos incs. LIII e LIV e do § 2º *caput*, e § 1º, 128, § 5º, I, b, e 129, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, consacratória da **garantia do promotor natural, no processo penal.**"⁽¹³⁾

E conclua o ainda hoje titular de Processo Penal da USP, a contrário da conclusão da Eminente Relatora Ellen Gracie:

⁽¹⁰⁾ *Idem, ibidem.*

⁽¹¹⁾ FERNANDES, Antonio Scaranca. *Processo Penal Constitucional*. 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 233/234.

⁽¹²⁾ Cf. obra citada.

⁽¹³⁾ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, Faculdade de Direito da USP, 1993, pp. 153-155.

“Nada mais é preciso adicionar para fixar, de vez, a concepção da *garantia do promotor natural, no processo penal...* e, de resto, por tudo quanto foi expendido, imprescindível torna-se sua cogitação sempre que, como aqui e agora, se verse sobre a vetusta *garantia do juiz natural*”.⁽¹⁴⁾

Mas o que é certo é que, com o advento da Lei 8.625/93, a doutrina espanca qualquer dúvida a respeito da existência do princípio, conforme se vê de SCARANCE FERNANDES⁽¹⁵⁾:

“... segundo o art. 24, o Procurador-Geral de Justiça poderá, com a concordância do Promotor de Justiça titular, designar outro Promotor para funcionar em feito determinado de atribuição daquele. Fica, assim, afirmado o princípio na Lei Orgânica, o qual, em resumo, significa a necessidade de prévia fixação de atribuições do Promotor nas Promotorias de Justiça que podem ser “judiciais ou extrajudiciais, especializadas, gerais ou cumulativas”...”⁽¹⁶⁾

4. CONCLUSÃO.

Portanto, em que pese o habitual brilho da Eminente Ministra Ellen Gracie, o seu voto condutor no Recurso Extraordinário 387.974-0-DF, julgado na 2ª Turma do STF, não reflete o seu costumeiro acerto judicante, mormente na parte em que nega vigência ao princípio do promotor natural, pois, como demonstrado *supra*, está em descompasso com os próprios precedentes do Pleno do STF, da doutrina pátria dominante, desconhecendo, inclusive, a existente previsão infraconstitucional, exigência anterior do Pleno do STF para reconhecimento do princípio.

Trata-se o princípio em tela de verdadeira garantia, não só do membro do *Parquet* como de toda a sociedade, sendo que no dizer de PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO:

“Esta garantia social e individual permite ao Ministério Público cumprir, livre de pressões e influências, a sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do

⁽¹⁴⁾ *Idem*, p. 156.

⁽¹⁵⁾ Assim também o fazemos, em nosso *Curso de Processo Penal*, vol. I, segunda e terceira edições, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002 e 2006.

⁽¹⁶⁾ Obra citada, p. 237.

regime democrático e dos interesses indisponíveis. Qual a garantia que se poderia dar a alguém, à própria sociedade, de que a lei seria cumprida, na hipótese de ficar ao arbítrio de determinada autoridade a escolha do membro do Ministério Público para examinar a conveniência ou não de promover ação penal em face de alta autoridade pública; para promover ou não ação cível contra poderosa fábrica que polui o ar de determinada região pobre; para promover ação visando apurar abuso e omissões de autoridades; para coibir abuso de autoridade ou poder econômico; para intervir, em geral, nos processos nos quais está em jogo direito social ou individual indisponível? Certamente nenhuma.”⁽¹⁷⁾

Por fim, fiquemos com a lúcida posição do E. Ministro Celso de Mello, no, equivocadamente, citado acórdão paradigma do pleno do STF (HC-67759-2-RJ), utilizado para fins de negar existência ao princípio no julgado ora comentado, quando, como visto, outro era seu teor:

“A exigência de atuação **independente** do membro do Ministério Público, pautada nos **justos** valores que devem informar a elaboração do conteúdo normativo da lei, reside na gênese da formulação do princípio do Promotor Natural, a que repugnam interferências **ilegítimas** da Chefia da Instituição, que rompem, **mediante designações casuísticas e arbitrárias**, a regular ordem de distribuição de processos e encargos funcionais. É preciso velar pela dignidade institucional do Ministério Público e impedir que Procuradores-Gerais, despojados da consciência que lhes impõe o momento histórico que vive a Instituição, venham, por razões menores ou pela desprezível vontade de agir servilmente, a degradá-la, convertendo-a, desse modo, em inaceitável instrumento de pretensões contestáveis”.

⁽¹⁷⁾ Obra citada, p. 54.

⁽¹⁾ MARCELLUS POLASTRI LIMA é Procurador de Justiça, Mestre e Doutor em Ciências Penais (ênfase para Processo Penal) pela UFMG e Professor de Processo Penal em Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito.

MP ganhará sede própria em Itaipó

O Ministério Público vem de receber em doação a imóvel situado na rua Aristides Gonçalves de Souza. O imóvel, situado ao lado do Fórum, encontra-se ocupado pela Promotoria de Justiça. A nova sede contará com cinco gabinetes, um escritório de arquivamento, que ficará à disposição da comunidade para consultas e pesquisas, recepção, secretaria, sala de reunião e espaço para futura expansão. A construção deverá começar em breve.

Participaram da cerimônia de doação o Procurador-Geral de Justiça, Márcio Alberto Torres; o Prefeito de Itaipó, Paulo Augusto; a Promotora de Justiça de Comarca, Dalva de Mello; Vereador Assessor Especial do PCJ, Flávio Antônio Elias e o representante do PCJ na Delegacia de Itaipó de São Carlos, Japuzel Vitor Cavalcante.

MP em Itaipó terá sede própria em Belford Roxo

Aos poucos, nosso Ministério Público vai ficando doado de sede própria em diversas comarcas do nosso Estado. Agora foi a vez de Belford Roxo.

A nova sede está em área promissora, deus Cheia, deus Cruzes e uma de Infância e de Juventude. Atualmente, os promotores trabalham nas dependências do Fórum de Belford Roxo. A construção, com recursos próprios do Ministério Público, está em andamento e deverá ser concluída em breve, após a conclusão dos projetos. O terreno cedido situa-se ao lado do Fórum, com frente para a Avenida Jesuino de Costa Lima, e o terreno de reserva é de 30 áreas.

NOTICIÁRIO

Belford Roxo é o MP Município onde o MP conseguiu a compra em doação de áreas para a construção de novas sedes. A taxa é licitar uma obra pública.

Durante a realização do termo de doação, o Procurador-Geral de Justiça realizou a entrega do Município Público em construir sedes próprias com o intuito de apoiar as Promotorias de Justiça.

O MP possui unidades de construção de sede própria nas Comarcas de Belford Roxo, Portãozinho, Barra do Paraíso, Itaipó, Itaperuna, Micael, Mirica, São Fidélis, Três Rios e Volta Redonda.

Participaram da cerimônia de assinatura, além do Procurador-Geral de Justiça, Márcio Alberto Torres da Promotoria de Belford Roxo, Manoel Luiz Nogueira de Sousa, o Vice-Prefeito Flávio de Sousa, o Subprocurador-Geral de Justiça de Administração Eduardo de Sousa Lima Neto e Assessor Especial do PCJ, Flávio Antônio Elias; a Promotora de Justiça de Belford Roxo, Maria Lúcia Wladimir; o Procurador-Geral e Subprocurador-Geral do Município de Belford Roxo, Leováldo Almeida e Alexandre Jesus, respectivamente, e o Secretário de Segurança de Belford Roxo, Manoel Antônio de O. Almeida.

MP ganhará sede própria em Italva

O Ministério Público vem de receber em doação o imóvel situado na rua Aristides Gonçalves de Souza. O prédio, situado ao lado do Fórum, encontra-se ocupado pela Promotoria de Justiça. A nova sede contará com dois gabinetes, um auditório de 46 lugares que ficará à disposição da comunidade para eventos e reuniões, recepção, secretaria, vagas de garagem e espaço para futura expansão. A construção deverá começar em março.

Participaram da cerimônia de doação o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*; o Prefeito de Italva, *Darli Ancelme*; a Promotora de Justiça da Comarca, *Débora da Silva Vicente*; o Assessor Especial da PGJ, *Flodesmidt Riani* e o representante do Ofício do Registro de Imóveis da Cidade, *Raphael Vieira Cordeiro*.

MP construirá sede própria em Belford Roxo

Aos poucos, nosso Ministério Público vai ficando dotado de sede própria em diversas comarcas do nosso Estado. Agora foi a vez de Belford Roxo.

A nova sede abrigará cinco promotorias: duas Cíveis, duas Criminais e uma da Infância e da Juventude. Atualmente, os promotores trabalham nas dependências do Fórum de Belford Roxo. A construção, com recursos próprios do Ministério Público, deverá ser iniciada a partir do segundo semestre, após a conclusão dos projetos de engenharia e arquitetura e da licitação da obra. O terreno cedido situa-se ao lado do Fórum, com frente para a Avenida Joaquim da Costa Lima, e o prazo de cessão é de 50 anos.

Belford Roxo é o 10º Município onde o MP conseguiu a cessão ou doação de áreas para a construção de sedes próprias. A meta é licitar uma obra por mês.

Durante a assinatura do termo de cessão, o Procurador-Geral de Justiça ressaltou a intenção do Ministério Público em construir sedes próprias condignas, com estrutura de apoio aos Promotores de Justiça.

O MP possui projetos de construção de sede própria nos Municípios de Belford Roxo, Porciúncula, Barra do Pirai, Italva, Itaperuna, Macaé, Maricá, São Fidélis, Três Rios e Volta Redonda.

Participaram da cerimônia de assinatura, além do Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira* e da Prefeita de Belford Roxo, *Maria Lucia Netto dos Santos*, a Vice-Prefeita *Sulamita do Carmo*, o Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, *Eduardo da Silva Lima Neto*, o Assessor Especial da PGJ, *Flodesmidt Riani*, a Promotora de Justiça de Belford Roxo, *Maria Lúcia Winter*; o Procurador-Geral e o Subprocurador-Geral do Município de Belford Roxo, *Lourival Almeida* e *Alexandre Bissoli*, respectivamente, e o Secretário de Segurança de Belford Roxo, Coronel *Francisco D'Ambrósio*.

Aposentadoria do ex-Procurador-Geral de Justiça Antonio Vicente da Costa Junior

Aposentou-se a pedido, aos 30 de janeiro do ano em curso, o ex-Procurador-Geral de Justiça *Antonio Vicente da Costa Junior*.

Vicente, como era conhecido no Ministério Público, ingressou no *Parquet* em 03 de maio de 1960, ocupando o cargo de Defensor Público, então classe inicial da carreira. Cumpriu o currículo normal naquela época, sendo promovido a Promotor Substituto (em 09.02.65) e, posteriormente, a Promotor Público (18.03.68). Com o advento da Fusão, este último cargo passou a denominar-se Promotor de Justiça de 1ª Categoria. Finalmente, ascendeu ao mais elevado cargo do Ministério Público, ao ser promovido a Procurador de Justiça (23.9.82). Todas as promoções se deram por merecimento.

Passou a partir de então a exercer atribuição junto à 1ª Câmara Criminal do extinto Tribunal de Alçada Criminal e, posteriormente, na 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça.

No início da carreira, quando ainda jovem Promotor, notabilizou-se no II Tribunal do Júri, adotando um estilo todo seu de acusar. Fazia-o, então, com bastante serenidade, contrariando o modelo clássico de acusador, muito em voga na época.

Integrou, ainda, como membro nato, o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça.

Em 2002, veio a ser nomeado Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, cargo que exerceu no período de 01.02.2002 a 22.08.2002.

Em Janeiro de 2003, atingiu a Chefia da Instituição ao ser nomeado, pela Governadora *Rosinha Garotinho*, Procurador-Geral de Justiça, cargo que ocupou até janeiro de 2005.

Acometido de grave enfermidade foi licenciado para tratamento de saúde, não podendo, em conseqüência, concluir o seu mandato. Foi substituído pelo então Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Jurídicos, Procurador de Justiça *Celso Fernando de Barros*, que completou o período faltante até a posse do atual Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*.

O leitor interessado em conhecer as principais realizações ocorridas na breve gestão de Vicente encontrará na "*Revista do Ministério Público*" de números 17 a 20 farto material para consulta, valendo ressaltar o excelente resumo de sua gestão levado a efeito pelo então Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento, *Carlos Roberto de Castro Jatahy*, por ocasião da solenidade de inauguração de novos gabinetes para os Procuradores de Justiça (*vide* RMP de nº 20, pp. 498/502).

Fora do Ministério Público, *Antonio Vicente* destacou-se como respeitado professor de Direito Penal e Direito Penitenciário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de

Janeiro, tendo ocupado o cargo de Vice-Diretor do Curso de Direito daquela Universidade. Exerceu também o magistério superior, como professor de Direito Penal, na Faculdade Cândido Mendes (1965-1967).

É pós-graduado em Direito Penal.

No campo da administração em geral, cumpriu a função de Assessor Técnico de Grupos de Trabalho instituído pelo Ministério da Justiça para a reforma e o aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro (1974-1977).

Ocupou, em nosso Estado, a Direção do Sistema Penitenciário da Secretaria de Estado de Justiça no período compreendido entre 15 de março de 1979 e 17 de março de 1983.

Em 1990, o governo do Estado do Rio de Janeiro concedeu-lhe a “Medalha do Mérito Penitenciário”.

Por fim, em 1999, foi-lhe conferido o “Colar do Mérito do Ministério Público”, a mais elevada condecoração no âmbito do *Parquet*, na gestão do Procurador-Geral de Justiça, *José Muiños Piñeiro Filho*.

Como Chefe do *Parquet*, *Vicente* mostrou-se um homem educado e compreensivo, dirigindo a Instituição com a serenidade e o descortino exigíveis de um Procurador-Geral.

MP e PUC celebram protocolo para prestação de serviços em tecnologia da informação

O protocolo assinado com a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, referência na área de tecnologia da informação, propiciará ao Ministério Público a modernização e o desenvolvimento das atividades institucionais e administrativas.

A Universidade, tendo como gestora a Fundação Padre Leonel Franca, auxiliará o Ministério Público no planejamento estratégico da área de tecnologia da informação, na capacitação de servidores, implantação de sistemas, consultoria em *hardware* e *software*, transferência de tecnologia e soluções inovadoras.

Participaram da assinatura do protocolo o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*; o Reitor da PUC, Padre *Jesus Hortal Sánchez S. J.*; o Presidente da Fundação Padre Leonel Franca, Padre *Pedro Magalhães Guimarães Ferreira S. J.*; o Diretor do Departamento de Informática da PUC, *Arndt von Staa*; o Consultor da Fundação Padre Leonel Franca *Raul César Martins*; o Secretário-Geral e o Diretor de Informática do MPRJ, *Virgílio Panagiotis Stavridis* e *Maurício Vieira*, respectivamente.

Ministério Público e Polícia Militar celebram convênio de cooperação mútua

De acordo com o convênio, assinado pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Comandante-Geral da PMERJ, Coronel *Hudson de Aguiar Miranda*, a Polícia Militar dará apoio técnico e operacional a projetos especiais do Ministério Público. Está prevista a capacitação profissional de policiais da corporação, em parceria com o MP, nas diversas áreas de atribuição da instituição. Em contrapartida, o Ministério Público contribuirá para programas sociais da PMERJ.

Ao assinar o convênio, em cerimônia realizada no Salão Nobre do Quartel-General da Polícia Militar, o Procurador-Geral de Justiça disse tratar-se de um dia histórico nas relações institucionais entre o MP e a PMERJ. "Há muito a Polícia Militar tem sido importante parceira do Ministério Público, especialmente nos Grupos de Apoio aos Promotores, e hoje, ao estreitarem-se os nossos laços, ganha a sociedade fluminense. A conjugação dos nossos esforços certamente se reverterá em benefício da cidadania", afirmou.

O Comandante-Geral da PMERJ lembrou que o relacionamento entre as duas instituições é antigo, e "quem ganha com a nova parceria é a população". Ele aproveitou a ocasião para elogiar a entrada do MP, "devido à sua respeitabilidade", na organização de eventos para grandes públicos - como a apresentação do espetáculo dos *Rolling Stones*, em Copacabana. "Tenho certeza de que vamos caminhar juntos de forma cada vez mais proveitosa e dar um *show* de competência para a população", disse o Coronel *Hudson*.

Para a Coordenadoria de Segurança e Inteligência, a cessão de policiais excedentes ao quantitativo definido para o MP no Decreto nº 32.786 é muito bem-vinda. A Coordenadora *Mônica Di Piero* explicou que os novos PMs atuarão no apoio às Promotorias de Tutela Coletiva, no acompanhamento de Promotores da VEP em inspeções nos presídios e, ainda, no reforço aos GAPs. O MP poderá beneficiar-se, também, com a utilização de equipamentos da PMERJ, como lanchas e helicópteros do Grupamento Aéreo-Marítimo.

Eleição no CEPROJUS

1. Realizou-se, no dia 15 de março, na sede social do Centro dos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (CEPROJUS), situada na Avenida Nilo Peçanha, 12, 3º andar, no centro da cidade do Rio de Janeiro, a eleição para a escolha dos membros que irão compor os Conselhos Diretor, Consultivo e Fiscal, no biênio compreendido entre 1º de abril de 2006 e 31 de março de 2008.

2. A eleição apresentou o seguinte resultado:

CONSELHO DIRETOR

Presidente	<i>Roberto Abranches</i>
Vice-Presidente	<i>Hugo Jerke</i>
Diretor Primeiro Secretário	<i>Karla Maria da Cruz Carvalho</i>
Diretor Segundo Secretário	<i>Ruth Sarah Hirschfeldt</i>
Diretor Primeiro Tesoureiro	<i>Mary Virgínia Northrup</i>
Diretor Segundo Tesoureiro	<i>Delma Eyer Harris</i>
Diretor Social	<i>Fátima Maria Ferreira de Melo</i>
Diretor Cultural	<i>Leny Costa de Assis</i>
Diretor de Relações Externas	<i>Luiza Thereza Baptista de Mattos</i>
Diretor Assistencial	<i>Vanda Menezes Rocha</i>
Diretor de Turismo	<i>Gerson Nicácio Garcia</i>

CONSELHO CONSULTIVO

Francisco Habib Otoch (Membro Nato)

Atamir Quadros Mercês

Danilo Domingues de Carvalho

Francisco Massá Filho

Heloisa Maria Alcofra Miguel

José da Silveira Lobo

Maria Lucia das Chagas Gomes de Sá

Marija Yrneh Rodrigues de Moura

Norton Esteves Pereira de Mattos

Paulo de Salles Guerra

Waldy Genuíno de Oliveira

CONSELHO FISCAL

Efetivos

Adilse de Oliveira Ramos

Déa Araújo de Azeredo

Everardo Moreira Lima

Márcio Klang

Nader Couri Raad

Suplentes

Mauro Campello

Vera de Souza Leite

COOMPERJ *elege seu Conselho Fiscal*

Teve lugar, no dia 13 de março, a Assembléia Geral Ordinária da Cooperativa de Crédito Mútuo dos Integrantes do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro (COOMPERJ), realizada em sua sede, na rua Rodrigo Silva, 26, 8º andar, para a apresentação das contas do exercício de 2005 e eleição do Conselho Fiscal, além de outros assuntos constantes da pauta dos trabalhos.

O relatório da gestão apresentado mostrou o notável crescimento experimentado pela entidade no ano em exame, quando o número de associados ascendeu a 953.

Na ocasião, foram eleitos para o Conselho Fiscal, com mandato até agosto de 2007, os seguintes associados: **Efetivos:** *Carlos Roberto de Castro Jatahy, Laíse Helena Silva Macedo e Virgílio Panagiotis Stavridis. Suplentes:* *Carlos Domingues da Venda, João Carlos Brasil de Barros e Maria Ignez Carvalho Pimentel.*

MP e Secretaria de Segurança criam CIAC

O Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira* e o Secretário de Estado de Segurança Pública, *Marcelo Itagiba*, assinaram, no dia 22 de março, convênio para a criação do Centro Integrado de Apuração Criminal (CIAC). A providência tem por fim acelerar a conclusão de inquéritos policiais em trâmite nas Delegacias de Acervo Cartorário (DEACs), criando um projeto de integração entre o Ministério Público e a Polícia Civil.

O CIAC funcionará na rua Pedro Alves, nº 187, no bairro do Santo Cristo, na Zona Portuária. As obras de instalação do prédio que abrigará o CIAC já foram iniciadas no dia 9 de março, estando prevista a sua conclusão no prazo de 40 dias. Lá irão conviver em um mesmo espaço físico Promotores de Justiça e Delegados de Polícia, de molde a dar maior celeridade às investigações.

Os inquéritos dos DEACs são originários de delegacias que foram transformadas em Delegacias Legais.

O Procurador-Geral de Justiça estabeleceu que, inicialmente, serão lotados 20 Promotores de Justiça no CIAC, além dos servidores que se fizerem necessários.

O Ministério Público também se responsabilizará pela manutenção das instalações materiais do imóvel, inclusive o mobiliário, pelos equipamentos de informática e pelos suprimentos necessários ao desempenho das tarefas.

Por seu turno, a Secretaria de Segurança será responsável pela transferência dos inquéritos policiais para o CIAC, pela lotação dos Delegados de Polícia e servidores policiais, além de fornecer a quantidade de veículos necessária ao serviço.

O convênio tem vigência por 60 meses, prorrogando-se, por igual período, caso não haja manifestação em contrário.

Participaram da assinatura do convênio, além do Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira* e do Secretário de Estado de Segurança Pública, as seguintes autoridades: o Subprocurador-Geral de Justiça de Direitos Humanos, *Leonardo de Souza Chaves*; o Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça, *Sérgio Nogueira de Azeredo*; a Chefe de Gabinete da Secretaria de Segurança, *Elizabeth Cayres*; o Delegado *Paulo de Tarso*, Coordenador das DEACs, representando o Chefe de Polícia Civil, *Álvaro Lins*; o Coordenador da 1ª Central de Inquiridos do MP, *Rubem Vianna* e o Secretário Geral de Administração do MP, *José Eduardo Ciotola Gussem*.

Cessão de área em Três Rios

O Ministério Público já conseguiu a cessão ou a doação de áreas em dez municípios. Em todos eles há projetos de construção de sede própria. Dessa forma, estão em curso projetos nos municípios de Belford Roxo, Porciúncula, Barra do Piraí, Italva, Itaperuna, Macaé, Maricá, São Fidélis e Volta Redonda. A meta pretendida é a da construção de dez novos prédios, todos dotados de estrutura capaz de atender às necessidades da instituição.

Os espaços criados destinam-se não só às Promotorias de Justiça como também a uma rede de apoio, formada por assistentes sociais, psicólogos, peritos e policiais militares do GAP (Grupo de Apoio aos Promotores).

A área, agora cedida em Três Rios, situa-se ao lado do Fórum, com frente para a Avenida Enéas Torno s/nº, destinando-se a abrigar as três Promotorias de Justiça lá existentes: a 1ª (de Fazenda Pública, Cível e Jecrim), a 2ª (Criminal) e a Promotoria de Família e Infância e Juventude.

Na atualidade, os membros do Ministério Público trabalham em salas do Fórum.

A área foi cedida pelo prazo de 50 anos, renováveis por igual período, caso não haja manifestação em contrário.

O prazo para a conclusão das obras é de 24 meses, no máximo.

Além do Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, participaram do ato relativo ao termo de cessão o Subprocurador-Geral de Justiça de Administração, *Eduardo da Silva Lima Neto*; o Assessor Especial da PGJ, *Flodesmidt Riani*; a Promotora de Justiça de Três Rios, *Tânia Faria Torres Lana*; o Procurador-Geral do Município de Três Rios, *Ulisses Guimarães Figueiredo Filho*; o Subprocurador-Geral do Município, *Luiz Augusto da Rocha Dias* e o Assessor Jurídico da Prefeitura, *Arsonval Silveira Macedo Netto*.

I Encontro Nacional dos Corregedores-Gerais do MP

Realizou-se em nosso Estado o "I Encontro Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público". O evento, patrocinado pela "FEMPERJ" e pela

"AMPERJ", teve como anfitrião o Corregedor-Geral do Ministério Público - RJ, Procurador de Justiça *Antonio Carlos da Graça de Mesquita*, e como Presidente o Dr. *José Carlos Malta Marques*, na qualidade de Presidente do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do Ministério Público.

Os trabalhos desenvolveram-se nos dias 30 e 31 de março do corrente ano, dando-se a abertura solene das sessões através da palavra da ex-Corregedora-Geral do MPRJ, Dra. *Marija Yrneh Rodrigues de Moura*, que, no ato, representava o Procurador-Geral de Justiça.

Os temas centrais do "Encontro" versaram a respeito do anteprojeto de Código disciplinar do Ministério Público dos Estados e da União, assim como em torno das Resoluções de nºs. 02 e 03 do CNMP, que dispõem, respectivamente, sobre os critérios a serem adotados na promoções e remoções por merecimento e sobre o exercício cumulativo de funções ministeriais e de magistério.

Procurador-Geral de Justiça agraciado com "Medalha do Mérito" pela SSP-RJ ^(Nota)

Em cerimônia realizada no salão nobre da Secretaria de Segurança Pública-RJ, o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, foi agraciado com a "Medalha do Mérito da Segurança Pública" no grau de "Grande Oficial". A solenidade foi presidida pelo Secretário de Estado de Segurança, *Marcelo Itagiba*. Na ocasião, foram também homenageados o Comandante Militar do Leste, General-de-Exército *Domingos Carlos de Campos Curado* e o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, *Carlos Alberto Menezes Direito*.

Compareceram à concorrida solenidade o Chefe do Estado-Maior do Exército, General-de-Brigada *Hélio Chaves de Macedo Jr.*; o Delegado *Ricardo Martins*, representando o Chefe de Polícia, *Álvaro Lins*; o Coronel *Claudecir Ribeiro*, Chefe do Estado-Maior da PM; o Delegado *Paulo Souto*, Subsecretário Operacional; *César Campos*, Subsecretário Administrativo e Coordenador do Programa Delegacia Legal; *Elizabeth Cayres*, Chefe de Gabinete do Secretário *Marcelo Itagiba*; o Coronel do Exército *Romeu Antônio Ferreira*, Subsecretário de Inteligência; o Coronel *Fernando Lemos*, assessor do CML e o Coronel *Wilton Ribeiro*, assessor do Secretário de Segurança, entre outras autoridades civis e militares.

União Federal e Estado do RJ assinam TAC com o MP para a construção de presídios no Rio de Janeiro ^(Nota)

No objetivo de reduzir o problema da superlotação carcerária no Estado e em respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro propôs à União Federal e ao Governo estadual a celebração de um termo de ajustamento de conduta que permitirá a construção

^(Nota) Transcrito, em parte, da Intranet-MP.

da Penitenciária Bangu VI e da Casa de Custódia Federal, na Zona Oeste do Rio.

O documento foi assinado pela Sr^a. Governadora *Rosinha Garotinho*, pelo Sr. Ministro da Justiça *Márcio Thomaz Bastos*, e pelo Sr. Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, em solenidade no Palácio das Laranjeiras, realizada na manhã do dia 4 de abril. Também subscreveram o TAC o Procurador da República *Carlos Alberto Bermond Natal*, representando o Ministério Público Federal, o Diretor do Departamento Penitenciário Nacional, *Maurício Kuehne*, e o Secretário de Administração Penitenciária, *Astério Pereira dos Santos*.

Participaram da solenidade o Secretário Nacional de Segurança Pública, *Luiz Fernando Corrêa*, e os Secretários Estaduais de Finanças, *Luiz Antônio Laranjeiras Barbosa*, e de Controle e Gestão, *Flávio Baptista Silveira*.

O Estado vai investir R\$ 17 milhões nas obras de Bangu VI e da Casa de Custódia Federal, no Complexo de Gericinó. De acordo com o documento, a construção das duas unidades deverá terminar no prazo de nove meses. A Penitenciária Bangu VI terá 512 vagas, todas destinadas a presos do sexo masculino. Já a Casa de Custódia poderá abrigar até 282 homens e 54 mulheres.

Com a entrega das duas unidades, o governo estadual poderá começar a desativar os presídios do Complexo Frei Caneca, no Centro do Rio, dando seqüência à política de desmonte iniciada com o fim das atividades da POLINTER na Praça Mauá e em Ricardo de Albuquerque.

PGJ assina contratos para a expansão física do MP no interior (NOTA)

Teve lugar, no dia 06 de abril, no Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, a assinatura dos contratos objetivando a construção de novas sedes para o Ministério Público em Barra do Piraí, Itaperuna e Macaé.

Promotores de Justiça e autoridades dos três municípios participaram da solenidade. De Itaperuna vieram o Subprocurador-Geral do Município, *Severino Francisco Santana*, representando o Prefeito *Jair de Siqueira Bittencourt*; e a Coordenadora do CRAAI, Promotora de Justiça *Débora da Silva Vicente*; Macaé foi representada pelos Promotores de Justiça *Lúcia Iloizio*, *Luiz Eduardo da S. L. de Souza* e *Leonardo Cuña de Souza*, e pela Promotora de Infância e Juventude, *Regiane Cristina Dias Pinto*; o MP de Barra do Piraí enviou como representante o Coordenador do CRAAI, Promotor de Justiça *Fernando Carlassara de Oliveira*.

Também participaram da solenidade o arquiteto *Sérgio Antônio Silva Sá Pinto*, responsável pelo programa de expansão da estrutura física do MP, acompanhado por sua equipe; *Flodesmidt Riani*, Assessor Especial da PGJ e *Cezar Romero de Oliveira Soares*, decano do MP.

(Nota) Transcrito, em parte, da Intranet-MP.

O primeiro prédio a ficar pronto, em Itaperuna, ocupará 2 mil metros quadrados de terreno. Terá dois pavimentos, 14 gabinetes e um salão para abrigar 70 pessoas. A firma Rocha Costa Engenharia comprometeu-se a entregar a nova sede do MP itaperunense em oito meses.

A nova sede do MP em Macaé terá dois pavimentos e ocupará 2.994 metros quadrados de terreno. Lá os Promotores terão 18 gabinetes e um salão para 80 pessoas. O prédio ficará pronto em dez meses e será edificado pela Mapa Construções, vencedora da licitação.

Barra do Piraí terá o prédio mais alto, com cinco pavimentos, numa área construída de 1.454 metros quadrados. Contará com 14 gabinetes e salão para 96 pessoas. A obra, cuja licitação também foi ganha pela Mapa Construções, ficará pronta em dez meses.

Inauguradas as novas instalações da Auditoria-Geral do MP ^(Nota)

O espaço destinado para as novas instalações da Auditoria-Geral do MP, encontra-se situado no edifício Canavarro, na Av. Marechal Câmara, 350, bem ao lado da sede do MP. A Auditoria-Geral, que antes funcionava em uma pequena sala, ganhou mais amplo espaço, todo reformado. Serão agora três salas, sendo uma recepção, uma sala para os auditores assistentes e uma para o Auditor-Geral, com mesa de reuniões, além de copa e banheiros.

A par do incremento no espaço físico, a Auditoria-Geral teve seu quadro de profissionais ampliado com a contratação de mais dois contadores para a função de auditor assistente.

A solenidade, realizada no dia 06 de abril, foi aberta pelo Subprocurador-Geral de Administração, *Eduardo da Silva Lima Neto*, que destacou a importância da Auditoria-Geral para que a instituição mantenha o seu nível de excelência no controle interno.

O Auditor-Geral, *José Carlos Oliveira de Carvalho*, transmitiu seu agradecimento à Administração do MP, "que sempre prestigiou a Auditoria", ressaltando que espera continuar contribuindo na fiscalização do correto funcionamento do controle interno, sempre com um viés preventivo.

Participaram da cerimônia, entre outros, o Subprocurador-Geral de Planejamento e Modernização Organizacional, *Cláudio Soares Lopes*; o Ouvidor-Geral do MP, *Guilherme Schueler*; o Assessor de Fiscalização de Entidades do Terceiro Setor, *Gianfilippo Pianezzola*; o Subsecretário-Geral do MP, *Alberto Flores Camargo*; o Assessor Especial da PGJ *Flodesmidt Riani*; o Coordenador do CRAAI de Barra do Piraí, Promotor *Fernando Carlassara*; o Auditor-Geral do Estado, *Eugênio Manuel da Silva Machado*; a Diretora-Geral de Controle Interno do Tribunal de Justiça, *Bárbara Cristina Mendonça*; o Diretor do Departamento de Auditoria

^(Nota) Transcrito, em parte, da Intranet-MP.

Operacional do TJ, *Lélio Martins*; o Diretor da Divisão de Auditoria de Desempenho do TJ, *Ramon Siqueira Cardoso*; o Diretor da Divisão de Auditoria e Acompanhamento do TJ, *Luiz Fernando Lopes Porto*; o Presidente do Conselho Regional de Contabilidade, *Antônio Miguel Fernandes* e seu Chefe de Gabinete, *Ruy Furtado* e o Presidente da 3ª Regional do Instituto Brasileiro dos Auditores Independentes do Brasil, *Nelson Pfaltzgraff*.

Prefeitura de Laje do Muriaé cede terreno ao MP ^(Nota)

A Prefeitura de Laje do Muriaé vem de ceder área para a construção da sede do Ministério Público naquela localidade. As novas instalações do *Parquet* ficarão situadas na rua Adhemar Ligeiro, bem ao lado do Fórum. Na atualidade, a comarca possui apenas uma Promotoria de Justiça. No entretanto, a nova sede a ser construída já prevê a ampliação dos órgãos de execução, que comportará dois gabinetes para Promotores de Justiça, uma secretaria e um auditório contando com 60 lugares para atendimento da comunidade.

Vale o registro de que, no momento, o Ministério Público está empenhado na construção de 12 projetos de sedes próprias em comarcas do interior. Além de Laje do Muriaé já assinaram termos de cessão ou doação os municípios de Três Rios, Belford Roxo, Porciúncula, Barra do Piraí, Italva, Itaperuna, Macaé e Volta Redonda. Estão em fase final de elaboração acordos com as prefeituras de Natividade, Maricá e São Fidélis.

A cessão do terreno ao Ministério Público terá prazo indeterminado e foi aprovada pela Câmara Municipal de Laje do Muriaé, através da Lei nº 548/2006, sancionada pelo prefeito no dia 13 de fevereiro.

Participaram da assinatura do termo de cessão, além do Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, o Assessor Especial da PGJ, *Flodesmidt Riani*; o Secretário-Geral de Administração do MP, *José Eduardo Ciotola Gussem*; o Promotor de Justiça de Laje do Muriaé, *Sérgio Luis Lopes Pereira*; o Secretário de Promoção Social do município, *Rui Poëys da Fonseca*; a Secretária de Gabinete do Prefeito, *Maria Amélia Oliveira Paula* e a Assessora Executiva do Gabinete do Prefeito, *Neide Aparecida de Oliveira Braga da Fonseca*.

A cerimônia teve lugar no gabinete do Procurador-Geral de Justiça no dia 28 de março.

Natividade ganha nova sede ^(Nota)

Agora foi a vez de Natividade. A área cedida pelo Município para abrigar a sede do Ministério Público encontra-se situada na rua Vigário João Batista nº 1,

^(Nota) Transcrito, em parte, da Intranet-MP.

^(Nota) Transcrito, em parte, da Intranet-MP.

no Centro, possuindo 450 metros quadrados. O local é privilegiado, situando-se a uma distância de 50 metros do Fórum, em frente a uma praça e à rodoviária da cidade, o que, sem dúvida, facilita o acesso da população às instalações do *Parquet*.

O Prefeito de Natividade, *Luiz Carlos Machado*, disse que a construção de uma sede para o MP no município será uma obra de grande vulto social.

O MP possui hoje 12 projetos de construção de sedes próprias em comarcas do interior. Além de Natividade, já assinaram termos de cessão ou doação os municípios de Laje do Muriaé, Três Rios, Belford Roxo, Porciúncula, Barra do Piraí, Italva, Itaperuna, Macaé e Volta Redonda. Estão em fase final de elaboração acordos com as prefeituras de Maricá e São Fidélis.

Três modelos de prédio-padrão estão sendo desenvolvidos, tendo em vista as demandas e dimensões dos vários municípios. Todos terão espaço para o trabalho de assistentes sociais, psicólogos, peritos do Grupo de Apoio Técnico Especializado (GATE) e policiais do Grupo de Apoio aos Promotores (GAP), que desempenharão tarefas nos municípios de acordo com as necessidades dos Promotores. Os prédios contarão também com auditórios, que poderão ser utilizados pelas comunidades.

Participaram da assinatura do termo de cessão, além do Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, o Assessor Especial da PGJ, *Flodesmidt Riani*; o Subsecretário-Geral do MP, *Alberto Flores Camargo* e o Promotor de Justiça de Natividade, *Rochester Machado Piredda*.

A cerimônia teve lugar no gabinete do Procurador-Geral de Justiça no dia 04 de abril.

Novos Procuradores tomam posse no Ministério Público Especial (Nota)

Doze jovens com idades entre 23 e 33 anos tomaram posse na terça-feira, dia 4 de abril, como Procuradores do Ministério Público Especial, em cerimônia presidida pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado, *José Graciosa*. Em seu discurso, o Presidente do TCE fez um agradecimento especial ao Ministério Público estadual pela contribuição que deu à realização do concurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça emprestou ao TCE sua experiência em seleção de membros através de um convênio pelo qual o MP do Rio de Janeiro realizou as provas do concurso para o MPE.

A cerimônia de posse, bastante concorrida, lotou o auditório do TCE. Entre os presentes estavam o presidente do Tribunal de Contas do Município, *Thiers Montebello*; a Chefe do Gabinete Civil da Governadora *Rosinha Garotinho*, *Rosely Pessanha* e os deputados estaduais *Luiz Paulo Corrêa da Rocha* e *Edson Albertasi* e todos os Conselheiros do Tribunal, entre outras autoridades.

(Nota) Transcrito da Intranet-MP.

AMPERJ completa 60 anos

1. Realizou-se no dia 24 de abril, na sede da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, situada na rua Rodrigo Silva, 26, 8º andar, a festividade comemorativa dos sessenta anos da fundação da nossa associação de classe.

2. Em comemoração ao transcurso desse significativo aniversário, foi inaugurada a Galeria de retratos dos Ex-Presidentes da AMPERJ.

Na mesma ocasião foram montados diversos painéis contendo farta exposição de fotografias antigas, pertencentes ao acervo da Associação, com o oferecimento de coquetel aos presentes.

3. A solenidade foi aberta com o discurso do Presidente da Amperj, Dr. Luiz Antônio Ferreira de Araújo, cujos dizeres vão abaixo transcritos:

“Neste mesmo dia 24 de abril do ano de 1946, na biblioteca do Clube Ginástico Português, reuniram-se 62 membros do Ministério Público do então Distrito Federal para homenagear o Sub-Procurador, Dr. Plácido de Sá Carvalho, em sua data aniversária, e ali decidiram instituir a Associação do Ministério Público do Distrito Federal, com o objetivo de defender os interesses e aspirações da classe.

Doze dias depois, a seis de maio, voltaram a se reunir, desta vez no Clube dos Advogados, para a eleição da primeira Diretoria, sendo aclamados os doutores Plácido de Sá Carvalho - Presidente, Roberto Lyra - Vice-Presidente, Carlos Sussekind de Mendonça - Secretário e Maurício Eduardo Rabelo - Tesoureiro.

Ao longo dos 60 anos decorridos, a Associação enfrentou com galhardia as profundas mudanças políticas, sociais e institucionais ocorridas, mantendo-se sempre fiel às suas finalidades básicas de defesa dos interesses e aspirações da classe, às quais vieram juntar-se a proteção institucional e, após 1988, a defesa do perfil constitucional adquirido pelo Ministério Público.

Em 1960, com a transferência da Capital Federal para Brasília, a nossa entidade de classe se transformou na Associação do Ministério Público do Estado da Guanabara, adquirindo, em 1975, a sua feição atual, com a fusão dos antigos estados do Rio de Janeiro e da Guanabara, que a transformou na

Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Do antigo Estado do Rio, a AMPERJ herdou a pujança de uma associação atuante e combativa, por longo tempo liderada por *Ferdinando de Vasconcelos Peixoto* e cujo último dirigente foi *Ulisses Leocádio*. Pioneira na realização de reuniões e congressos, com intenso intercâmbio com as entidades congêneres dos outros estados, a associação do antigo Estado do Rio formou, assim, o caldo de cultura que veio a desaguar na aprovação, em 1970, da “Carta de Princípios”, que serviu de alicerce para a edificação da Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público – CAEMP, criada no ano seguinte.

O delicado trabalho de fusão das duas entidades de classe foi desenvolvido com maestria por *Everardo Moreira Lima* e *Emerson Luiz de Lima*, os dois primeiros presidentes da AMPERJ, que promoveram a perfeita integração dos egressos das antigas associações, de forma pacífica e harmoniosa, sem fissuras ou seqüelas.

Aos dirigentes que se seguiram, *Valneide Serrão Vieira* e *Leôncio de Aguiar Vasconcellos* coube o enfrentamento de difícil conjuntura então vivida pelo nosso Ministério Público, decorrente da insensibilidade do governo diante das severas distorções e do célere aviltamento vencimental da classe, em período de inflação galopante, que culminou com a heróica “Vigília Institucional”.

Na gestão *Leôncio Vasconcellos*, em 1981, ocorreu a edição da Lei Complementar 40, resultado de um longo trabalho da classe, visando a criação de um modelo nacional para o Ministério Público, seguida da edição no ano seguinte da Lei Complementar 28, que instituiu a lei orgânica do MP do Estado do Rio de Janeiro.

No biênio 1982/1984, sob novo governo estadual, superadas as absurdas distorções vencimentais, a AMPERJ, sob a presidência de *Antônio Carlos Biscaia*, participou ativamente do processo de formulação do modelo do novo Ministério Público Brasileiro. É, também, desse período a aquisição da nossa primeira sede própria, na rua Debret, conseguida graças à mobilização de todos os associados.

Entre 1984 e 1986, com *Carlos Antônio Navega* na direção, a AMPERJ, integrada à CONAMP, desenvolveu intenso trabalho de divulgação do Ministério Público, inclusive junto à chamada Comissão Afonso Arinos, instituída para formulação do projeto da nova Constituição. Esse trabalho contribuiu decisivamente para a aprovação, em 1985, da Lei da Ação Civil Pública. Em 1986, com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, ocorreu o primeiro Encontro Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público, em que foi aprovada a "Carta de Curitiba" onde se consubstanciou o perfil a ser traçado para o MP na nova Constituição.

De 1986 a 1988, sob a regência de *Waldy Genuíno de Oliveira*, a AMPERJ, ainda participando da ação da CONAMP, acompanhou permanentemente os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, desenvolvendo intensas e vitoriosas gestões de convencimento junto aos seus integrantes, que redundaram no acolhimento dos avanços preconizados na "Carta de Curitiba".

As administrações que se seguiram, presididas, sucessivamente, por *Assy Mirza Abraham* e *Ronaldo de Medeiros e Albuquerque*, se desincumbiram com sucesso das missões de fazerem implantar na Constituição Estadual as conquistas obtidas na Carta Federal e de conseguirem que os avanços institucionais fossem reconhecidos e respeitados, vencendo-se as naturais resistências governamentais.

No biênio 1992/1994, quando a presidência foi exercida por *Victória Le Cocq D'Oliveira*, procedeu-se ao acompanhamento da tramitação no Congresso Nacional do projeto da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, promulgada no mês de fevereiro de 1993. Ocorreram também nesse período sérias dificuldades de relacionamento com o Governo Estadual, com atrasos nos repasses de verbas orçamentárias destinadas ao MP, refletindo no calendário de pagamento.

Entre 1994 e 1998, a AMPERJ foi presidida por *José Carlos Paes*. Nesse período obtivemos importantes conquistas, como a aquisição e instalação da atual

sede social, a criação do curso preparatório para o concurso de ingresso na carreira do Ministério Público que, em pouco tempo, obteve notável crescimento e grande renome e a implantação da informatização, que veio a facilitar, inclusive, a comunicação com a classe, além de permitir a edição da legislação informatizada.

Sérias dificuldades foram também enfrentadas, como o Aviso baixado pela Corregedoria-Geral da Justiça, no ano de 1997, permitindo a designação de promotor *ad hoc*, ato normativo prontamente rechaçado por Adin, acolhida pelo STF.

Finalmente, no período de 1998 a 2004, a presidência da AMPERJ foi exercida por *Marfan Martins Vieira*, que promoveu a ampliação do Curso Preparatório e a instalação dos gabinetes odontológicos para atendimento aos associados e dependentes.

Foi o tempo das grandes reformas constitucionais, além de embates nos Poderes Legislativo e Judiciário envolvendo interesses do Ministério Público, que exigiram grandes esforços, junto aos membros do Congresso Nacional e de mobilização da sociedade civil organizada, no sentido de evitar danos ao perfil constitucional da instituição, tão duramente conquistado em 1988.

Lideradas por *Marfan*, a AMPERJ e a CONAMP, que ele também presidiu entre 2000 e 2003, enfrentaram, com determinação e competência, as reformas Administrativa, da Previdência e do Judiciário, a famigerada Lei da Mordaza, processos questionadores da capacidade investigatória do Ministério Público, da nossa política remuneratória, entre inúmeras outras proposições legislativas e procedimentos judiciais instaurados com o indistigável objetivo de minar o prestígio do Ministério Público, visando a obtenção das condições necessárias para a redução das suas atribuições e das prerrogativas dos seus membros.

Esta galeria, que se inaugura, juntamente com a exposição de fotografias, retratando passagens marcantes da trajetória da AMPERJ, além da comemoração dos 60 anos da nossa entidade de classe e da justa homenagem aos seus ex-presidentes, tem o

comemoração dos 60 anos da nossa entidade de classe e da justa homenagem aos seus ex-presidentes, tem o objetivo de preservar a memória dos esforços empreendidos para a conquista do perfil constitucional hoje ostentado pelo Ministério Público Brasileiro, ímpar em todo o mundo, alertando os novos e futuros Promotores de Justiça da necessidade de se manterem vigilantes e atuantes na defesa institucional, considerando, sobretudo, que o Ministério Público forte, ativo e independente constitui garantia de proteção dos interesses maiores da sociedade.”

4. Após, deu-se o descerramento dos retratos expostos na Galeria, ato que foi realizado por todos os ex-Presidentes presentes à cerimônia, a saber: *Antonio Carlos Silva Biscaia, Carlos Antonio da Silva Navega, Assy Mirza Abranches, Ronaldo de Medeiros e Albuquerque, Victória Siqueiros Soares Le Cocq D'Oliveira, José Carlos Paes e Marfan Martins Vieira.*

Em nome dos ex-Presidentes, usou da palavra o Dr. *Antonio Carlos Silva Biscaia*, falando de improviso.

Por fim, fez-se ouvir o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, através da fala que se segue:

“ Há exatos sessenta anos, no dia 24 de abril de 1946, quando o Brasil renovava suas esperanças através da nova ordem constitucional que se instaurava com o fim do Estado Novo e da Segunda Grande Guerra, um grupo de abnegados promotores públicos, em sintonia com os clamores de liberdade e de democracia que ecoavam por todo o País, fez emergir, no então Distrito Federal, a Associação do Ministério Público.

Entre eles destacava-se um vibrante e combativo promotor, que já divisava, naquela época, a necessidade de uma instituição forte, voltada para a defesa social e comprometida com a tutela dos interesses dos mais fracos e desvalidos. Refiro-me a *Roberto Lyra*, não por acaso um dos principais líderes do movimento que deu origem a nossa entidade de classe, irmanado a figuras inesquecíveis, como *Plácido de Sá Carvalho, Amélia Duarte, Emerson Luiz de Lima, Paulo Chermont de Araújo e Carlos Sussekind de Mendonça*, entre outros.

da sociedade poderia encontrar o caminho do futuro, com meios e não somente com fins próprios, aproveitando o espírito coletivista, a experiência e o equilíbrio da instituição. E acrescentava: “O *ministério público* ascenderá ao *ministério social* que preconizo, *para ação, ação mesmo, contra as injustiças e não somente contra as ilegalidades. A tranquilidade de consciência do ministério público depende do avanço que ele mesmo executará.*”

E, para nossa felicidade, as sementes lançadas pelo mestre caíram em terra fértil, germinaram, e as plantas que dali nasceram produziram incontáveis frutos. O modelo de Ministério Público sonhado por *Roberto Lyra* é hoje realidade, tendo a instituição se convertido no grande instrumento de defesa social e de salvaguarda da cidadania. Não foi por acaso que o constituinte de 1988 cometeu ao *Parquet* o resguardo do ordenamento jurídico, dos direitos indisponíveis e da própria democracia.

Essa evolução, por certo, ao longo de todos esses anos, é devida ao trabalho de muitos colegas que, em épocas distintas e em encruzilhadas históricas de diversos matizes, sempre souberam empunhar a bandeira institucional e apresentar o Ministério Público como agente capaz de vencer desafios, a ponto de transformar-se na grande novidade da estrutura estatal pós-Montesquieu.

E, nesse aspecto, nossa entidade de classe, nos primórdios como Associação do Ministério Público do Distrito Federal, depois bipartida nas Associações do Ministério Público dos antigos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara e, por fim, a partir da fusão ocorrida em 1975, como Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, sempre teve papel decisivo para o êxito das lutas e para a consecução dos propósitos e desideratos institucionais.

Cabe aqui lembrar, por exemplo, a grande contribuição dada por *Ferdinando de Vasconcelos Peixoto* para a criação, na década de 70, da antiga CAEMP, atual CONAMP, fato ocorrido em histórico Encontro realizado na cidade de Teresópolis e que representou, para o Ministério Público brasileiro, a mola propulsora daquilo que, posteriormente

consagrado na Carta de Curitiba, forjaria o modelo de instituição que hoje conhecemos.

Não se pode olvidar, igualmente, do relevante trabalho da AMPERJ sob a presidência de *Leôncio de Aguiar Vasconcelos*, que, em 1982, conseguiu realizar, pela primeira vez na história, eleição por toda a classe, para a formação de lista tríplice destinada ao provimento do cargo de Procurador-Geral de Justiça, levando o então governador *Leonel Brizola* a nomear, em 1983, o colega *Nicanor Medici Fischer*, mais votado naquele pleito, para ocupar a chefia institucional.

Por todos esses motivos e pelo empenho destes e de tantos outros colegas que se dedicaram a desenhar nossa trajetória de lutas e de superações, é que hoje, nesta data festiva, devemos não apenas render-lhes nossas homenagens, mas, sobretudo, refletir sobre seu legado e nos espelhar em seus exemplos, para dar continuidade à árdua tarefa de consolidação do Ministério Público fluminense e brasileiro na vereda que a história lhe tem reservado. Sabemos que muito ainda há de ser feito, mas sabemos também que, irmanados com a AMPERJ e com cada membro da nossa instituição, os obstáculos serão superados e o sonho de *Roberto Lyra*, sintetizado em sua obra *“Visão Social do Direito”*, estará cada vez mais arraigado em nossas almas.

E finalizo evocando, uma vez mais, as palavras do mestre *Roberto Lyra*:

“O ministério social procurará dar a cada um o que é seu, mas sobretudo procurará acudir a quem nada tem de seu, a quem quer, mas não pode, viver honestamente, a quem quer, apesar de tudo, não prejudicar ninguém. O ministério social tentará conciliar a paz e a justiça sociais – único caminho do Direito para atender às urgências e esperanças humanas.

Muito obrigado!

5. Terminada a solenidade formal, foi oferecido aos associados e convidados jantar festivo de confraternização no “Porção Rio’s”, situado na Av. Infante Dom Henrique, no Aterro do Flamengo.

Após o jantar a festa foi animada com “show” do cantor Cláudio Zoli.

6. Vale o registro da presença das seguintes autoridades, além das já mencionadas: *Antônio Carlos da Graça de Mesquita*, Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; *Astério Pereira dos Santos*, Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Estado do RJ; *Elizabeth Cayres* (Representando o Dr. *Roberto Precioso Júnior*), Secretário de Estado de Segurança Pública do Estado RJ; *Carlos Otaviano Brenner de Moraes*, Presidente Associação do MP do Rio Grande do Sul; *Claudio Luiz Braga Dell’Orto*, Presidente AMAERJ; *José Silverio Perdigão*, Presidente Associação Mineira do Ministério Público; *Arthur Pontes Teixeira*, Diretor-Presidente da Caixa de Assistência do MP do Estado do Rio de Janeiro; *Roberto Abranches*, Presidente Centro dos Procuradores de Justiça; *Ana Lucia Riani Luna* (Representando Dr. *Sebastião Vieira Caixeta*), Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho e *Antônio Carlos Gomes Facuri*, Diretor de Assuntos Institucionais da Associação do M.P. Militar.

Assinale-se, ainda, o comparecimento de bom número de Procuradores e Promotores de Justiça, incluindo-se entre eles diversos aposentados.

7. Transcrevemos, em conclusão, para fim de registro histórico, a relação completa dos Presidentes da AMPERJ.

- 1946-1948 - *Plácido de Sá Carvalho*
- 1948-1950 - *Carlos Sussekind de Mendonça*
- 1950-1952 - *Caetano Estelita Cavalcanti Pessoa*
- 1952-1954 - *Francisco de Ávila Pires de Carvalho e Albuquerque*
- 1954-1956 - *Francisco de Paula Baldessarini*
- 1956-1958 - *Rufino de Loy*
- 1958-1960 - *Maurício Eduardo Acioli Rabello*
- 1960-1962 - *Theodoro Arthou*
- 1962-1964 - *Arnaldo Rodrigues Duarte*
- 1964-1966 - *Eudoro Magalhães*
- 1966-1968 - *Severino Alves Moreira*
- 1968-1970 - *Alcírio Dardeau de Carvalho*
- 1970-1972 - *Oswaldo Soares Monteiro*
- 1972-1974 - *José Vicente Ferreira*
- 1974-1976 - *Everardo Moreira Lima*
- 1976-1978 - *Emerson Luiz de Lima*
- 1978-1980 - *Valneide Serrão Vieira*
- 1980-1982 - *Leônicio de Aguiar Vasconcellos*
- 1982-1984 - *Antonio Carlos Silva Biscaia*
- 1984-1986 - *Carlos Antonio da Silva Navega*
- 1986-1988 - *Waldy Genuíno de Oliveira*
- 1988-1990 - *Assy Mirza Abraham*
- 1990-1992 - *Ronaldo de Medeiros e Albuquerque*

1992-1994 – *Victória Siqueiros Soares Le Cocq D'Oliveira*

1994-1998 – *José Carlos Paes*

1998-2004 – *Marfan Martins Vieira*

8. O interessado na matéria encontrará em nossa *Revista*, em seu nº 11/1980 (2ª fase), nas páginas 332/336, a composição da Diretoria de nossa Associação no período compreendido entre 1946 e 1980. Já na nova fase da "*Revista do Ministério Público*", em seu nº 7, página 435, o leitor poderá ver a relação dos membros fundadores da atual AMPERJ, bem como fotografia tirada por ocasião da fundação da então Associação do Ministério Público do Distrito Federal, no salão nobre do Clube Ginástico Português.

Homenagem ao Procurador de Justiça Celso Fernando de Barros (Nota)

1. Os Promotores de Justiça aprovados no XXVI Concurso para ingresso em nosso Ministério Público prestaram significativa homenagem ao Procurador de Justiça *Celso Fernando de Barros*, padrinho da turma em questão. A festividade teve lugar no dia 12 de novembro de 2005 no salão do restaurante do Jockey Club Brasileiro.

2. Na ocasião, o querido Procurador de Justiça foi saudado pelo Promotor de Justiça *Mateus Picanço de Lemos Pinaud*, que, falando em nome de seus colegas, dirigiu ao homenageado as seguintes palavras:

"Caríssimo Dr. Celso Fernando de Barros, integrantes do XXVI Concurso, prezados colegas.

O local eleito para o reencontro, escolhido com o carinho que o padrinho conquistou, mais um desafio oferece aos oradores, pois não pode haver escora no formalismo, sob pena de excesso, nem a adoção de tom francamente coloquial, ante o risco de diminuir a homenagem em si.

Na busca do equilíbrio, até um roteiro, pequeno, assegura-se, foi elaborado para evitar que artimanhas da emoção embaralhem palavras e idéias. Isso ainda que, inspirado no homenageado, mantenha-se a crença, ou pretensão, que esta mesma emoção sirva para informar e conduzir, afinal, em tema de oração, nada mais inspirador que um ato de fé.

Senhores, talvez só haja duas formas de falar dos grandes sem sê-lo.

(Nota) A presente notícia somente foi enviada à RMP quando a editoração da *Revista* de nº 22 já se encontrava encerrada.

A primeira silenciosa. Através do brilho do olhar contemplando o herói e superando, em contentamento e atenção, os discursos mais articulados. Embora a qualificação seja apropriada, tal luz é apanágio da infância e se afasta do semblante translúcido, quase opaco, que já nos primeiros contatos adultos exige-se.

A segunda a partir das lições dos próprios grandes e, ainda que assumindo o risco de terem nossas conclusões por mera coleção de idéias alheias, é o caminho pelo qual nos é possível trilhar.

Nesse passo, DRUMMOND já percebeu que vivemos tempos de homens partidos.

PESSOA também se ocupou do tema, recorrente na experiência humana, e em poesia formulou: *para ser grande, sê inteiro; nada que é teu exagera ou exclui*. Alguém reconhece essa descrição?

Em dezembro de 2003 fomos recebidos no Ministério Público e saudados por *Celso Fernando de Barros*. "Presentes" foi o adjetivo utilizado para nossa qualificação. Bondade. Fomos nós os presenteados com oração que até hoje ecoa na lembrança, reproduzindo o que já foi identificado como sendo o ofício da felicidade: criar as melhores recordações.

Naquela oportunidade o padrinho sugeriu, com a autoridade dos que por convencerem, convocam, que dois anos mais tarde, quando caprichosamente o final do estágio confirmatório coincidissem com o septuagésimo aniversário do então orador, reeditássemos o encontro.

Tortuoso biênio, para todos.

Só Procuradores-Gerais de Justiça foram três, entre eles nosso padrinho, zeloso pela Instituição, fiel na enfermidade do amigo.

Como esperado e reservado aos maiores, sua trajetória não culmina nem é finda na chefia da carreira. Basta lembrar sua condução do XXVII concurso, presencial, inesgotável. Essa a impressão dos que tiveram a honra de despachar em quaisquer dos órgãos nos quais nosso padrinho oficiou, sempre afetivo e efetivo, nas palavras de PESSOA, nada que é teu exagera ou exclui.

Quanto a nós, afóra os termos do destino com suas presenças e ausências, houve o descortinar do

exercício funcional com benefícios e riscos, a solidão do interior, a solidão da Comarca da Capital.

As atividades confirmatórias típicas marcaram-se, como deveria ser, por seminários e palestras, reuniões e oficinas de trabalho e discussão, artigos e manuais, material impresso e computadorizado, tudo para concomitante aferição de eficiência, idoneidade, zelo e independência funcional.

Muitas as lições, muitos os Mestres. Consagrados ou ainda por sê-lo, denotando a vitalidade e renovação que o Ministério Público estampa em seu cartão de visitas.

Nesse ponto o desafio da palavra, como percebido por ANTÔNIO VIEIRA, é fazer distinções onde o coração não as faz.

Nos entregaremos ao desafio porque, com a proximidade de quem é aferido, detectamos, na gerência da escassez que atribuição Ministerial por vezes encerra, a cruel eficácia do tempo em afastar o discurso da ação. Assim a lição desbota, refém de certa incoerência, por mais erudito que seja o expositor.

Quem sabe por isso a maior lição venha do exemplo, coerente na harmonia entre discurso e atuar. E nessa metonímia da aula pelo professor a vida de *Celso Fernando de Barros* é norte mais nítido que qualquer conselho ou registro, seja escrito, seja oral. E isso a palavra deve celebrar e distinguir.

Numa sofisticada alquimia entre humildade e energia a retidão de sua vida demonstra, em suas escolhas, atos postos à admiração dos aprendizes. Tudo animado por uma malha intelectual sem emendas, informada pela dialética, e uma crença nas virtudes humanas que desconcerta os desbotados pelo tempo.

Quando discurso e atuar caminham juntos, a lição, numa palavra, é exemplar.

Não seria esse o desafio metafísico da teoria da argumentação? O capítulo final de sua coerência interna lhe é externo, está no atuar.

Dr. *Celso*, ocorre que a vida transborda os conceitos e JOSÉ SARAMAGO já auscultou que *a expressão vocabular humana não sabe ainda, e provavelmente nunca saberá, reconhecer e comunicar tudo o quanto é humanamente experimentável e sensível.*

No breu retórico em que nos encontramos quando, com nossas poucas luzes, tentamos destacar figura dotada de brilho ofuscante, leve Dr. Celso, mais que nossas palavras, nossa presença, tome nossas vitórias como suas. De fato são.

Como percebeu Buzzzi, o presente, no imediato de si, se descortina em possibilidades para os que merecem as possibilidades do futuro. Assim, quem está no seu tempo, está na fidelidade ao berço de seu nascimento, na herança de seu passado, de seus heróis, de seus iguais.

E se o penhor dessa igualdade só braços fortes conquistam, e defendem, oferecemos os nossos em mutirão, vivendo na espessura da vida, nos fazendo notar, todos nós, naquilo pelo que escolhemos viver.

Seriam esses os valores internalizados pelo padrinho ou é esse o lastro que trouxemos e ofereceremos em legado? Não importa. Na relação que travamos não há pólos. Só o encontro que hoje traduz simbiose, afilhados e padrinho, vivemos juntos e em sintonia, aparentados pelo coração. Parafraseando Pessoa, nesse momento nossos corações pulsam mais forte por nossa consciência deles. Vivemos mais, por que vivemos maiores.

Por seu ensinamento exemplar, na impossibilidade de reconhecimento maior, leve enfim, nosso mais completo obrigado."

3. Agradecendo a carinhosa homenagem, o Procurador de Justiça, Celso Fernando de Barros, pronunciou brilhante improviso.

19º Concurso - MP comemora 10 anos da posse

Expressivo número de Promotores de Justiça aprovados no 19º Concurso para ingresso em nosso Ministério Público promoveu, no dia 27 de maio, a comemoração da primeira década da sua posse. A festividade teve lugar na confortável residência do Desembargador Ângelo Moreira Gliuche, pai da Promotora de Justiça Angélica Gliuche, situada na rua Campos Salles 166, na Tijuca.

Presentes ao evento os Promotores de Justiça do 19º Concurso, Rogério Pacheco Alves, Paulo Yutaka Matsutani, Leônidas Filippone Farrulla Júnior, Marcos Kac, Luciana Caiado Ferreira, Alexandra Carvalho Feres, Maria Cristina Faria Magalhães e, evidentemente, a anfitriã, Angélica Mothé Gliuche Gaspari e seus ilustres pais, Desembargador Angelo Moreira Gliuche e senhora.

À festividade compareceram, igualmente, o Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, o Corregedor-Geral do Ministério Público, *Antonio Carlos da Graça de Mesquita*, os Subprocuradores-Gerais de Justiça, *Cláudio Soares Lopes* (de Planejamento e Modernização Organizacional) e *Leonardo de Souza Chaves* (de Direitos Humanos e Fiscalização do Terceiro Setor), o Secretário-Geral de Administração, *José Eduardo Ciotola Gussem*, o ex-Procurador-Geral de Justiça, *José Muiños Piñeiro Filho*, na qualidade de examinador de Princípios Institucionais do Ministério Público, bem como o examinador de Processo Penal, Procurador de Justiça aposentado, *Sergio Demoro Hamilton*.

O leitor interessado em rever os principais eventos que cercaram o 19º Concurso do Ministério Público -RJ encontrará farto material em nossa "Revista do Ministério Público" de nº 3 (período jan-jun de 1996), nas páginas 349 a 355, da "Seção do Noticiário".

MP realiza o 1º Congresso Virtual Nacional ^(Nota)

O Primeiro Congresso Virtual Nacional do MP teve como tema central "O Ministério Público na atualidade Brasileira", abrangendo as áreas de atuação criminal, cível e institucional. O evento contou com o patrocínio da CONAMP e foi realizado no período de 15 de outubro a 15 de dezembro de 2004 e que se transformou no 1º Fórum Virtual Nacional do MP. O Presidente Executivo do congresso foi nosso colega do Ministério Público do Rio de Janeiro, Procurador de Justiça *Francisco Antônio Souto e Faria* e teve como Secretário Executivo o Promotor de Justiça de Jaguaretama, no Ceará, *André Luís Tabosa de Oliveira*. O Congresso teve, como Presidente-Geral, o Dr. *João de Deus Duarte Rocha*, que preside a CONAMP, e como Presidente Honorário, o Dr. *Oscar Xavier de Freitas*, um dos fundadores da CAEMP, entidade que deu origem à CONAMP.

MP e SSP se reúnem para discutir CIAC

A obra física do local onde se instalará o Centro Integrado de Apuração Criminal já está pronta. A última etapa será a instalação de computadores, equipamentos de telefonia e de refrigeração, que já se encontram no prédio.

Os trabalhos deverão ter início em agosto, quando será constituída a equipe de promotores de Justiça e delegados de Polícia que se ocupará dos 90 mil inquéritos policiais que hoje constituem o acervo das DEACs da Capital.

O novo órgão contará com 36 salas de oitivas, salas de identificação e reconhecimento, salas de custódia, secretarias, setores de recepção e distribuição de inquéritos, amplo salão para servir de arquivo dos inquéritos, biblioteca e outras dependências.

^(Nota) Notícia extraída do *Informativo de nº 13 da Associação Cearense do Ministério Público* (nov-dez-2004 e jan. 2005), somente remetida à RMP em 12.6.2006.

O convênio foi negociado a partir de setembro de 2005, quando o Procurador-Geral de Justiça foi informado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador *Sergio Cavalieri*, sobre o processo de esvaziamento das Varas Criminais. O Procurador-Geral *Marfan Vieira* entrou em contato com o então Secretário de Segurança, *Marcelo Itagiba*, para relatar o ocorrido, mas já levando consigo um levantamento do volume de ações penais. Uma comissão de membros do MP e da SSP apontou, entre outras soluções, a idéia de reunir num só lugar todos os inquéritos. Ao MP coube, também, fornecer para o projeto o imóvel da Rua Pedro Alves, 187, que fora adquirido para servir de depósito.

Uma vez fixadas as rotinas administrativas, através de atos normativos conjuntos, o CIAC trabalhará como uma linha de produção de denúncias e arquivamentos, oferecendo a resposta firme à criminalidade que a sociedade fluminense exige e merece.

Da reunião na sede do MP, além da presença do Procurador-Geral de Justiça, *Marfan Martins Vieira*, também participaram, entre outros integrantes da cúpula da Secretaria de Segurança, o Subsecretário Administrativo, *César José de Campos*; o Chefe da Polícia Civil, *Ricardo Hallack*; o Subchefe da Polícia Civil, *José Renato Torres do Nascimento*; os Chefes de Gabinete da Secretaria de Segurança, *Elizabeth Cayres*, e da Polícia Civil, *Gilberto Dias* e o Corregedor-Geral da Polícia Civil, *Ricardo Martins*.

Procuradores-Gerais defendem pacto federativo em reunião do CNPG no Rio de Janeiro.

O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça - CNPG - reuniu-se extraordinariamente no Rio de Janeiro, no dia 29 de junho, para discutir a quebra do pacto federativo no âmbito das relações entre o CNMP e os vinte e seis Ministérios Públicos estaduais. O encontro, que trouxe ao Rio representantes de vinte Estados da Federação, realizou-se no auditório do SESC-SENAC, no Flamengo.

Ao iniciar os trabalhos, o presidente do CNPG, *Francisco Sales de Albuquerque*, destacou a atuação da entidade em favor dos direitos humanos e do combate à tortura, relatando o que foi deliberado nas recentes reuniões do Grupo Nacional *Rossini Alves Couto* e noticiando a assinatura de convênios com organismos governamentais.

Na discussão do tema central do encontro, todos os pronunciamentos foram concordantes no sentido de que é preciso aprofundar o debate sobre os limites da atuação do Conselho Nacional do Ministério Público e induzi-lo a agir em favor do engrandecimento e da integração institucionais. Na visão dos presentes, o modo como o CNMP vem atuando tem ocasionado forte emulação entre os ramos federal e estadual do *Parquet*, comprometendo a unidade institucional. Como exemplo, foi lembrada a recente decisão do Colegiado que determinou a realização de auditoria do Ministério Público da União em atos de gestão interna

do Ministério Público do Amazonas, considerada intervencionista e violadora do pacto federativo.

Da mesma forma, considerou-se inaceitável que denúncias anônimas, muitas das quais contendo expressões ofensivas à honra das instituições ministeriais e dos seus dirigentes, sirvam de argamassa para questionamentos e medidas extremas por parte do CNMP. Isto tem gerado enormes constrangimentos, além de vexatória exposição pública, que tem origem no site do próprio Conselho, ao divulgar tais acusações apócrifas como se estivesse a aboná-las. Essa maneira superficial e apressada de informar foi considerada um lamentável descuido para com a respeitabilidade das instituições atingidas.

Ao final da reunião, deliberou-se que algumas questões serão levadas ao Supremo Tribunal Federal, através da CONAMP, entidade legitimada para a propositura de ADIns. Da mesma forma, algumas propostas serão encaminhadas ao Congresso Nacional, destacando-se a que buscará recompor a paridade entre membros do MPU e dos MPes na composição do Conselho.

Estiveram presentes à reunião os Procuradores-Gerais de Justiça *Francisco Sales de Albuquerque* (Pernambuco), *Rodrigo Pinho* (São Paulo), *Roberto Bandeira Pereira* (Rio Grande do Sul), *Pedro Sérgio Steil* (Santa Catarina), *Saulo Bezerra* (Goiás), *Milton Riquelme de Macedo* (Paraná), *Lidivaldo Britto* (Bahia), *Francisco de Souza* (Maranhão), *Janete Macedo* (Paraíba), *Edson Damas da Silveira* (Roraima), *Vicente Oliveira* (Amazonas), *Luiz Valter Rosário* (Sergipe), *Lenir Azevedo* (Distrito Federal e Territórios), *José Demóstenes de Abreu* (Tocantins) e *Marfan Martins Vieira* (Rio de Janeiro), que foi o anfitrião do encontro.

Também participaram do evento o Procurador-Geral de Justiça Adjunto do Estado de Minas Gerais, *Paulo Roberto Cançado*; a Subprocuradora-Geral de Justiça do Acre, *Giselle Detoni*; a Procuradora de Justiça *Maria da Graça Azevedo da Silva*, do Ministério Público do Pará; o Procurador da Justiça Militar *Cezar Luís Coutinho*, do Ministério Público Militar; o Promotor de Justiça *Antônio Arcelino Gomes*, do Ministério Público do Ceará; e a Promotora de Justiça *Maria Auxiliadora Machado*, do Ministério Público do Espírito Santo.

Como convidados especiais, estiveram presentes o Promotor de Justiça *José Carlos Cosenzo*, Presidente da CONAMP, o ex-Procurador-Geral da República *Aristides Junqueira Alvarenga*, na qualidade de advogado da entidade que congrega os membros do Ministério Público de todo o país, além do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, *Wremyr Scliar*.

Novos Procuradores de Justiça

No período compreendido entre 1º de janeiro a 30 de junho de 2006, foram promovidos ao cargo de Procurador de Justiça na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Angela Maria Parise Rafidi
Darlei Gonçalves Bala
Gisele Aparecida Gonçalves Sirieiro Monteiro
Lúcia Ramos Serão
Marcos André Chut
Monica Maria Costa Di Piero
Vera Lúcia Fernandez Delgado

Vitalicamentos

No período compreendido entre 1º de janeiro a 30 de junho de 2006, foram vitaliciados na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Adriana Santos da Silveira
Aline Palhano Rocha
Antonio Carlos Fonte Pessanha
Bruno Corrêa Gangoni
Caren Sáisse Villard
Carla Carruba
Carlos Marcelo Messenberg
Clarisse Lagoeiro de Magalhães Lourenço
Clarisse Maia da Nóbrega
Cristiane do Nascimento Ferreira
Daniela Ribeiro Lugão
Décio Luiz Alonso Gomes
Denise da Silva Vidal
Dina Maria Furtado de Mendonça Velloso
Elisa Maria Azevedo Macedo Barbosa
Erica Parreiras Horta Rocha David
Felipe Barbosa de Freitas Ribeiro
Fernanda Abreu Ottoni do Amaral
Fernanda Neves Lopes
Frederico Rangel de Albernaz
Gabriela dos Santos Lusquiños
Júlia Silva Jardim Murtinho
Juliana Amorim
Juliana da Glória Pompeu
Luciana Cristina Buarque de Tavares
Luciana Pereira Grumbach Carvalho
Ludimila de Carvalho Mota
Luiz Eduardo da Silva Levy de Souza
Márcia Lustosa Carreira
Mariana de Carvalho Elias Rabha Ruiz
Mateus Picanço de Lemos Pinaud

Pedro Borges Mourão Sá Tavares de Oliveira
Priscila Naegele Vaz
Renata Aline de Castro Leal
Renata Felisberto Nogueira Viana Farah
Renato Monteiro Sardão
Roberto Mauro de Magalhães Carvalho Júnior
Theresa Christina de Souza Arcanjo
Túlio Caiban Bruno
Vanessa Veronesi Tiecher
Victor Maurício Fiorito Pereira

Aposentadorias

No período compreendido entre 1º de janeiro a 30 de junho de 2006, aposentaram-se na carreira do Ministério Público os seguintes colegas:

Antonio Vicente da Costa Junior
Elizabeth de Moraes Cassar
Glória Márcia Percinoto
Virgílio Augusto da Costa Val

Falecimentos

A Direção da *Revista do Ministério Público/RJ* cumpre o doloroso dever de registrar, durante o período de 1º de janeiro a 30 de junho de 2006, o falecimento dos seguintes colegas:

Francisco das Neves Baptista
Gilberto Machado Simões
Hamilton Xavier
Jorge Armando Figueiredo Enne
José Francisco de Martino
Luiz Facca

**Integrante do Superior Tribunal de Justiça
oriundo do Ministério Público do Estado
do Rio de Janeiro**

(Em 30.06.2006)

Ministro Hamilton Carvalhido

**Integrantes do Tribunal de Justiça
oriundos do Ministério Público do Estado
do Rio de Janeiro**

(Em 30.06.2006)

Desembargadores:

Angelo Moreira Glióche

Antonio José Azevedo Pinto

Antonio Ricardo Binato de Castro

Ferdinaldo do Nascimento

Gizelda Leitão Teixeira

Helda Lima Meirelles

José Carlos Paes

Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque

Luiz Eduardo Guimarães Rabello

Manoel Carpena Amorim

Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo

Mário Robert Mannheimer

Marly Macedônio França

Maurício Caldas Lopes

Nildson Araújo da Cruz

Telma Musse Diuana

